

**LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES Y LA
CONSTITUCIÓN**
y otros estudios sobre
derechos humanos



Lorenzo Martín-Retortillo Baquer

EL JUSTICIA DE ARAGÓN
Zaragoza, 2009

Título: Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre
derechos humanos

Autor: Lorenzo Martín-Retortillo Baquer

Colección: El Justicia de Aragón

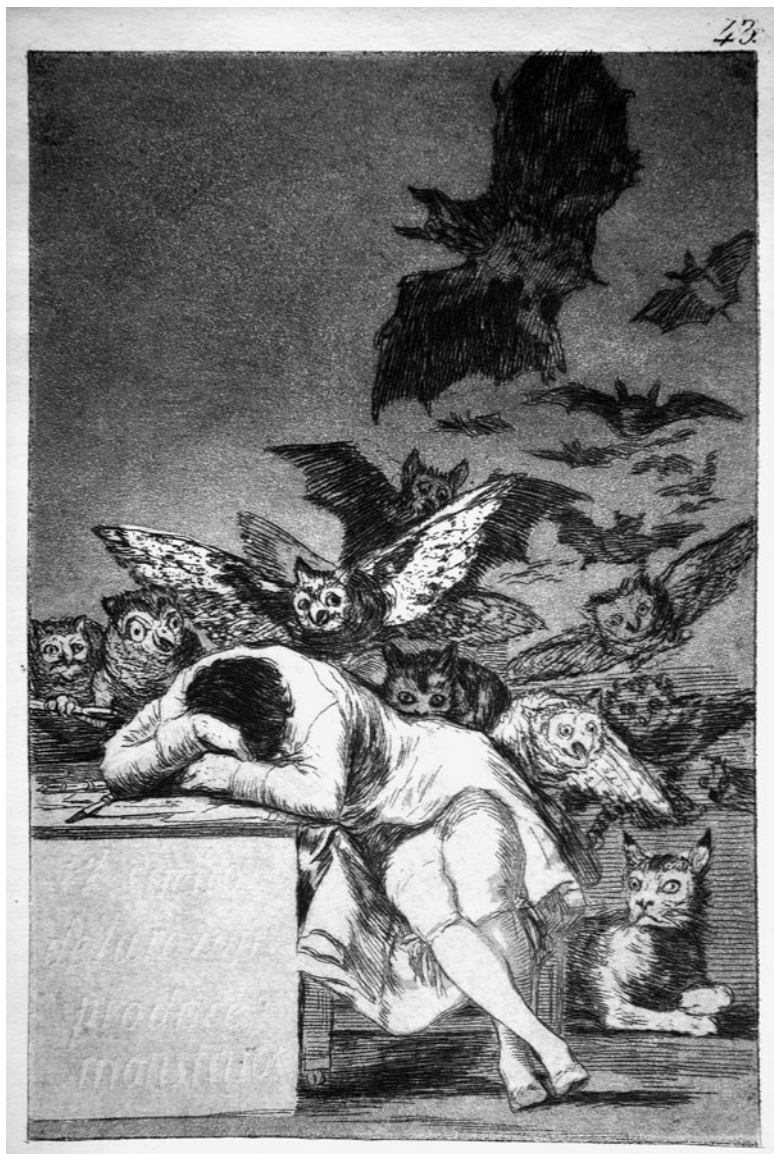
Edita: El Justicia de Aragón

D.L.: Z. 173-09

I.S.B.N.: 978-84-92606-06-1

Imprime: COMETA, S.A.

*Para Cirilo, Luisa, Ignacio, Teresa,
Mariángel, Javier, Pilar y José,
para Tere, Soledad, María José,
Isabel, Andrés y María,
y en memoria de Chano y Pepe*



El sueño de la razón produce monstruos. Francisco de Goya y Lucientes, 1799, aguafuerte y aguatinta. Colección Museo Ibercaja (Camón Aznar).

SUMARIO

ABREVIATURAS	13
PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN.....	17

PRIMERA PARTE:

Los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones

1. Los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones	39
2. La efectiva aplicabilidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el sistema jurídico español.....	69
3. La defensa de los derechos fundamentales: tres diferentes cauces jurisdiccionales en la Constitución española	85
4. Las Administraciones Públicas y, en especial, la municipal, ante los derechos fundamentales	121
5. Derechos humanos y Estatutos de Autonomía.....	145
6. Acotaciones semánticas: los derechos «del hombre».....	155
7. Derechos fundamentales en tensión (¿Puede el juez ordenar una transfusión de sangre, aun en contra de la voluntad del paciente?)	159
8. El «amplio margen de libertad» en el uso de los privilegios parlamentarios y su incidencia sobre los derechos fundamentales (Auto del Tribunal Constitucional 147/1982, de 22 de abril, sobre el alcance de las <i>preguntas</i> parlamentarias)	183

9. El Tribunal Constitucional condena en costas (sentencia de amparo 31/1983, de 27 de abril)	207
10. La lucha por el Derecho como tarea de cada día	229
11. Un libro sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	243

SEGUNDA PARTE:

El debate constitucional

12. Aragón en el proceso constituyente	257
13. La Constitución y los derechos fundamentales a los 25 años (con una introducción argentina).....	279
14. Reflexiones sobre la Constitución (de su elaboración y de su reforma)	321
15. Un profesor de la Facultad de derecho metido a senador	345

TERCERA PARTE:

Los derechos fundamentales en la Unión Europea

16. Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea	381
ANEXO. Los derechos humanos y las libertades fundamentales según los Tratados en que se basa la Unión Europea.....	405
17. El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional.....	423
18. El debate sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea.....	449
ANEXO. Significado de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, y su doble funcionalidad.....	473

CUARTA PARTE:

En especial, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

19. La nueva Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	491
--	-----

20. La eficacia de la Carta	501
21. Dos notas sobre la Carta	513
22. El derecho de acceso a los servicios de interés económico general (el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)	535

QUINTA PARTE:

La libertad religiosa

23. El marco normativo de la libertad religiosa	587
24. Reflexiones sobre los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación Evangélica, Judía y Musulmana, en los diez años de su vigencia	633
25. Acerca del «proselitismo» como contenido de la libertad religiosa	763
26. Confesarse para ser ministro	687
ÍNDICE DE PERSONAS CITADAS	691

ABREVIATURAS

- Ant. Antecedente, en una sentencia.
- CARTA Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.
- CE Constitución española, de 27 de diciembre de 1978.
- CEDH Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.
- CEur Proyecto decaído de Constitución Europea.
- CP Código penal.
- DUDH Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.
- FJ Fundamento jurídico.
- IEAL Antiguo «Instituto de Estudios de Administración Local», absorbido por el «Instituto Nacional de Administración Pública».
- LOLR Ley Orgánica de Libertad Religiosa, 7/1980, de 5 de julio.
- p. Párrafo de una sentencia.
- PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966.
- STC Sentencia del Tribunal Constitucional.
- TC Tribunal Constitucional.

ABREVIATURAS

- TCE Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957 (reiteradamente reformado).
- TUE Tratado de la Unión Europea, o Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992 (reiteradamente reformado).

PRÓLOGO

Hace poco cumplí una edad a la que todos quieren llegar y nadie quiere tener. Pero un amigo, un poco mayor, me dijo: «Míralo desde otro punto de vista, estamos en una edad estupenda, porque es la que permite recoger todo lo que durante muchos años hemos sembrado».

Este libro recoge una parte de lo sembrado por un Maestro, el profesor Lorenzo Martín-Retortillo, durante veinticinco años, desde el año 1984. Se trata de veintiséis trabajos que tienen en común los derechos fundamentales, utilizando muchas veces como referencia la legislación y la jurisprudencia europea sobre la materia.

Algunas de las cosas que se mantienen en estos estudios hoy nos parecen obvias, pero cuando se escribieron no eran ni tan comunes ni tan fáciles de explicar. Hay que reconocerle a Lorenzo Martín-Retortillo el mérito de ser uno de los primeros en ocuparse de lo que se llama cultura y técnica jurídica de los derechos humanos.

La doctrina expuesta sigue siendo de plena actualidad y tiene el interés de conocer las dificultades y las preocupaciones de cada época. Sirve también hoy para hacer una interpretación de la Constitución, de acuerdo con la realidad social del tiempo en que hubo de ser aplicada. A lo anterior se añade la ser hecha por uno de los Senadores constituyentes.

Aconsejo leer la introducción, en la que se plantean cuestiones tan interesantes como la eficacia vinculante de la Carta de De-

PRÓLOGO

rechos Fundamentales de la Unión Europea; se reconoce que es semejante a la de un Tratado. También se ocupa del reconocimiento por la Unión del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y cómo se le da cabida en el sistema constitucional de la Unión. En esta obra se aborda también el debate constitucional; los Derechos Fundamentales desde la doble perspectiva de ámbito de libertad y compromiso de prestaciones, y la libertad religiosa.

Con este libro se quiere contribuir a recordar y celebrar que ahora se cumplen los primeros treinta años de una Constitución, que ha desempeñado un importante cometido en la modernización de España en todos los aspectos, porque solo donde hay libertad y seguridad jurídica se vive mejor y se tiene más posibilidades de progresar. Todavía queda tarea por hacer, y como ejemplo cita un caso llamativo e importante, porque no basta con la proclamación de derechos, hace falta que se puedan ejercitar. Como se dice en el libro es cosa de todos porque a todos beneficia. A mi juicio esta es la tarea que hay que hacer antes de iniciar un proceso de reformas porque no se olvide lo que decía Alfonso X El Sabio: hay que ser cauto, porque es muy fácil deshacer y muy difícil hacer.

Agradezco a Lorenzo Martín-Retortillo el esfuerzo que ha hecho, no solo en recuperar todos estos trabajos, algunos de los cuales eran anteriores a los ordenadores, sino también por el esfuerzo que en su día hizo. Y le invito ya a que publique sus estudios sobre la jurisprudencia europea en la materia.

En Zaragoza a treinta de enero de 2009.

FERNANDO GARCÍA VICENTE
JUSTICIA DE ARAGÓN

INTRODUCCIÓN

1. Cada generación, cada individuo, contempla el paisaje social que le ha tocado en suerte, atónito, admirado, acaso indiferente en general, traído y llevado por los vientos de la Historia, como llevan las olas del mar los troncos o las hojas de los árboles. Una experiencia impagable de las personas de mi generación ha sido la de habérsenos concedido el poder contemplar como testigos un periodo de cierta amplitud, en el que, en los orígenes, los derechos eran pura carencia dado que no había espacio para ellos, pero era carencia advertida, pues bien sabíamos que allende nuestras fronteras eran realidad asumida; poder asistir luego a la fascinante y tan compleja ceremonia de ver como al fin se recibían con la esperada solemnidad y a la no menos estimulante realidad posterior de ver como arraigaban y comenzaban a dar fruto. Lo cual es una experiencia sobresaliente aunque, por fuerza, las impresiones de tan rico testimonio hayan deparado todo tipo de situaciones: en general, con tempero favorable, pero sin que faltaran sequías, tronadas y más de una pedregada —¡tan encarnizadas resistencias en ocasiones!—, en un proceso firme y consistente, tanto que, a veces, quienes han llegado más tarde al espacio social se dejan dominar por la placentera droga de la amnesia y se permiten el lujo de olvidar cómo se ha llegado a la situación actual.

2. Riquísimo testimonio, pues, que nos lleva al centro del debate sobre la Teoría del Estado y que se manifiesta por fuerza en la respuesta constitucional. Hoy ha pasado a ser punto central de aquélla el que los Estados se comprometan rigurosamente y sin excusas con unos valores cualificados, que se organizan como la teoría de

los derechos fundamentales. De donde van a derivar abundantes efectos que por fuerza han de ser acogidos por el Derecho Constitucional, que habrá de poner todo lo necesario para que se hagan realidad. Como recuerda con frecuencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —un protagonista con el que hemos de toparnos frecuentemente en las páginas que siguen—, «los derechos [fundamentales] que garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos no son meras declaraciones utópicas e ilusorias sino que tienen que convertirse en realidades efectivas», es decir, se trata de garantizar algo para que sea eficaz y real. Riguroso nivel de exigencia cuya consideración me lleva ahora a dejar de lado dos apreciaciones muy importantes de las que cuando menos quiero dejar constancia. Ello es así, la presencia efectiva de los derechos humanos como compromiso global para el Estado que ha de orientar todo su ser y todo su actuar, no es ni mero azar ni mero capricho, sino, como se ha explicado tantas veces, intención decidida para que nunca más volvieran a repetirse atrocidades que avergüenzan al género humano¹. Aunque también, en segundo lugar, la constancia de que compromiso tan serio y responsable es despreciado olímpicamente en un buen número de Estados, ajenos a tales preocupaciones, pero con los cuales no queda más remedio que convivir. Dejemos de lado ahora ambas variantes, lo que no quiere decir que olvidemos o que no nos enteramos de la realidad.

De nuestro testimonio privilegiado ha formado parte el poder apreciar en concreto que en España había decidida intención, muy ampliamente compartida, de refundar el Estado apoyándolo sin falta en el pilar de los derechos humanos. Aspiración muy simple de formular pero que luego exige laboriosas medidas complementarias. Por de pronto, predetermina todo el sistema constitucional.

1 Véase por todos, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La Europa de los derechos humanos (De la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al Convenio de Roma de 1950, pasando por el Tratado de Maastricht)*, recogido ahora en el libro *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, 48 y sigs.

INTRODUCCIÓN

Se comprenderá que para un testigo que además es profesor interesado por el Derecho Público, la situación resultara enormemente atractiva. Más si se parte de la profunda convicción de que la seriedad de los fundamentos constitucionales, desde la preocupación específica de que los instrumentos jurídicos resultaran adecuados, era el remedio conscientemente elegido para superar tantas situaciones anteriores en que no lograba hacer su aparición la preocupación por los señalados valores. Todo ello desde el convencimiento de que así se pretendía asegurar un grado consistente de bienestar a los miembros de la polis.

3. En un periodo con tan escasos anclajes ideológicos como el nuestro, el interés por que la teoría de los derechos fundamentales penetrase en la conformación del Estado y en la respuesta constitucional concreta, constituía roca firme en la que intentar construir con decisión y con seriedad. Y es que no será preciso recalcar —se ha de leer reiteradamente en las páginas que siguen— que si la garantía de los derechos fundamentales resulta objetivo incuestionable de nuestra época, se requiere para lograrla la más cuidadosa respuesta desde el ámbito constitucional, desde todo el territorio del Derecho Público, precisaría. Un administrativista empieza interesándose por la materia a la vista de palmarios desmanes administrativos. Y es que habrá sin duda también otras veces, pero un número muy consistente de violaciones de los derechos fundamentales es debido al incorrecto actuar administrativo. En este sentido, la rica tendencia de considerar enganchado el Derecho Administrativo al Derecho Constitucional, que tan intensamente venía avanzando entre nosotros², va a hacer que cobre relieve destacado para el buen orden de los derechos fundamentales y para una adecuada contención de la Administración

2 Por dar una única referencia, véase el interesante trabajo de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el derecho positivo español*, que se escribió para los estudios en honor a Silvio Lessona (Bolonia 1963), recogido luego en su libro, *Administración y Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.

Pública, el ajuste del Derecho Constitucional y su compromiso sincero para su defensa. Lo que va a justificar que el jurista preocupado por los derechos fundamentales y por la necesaria contención administrativa, lo esté, y mucho, por las necesarias fórmulas constitucionales.

4. Pero el fluir del periodo referido nos abrió los ojos también en otra dirección clara. Entre los pasos que España iba a ir dando estaban también los referidos al fenómeno de la internacionalización de los derechos fundamentales. Ya se dijo, se lanzaban miradas al exterior. Y es que hoy tenemos muy claro que hablar de derechos fundamentales es, a la par, tener muy en cuenta los instrumentos supranacionales que los consagran. En este sentido, hay un peso internacional la mar de positivo que no podía por menos de interesarnos, como siempre, sabiendo que nunca llueve a gusto de todos, teniendo muy claro así que tan positivo reclamo internacional lo negarán por supuesto la pléyade de tiranos y tiranuelos hoy activos en el universo mundo. Y añadiré que, desde otra perspectiva, cuando valoramos tan positivamente el impulso internacional, hoy no deja de preocuparnos que la materia de los derechos fundamentales se intente regionalizar, como denotan las más recientes reformas de los Estatutos de Autonomía, y sobre lo que, sin animadversión contra nadie y desde la mera defensa de lo que parece razonable, algo se dirá en las páginas que siguen.

5. Junto al significado de lo constitucional, junto al peso de lo internacional, los observadores del periodo referido tuvimos también la inigualable oportunidad de ver como España, que tempranamente se integraría en el Consejo de Europa, daría después los pasos que le permitieran acceder a la Comunidad Económica Europea, lo que más adelante se llamaría la Unión Europea. También la Unión Europea iría deparando, en una evolución gradual que nos impresionó, pasos muy destacados para el afianzamiento de los derechos fundamentales.

INTRODUCCIÓN

Resultó por demás interesante la evolución de las Comunidades Europeas que de funciones económicas y comerciales, en principio, especializadas y sectoriales inicialmente, irían ampliando sus cometidos en una incesante evolución. Y entre los que iría ocupando lugar muy destacado la preocupación por los derechos fundamentales, de manera sectorial al comienzo, profundizando en la libre circulación, en el respeto al medio ambiente, en la defensa de los consumidores, en la superación de las discriminaciones, y así sucesivamente, hasta arribarse a planteamientos globales con pretensión de generalidad. Todo ello con el aliciente, digo, de que España se iba a ir incorporando a tan importante club e iba a ir participando de los esfuerzos referidos que, a modo de boomerang iban luego a repercutir en el sistema jurídico interno. Lo que iba a demandar, del mismo modo, las respuestas necesarias en cuanto a adaptación de los instrumentos jurídicos.

Se ha repetido muchas veces que uno de los efectos sobresalientes que ha producido la organización europea es el de asegurar **un amplio espacio de justicia y libertad**. Y aunque se haya repetido, es muy conveniente insistir, volver a ello y tenerlo muy presente, siempre que se haga sin autocomplacencia, antes bien subrayando la responsabilidad que conlleva el mantenimiento de tan decisiva conquista histórica. Si se reflexiona en términos históricos, es, sin duda, un avance gigantesco que, por lo mismo, exige suma atención para evitar que se deteriore o cercene. En medio de tantos avatares e incertidumbres, en medio de tantas pequeñas fricciones y tensiones, oyendo el runruneo de los catastrofistas que siempre gustan hablar de crisis, sabiendo de los enfrentamientos que la defensa de los intereses nacionales ocasiona en el afianzamiento del proyecto que se inició como **comunidades económicas**, hoy la **vieja Europa** —y recalco intencionadamente la expresión aunque sólo sea porque algunos han pretendido usarla despectivamente—, hoy la vieja Europa posee un tesoro inestimable que expresamos hablando de **la Europa de los derechos**

humanos. Y, en medio de tanta inestabilidad en el mundo de las ideas, nos consta que **la cultura de los derechos humanos** se ofrece como pilar firme y seguro, presta a recibir las nuevas aportaciones que la desarrollen, reclamando por ende la colaboración de pensadores, constructores sociales e investigadores. Sin olvidar que, como me gusta repetir, hoy lo encomiable, lo que ofrece seducción, lo que permite valoraciones positivas, lo que afianza el presente y abre las vías propicias para el futuro es lo que representa la asunción sincera y real de esta **cultura de los derechos humanos**, que con tanto brío ha arraigado en **la Europa de los derechos humanos**. Hay que saberlo sin complejos, y asumiendo la gran responsabilidad que nos depara.

6. Es complejo cualquier proceso de afirmación de los derechos fundamentales, ante todo, porque constituye impulso que siempre va contra alguien, contra algunas conductas habituales que hay que erradicar. Si ardua resulta la operación de recibirlos e implantarlos, por muy decisivo que sea este paso, quedan todavía no pocas operaciones esforzadas hasta que se logre su efectiva realización. Tanto por las acciones y reacciones a abordar como por el tiempo con el que inexorablemente hay que contar, como sucede en todos los procesos sociales de alguna importancia. Lo que está en la Constitución o en la Declaración de Derechos hay que llevarlo después a la norma, cuidando de acertar y dar con las fórmulas válidas y eficaces. Lo mismo que hay que desactivar la norma anterior que resulte contradictoria. Y hay que inventar las técnicas jurídicas que cada derecho o libertad vaya a requerir. Se exige luego estar muy atentos a la realización cotidiana para constatar si su vigencia y desarrollo son adecuados, son los que cabía pensar de las esperanzas e ilusiones puestas, o se han torcido y sería menester tratar de enderezarlos. Nueva etapa decisiva a continuación: el importante paso del arraigo social, la asunción generalizada con normalidad de tales valores, confirmando las esperanzas que habían levantado pero sin desconocer los límites

que, por definición, llevan siempre consigo. Todo ello presidido por la referida presencia de los importantes ingredientes internacionales que penetran tan eficazmente en nuestro sistema jurídico, como testimonio del fenómeno de *interconexión de ordenamientos jurídicos*, propio de nuestro tiempo³.

Se irían sumando así, empalmando con una vieja tradición, ingredientes de mucho peso, y bien entrelazados⁴, decisivos para una Teoría del Estado puesta al día. Línea de exigencia tan atractiva —yo diría que inexcusable— para los publicistas de nuestra época. Pues bien, el observador de un periodo histórico, a veces siente la tentación de intentar hacer oír su voz sin dejar de saber que es una más dentro de un vigoroso coro.

7. En el presente volumen se han recogido veintiséis trabajos surgidos en diferentes momentos, preparados para circunstancias bien distintas, nada homogéneos en cuanto a tamaño y densidad, si bien enlazados todos ellos por el nexo común de ocuparse de los derechos fundamentales y del proceso de afianzamiento de la Constitución, desde una visión dinámica y comparativa en el tiempo, muy presente la respuesta internacional y, de manera señalada, la europea. En todos los casos, desde esa preocupación por la cultura de los derechos fundamentales a que me refería. De hecho, sin responder a un plan predeterminado, resultan ser el testimonio de quien ha tenido la suerte de ser observador pero, además, preocupado por la presencia y el arraigo de las instituciones a lo largo del periodo. Hay trabajos que versan sobre las experiencias más tempranas, que daban pie para ponderar y contrastar las fórmulas, ofreciendo alternativas o proyectando los favora-

3 Véase mi libro *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Cuadernos Civitas, 2004.

4 Yo mismo me he sentido seducido en ocasiones por la conexión de fórmulas para la defensa de los derechos fundamentales. Me remito así a mi libro *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectiva española y europeas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2006.

bles resultados obtenidos. En otros, como los referentes a la Unión Europea, con el gran respeto y admiración con que en los orígenes veíamos las instituciones comunitarias, en lo referente a los derechos fundamentales además —en plena crisis de crecimiento—, desde una visión prospectiva intentando adelantarse a los acontecimientos por así decir. Apreciando que se trataba de un avance complejo, como siempre salpicado de acelerones y frenazos. Es de interés al respecto lo sucedido con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: habiendo tenido el honor de participar en una de las fases previas, inmediata a su plasmación, resultó tarea muy sugerente el ir siguiéndole los pasos en el luego complejo proceso hacia su afianzamiento definitivo.

No había cultura de los derechos fundamentales entre nosotros, no se manejaban con soltura las necesarias técnicas jurídicas. Por muy importantes que fueran algunos eslabones —como don Nicolás Pérez Serrano o don Manuel García-Pelayo, y conforme pasa el tiempo uno se admira más de su valía y significado— se consumó una trágica ruptura con la experiencia anterior y hubo que inventar de nuevo. Aunque, además de precedentes y eslabones, ayudaba mucho la experiencia comparada, tan rica, dado precisamente el carácter supranacional de muchas de las fórmulas en cuestión, como se ha señalado. Muy presente así la lección surgida en torno a los más cualificados instrumentos del panorama internacional, ya las grandes Declaraciones de Derechos, ya la experiencia de Constituciones extranjeras, con sus retos y soluciones, con la abundante doctrina que habían suscitado, con las aportaciones de los Tribunales Constitucionales allí donde los hubiere. En no pocas páginas se apreciará la seducción por alguno de esos instrumentos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos que hicieron las Naciones Unidas en 1948, así como por la rica y estimulante enseñanza proporcionada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, del Consejo de Europa, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, con un activo tribunal a su servicio

—el citado Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, muy apreciables también las enseñanzas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Se reflejará así en las páginas que siguen el delicado y laborioso proceso de cómo se iban recibiendo las técnicas jurídicas requeridas para cada ocasión. Partiendo en buen número de ocasiones del estudio de supuestos muy concretos —un caso, una sentencia, una norma—, pero intentando siempre precisar conceptos y buscar sistema. Muy sensibles así a la labor de zapa de la temprana jurisprudencia pero con distanciamiento e intentando situar cada cosa en su lugar. Quiero señalar que el aprecio por las respuestas jurisprudenciales no nos hacía caer en esa modalidad de positivismo contra la que tan certeramente nos ha advertido José Joaquín Gomes Canotilho, como uno de los peligros que amenazan con derrotar el constitucionalismo democrático⁵.

Cuando estamos celebrando gozosos que este año se cumplan treinta de la promulgación de la Constitución de 1978, me place hacer realidad un viejo proyecto y rescatar esta piña de viejos trabajos, algunos de los cuales ya han cumplido veinticinco años, como los que abordaban tempranas tomas de postura del Tribunal Constitucional, ya en relación con los problemas de las transfusiones de sangre, práctica usual del arte médica, tan decisiva para salvar vidas, a cuya utilización se oponen algunas personas por razones de conciencia o de religión, ya a propósito del ámbito de los privilegios parlamentarios en un sistema político en el que las Cortes Generales están destinadas a jugar un papel cen-

5 José Joaquín GOMES CANOTILHO, *Para una recepción crítica del pensamiento republicano: la teoría constitucional como respuesta al desafío de los tres positivismos postmodernos. Una consideración constitucional a propósito de la edición española del «Momento Maquiavélico» de John Grenville Agard Pocock*, en la segunda edición del citado libro, a cargo de Eloy GARCÍA, Tecnos, Madrid, 2008. Dice, en concreto, el ilustre profesor de Coimbra: «El segundo positivismo, el llamado positivista jurisprudencial, nos sitúa ente el “precedentismo” del “case law”. Por obra y gracia de su acción, el derecho constitucional queda reducido a una colección de sentencias en muchas ocasiones dictadas por jueces arrogantes, que repiten afirmaciones elementales y básicas, y demuestran poseer escasa, o ninguna, cultura jurídica, e incluso histórica», pág. 74.

INTRODUCCIÓN

tral, o, incluso, la defensa del buen funcionamiento del Tribunal Constitucional que ofrece oportunidad de comentario con ocasión de la primera «condena en costas». Y después, a partir de esos casos más tempranos, sucesivas tomas de postura en torno a problemas vivos y de actualidad que iban surgiendo. Y es que la vida fluye y los casos y soluciones se han ido multiplicando, introduciendo a veces cambios de criterio, con una experiencia hoy ya muy rica y compleja.

Me agrada mucho, digo, la oportunidad de haber podido reunir todas estas páginas, hoy dispersas y acaso olvidadas. Como luego explico, fueron bien diversos los lugares de su publicación originaria, algunos hoy de muy difícil localización. El autor se defiende y se esfuerza porque puedan ser fácilmente manejables los frutos de su trabajo. «La red» otorgará cientos de facilidades y abundarán los centros universitarios, pero vivimos, sin duda, en una sociedad del olvido, como si lo actual no hubiera requerido pasos previos. De ahí mi interés por poner en las librerías este volumen. Que surge con unas características determinadas: debo advertir que no he intentado adaptar ni actualizar mis trabajos. Salvo acoples mínimos y algunas precisiones menores añadidas —o algunas frases reiterativas suprimidas—, los ofrezco tal y como se hicieron en su momento. Pretendo así dejar testimonio de una evolución, de cómo se han ido adoptando las soluciones, de cómo se iban viendo los pasos dados y de lo que cuesta conseguir algo que hoy parecería elemental y connatural. De ahí que resulte imprescindible tener en cuenta las fechas de elaboración de cada trabajo, que se indica de manera expresa al inicio de cada uno de ellos. Soy bien consciente de que la vida jurídica es dinámica, muy dinámica hoy, y que se suceden sin cesar las modificaciones jurisprudenciales y normativas. Leyes decisivas de la estructura del Estado han sufrido modificaciones, entre ellas varias de las dedicadas a los derechos fundamentales, se han cambiado algunos Estatutos de Autonomía, incluso se ha pretendido reformar la Constitución a

INTRODUCCIÓN

través de algún Estatuto de Autonomía, habiendo sido también copiosas y de entidad, en otra dirección pero que también nos afectan de lleno, las reformas en el ámbito del Derecho Comunitario. El actualizar y poner al día los trabajos hubiera sido un trabajo ímprobo que no me he sentido con fuerzas de realizar en esta ocasión. Y es que creo que resulta de interés reflejar lo que se pensaba de la Constitución y de su aplicación al momento de promulgarse, cuando transcurrieron los diez o los veinticinco primeros años de su vigencia, cómo se veía su implantación o en qué medida, luego, había que empezar a pensar en reformarla. Este libro no es un estudio sistemático de dogmática jurídica sino la conjunción de un mosaico de diversas piezas intentando profundizar en la línea de evolución, reflexionando sobre los alcances y límites, intentando fijar conceptos, desde la preocupación también de contribuir a construir sistema e, incluso, la de apoyar a que se alcance el efectivo arraigo social de los derechos humanos: efectivo arraigo social que, de lograrse, ha de hacer que sean menos importantes las técnicas jurídicas: es la eterna utopía de que donde se asuma el respeto generalizado de unos valores se hagan menos necesarias las apoyaturas jurídicas. He puesto empeño en este libro porque creo que, aparte del valor de testimonio que pueda ofrecer, estimo que puede resultar útil todavía: a los alumnos que se inician en los saberes jurídicos, ya en el doctorado ya en los cursos de licenciatura, dada la importancia de la reflexión histórica, útil también a profesores, estudiosos e investigadores, con afán de aportar puntos de vista y de terciar en el debate; útil no menos, a los aplicadores del Derecho en su afán por encontrar argumentos, ya a los abogados que han de preparar las alegaciones ya a los juzgadores que han de razonar en qué apoyan sus decisiones.

He ordenado los trabajos presentando cada uno de ellos como un capítulo y luego los he agrupado en cinco partes, no por orden cronológico sino sistemático. En coherencia con el gran significado de las fórmulas supranacionales, he dedicado especial atención al

Derecho Comunitario —dejo para otra ocasión, acaso para un volumen próximo, mis estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, al que he dedicado dos partes: separo lo referente a la Carta de Derechos Fundamentales, que me ha suscitado vivo interés (Parte Cuarta), de los planteamientos generales (Parte Tercera); otro espacio lo ocupa el debate referente a la Constitución de 1978 (Parte Segunda); he dado cabida a varios trabajos referentes a una de las libertades fundamentales más cualificada, tan presente en el origen y evolución de la teoría y realidad de los derechos fundamentales, como es la libertad de conciencia y de religión (Parte Quinta); las reflexiones de conjunto sobre los derechos fundamentales, ocupan la Parte Primera, donde también encajan algunas visiones sectoriales.

8. Soy consciente de que el método adoptado conduce a que se mantengan algunas reiteraciones. Pero creo que cada trabajo tiene individualidad propia que bueno es respetar. Al comienzo de cada capítulo incluyo una pequeña noticia para dejar constancia de lugar de publicación originario, y de la fecha y, acaso, algunas precisiones mínimas. Sí convendrá por eso establecer desde ahora un par de puntualizaciones en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, una vez que advierto que no voy a retocar ni a corregir, salvo mínimas indicaciones, los textos originarios. En la exposición evolutiva adoptada se arranca de una situación de *no existencia* de la misma, un periodo o una fase de expectativas y esperanzas. Se refleja luego su elaboración, advenimiento y aprobación. Aparecerá el problema de cómo lograba vigencia y eficacia jurídica. Se deja constancia de lo que vino a representar el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que tantas ilusiones despertó. Pero, fracasado el intento, hubo que abordar el paso siguiente que, tras laboriosa y muy inteligente solución, condujo al Tratado de Lisboa, aprobado el 13 de diciembre de 2007, fase en cuya tramitación nos encontramos ahora, que aborda también de lleno y de

forma decidida la cuestión de su naturaleza jurídica o, dicho en otros términos, del carácter jurídicamente vinculante de la misma. Como es sabido, la solución consagrada por el Tratado de Lisboa, sin perjuicio de los problemas técnicos inherentes — o de que haya habido que asumir cierto relajamiento en sus compromisos para el Reino Unido y para Polonia, como enseguida se dirá—, resulta suficientemente satisfactoria, en línea muy parecida a la que apuntaba la Constitución Europea. Ahora, en efecto, de acuerdo con la nueva redacción que se da al artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, se confirman a su manera las previsiones que contemplaba la decaída Constitución Europea, tanto para la Carta como para las relaciones entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos, del Consejo de Europa, y la Unión Europea. Así, de acuerdo con el párrafo primero del apartado primero del precepto.

«La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

Por su parte, según el apartado segundo del precepto,

«La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».

Destaco, ante todo, el carácter contundente de ambas afirmaciones, que es ya un inmejorable punto de partida. Ciertamente, como paso siguiente, aparecen matizaciones a tener en cuenta. Como cuando se recalca que la Carta contiene «derechos, libertades y principios», enumeración que quiere marcar diferencias, lo que supone que no ha de darse la misma densidad aplicativa a todo el conjunto y que, por cierto, recuerda la fórmula española, que no ha dado mal resultado, de que junto a «derechos funda-

mentales y libertades públicas» y junto a «derechos de los ciudadanos», hay, con otras consecuencias, «principios rectores». También, en el propio precepto —y desde el recelo al activismo judicial—, se insiste en tomar en consideración «las explicaciones a que se hace referencia en la Carta», lo que, de alguna manera, puede difuminar el brillo y la incidencia de algunos preceptos especialmente polémicos o comprometidos desde el punto de vista de sus repercusiones económicas. Del mismo modo que, con similar intención, se adjunta, como anexo al Tratado de la Unión y al Tratado de Funcionamiento —nuevo nombre que se da ahora al «Tratado Constitutivo»—, un «Protocolo sobre la aplicación de la Carta a Polonia y al Reino Unido», que quiere enervar la incidencia de la Carta sobre la legislación interna de ambos países en el ámbito del Título IV de aquella, sobre «Solidaridad». Es decir, las opciones pertenecientes al grupo de lo que suelen denominarse «derechos sociales», en su mayor parte, con implicación de prestaciones a cargo de los Estados. Puede extrañar esta solución diferenciadora, pero ya se sabe que la Unión Europea se ha ido haciendo así, a base de la convivencia de pasos comunes y preceptos singulares o de excepción. Es el precio que hay que pagar para seguir avanzando en tan compleja y, cada vez más heterogénea, organización. Por otro lado, si se conoce bien la historia, no es difícil constatar que todos los celos señalados, de forma especial las prevenciones frente al activismo judicial, han estado muy presentes a lo largo de la elaboración de la Carta, a la vista del salto cualitativo que ésta representaba desde un estadio de los derechos y libertades caracterizados en principio por un «dejar hacer», al de los que representan compromisos prestacionales, cuyo alcance no es fácil determinar a priori en ocasiones. Y es que también es cierto, y esto me parece muy claro en el caso del Reino Unido —la excepción polaca es ya harina de otro costal—, que los Estados que hacen gala de cumplir los Tratados y Convenios que han asumido, a veces quiere saber a que se comprometen.

Lo importante, que es lo que quería destacar en este momento, es que se parte de la base de que, en principio, la Carta tendrá **el mismo valor jurídico que los Tratados**. Si a lo largo de la evolución ha sido tema recurrente el de las dudas en cuanto a la naturaleza jurídica y afloraba el problema de la eficacia, ahora se aborda de forma limpia, proclamando ese igual valor que las normas superiores de la Unión.

También se encara la tan debatida cuestión —bien compleja, sin duda, que exigirá precisiones de filigrana en los instrumentos necesarios para completar el proceso— del reconocimiento por la Unión del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dándose cabida a esta alternativa en el sistema constitucional de la Unión, tratando de enervar así las objeciones que había puesto el propio Tribunal de Justicia en su famoso Dictamen de 28 de marzo de 1996.

De modo que, sin entrar ahora en más precisiones, lo importante es precisar que en el complejo *debate sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea* —y acabo de utilizar uno de los títulos acogidos en el volumen—, se apuesta decididamente por seguir adelante en el camino emprendido.

Creo que han sido muy inteligentes y eficaces las fórmulas halladas para superar el impasse que se produjo ante el fracaso del proyecto de instaurar una Constitución para Europa. Pues bien, lo mismo que en diversas páginas se reflejan los pasos que se iban dando para llegar a hacer realidad las exigencias de la Carta, hoy seguimos embarcados todavía en el mismo empeño. Posiblemente, el campo esté preparado y acaso pronto puedan hacerse realidad las previsiones barajadas, pero no ha dejado de ser una profunda decepción el fracaso de los políticos irlandeses que representa el que en dicha República se rechazara el referéndum necesario para la ratificación. Ciertamente ha rayado a gran altura la decisión, prácticamente unánime, de continuar con el proceso, como si nada hubiera pasado. Pero sí que ha pasado. La realidad exige cautela y

no podemos adelantar cual haya de ser el futuro, pero parece valiente y realista el intento de no darse por vencidos y continuar, desde la esperanza de que alguna fórmula se alumbrará.

Me interesaba establecer de una vez por todas estas precisiones sobre la Carta para poner al día el estado de la cuestión, dado precisamente el criterio que he adoptado de, salvo ligeras puntualizaciones, no modificar el texto de los artículos recogidos, que hay que situar, por ende, en su momento y en su contexto, muy presente siempre la idea del carácter dinámico y fluyente de la realidad jurídica. Por otra parte, cada vez se realza más el significado de la Carta, aparte de que es preciso irse preparando para su próxima incidencia en el sistema jurídico español, en los términos previstos y una vez se den los pasos a que acabo de referirme. Hay que llamar la atención sobre el realce que se ha querido dar a la Carta en la reciente Ley Orgánica por la que España ratifica el Tratado de Lisboa, aspecto del que me ocupo en el más reciente de los trabajos incorporados (en el Apéndice al Capítulo 18).

9. De bien diferentes fechas, como decía, desde el año 83 y 84 hasta alguno aparecido en este 2008, es decir, un arco que cubre 25 años, los trabajos responden a muy diversas circunstancias: incitación personal ante un caso o sentencia interesante, preocupación por algún problema, reflexión con motivo de acontecimientos o celebraciones, conferencias, oportunidad de contribuir a homenajear a algún compañero con motivo de su jubilación académica, intervenciones en cursos, seminarios, incluso en Italia o en Grecia, algunos especialmente escritos pensando en oyentes —y lectores— americanos, etc. Del mismo modo, han aparecido también en muy variadas publicaciones —alguno, en más de una—, salvo uno, el Capítulo 6, que ha permanecido inédito. La mayoría de trabajos vieron la luz en acreditadas revistas jurídicas, como «Revista de Administración Pública», «Revista Española de Derecho Constitucional», «Revista Aragonesa de Administración Pública», «Poder Judicial», «La Ley», «Aranzadi

Tribunal Constitucional», «Foro», «Asamblea. Revista Parlamentaria de la Comunidad de Madrid», «Civitas Europa» (Universidad de Nancy), o «Azpilcueta» (San Sebastián); cuatro de ellos en «libros homenaje» (a Sebastián Martín-Retortillo, José María Boquera, Alejandro Nieto y Francisco Rubio Llorente), otros, en diversos volúmenes colectivos, habiendo llegado dos de ellos a la prensa diaria («ABC» y «Heraldo de Aragón»).

10. La reunión del conjunto de trabajos era, como dije, una vieja idea que venía acariciando desde hace tiempo. Al reiterar mi satisfacción por que se cumpla este viejo sueño quiero manifestar públicamente mi sincero agradecimiento al Justicia de Aragón, en la persona de su titular, don Fernando García Vicente quien desde su preocupación y sensibilidad por los derechos humanos ha dado toda clase de facilidades para que este volumen se hiciera realidad.

11. Y voy a concluir ya con sólo un par de breves observaciones. Hablaba al comienzo de la oportunidad que hemos tenido los miembros de mi generación de ocupar un observatorio privilegiado desde donde analizar la evolución que iba fluyendo. En este sentido, el balance es enormemente positivo y no hay que cansarse de repetirlo. Pero ello no impide que, sin afán jeremíaco alguno, haya también que tener en cuenta otras coordenadas. No en balde, no se tomó Zamora en una hora.

Se hablaba del gusto de haber intentado contribuir de alguna manera a la construcción dogmática del sistema jurídico de los derechos humanos. Hay que asumir que se trata de un vasto campo, abierto, en el que quedan aún muchos problemas pendientes. Por de pronto, la observación del panorama jurídico español nos evidencia, comenzando por lo primero, que ni está claro el propio concepto de *derecho fundamental*, cual haya de ser su amplitud, ni si haya que apostar por fórmulas unitarias, de validez general, en línea con el proceso de internacionalización por el que tan decididamente apostó la Constitución de 1978, o si haya que optar, en

cambio, por la cesión a los políticos locales de tan delicado ámbito de decisión, en línea con las propuestas que asoman tras la reforma de algunos Estatutos de Autonomía. Dudas también, e intensas, en cuanto al alcance que haya de darse a la exigencia de no discriminación o a las secuelas efectivas de la regla de igualdad ante la ley. No menos vivo es el debate concerniente a las interferencias y límites entre unos derechos fundamentales y otros: ¿Qué cabe incluir en la libertad de prensa? ¿Deben sus protagonistas asumir que «entraña deberes y responsabilidades»⁶? ¿Cabe abdicar de la «necesaria diligencia» de que deben hacer gala los informadores⁷? En otra dirección, ¿a dónde llega el respeto a la intimidad, a la fama o a la propia imagen? ¿Y el ámbito y límites de la libertad de conciencia? No menos viva entre nosotros la discusión de cual sea el alcance del derecho al medio ambiente o del derecho a la protección de la salud. Y es que, en efecto, el sistema conceptual, que se va integrando progresivamente, está lleno todavía de huecos que aguardan cumplida respuesta.

12. Pero la observación de la realidad nos enseña también otras cosas. Otras cosas que a veces tenemos muy claro quienes nos dedicamos a la enseñanza: no se viene al mundo con la lección aprendida, cada nueva promoción que empieza tiene que iniciarse con diligencia para llegar a adquirir los saberes de su padre y de su abuelo. Una sociedad dinámica, consciente y responsable, puede facilitar mucho la tarea pero nada asegura, en principio, que, por ejemplo, el nivel de respeto a los derechos humanos alcanzado, vaya a mantenerse o a seguir incrementándose. Dependerá. Podrá hacerse, si media el esfuerzo y la ilusión. Es hermosa la utopía del progreso y hay que pertrecharse para se-

6 Tal es, como se recordará, el mandato con que se abre el apartado segundo del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

7 Estoy aludiendo a precisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como he desarrollado en mi trabajo, *La necesaria diligencia de los periodistas. (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de marzo de 2004, en el caso «Radio France c. Francia»)*, «Revista de Administración Pública», 165, 2004, 137 ss.

guir manteniéndola. Pero si no se adoptan las medidas adecuadas, el progreso detiene su curso y la sociedad puede entrar en retroceso. Está claro que hoy en España no se enseña solidaridad ni generosidad, ni en las escuelas ni en otros focos del saber y la opinión, y al respecto, descontando muy valiosas excepciones, la sociedad actual —empezando por tantos medios de comunicación, que hoy se han atribuido el papel que antaño desempeñaba el púlpito— es una auténtica fiera corrupta. Se fomenta que vivamos en el país del *listillo*, del *aprovechado*, del *trepador*, del que más corre, del que cree que todo vale, o del «hijo del jefe», acaso de «la compañera» del jefe, ahora que también es muy importante la promoción de la mujer.

13. En un panorama marcado por un avance considerable, a veces se observan disfunciones o retrocesos muy sonoros en el campo de los derechos humanos que deberían disparar todas las alarmas. Me referiré a un último episodio, de manifiesta gravedad que, en cambio, apenas ha provocado reacción. Lo cual es no menos grave. El que la pasada primavera se hayan hecho públicas, impunemente, conversaciones telefónicas privadas de la quinta autoridad del Estado —en concreto, la Presidenta del Tribunal Constitucional—, haciendo de ello noticia muy principal algunos medios de comunicación, incluso publicándolas íntegras, con aparente alborozo de la clase política y regocijo general, y no haya pasado nada, no se haya deducido responsabilidad alguna, me parece, insisto, suceso de extrema gravedad. Y un pésimo síntoma en cuanto a la salud de los derechos humanos en España. Me preocupa además de manera especial que en esa «fiesta» hayan participado de manera activa tres pilares del Estado o de la sociedad. Porque esas conversaciones se han conocido y propagado gracias a miembros de las fuerzas de seguridad, gracias a algún integrante del Poder Judicial, con intervención clara de algunos medios de prensa. Tres pilares del Estado o de la sociedad, de los que esperaríamos lo mejor, contribuyendo a tamaña trope-

lía. Y ninguna responsabilidad deducida. Una gracia más, y como si no hubiera pasado nada. ¡Así no vamos a ninguna parte!

En suma, que el campo de los derechos fundamentales nunca está definitivamente afianzado. Antes al contrario, hay en la construcción evidentes y elementales lagunas que no contribuyen a su mayor funcionalidad, del mismo modo que, en cuanto a su significado social hay no pocos interesados en que se afloje o no funcione un sistema que ha costado muchos esfuerzos conseguir.

14. He preparado este libro en Redes (La Coruña) a lo largo del verano de 2008 y lo cierro el 12 de agosto. Ojalá sirvan estas páginas de incentivo para animar a quienes siguen participando en la impagable aventura de la construcción de la dogmática jurídica tan necesaria para que el sistema funcione con fluidez y sin rozamientos. Ojalá sirvan, a su vez, para seguir recordando que tan importante conquista humana como es la cultura de los derechos humanos, en el antaño tan violento y despiadado territorio de la hoy Europa de los derechos humanos, es cosa de todos, a todos beneficia, todos pueden sentirse agraviados en un momento, y por ende todos deben estar implicados en su arraigo y fortalecimiento⁸.

8 El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER 2008-06077, «La incidencia de la nueva ordenación europea de los derechos fundamentales de los sistemas jurídicos nacionales y la actuación de las Administraciones Públicas en su protección y Desarrollo», del que yo mismo soy director.

PRIMERA PARTE

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO
ÁMBITO DE LIBERTAD Y COMPROMISO
DE PRESTACIONES**

CAPÍTULO 1

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO ÁMBITO DE LIBERTAD Y COMPROMISO DE PRESTACIONES

Lección pronunciada con motivo del otorgamiento del *doctorado honoris causa* por la Universidad de Zaragoza, el 17 de noviembre de 1999. Fue publicada, entre todas las intervenciones del acto, en la «Revista Aragonesa de Administración Pública», 15, 1999, 23-41. He decidido mantener mis palabras iniciales de aceptación y agradecimiento. La lección apareció también en el volumen colectivo dirigido por Santiago Muñoz Machado, José Luis García Delgado y Luis González Seara, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 2000, 471-486

Unos 16 años hará que subiera por última vez las escalerillas para incorporarme a esta cátedra que ahora ocupo de nuevo. En aquella ocasión, el entonces secretario general, el profesor Bermejo, me había pedido que preparara un discurso para acompañar y amenizar el otorgamiento de honores que la Universidad de Zaragoza confería coincidiendo con el día de su patrón, San Braulio. Lejos andaba yo entonces de sospechar que un día como hoy me llamaríais para que volviera de nuevo con vosotros y, menos aún, que el salvar los peldaños tuviera que ver en esta ocasión con el alto honor que me conferís. Mucho me honra, me confunde y emociona vuestra generosidad y me llena de agradecimiento. Soy muy sensible a todos cuantos han participado en tan laboriosa de-

cisión, en todos los tramos y escalones, y de forma muy especial a quienes impulsaron la iniciativa con tesón y constancia, derrochando amabilidad para conmigo. Me siento además especialmente orgulloso, por personalizar alguna referencia, de los dos padrinos que ahora, como a neófito, me dan su fuerza y su apoyo. Fernando López Ramón —desde la lealtad y la amistad entrañable, como bien habréis comprobado por las halagüeñas y generosas palabras que acaba de dedicarme, en las que se le ha ido un poco la mano, pero nuevo motivo para mí de agradecimiento— personifica y simboliza mi labor académica en Zaragoza, el trabajo hacia adentro, callado y silencioso, en las tareas universitarias, las clases a los alumnos —como tal le conocí yo—, la formación de profesores —fase siguiente de nuestra relación—, o como animador de investigaciones —con gusto prologaría su magno libro sobre los espacios naturales protegidos—. Esta faceta fue gustosa y tuve la suerte de que los que a mí se acercaron contribuyeran a que resultara fértil a lo largo de los 17 años que aquí permanecí como catedrático. Eloy Fernández Clemente me conecta, desde su sólido status académico, con la proyección cívica que tuve la suerte de poder llevar a cabo a lo largo de mi dilatada estancia en Zaragoza. Una y otra veta contribuyeron a que trabara relaciones indelebles con Zaragoza que me han de acompañar, que nos han de acompañar, pues María José fue compañera inseparable, a lo largo de toda la vida.

Gracias especiales y sentidas a ambos, y con ellos, a todo lo que representan y simbolizan.

Unos y otros me habéis proporcionado un día grande que me tiene anonadado con la amable presencia de familiares, amigo, compañeros y colaboradores, venidos ya de Huesca o de Zaragoza, ya de puntos muy alejados y distantes, sin escatimar en esfuerzos o sacrificios. Gracias también a todos por acompañarme en este día para mí tan importante, conocedor como soy de mis limitaciones. Un día señalado y, además, irreplicable. Al conferirme vuestros honores y hacerme doctor por la Universidad de Zaragoza, mi vieja lógica me lleva a interpretar que me hacéis doctor por la Universidad Española. Llego así ya a lo máximo.

Día grande, pues de este modo considero colmado el cupo de honores universitarios que yo pudiera recibir.

Y como expresión de mi agradecimiento, y antes de pasar a mi disertación académica, permitidme que de la mano de un puñado de poetas queridos esboce en unas cuantas pinceladas algunas de las que han sido ideas o aficiones que me han movido a lo largo de estos años.

Me congratulo, así, de haber intentado lo que, referido a personas que tanto he admirado, el poeta de Moguer denominaba «los tres cultivos supremos: el esmero de la inteligencia (la poda del ingenio), la vida del sentimiento, el valor de la bondad y la realidad de la conciencia». Eso decía, poco después de ponderar lo que aquéllos practicaban: «Voluntad de fruto a contra éxito (...): pena en lo fácil, apartamiento de lo bullanguero, idealismo concentrado, al margen de la exhibición, del retrato, del alarde, de la pelea menor (...). Tensión para acercarse a los saberes, sí, lo damos por descontado, pero, a la par, y sin falta, atención para la vida del sentimiento —el gozo y el disfrute de los manantiales de la cultura, la naturaleza siempre presente como fuente de vida y de inspiración— y, del mismo modo, afán de mejora y respeto máximo para las cosas de la conciencia.

Otro de los poetas amigos, el sevillano ilustre, tan castellano, que llegó a presentar incluso una instancia para ser catedrático de francés en Zaragoza, me introdujo, me desveló el universo riquísimo y misterioso de nuestras más profundas galerías «en esas galerías sin fondo del recuerdo», «allí el poeta sabe el laborar eterno mirar de las doradas abejas de los sueños», y es que «la nueva miel labramos, con los dolores viejos». Otra voz, tan frágil y tan poderosa, me alumbró una realidad demasiado frecuente en nuestra tierra, cuando con estos versos patéticos, que emocionan, y que estarían entre lo más hermoso que jamás se haya escrito en España, nos venía a recordar a todos, allá donde se oyen las campanas de Bastabales, la presencia de esas «viudas de vivos e muertos, que ninguen consolará».

Tuve la gran suerte de que mi primera cátedra me diera acceso a una de las universidades ilustres de la historia de España, ciudad junto a cuyas doradas piedras «aprendieron a amar los estudiantes». Activi-

dad que, por cierto, no es nada desdeñable en los profesores. Es así como haría su presencia la voz a ti debida. Por cierto, que a muchos he contado, y nadie me ha logrado aclarar nada, que el padre de don Pedro llegó un día a Madrid procedente de Huesca, Salinas, un apellido bien de mi tierra. Y el gusto también de reconocer la sorprendente presencia de esas palabras mágicas —«La voz a ti debida»—, ya en la Égloga tercera de Garcilaso, ese insensato empeño humano pensando que «aquel sonido hará parar las aguas del olvido», pero reconocerlo también, en Cervantes, en medio de la fascinante estancia de Don Quijote en tierras de Aragón, sus cuitas, gozos y pesares a lo largo de su permanencia justo en el palacio de los Duques.

De las lejanas tierras de los Andes vendría la voz del amigo que desvelaría otra realidad, ésta terrible: «Cuídate España de tu propia España». La realidad, en efecto, de una historia de guerras civiles. Una constatación que siempre me ha impresionado. Mi satisfacción así, por haber podido participar, desde la generosa acogida de los ciudadanos de la provincia de Zaragoza que apoyaron mi escaño en el Senado, justo en una candidatura de unidad, y el haber tenido el magno privilegio de colaborar, aunque de manera menor, en la que sería la Constitución del consenso. Nunca he tragado por eso a los periodistas, políticos o animadores de opinión que ejercen de cainitas. Por el contrario, me ha gustado beber de las fuentes que manan los chorros de la tolerancia, del respeto, del encuentro, sin mengua de las diferencias. Dos siglos han pasado casi desde que don Francisco de Goya nos ofreciera su estremecedora visión de «Los desastres de la Guerra», pero éstos no son sólo arte o vestigio de la historia sino, por desgracia, realidad demasiadas veces vivida desde entonces entre nosotros y aún bien presente todavía a pocos kilómetros de distancia. Por cierto, que todas las mañanas tengo ocasión de recordar el rico y vasto mensaje de tan universal aragonés, pues al ir a clase debo pasar por delante de la ermita de San Antonio de la Florida, por delante también del sitio donde se hallaba la quinta que fue testigo de tantas ilusiones y zozobras. Bien sabemos que la inactividad, el sueño, de la razón produce monstruos. ¡Habrà que tratar de conjurarlos!

He ido haciendo, al cabo de los años, mi manera de vivir la universidad. Bien claramente veo dónde estoy y lo que pasa alrededor. Otro de los viejos queridos, el que vino de cuidar cabras en Orihuela, me impresionó con su «Alto soy de mirar a las palmeras, rudo de convivir con las montañas». Mis alumnos de Zaragoza oyeron más de una vez alguno de los versos de ese patético Silbo de afirmación en la aldea. Pues bien, cuando pienso en lo que pienso —y practico— sobre la universidad, me viene en mientes lo que decía el bueno de Miguel:

*No concuerdo con todas estas cosas
de escaparate y de bisutería:
entre sus variedades procelosas,
es la persona mía,
como el árbol, un triste anacronismo.*

¿Un triste anacronismo, como el árbol, en la ciudad en que vivo, cada vez más compacta de volúmenes, concebir la universidad como a mí me gusta?

Pero no me desazono por eso. Por fortuna, no me faltan las fuerzas y los ánimos. No me abandonan las ideas, aparte de que testimonios de generosidad como el que hoy recibo me afianzan y otorgan nuevas energías. Y es que, por venir a la última pincelada ya, no me siento ridículo haciendo mío el precioso verso de otro Pedro, ese saber que, de un jardín ameno, «el áspid saca veneno, la oficiosa abeja, miel». No sólo porque me encanta la miel, de la que soy consumidor habitual, pero me siento muy a gusto en el papel de «oficiosa abeja». Hablaba antes de los cainitas, que no escasean, como no falta la presencia del áspid en nuestros pagos. Yo, erre que erre, intentando sin descorazonarme, un día y otro día, jugar al papel de oficiosa abeja.

He ahí mi fórmula y mi receta, que ni pretendo vender ni exportar, pero que me ha gustado exponeros como reconocimiento a la gran satisfacción que me habéis dado unos y otros en este día.

Y ya, para no alargarme demasiado, permitid que os lea una pequeña lección, fruto de una reflexión que me ha ocupado últimamente, y que

adapto especialmente para esta ocasión. Pero antes de entrar en faena me gustaría, en línea con lo anterior, hacer un brindis como se acostumbra en la fiesta. Un brindis que ejecutaré leyendo una vieja página mía, de esas que uno aprecia y con la que se siente satisfecho. Pero no os asustéis porque esa página no tiene más que seis palabras y una coma en medio. Palabras que de alguna manera reflejan también mi visión de la Universidad, la ausplicable continuidad de las generaciones. Postura personal que no todos comparten, los unos se jactan de no creer en lo primero, los otros menosprecian lo segundo. Yo creo en lo uno y en lo otro, y en el conjunto. Tan satisfecho ahora por la presencia jubilosa de representantes de una y otra bancada, permitid que proyecte este acto y lo que significa, trayendo aquí la dedicatoria que puse en un viejo y querido libro:

«A mis maestros, a mis discípulos».

Y ahora ya, paso a desarrollar mi lección.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO ÁMBITO DE LIBERTAD Y COMPROMISO DE PRESTACIONES

1. Una de las cosas que acredita la experiencia de los 20 —casi 21— años de vigencia de la Constitución es el dinamismo de los derechos fundamentales, y no sólo en cuanto a su efectividad práctica sino también en cuanto a su configuración dogmática, que es de lo que voy a ocuparme ahora sobre todo. Ha habido que improvisar poco menos que de la nada todo un sistema de derechos fundamentales, y el dinamismo se ha manifestado en la fluidez, la apertura de fórmulas y la superación de apariencias para adaptarse a la realidad y tratar de dar respuesta a las necesidades de cada día.

2. Me parece oportuno arrancar esta exposición partiendo del dato de la efectiva aplicabilidad del sistema de derechos fundamentales instaurado por la Constitución de 1978.

No ignoro que habrá espacio para las críticas, quejas, carencias, disfuncionalidades y vacíos, pero me parece de justicia su-

brayar una presencia activa que ha canalizado durante estos 20 años muy importantes energías públicas al objeto de conseguir dar vida al título primero, movilizándolo también tantos otros preceptos dispersos sintonizados con él.

Centrado así en el título sobre los derechos fundamentales, he de mostrar mi sorpresa ante los que descalifican, vituperan, menosprecian, ridiculizan o aguijonean la Constitución o, simplemente, lanzan sus dardos contra ella, a la vista del alto significado para la sociedad española de la previsión sobre los derechos fundamentales, pues nunca he visto en los críticos que exceptuaran y salvaran este capítulo. Me pregunto qué sustitutivo tendrán guardado para el título primero, pues no suelen ser demasiado explícitos al respecto. No hará falta insistir para notar que estamos ante contenidos decisivos de la Constitución (recuérdese una vez más el tantas veces citado artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: no hay Constitución cuando no están garantizados los derechos del hombre). Más aún, pienso sinceramente que para juzgar de progreso o progresismo, de avance o de modernidad en relación con una Constitución y su mundo, el principal baremo lo constituyen los derechos fundamentales. Lo que cuenta para poder hablar de sociedad democrática avanzada es, ni más ni menos, que el termómetro de los derechos fundamentales, aunque bien sé que habrá quienes pretendan arrimar el ascua a otras sardinas. Asegurados en grado satisfactorio los derechos fundamentales, lo demás caerá por su propio peso al encontrar un campo propicio; pero no a la inversa.

3. Hay en los derechos fundamentales dos posibles vertientes —entre otras— que me gusta destacar y que recordaré ahora, aunque sea de forma sumaria, para que orienten el desarrollo de esta exposición.

Pesa mucho, en los derechos fundamentales, el lado simbólico, los grandes modelos, las ideas que mueven a los hombres. A

situar ahí las más famosas declaraciones de derechos y tantas actuaciones que sirven para que arraiguen las aspiraciones.

Pero hay que contar también, aunque sea menos aparente, con lo jurídico, la instrumentación jurídica, las fórmulas sociales que cada tiempo debe darse para lograr esas aspiraciones efectivas.

La primera vertiente, imprescindible, con su peso específico, debe estar siempre presente para abrir caminos o para cuando haya desfallecimientos u olvidos, en ocasiones, para rectificar malformaciones o, aunque sólo sea, para que no disminuya el ritmo, el flujo o la búsqueda de nuevas respuestas a las necesidades que vayan apareciendo. Dicho lo cual, yo voy a centrarme ahora en la instrumentación jurídica, que, en general, pero sobre todo en sociedades tan especializadas y tan complejas como la nuestra, resulta enormemente complicada. El aparente simplismo que derivaría de lo simbólico se torna después en laboriosas y arduas tareas, cuando se quiera preparar un nivel de respuesta jurídica satisfactoria. La propia estructura de los derechos fundamentales y libertades públicas resulta compleja y heterogénea, a pesar de las apariencias, como voy a tratar de razonar enseguida. Los instrumentos jurídicos para abarcar tantas situaciones diferenciadas como de hecho surgen hacen necesario un minucioso afinamiento que ha de conjugar multitud de respuestas. Aparte de que hoy se tiene muy claro que, del otro lado, del lado de los destinatarios, ante los derechos y libertades, no hay una cuota única y unívoca, no funciona la fórmula de la ración de igual tamaño, no tienen por qué ser todos los panes del mismo peso; al contrario, es deseable que no lo sean. La mención al hombre o al ciudadano, o a la persona, más recientemente, no se solventa con una fórmula rígida y de validez universal, sino que se impone dar un paso más para indagar qué debe corresponder en concreto a cada ser humano. Son las exigencias de la especialidad, algo propio de nuestro tiempo —sabiendo que no siempre ha sido así—, pero los imperativos de la justicia fuerzan a maniobrar con tino en la casi

milagrosa operación de dar cumplimiento a las exigencias derivadas del principio de igualdad —el gran norte que guía el sistema—, que se alarga a través de la regla de no discriminación, pero que va a reclamar el trato diferente a lo que es diferente. Hay que hilar muy fino cuando se aspira a conseguir el «*sum quique tribuere*», el laborioso y complejo dar a cada uno lo suyo. Dejemos aquí las cosas, aunque enseguida he de volver sobre la instrumentación jurídica.

4. Conviene tomar nota también de que la fórmula constitucional española —al margen de los compromisos internacionales, tan importantes y que en no pocas ocasiones alteran el esquema— nos ofrece un triple escalonamiento, graduando en tres niveles los derechos fundamentales, al objeto de concentrar las energías a través de los correspondientes mecanismos jurídicos. Están, en primer lugar, los derechos fundamentales con garantía reforzada, de la sección primera del capítulo segundo del título primero, en concreto los que hallan cabida en los artículos 15 al 30, más el 14. En el segundo escalón estarían los derechos de la sección segunda del citado capítulo, los comprendidos en los artículos 30 a 38. Y en tercera posición se situarían los principios rectores de la política social y económica, del capítulo tercero del propio título. No voy a insistir en una idea que he desarrollado en otras ocasiones, aunque sí recordaré que para extraer todo el juego de efectos y consecuencias resulta clave el artículo 53.

Dicha graduación, con sus implicaciones, reflejo también de lo simbólico y de lo histórico, no debe, empero, hacernos olvidar algo importante, por más que obvio: llevado a cabo el proceso de concreción de los principios rectores, y una vez que el legislador selecciona y lleva a la norma las posibilidades, quienes sean titulares de las pretensiones así afianzadas van a alcanzar una situación jurídica consolidada, para cuya defensa contarán con eficaces mecanismos jurídicos, similares del todo, en alguna de las fases, a los mecanismos de que disponen los titulares de las opciones

derivadas de los derechos fundamentales más reforzados. En este sentido, cabría recordar, como ejemplo, la insistencia de algún sector doctrinal en defender que «el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado», que garantiza entre los principios rectores el artículo 45, llegaría a considerarse como un derecho fundamental (así, Fernando López Ramón, Demetrio Loperena o Jesús Jordano Fraga).

Y aún señalaría otro dato sobresaliente: casos hay en que los principios rectores, o alguna de sus secuelas, aparecen muy próximos a los derechos más reforzados, incluso, a veces, con una contundente vocación de cercanía. Lo cual hace más difícil la aspiración a distinguir hasta dónde alcanza lo uno, dónde comienza lo otro.

Tomemos nota de las características propias del sistema de derechos fundamentales, aun contando con la jerarquización: en ocasiones, propuesta intencionada para mantener diferencias y distinguos, con el consiguiente reflejo en los mecanismos jurídicos, pero, en otros casos, similitud de pretensiones y remedios por encima de la diversidad de fondo, mientras que, a veces, aproximación de regímenes casi hasta llegar a la confusión.

5. Resulta curioso reflexionar sobre las frecuentes clasificaciones de los derechos fundamentales y libertades públicas. Tendrán un valor didáctico y aproximativo, facilitarán la enseñanza, servirán para el aprendizaje, pero hay que ser bien conscientes de tales limitaciones porque, tantas veces, los moldes clasificatorios no sirven para contener la realidad, que desborda por todos los intersticios, casi como escapa el agua de las canastas.

Se habla, así, con demasiada firmeza, de derechos de libertad y derechos prestacionales, para poner el acento en la tónica de contención y de dejar hacer, en el primer caso, o para recalcar el compromiso de respuestas positivas, en el segundo. Otras veces, se enfrentan las libertades con los derechos sociales. Sabida es la

dicotomía usada por los Pactos de Nueva York al desarrollar la Declaración Universal de Derechos Humanos (citada en adelante como DUDH): los derechos civiles y políticos son objeto de uno de los textos, mientras que se reservan para el otro los derechos económicos, sociales y culturales. En otras ocasiones, se acude al criterio generacional: se quiere poner el acento en los derechos de la tercera generación, no sé si en los de la cuarta, etc.

Todo eso está muy bien sabiendo para lo que sirve. La realidad efectiva de cada derecho —una vez reconocido, que es lo importante— suele ser bien distinta de lo que revelan las clasificaciones al uso. No es infrecuente que de cada derecho o libertad deriven como alternativa opciones o titularidades plurales, diversas y de significado heterogéneo, más allá de simplismos y apariencias. Con una carga dinámica, además, ya que, frente a la sensación de rigidez, el contenido de los derechos y libertades puede variar en el tiempo y en el espacio. Hay, sin duda, una tendencia a la internacionalización o la universalización, incluso —recuérdese lo que representó la alternativa de que fuera «universal» la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas—, y en este sentido me gusta destacar cómo también «se hace» Europa a través del sistema «europeo» de Derechos Humanos; pero la respuesta concreta, el contenido preciso de cada uno de los derechos frecuentemente es variable y depende de un buen número de circunstancias: el compromiso asumido, las necesidades sentidas y prevalentes, las posibilidades de que se dispone, etc. Cabe, incluso, que haya que marcar preferencias, con lo que cobra especial realce la idea —aparentemente escandalosa— de que la lista de derechos fundamentales es limitada, lo que implica que haya que repartir, privilegiando pero también, por lo mismo, posponiendo. Cada tiempo, cada época, trae sus respuestas.

6. Hay una pregunta fascinante que tantas veces nos golpea:

¿Qué debe hacer el Estado ante los derechos fundamentales y libertades públicas, ante cada uno de ellos en concreto, ya que cons-

tatamos que no valen las respuestas globales y genéricas? Cuando se desciende del terreno de los símbolos podemos quedar desorientados por la tendencia a dar respuestas categóricas. La mejor ley de prensa —se ha dicho tantas veces por algunos— es la que no existe. Hay en esta frase, en efecto, una clara línea de respuesta que se entiende perfectamente cuando se sale, se está saliendo o se pretende salir, de una ruda situación de intervencionismo, con censura, secuestros, cupos y tantas otras medidas similares. Algo parecido se pensaría en relación con los partidos políticos, los sindicatos y demás agrupaciones frente, también, a los períodos de rudo intervencionismo: dejar hacer, constreñir al máximo la respuesta pública, la más pura pasividad, a eso es a lo que se aspira sin falta. Variemos de registro y, para adquirir otra perspectiva, tomemos otro ejemplo, el derecho a la educación, en los términos del artículo 26 DUDH (que no alude a la libertad de establecer centros de enseñanza, sino que se fija en la formación que cada ciudadano debe recibir). Aquí ya se contempla una respuesta positiva de los poderes públicos, que habrán de cuidar de que haya escuelas para todos. A veces, aunque mínima, el soporte normativo del derecho ya ofrece alguna determinación. Recuerdo, así, el entrañable contenido, tan de su momento, que nos depara el texto que inaugura en España la historia de los derechos y libertades, la Constitución de Cádiz. A la altura de 1812, el artículo 366, dentro de un título dedicado a la «instrucción pública», determinaba que: «En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles».

Se refleja ya la expresión de una carga positiva, modulada y orientada por los contenidos referidos.

Hoy, la DUDH concreta algo también, en otra dirección. Por de pronto, la instrucción elemental habrá de ser gratuita. Se marcan igualmente unos objetivos: el pleno desarrollo de la persona-

lidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos, la comprensión, la tolerancia, etc.

¿Hemos cumplido diciendo lo anterior? En puridad, por más que la respuesta resulte tajante e, incluso, biensonante, hemos dicho muy poco: de la misa, la media, como se suele decir. La realidad es mucho más compleja.

Por volver a los ejemplos mencionados, ahora en orden inverso, a poco que se piense, se cae en la cuenta de que el contenido del derecho o libertad deja pendientes no pocas preguntas ante las que no queda más remedio que tomar partido. Educación, sí, y gratuita: ¿Qué duración? ¿Incluye actividades complementarias? ¿Se pagan los libros de texto y el material? ¿Se dan las comidas? ¿Se incluye supervisión médica? ¿Qué calidad de enseñanza? ¿Se retribuye adecuadamente a los profesores o se adopta la tónica de que vale cualquiera? Y los edificios: ¿Qué tipo de escuelas y de centros? ¿Habrá instalaciones complementarias, laboratorio, biblioteca, sala de máquinas, etc.? ¿Se sanciona a los padres que no escolarizan a los niños? En todos los pueblos de la Monarquía, decía la Constitución de Cádiz: ¿Dónde ponemos las escuelas? ¿Los trasladamos en autobús, para así concentrar? ¿Y el niño cuya familia vive aislada en el caserío? Aprenderán a contar, decía también la Constitución de Cádiz, con gran sabiduría; no digamos ahora el debate —que tanto importa a la sociedad y que no debería escamotearse— de «el qué se enseña y cómo se enseña» (recordando, así, a título anecdótico, la decisión del primer ministro británico, Mr. Blair, de que los niños ingleses utilizarán instrumental, máquinas y aparatos... una vez que su mente haya adquirido soltura para manejarse en las cuatro operaciones).

Por más que se convenga en un contenido mínimo, se cae en la cuenta de que la estructura del derecho a la educación es muy compleja e implica un número de opciones y posibilidades —y he prescindido de no pocas, e importantes— ante las que necesariamente hay que optar en cada momento.

Pero no se crea que en los otros ejemplos no haya también variantes que sopesar.

Partidos, sindicatos, asociaciones.., está clara la función primaria de permitir su erección y funcionamiento sin interferencias. Pero luego vendrán las reglas para garantizar su identidad, sin que otros abusen con designaciones que tiendan al equívoco, o habrán de establecerse los criterios y mecanismos por si surge la disputa y unos u otros pretenden quedarse con el nombre, las listas, el patrimonio. Y no será nada extraño que surjan los requerimientos de financiación pública —¿por escaño, por votos, un cupo igual a cada uno?—, de cesión de locales, o de servicios, o de espacios en los medios de prensa, opciones que normalmente se objetivan, afianzan las correspondientes prestaciones, dando lugar, incluso, a clamar ante los correspondientes tribunales haciendo funcionar la oportuna pretensión.

Dígase lo mismo del rico mundo de la prensa, con la impresionante variedad de oportunidades que hoy lleva consigo. No desconozco el eventual desasosiego de quien quiere abrir un periódico o instalar una emisora, de cualquiera de las posibles, por atenernos al contenido más aparente de esta libertad. Está clara la tónica de abstencionismo y dejar hacer. Cierto que hoy han cambiado los medios técnicos y se han multiplicado las posibilidades de poner en funcionamiento emisoras. Pero casos hay en que persiste la limitación... y entonces es forzado repartir. No queda más remedio que fijar unas reglas de juego y determinar unos criterios. Surge ya la necesidad de articular una respuesta lo más respetuosa posible con la libertad y con la igualdad. Pero, aunque no haya esa necesidad de intervención, aunque la libertad funcione, en principio, no pidiéndole al Estado más que que se abstenga, no faltan ejemplos, algunos normalmente practicados ahora o de bien reciente memoria, en que las empresas periodísticas instan y hacen valer su —a veces muy consistente— fuerza para que se otorguen ayudas, de modo que la libertad se complementa con un te-

jido de prestaciones (jurídicamente formalizadas, en cuya defensa cabe accionar las correspondientes pretensiones ante los tribunales). Será el precio especial para el papel prensa, subvenciones en dinero contante u otras variantes o modalidades intermedias; cabe la respuesta de ámbito nacional, pero a veces se prima la defensa de prensa local o regional. Muy abundante ha corrido el dinero para facilitar la libertad de prensa en alguna de las lenguas cooficiales. Ha estado de actualidad la, por el momento fallida, intención del gobierno francés de eliminar la ventajosa situación fiscal de los periodistas. En definitiva, que la libertad, los beneficiarios y titulares de la misma, no se resignan ante el puro dejar hacer y consiguen que se afiance un consistente bosque de prestaciones. Jurídicamente articulado, insisto. Hay casos en que se complementa con el fenómeno tan próximo —en ocasiones, pero sucedáneo de la subvención o financiación— del reparto de la publicidad, mundo bastante obscuro, a cuya clarificación creo que no ha contribuido una jurisprudencia en ocasiones demasiado igualitaria y rigorista.

Todo ello, sin contar con las variantes de intervención pública al objeto de conseguir que funcionen las reglas de juego, desde la óptica de la tutela de los legítimos derechos de personas y sociedades —de recordar, así, la legislación antilibelo que suele hallar cabida en los códigos penales—, de la protección de la infancia y juventud, o de la defensa del pluralismo y en evitación de las concentraciones ilegítimas. Resulta, así, una pura vaciedad que no se acomoda a la realidad la tan cacareada aspiración a la ausencia de ley, pero bien conocida es la afición del poder a que no se le pongan límites ni cortapisas, que nos hace recordar alguna de las más famosas afirmaciones de Montesquieu.

En resumen, el aparente, contenido primario de los derechos y libertades gusta de hacerse acompañar de ventajas positivas. Se clama primero por un dejar hacer, pero detrás de la esquina acaso aguarda la querencia de ayudas y prestaciones, y, aun en el supuesto de los compromisos de hacer, como es el caso del derecho

a la educación, no tiene bordes fijos el margen de disponibilidad, lo que se traduce en una gran capacidad de juego y en la elasticidad de las respuestas.

7. Si insistimos en la pregunta que antes anunciaba de qué debe hacer el Estado ante los derechos fundamentales y libertades públicas, más en concreto, qué debe hacer ante cada uno de ellos, va a resultar que, como regla, la respuesta es variada, plural y dispersa. Hace poco, me planteaba este interrogante al estudiar la libertad religiosa, y en tal ocasión convenía, en fórmula que me parece proyectable a otros derechos y libertades, que caben, al menos, cuatro modalidades de respuesta. En primer lugar, sí, lo que debe hacer el Estado ante la libertad religiosa es... no hacer nada; dejar hacer en el sentido más simple, sobre el que ya antes se razonó: que el que quiera crear, crea; que el que desee tener su religión, la tenga; que el que aspire a acudir a actos de culto, acuda; y así un largo etcétera. Sería la faceta más elemental de las libertades, la que entra por los ojos a simple vista y se traduce, valga la redundancia —pero hay que contar con las limitaciones del lenguaje—, en una esfera de libertad.

Pero hay una segunda vertiente de actividad que puede apenas trascender y que, sin embargo, resulta vital para las libertades. En efecto, el Estado asume el compromiso de vigilar el campo y las reglas de juego para que aquéllas puedan tener vida, lo que será exigido sin falta, incluso ante los tribunales o pudiendo saltar la chispa de la responsabilidad, internacional, patrimonial o de otro orden. A veces, deberá estar a punto el oportuno dispositivo policial, por si alguien pretendiere, por ejemplo, interferir o perturbar la celebración de actos de culto o manifestaciones religiosas. Incluso, normalmente, será preciso tener ajustado el Código Penal, con las necesarias previsiones disuasorias, pensando en la hipótesis de que a alguien se le ocurriera violentar los templos y lugares de celebración, impedir las ceremonias o insolentarse a los ministros responsables. Contando con que el respeto de

las reglas de juego y la garantía de su fluidez alcanzan también pluralidad de aspectos, que en cada uno de los derechos y libertades se desdoblarán en las correspondientes exigencias. Por ejemplo, y por seguir con la libertad religiosa, ésta se inserta en nuestros días dentro de una opción más amplia, la de la libertad ideológica y de conciencia. Lo que quiere decir que se protege tanto el tener religión —cualquiera entre las varias existentes— como el no tenerla. Incluso, los textos recuerdan que la libertad religiosa incluye también la opción de abandonar la que se profesa, para cambiar o prescindir de las creencias. Lo que fuerza a que el Estado tome las medidas oportunas para que queden aseguradas tales opciones, reclamándose normalmente minuciosas previsiones legislativas.

Hay un tercer bloque de actuaciones del Estado al que hay que reconocer su plena virtualidad. Que no resultará así afectado por la existencia de una libertad, como pueda ser la libertad religiosa u otra cualquiera. Pienso en las responsabilidades públicas en materia de policía sanitaria o mortuoria, de protección civil, de urbanismo y de reglas para las edificaciones, la policía medioambiental, una de cuyas secuelas pueda ser la protección frente a las agresiones sonoras, etc. En casos tales, el ejercicio de la libertad ni debe interferir ni debe servir de excusa para impedir la respuesta pública necesaria. Ciertamente habrá que dar cabida a la objeción de conciencia allí donde esté legítimamente asentada y que, en general, en casos de roces y tensiones, es legítimo y deseable que se actúe con sensibilidad para con la libertad y dando cabida, allí donde proceda, al criterio del «favor libertatis». Pero debe estar muy claro que la regla es la de que tales actuaciones públicas son necesarias y no se coartan por la existencia de la libertad.

Un cuarto capítulo nos va a deparar un enorme cajón de sastre, con multitud de respuestas. Frente a los modelos de separación tajante, de Estado laico o de prohibición al sector público de que propicie prestaciones a las organizaciones religiosas, la fór-

mula de la Constitución Española de 1978 se ha decantado, debido a la insistencia de la organización religiosa de mayor presencia, a favor del sistema de relaciones de cooperación. Como se sabe, tal campo de relaciones puede abordarse a través de la respuesta normativa, pero también a través de fórmulas convencionales. Ambas vertientes han sido objeto ya de amplio desarrollo. Entre la segunda recordaré, en cuanto a la religión católica, los acuerdos sustanciados a través de la Santa Sede como Estado Vaticano, usando las reglas de Derecho Internacional, o, en otros casos, los acuerdos aprobados por tres leyes de 10 de noviembre de 1992 —la 24, la 25 y la 26— con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, respectivamente.

Pues bien, a través de unas u otras vías, en este cuarto grupo, el ámbito de la libertad religiosa queda integrado y completado por un variadísimo conjunto de compromisos y obligaciones positivas, ayudas, facilitación de templos o de solares para ello, exenciones, subvenciones —a veces, incluso, el pago por el erario público del sueldo de los ministros de una determinada organización religiosa—, prestaciones, en suma, cuya determinación habrá requerido notables esfuerzos y habrá representado precisas tomas de postura, dentro de un amplio campo de decisión, pues no hay en absoluto ningún automatismo predeterminado a la hora de precisar tales concreciones, que, eso sí, luego han de quedar minuciosamente juridificadas con las correspondientes garantías. Queden sólo enunciados los trazos gruesos, sin que sea ésta la ocasión de entrar en detalles.

Como decía, las cosas son mucho más complejas de lo que puedan aparentar a simple vista. Ya noté que el ejemplo de la libertad religiosa, con esas cuatro vertientes en que me he detenido, lo estimo trasladable, en principio, a otros derechos fundamentales y libertades públicas. Junto a un contenido aparente y simple,

puede haber tantas otras cosas pendientes de concreción y determinación en cada caso, en absoluto automáticas y que dejen abierta la puerta a un vasto campo de decisión.

No hace mucho debatía el Tribunal Constitucional un caso de interés (STC 166/1996, de 28 de octubre), por continuar con el mismo ejemplo, en el que se discutía cuál era el alcance y contenido de la libertad religiosa en el supuesto de un «testigo de Jehová» que, al no obtener en la sanidad pública la intervención sin transfusión de sangre, que por razones religiosas pretendía, tras acudir a un clínica privada, donde sí consigue el tratamiento auspiciado, pasa luego la factura a la Seguridad Social (al Servicio Navarro de Salud, en concreto). El fiscal y un magistrado que firma voto particular, partidarios de otorgar el amparo (es decir, de que se pague la factura), inciden en el carácter de derecho de prestación que tiene hoy la libertad religiosa, mientras que la mayoría rechazará la pretensión, entendiendo que la libertad religiosa «se concreta en el reconocimiento un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo». Pues bien, mi tesis, lo que yo diría, es que ni lo uno ni lo otro sino lo uno más lo otro. Creo que hay razones, por otros motivos, para denegar el amparo, pero mi línea argumental es que en una libertad o en un derecho fundamental pueden convivir una parcela de exigencia de no intromisión con otra en la que luzca cierta gama prestacional, de mayor o menor intensidad. Tal vez, en la ocasión, se hubiera arreglado de existir un convenio o pacto entre el grupo religioso correspondiente y los órganos públicos responsables para facilitar tratamientos de ese tipo, seleccionando centros y determinando circunstancias y opciones, que en otro caso no hallan encaje en la organización de la sanidad pública.

En suma, complejidad y polivalencia, tan frecuente, al tratar de describir el contenido de los derechos fundamentales y libertades públicas. Acaso una zona de contención pública que asegure el mayor ámbito posible de determinación del ciudadano se halle

muy próxima a una en que se han dibujado respuesta positivas y prestaciones, contando con la gran disponibilidad que suele ser habitual, aunque luego lo normal sea que termine dotándose las de vinculatoriedad jurídica.

8. En efecto, se puede volver ahora a la idea de la juridificación, búsqueda de la apoyatura jurídica, presupuesto obvio para la vida cotidiana de derechos y libertades, una vez que se supera el estadio de lo meramente simbólico.

Al abordar este tema, lo primero que viene en mente es la garantía judicial, el grado de justiciabilidad de derechos y libertades, la alternativa, en suma, de acudir ante los órganos de un poder independiente que pueda controlar las demasías de los aparatos del Estado. Luce aquí la vieja filosofía de que no hay derechos sin acciones para ampararlos. Y así, en las declaraciones de derechos que hoy proyectan sus efectos nunca falta el mandato de que cualquier violación de aquéllos deberá poder residenciarse ante una instancia judicial adecuada. Tal es el alcance del artículo 8 DUDH y, en su línea, del artículo 13 CEDH (opción que es distinta del genérico derecho a la justicia y de la garantía de un proceso justo, que inicialmente se elabora para las causas penales, aunque hoy haya proyectado sus efectos a cualquier proceso). Y una sustanciosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene que ver con esta alternativa.

Reconocido el gran significado, también hay que notar que lo judicial sirve para lo que sirve, y que no es la gran panacea, dadas sus obvias limitaciones. Sirve como vigilante del sistema, pero hay que advertir que, ante todo, el juez queda constreñido por el derecho existente —estoy pensando en los sistemas de corte continental, como el nuestro— y, aunque a veces abre caminos —y, por supuesto, siempre aporta la justicia del caso—, no es la instancia más apropiada para innovar y abordar las aspiraciones sobrevenidas, para facilitar la respuesta global, tan necesaria usualmente.

Me gustaría resaltar con ahínco la importancia de la fase normativa: el llevar las determinaciones a la ley, una ley que sea aplicable y operativa (no me refiero a la ley como florón, afición demasiado frecuente de algunos de nuestros políticos). Lo que implica que previamente se han puesto en práctica —con todos los esfuerzos inherentes— las políticas que permitan alcanzar la ley. Ley para definir donde haga falta, para completar, para habilitar, para afianzar respuestas positivas y prestaciones; también, para derogar y limpiar el ordenamiento jurídico de hojarasca; para prohibir y desaconsejar las acciones u omisiones contrarias al derecho o a la libertad; incluso, cuando sea preciso, la respuesta represiva, de modo que, como dice el artículo 45.3 CE, en relación con el medio ambiente, «para quienes violen lo dispuesto», por ley «se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas [...]»: aunque ya se sabe que, a pesar de la más simple apariencia, más que sancionar a los que violen las reglas, la funcionalidad del mandato estriba, sobre todo, en el efecto disuasorio; que tenga tanta fuerza la previsión que ni siquiera sea necesario sancionar luego. Recordaré que en más de una ocasión el Tribunal de Estrasburgo ha condenado al Estado encartado por no tener la norma punitiva que protegiera el derecho fundamental por la vía de la disuasión.

En suma, a pesar de las apariencias, a pesar de la regla del efecto directo de la Constitución, la ley desempeña un papel de enorme relevancia en la economía cotidiana de los derechos fundamentales. Por eso cobra hoy especial significado y reclama toda la atención que merece el supuesto de la inactividad del legislador, sobre el que tan certeras páginas ha escrito Marcos Gómez Puente.

A la ley, que no es hoy una esfinge, porque más allá de las previsiones normativas de pasividad —es decir, la faceta imprescindible de servir de soporte a mandatos para que luego sean respetados—, hoy se le pide, además, un amplio protagonismo para ir dando cabida a situaciones concretas, habilitando formas de

actuación específicas. No puedo explayarme ahora con detenimiento, pero quiero llamar la atención con energía acerca de lo que significan para la efectiva vigencia social de alguno de los derechos fundamentales todo un conjunto de variedades como programas, campañas, planes y otras fórmulas similares que han de presidir actuaciones predeterminadas.

Del mismo modo, y como secuela de lo anterior, otra faceta de la instrumentación jurídica nos lleva a las previsiones financieras y presupuestarias. No es con puro voluntarismo como arraigan y germinan los derechos fundamentales —sin dejar de reconocer, de nuevo, la fuerza y el peso de lo simbólico—, sino que necesitan inexcusablemente de unos medios, más después de lo que acabo de indicar en el párrafo anterior. Es, si se quiere, una cara oculta de la luna, pero imprescindible para completar la esfera. Y la financiación, en un Estado de nuestro tiempo, con sus reglas y sus complejidades, reclama también la necesaria atención presupuestaria, para lo que es necesario, sin falta, el logro de los votos oportunos que permitan la aprobación. No voy a insistir tampoco sobre este punto, pero había que ponerlo sobre el tapete y reconocerle la indeclinable necesidad que ofrece.

Por último, la referencia final sobre la instrumentación jurídica de los derechos fundamentales, prescindiendo de otras opciones que podrían dar abundante juego, me lleva a dejar constancia, sin falta, de lo mucho que hoy representan los instrumentos convencionales. Cada vez resulta más común que los poderes públicos, al objeto de profundizar en la eficacia de un derecho fundamental, se concierten con grupos u organizaciones especialmente sensibilizados o que integran a los interesados. Aludía antes a la actividad de concertación en cuanto a la libertad religiosa, pero variantes similares aparecen en tantos otros campos, con efectos muy positivos para la vitalidad del derecho, o libertad, contemplado.

De modo que la instrumentación jurídica se desdobra en multitud de fórmulas y soluciones, un universo muy complejo, como

decía, pero necesario, imprescindible, para asegurar el imperio de los derechos fundamentales. Tantas y tantas variantes, no pocas de las cuales van a conducir además a oportunidades de defensa jurídica, ya sea para erradicar lo que interfiere y estorba a la zona de libertad, ya como opciones vinculantes ante las prestaciones, una vez formalizadas y objetivadas éstas (debiendo recordarse el importante refuerzo que viene a prestar la nueva Ley de lo Contencioso, la 29/1998, de 13 de julio, entre otras cosas, al permitir accionar contra inactividades, verbigracia, artículos 32.1 y 71.1.c).

9. Lo que sean prestaciones, en efecto, han debido quedar predeterminadas y definidas. Ello habrá requerido la necesaria tarea de concreción con todas las implicaciones que conlleva. Apenas sin advertirlo, se va a alcanzar una constatación obvia pero que representa mucho en la filosofía de los derechos fundamentales. Cuando en la estructura de un derecho fundamental entre, además del permisivo, el ingrediente prestacional, aparece por fuerza un amplio espacio de determinación. No ha de faltar en cada caso una orientación más o menos definida, un impulso, pero aun así es mucho lo que queda a la determinación. No hay automatismo alguno, no se solucionan las cosas pulsando una tecla, no hay brújula que por sí encuentre su norte. Hay que decidir y rellenar de contenido. En suma, que el alcance de lo prestacional va a depender de muy variadas circunstancias y factores. Podemos retomar el ejemplo que antes consideraba: derecho a la educación, sí, y gratuita, pero ¿entre qué años? ¿De mañana o también de tarde? ¿Con colonias escolares incluidas y las clases de natación y las de vela? Los profesores, ¿selectos, pasando o del montón? Los edificios e instalaciones, ¿que tengan luz y alegría, árboles, o lo que interesa es formar espartanos? Y todo el largo etcétera que el derecho a la educación nos puede seguir deparando. Esto es un lado del polígono, pero es que junto a la educación están en la vida cotidiana los otros derechos concernidos: el derecho a la protección de la salud y al disfrute del medio ambiente,

la atención a los disminuidos y la libertad religiosa, los partidos y la cultura, el derecho a la justicia y la seguridad e higiene en el trabajo, el deporte y el patrimonio histórico. Y un largo etcétera, dicho de forma contundente. Por cierto, que frente a las aspiraciones de los países inexpertos —o algo ignorantes—, que pretenden incluir en sus constituciones tiras enormes de derechos fundamentales, hay una vieja sabiduría que opta por la contención, sabiendo que es polémica la selección y, tal vez, ingrato el dejar algo fuera, pero que no queda más remedio que concentrar la atención preferente y dedicar las escasas energías a los que se señalan como valores cualificados.

Los esfuerzos, los medios, la dedicación de las organizaciones, pero también los recursos financieros, ¿a qué se van a orientar? La alternativa es decidir, optar y concretar. Con lo que entrarán en consideración bien diferentes factores: las necesidades sentidas y las parcelas más menesterosas, las posibilidades de la sociedad en ese momento, el grado de concienciación ante los derechos fundamentales, el peso de la opinión pública reclamando, los medios financieros sin falta, entre otros.

Reclamando, ¿pero reclamando qué? ¿Se apoya a los partidos, a las organizaciones religiosas o a la defensa de los consumidores? ¿Deporte o salud? ¿Qué salud, hasta dónde? Y deporte, ¿el deporte de especulación o el que hayan de practicar sin alharacas los ciudadanos? ¿A la manera de los Giles, los Asensios, los Ruiz Mateos y de más almas cándidas que pululan por la selva, o, por el contrario, con la seriedad, generosidad, tesón y desprendimiento de que hacen gala, por ejemplo, los que se integran en Peña Guara? Deporte, sí, pero ¿qué deporte? Y así, con todo.

El ámbito de las prestaciones implica, por definición, bajar a la palestra para bendecir unas soluciones y desechar otras. Hará así su aparición en escena el arbitrio. Produce cierto palpito la constatación. ¿No quedábamos en que los derechos fundamentales son inherentes, inalienables, vinculantes?

En algún momento de nuestra historia se ha hablado de derechos ilegislables, desde los planteamientos más genuinamente liberales. Se puede recordar, a modo de ejemplo, la intervención de Castelar, en lo que sería una celeberrima pieza de nuestra historia cultural, y es grato evocar su memoria ahora que se cumplen cien años de su fallecimiento. Decía, en efecto, don Emilio, al discutirse acerca del alcance de la libertad religiosa, en los debates en el Congreso previos a la Constitución de 1869, contestando al canónigo integrista de Vitoria don Vicente Manterola: «si a alguna cosa se puede llamar derechos divinos es a los derechos fundamentales humanos ilegislables». Derechos humanos ilegislables, reténgase la expresión. En esa línea, la propia Constitución de 1869 consagró, en el artículo 22, aludiendo a todos los derechos que la Constitución garantizaba a los españoles, que «no se establecerá ni por las leyes, ni por las autoridades, disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título». Nada debía añadir el legislador por su cuenta —ni menos las autoridades— en detrimento de los derechos humanos, que se califican, así, de ilegislables. Hoy la idea, lo que tiene de recelo, pervive, si bien más amenguada; no en balde se estima que hay un imprescindible espacio para el legislador: «sólo por ley que, en todo caso, respetará el contenido esencial», es la construcción que ahora ofrece el artículo 53 del vigente texto constitucional, voluntariosa fórmula que no acaba de despejar todas las dificultades, por más que valga lo que tiene de alarma, incluso la concertación que representa la exigencia de ley orgánica para la regulación de los derechos fundamentales cualificados.

De esta manera y con tales fórmulas se garantizan los aspectos concernientes al ámbito de libertad. La concreción de lo prescricional es ya más compleja, pues exige siempre una tarea adicional. A la vista de esas dificultades, se incorporan precisamente al sistema un conjunto de remedios. Se va a recalcar así, que los derechos fundamentales son vinculantes, que todos los poderes pú-

blicos quedan a ellos sujetos. Por eso se dice que son fundamento del orden político y de paz social, en un viaje de ida y vuelta que pretende implicar al orden político. De ahí el punto de partida de la Constitución, constancia expresa de la voluntad de la Nación española de proteger a todos los españoles en el ejercicio de los derechos humanos. Y todo lo que sigue en cuanto a estructura constitucional y sus técnicas, partiendo de la fórmula ya referida de que hay un contenido esencial cada derecho fundamental que debe necesariamente ser respetado. De ahí, todos los compromisos internacionales, el importantísimo capítulo de responsabilización de cada Estado, junto al apoyo recíproco a la emulación entre unos Estados y otros, un panorama vastísimo y de gran peso en el que no puedo detenerme ahora.

De modo que el espacio para lo prestacional, aúna el amplio margen para la determinación con orientaciones y compromisos que implican una delicada tarea de ajuste.

Recalcaré, por ejemplo, para concluir este punto, la incidencia que han de tener a la hora de llevar a cabo las oportunas determinaciones los cuatro valores superiores que reclama la Constitución, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo. El significado, también, del principio de no discriminación. Todo ello fuerza a sostener una visión de conjunto ante los derechos fundamentales, fuerza igualmente a un planeamiento continuo y actualizado a la hora de la distribución de los recursos. Se exige, en definitiva, animar una política de derechos fundamentales, para lo que ha de resultar decisivo el comportamiento de la opinión pública, la respuesta, en suma, atenta y vigilante desde la sociedad. Teniendo muy presente lo que antes decía: son los derechos fundamentales el baremo concluyente a la hora de calificar a una sociedad o a un Estado de progresista, de moderno o de avanzado.

10. Hablaba antes del carácter dinámico de los derechos fundamentales, también del distinto rango entre unos y otros, así como de la existencia de puentes y relaciones, con cierta vocación

de proyección. En efecto, varía en el tiempo lo que se pide a cada derecho fundamental. Tomemos un ejemplo y pensemos, así, en el que abre la lista de la enumeración constitucional, el derecho a la vida y a la integridad. Está claro que en sus orígenes, al reconocerse como valor consolidado, la fuerza directa del mandato quiere proscribir anteriores conductas del Estado. El precepto advierte, así, con energía a agentes y a autoridades que no pueden disponer de la vida de las personas ni por razones de Estado ni por venganzas, represalias o supuestas ejemplaridades, ni en «guerras sucias» ni, acaso, en el trance de un interrogatorio, o cualquiera de las modalidades similares. Ello va a significar además, por de pronto, una profunda revisión en cuanto a los criterios del uso de las armas de fuego por parte de los agentes públicos. Ello conduce también a la abolición del castigo capital, o a la prohibición de las penas de mutilación (modalidades punitivas las dos últimas que están bien lejos de haber desaparecido de la faz de la Tierra).

Todo eso —y mucho más, sin duda, en la misma línea— forma parte del contenido del derecho a la vida. ¿Sólo eso? Faceta de la contención, ámbito de libertad, no intromisiones públicas. ¿Sólo eso? ¿Espacio para los contenidos positivos, para las respuestas prestacionales? Aquí encaja lo del carácter dinámico de los derechos fundamentales, favorecido en este caso por la preocupación que, desde nuestras coordenadas culturales, manifiesta el Estado en relación con determinadas carencias de la sociedad, una sociedad en tan gran medida del desnivel y de la ventaja, de la patente desigualdad de oportunidades. En el tercer rango, entre los principios rectores, aparece situado el derecho a la protección de la salud (artículo 43). Ante las prestaciones objetivadas surgen titularidades jurídicas que cualquiera puede activar por los procedimientos establecidos. Pero, a la hora de dar fuerza a esas titularidades y a esas pretensiones, es muy importante establecer en determinados supuestos que lo que desde un punto de vista de-

riva del derecho a la protección de la salud tiene también que ver con el derecho a la vida (con la mayor fuerza y energía que esta conexión representa). De modo que a través de este mecanismo —allí donde sea correcto y posible, que tampoco se puede mezclar todo porque sí— los aires de los tiempos permiten que se incrementen con un rico contenido prestacional lo que en su origen venía sólo a garantizar una esfera de libertad. Es sólo, de nuevo, un ejemplo, expresión de una realidad de enormes posibilidades.

11. Esta posibilidad de puentes, la interconexión de los derechos de los distintos rangos, el acrecentamiento de los aspectos prestacionales, rico fenómeno al cual asistimos a consecuencia del dinamismo de los derechos fundamentales y su innegable fuerza expansiva, la potencia a veces, de forma expresa, la propia Constitución. Un ejemplo muy notable al respecto lo proporciona el artículo 49, y con esto concluyo ya mis reflexiones. Como uno de los principios rectores se auspicia la intensa atención para con los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Desde este punto de vista, se cuenta con que el legislador ha de ir abordando y precisando los cuantiosos retos pendientes, con el inequívoco reflejo prestacional sin falta. Canalizada la respuesta, como de hecho lo ha sido ya en abundancia, aparecen consolidadas unas titularidades con plena potencia ante su defensa jurídica. Pero el precepto va mucho más allá. Incorpora el mandato de reforzamiento de la actuación de los poderes públicos para reflejar dicha sensibilidad al momento de cerrarse el estatuto de los derechos y libertades. Como dice en términos claros, «los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Si se toman las cosas desde el artículo 49, hay una especie de fuerza absorbente, pero eso significa que ha de haber también una proyección, vistas las cosas desde cada derecho o libertad. No basta con las reglas generales, sino que, en cada caso, cuando sea preciso, hay que alargar y complementar la instrumentación jurídica para que el pleno sentido de derechos y libertades

alcance sin discriminación a la población contemplada. Ni que decir tiene las secuelas que derivan de esta regla. Regla que vale para con los derechos del mismo rango —como puede ser el caso, bien importante, del derecho a la protección de la salud, o del derecho al disfrute de una vivienda, ambos del capítulo tercero—, pero que vale también para con los derechos de los otros escalones. Pensemos, por ejemplo, en el derecho al trabajo (de la sección 2.^a), o en el derecho a la educación (de la sección 1.^a, me estoy refiriendo al capítulo segundo). Insisto en la pluralidad de consecuencias que derivan de la regla, tantas de ellas referentes al sector prestacional.

La filosofía que auspicia con carácter general la llamada cláusula de transformación del artículo 9.2 la vemos aquí aplicada por el propio constituyente, pidiendo regímenes específicos al objeto de quebrar discriminaciones. Los ejemplos que he puesto, por más que significativos y cuajados de posibilidades, son sólo indicativos, pues bien claro está que la regla se formula con pretensión de alcanzar, allí donde sea preciso, a todos los derechos del título primero.

12. Enrevesado universo el de los derechos fundamentales, pero no hay alternativa en sociedades tan complejas, heterogéneas y desiguales como la nuestra, si se quiere ir avanzando en la consecución de la justicia. El estadio de lo simbólico ha de ser complementado con una laboriosísima instrumentación jurídica, aunque bueno será que aquél funcione como aguijón intermitente para los supuestos de olvido o desfallecimiento. Los contenidos de libertad van a completarse y entremezclarse con los contenidos prestacionales. La necesaria jerarquización de los derechos y libertades, con sus especialidades de régimen, habrá de incluir no pocos puentes, escalones o saltos. Hay un vivo dinamismo en el nunca acabado sistema de derechos fundamentales que reclama atención permanente y renovada. Desde la patética reflexión, además, de que, según cuál sea la respuesta, pueden alcanzarse mejoras, pero

caben también retrocesos si se baja la guardia o se aflojan las tensiones. Nada es definitivo, por ende, en el campo de los derechos fundamentales. El corolario lógico es bien sencillo. La acción positiva de la sociedad potencia enraizamiento y desarrollo. Pero el descuido o la dejadez pueden implicar el retroceso o estancamiento. Importa que esto se sepa bien en los centros universitarios donde se prepara el futuro, porque sería algo que no nos perdonarían las generaciones del mañana.

CAPÍTULO 2

LA EFECTIVA APLICABILIDAD DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

Ponencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en 1997, en Seminario celebrado con motivo de los cincuenta años de la Declaración Universal, que permaneció inédita hasta que la publiqué en el número 153 (2000) de la «Revista de Administración Pública», 41-52, número en homenaje a mi buen amigo y compañero de tantos años de fatigas e ilusiones, Alejandro Nieto.

Con lo difícil que es hacer balance y antología, cada vez estoy más convencido de que la Declaración Universal de Derechos Humanos es uno de los grandes documentos del siglo XX. Si hay acuerdo generalizado en lo que se refiere a su carácter simbólico y de autoridad, ya suscita, en cambio, más controversia la virtualidad de su fuerza jurídica. Me alegro mucho poder participar en este homenaje a Alejandro NIETO con motivo de su jubilación académica, culminando una brillantísima carrera, cuajada de realizaciones, en la que en no pocas ocasiones significativas hubimos de remar con el mismo remo. Traigo para ello unas reflexiones sobre las especiales secuelas jurídicas que la citada Declaración Universal logra en el Derecho español que, si bien han permanecido inéditas, fueron expuestas oralmente en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, amablemente invitado a participar, junto a apreciados colegas, en la sesión de celebración de los cincuenta años del documento.

Una de las características fascinantes de nuestro tiempo es la interacción de los diversos ordenamientos jurídicos, el intentísimo mutuo influjo, que no deja de suscitar a los juristas dificultades nuevas, que habrán de aprestarse así a resolverlas, pero que contribuye a que se afiance la justicia para los Estados, para los pueblos y para los ciudadanos. Conmemoramos el cincuentenario de la Declaración destacando el salto cualitativo que representa en cuanto a su proyección territorial la nota de que haya querido ser «Universal», así como su enorme valor simbólico, pero dando un paso más podemos preguntarnos: ¿y cuál es su valor jurídico? ¿Cómo se logra su efectividad jurídica?

Ya nos consta que los dos Pactos de Nueva York que vinieron a desarrollarla, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 16 de diciembre de 1966, como tratados internacionales que son, tienen una especial fuerza vinculante para los Estados que los han ratificado —como es el caso de España—, contando además con la presencia y virtualidad del Comité de Derechos Humanos, erigido en aplicación de las previsiones de la Parte IV del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del correspondiente Protocolo. Pero de la Declaración como tal, ¿cual es su valor jurídico?

Hablaba de interacción de ordenamientos y es que nos ha tocado vivir en un mundo de especializaciones, pero con visiones amplias y de conjunto, a su vez; interrelación de efectos y acciones complementarias. Se impone así considerar la sincronización de ordenamientos, con todos los flujos inherentes. Todo el sistema de secuelas de orden internacional: lo damos por descontado, sin desconocer que se mantiene un cierto debate acerca de sus alcances. Pero la operación tiene que completarse abriendo una nueva puerta que nos conduce a un espacio de innumerables salas. Se nos aparece así el papel relevante del orden interno de cada Estado, lo que va a multiplicar de manera inconmensurable los efectos. Siempre presente la necesaria sintonía entre ambos órde-

nes, el internacional y el interno. Y ahí es preciso cuidar el rico sistema de relaciones. Pero mi idea, ahora, es detenerme en la consideración de las características que nos depara el orden interno —el orden interno español, en concreto—, que no son pocas, y no siempre suficientemente valoradas.

Hace tiempo que vengo siguiendo interesado el debate de los internacionalistas con sus vivas discusiones acerca de si nuestro texto es una mera declaración, si tiene un alto valor moral, si es un ideal que irradia fuerza enorme, si ha influenciado las Constituciones que se han ido dando los Estados a partir de la posguerra, si no será expresión de los principios generales sobre los que existe aceptación de amplio alcance, tal y como sostiene la Corte Internacional de Justicia, y así otros planteamientos similares. He leído con provecho, entre otras, las páginas de Antonio CASSESE, de don Antonio TRUYOL, de DÍEZ DE VELASCO o de CARRILLO SALCEDO. Y cuando yo ponderaba y consideraba sus opiniones me venía en mentes una constatación obvia y elemental, que me lleva a mi terreno, el del Derecho interno, el que se deja apreciar en el ámbito de los órganos sensibles al Derecho dentro de nuestro Estado. En efecto, sin intención alguna de terciar en la polémica, la finalidad de mi intervención —un pequeño trabajo de campo o, más exactamente, de biblioteca— va a consistir en destacar un dato de la realidad jurídico-constitucional española, obvio y elemental, que cualquiera puede constatar sin excesivas dificultades.

Todo arranca —quede claro— de la vigencia de la Constitución de 1978 —cuyos veinte años de presencia ininterrumpida y firme celebramos con gozo—, que ha venido presidida por la idea del inmediato valor normativo de la misma y de su incidencia directa. Y es que en la Constitución de 1978 se incluyó una importante referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, en línea con lo que había hecho un par de años antes la Constitución portuguesa. Hoy recuerdo con ironía, e incluso divertido, como cuando uno comprueba que el tiempo le da la razón, la bo-

rrascosa sesión del Senado, en la que tuve el honor de participar, que dio pie para que se introdujera el que sería apartado segundo del artículo 10 (hace unos años escribí recordando aquellos tensos debates, que a punto estuvieron de romper el consenso, en páginas que acabo de reproducir en mi reciente libro *La Europa de los Derechos Humanos*). El compromiso de tomar en cuenta la Declaración Universal a la hora de orientar la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas ha tenido un eco destacado en nuestra jurisprudencia constitucional, abriendo una línea metodológica que oportuno es recordar y destacar. Ello es lo que quiero reflejar ahora, aunque sólo sea para llamar la atención sobre un aspecto que no deja de tener su importancia.

Hoy resulta relativamente fácil, de proponérselo, y con sólo pulsar unas cuantas teclas, gracias a los ingenios al alcance de cualquiera, cifrar, por ejemplo, cuántas veces aparece mencionada la Declaración Universal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Yo me he propuesto ahora una labor más modesta, más artesanal y manual, que me ha proporcionado personalmente el placer de constatar cómo se produce el despegue, cómo va afianzándose el proceso. Y consciente de que un estudio global implicaría un esfuerzo mayor que no estoy en condiciones de emprender ahora, me he limitado a una muestra que me parece suficientemente indicativa y de la que creo pueden extraerse conclusiones firmes. He optado, en efecto, por consultar la excelente publicación asumida por el propio TC en colaboración con el Boletín Oficial del Estado, *Jurisprudencia constitucional*, donde, en los minuciosos índices que complementan cada tomo, se deja constancia de las normas citadas, entre ellas los tratados y acuerdos internacionales, hallando su lugar, cuando procede, la DUDH. A tal efecto, desde esta intención de ofrecer una muestra y dejar testimonio de una tendencia, me he detenido en los primeros cinco tomos, luego he tomado alguno salteado, como el XI, cerrando la indagación con los tres últimos de que he podido disponer en el

momento de preparar estas notas, los XLVI, XLVII y XLVIII, que incluyen los fallos que van de septiembre de 1966 a agosto de 1997. De este material se han podido extraer las constataciones que se ofrecen ahora a continuación.

A) Insensiblemente, las referencias a las grandes Declaraciones de Derechos van formando parte del paisaje de la jurisprudencia constitucional española y, desde ahí, se adentran por los canales de la jurisprudencia de los variados Tribunales, sin duda, y de forma preclara, también, de la del Supremo, con lo que tiene de representativo.

El peso y el nivel de las referencias varían. La Declaración Universal de Derechos Humanos es frecuentemente citada como mera cláusula de remisión y de apoyo: abundantes resultan las alusiones al artículo 10.2 de la Constitución (citada en adelante como CE) y a su previsión de reclamar el valor interpretativo de esos grandes textos, donde suele incluirse la referencia a la DUDH.

Pero, aun así, conviene advertir que en otros casos no es sólo la operación de recordar el mecanismo interpretativo, sino que se acude a la DUDH para traer en apoyo alguno de sus contenidos.

Creo que la más temprana referencia en este sentido nos la depara la STC 5/1981, de 13 de febrero, importante decisión sobre el Estatuto de Centros Escolares. En el voto particular 1 (de TOMÁS Y VALIENTE y al que se adhieren LATORRE, DÍEZ DE VELASCO y FERNÁNDEZ VIAGAS) se trae a colación el artículo 26.3 de la DUDH, en cuanto se refiere a la elección del tipo de educación. El uso del texto tiene un alcance circunscrito, pero entiendo que lo importante desde el punto de vista que se desarrolla es este de abrir un camino e iniciar una metodología.

B) Pero no había de pasar mucho tiempo para que volviera a aparecer la llamada a la DUDH, ya en el cuerpo de una sentencia. Se había suscitado el problema de si la incapacidad para seguir trabajando una vez cumplida cierta edad —en los términos

de la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores— no iba en contra del principio de igualdad, adoleciendo por ende de inconstitucionalidad. Un magistrado de Trabajo había planteado cuestión, a la que responde con cierta contundencia la STC 22/1981, de 2 de julio, de la que fue ponente la profesora BEGUÉ (entendiendo desde cierta interpretación que la disposición cuestionada es inconstitucional).

La sentencia, en alguna de las parcelas de su fundamentación, da amplia cabida a las grandes declaraciones de derechos, en concreto la Universal, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos (citada en adelante como CEDH).

Al describirse en el Antecedente 9º la argumentación del Abogado del Estado, se recoge cómo éste alega que los derechos, como puede ser el derecho al trabajo, son susceptibles de ser limitados al objeto de proteger otros valores jurídicos. Es así como entra la referencia al artículo 29.2 DUDH (y 4 del Pacto), en cuanto «establecen que el ejercicio de los derechos en ellos garantizados pueden estar sujetos a limitaciones si éstas tienen por objeto promover el bienestar general en una sociedad democrática o si se establecen con el fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos de los demás. Ello puede aplicarse al derecho al trabajo si al lado de su aspecto individual, reconocido en el artículo 35.1 CE, se toma en consideración su aspecto colectivo, que resulta de enlazar los artículos 9.2, 35.1 y 40 de la misma». Se llama claramente a la Declaración, bien es cierto que para delimitar el alcance del derecho cuestionado.

El TC recoge el argumento al razonar acerca de los posibles límites del derecho al trabajo, con mención expresa al señalado precepto de la DUDH y del Pacto (FJ 3º). Y de nuevo se vuelve, al relacionar algo más adelante al derecho al trabajo con la política de empleo: «Esta política de empleo —se dirá en el FJ 9º— supone la limitación de un derecho individual consagrado constitucional-

mente en el artículo 35; pero esa limitación resulta justificada, pues tiene como finalidad un límite reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 29.2 —el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás—, y se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (artículo 9 de la Constitución)».

De esta manera, no sólo se recoge el precepto, sino que se asume el contenido —para el punto concreto del razonamiento—, ofreciéndose además este curioso *collage* de la Declaración y de la Constitución española.

Una recepción que se inició en la zona parcial de los votos disidentes no tarda en llegar al cuerpo general de la sentencia, una vez en lo que tiene de descripción de una de las partes, pero otras dos veces en lo que es ya razonamiento propio del Tribunal.

A partir de ahí, el criterio se hará hábito, siempre con diversas graduaciones e intensidades.

C) La tercera referencia encontrada en el orden cronológico da otro paso de interés en cuanto se va a aludir a la DUDH para utilizar ahora una de las ideas en que la misma se basa, que se toma de uno de los párrafos del preámbulo.

Se trata de la STC 25/1981, de 14 de julio, sobre la impugnación por el Parlamento vasco —cuya legitimación terminaría negándose— de la Ley Orgánica vulgarmente denominada anti-terrorista. Fue ponente el profesor TRUYOL.

La mención a la DUDH se encuentra ahora en el FJ 5º, cuando se está razonando acerca del «doble carácter de los derechos fundamentales» (derechos de los ciudadanos a la par que elementos esenciales del ordenamiento jurídico). Se sostiene que dicha doble naturaleza encuentra apoyo en el artículo 10.1 CE, en el Derecho comparado y —cito literalmente— «en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración Universal de Derechos

Humanos (preámbulo, párrafo primero)», aparte de —sigue— en el CEDH (párrafo 4.º del preámbulo).

D) Paso siguiente: se van afianzando las declaraciones como elemento imprescindible del paisaje de la jurisprudencia española, y ahora, en la STC, de amparo, 41/1982, de 2 de julio, el ponente —DÍEZ DE VELASCO— ofrece su tono particular, para hablar de precedentes. En un problema de prisión provisional, donde se denegaría el amparo, afirmará el TC: «El mandato constitucional español relativo a los principios de libertad y seguridad encuentra sus precedentes en las Constituciones españolas de 1812 (artículo 29), de 1837 (artículo 7), de 1845 (artículo 7), de 1869 (artículo 2), de 1873 —¡sic!— (artículo 4), de 1876 (artículo 4) y de 1931 (artículo 29), y en los instrumentos internacionales siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 9), Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (artículo 5), y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 9). Todos los textos —internos e internacionales— valoran como esenciales los principios de libertad y seguridad...», etc.

E) Pocos meses después, la STC 62/1982, de 15 de octubre, un amparo sobre un tema difícil, la condena penal por el libro de educación sexual *A ver*, ofrece una retahíla de citas a la Declaración a lo largo de los fundamentos jurídicos, siete al menos, dentro de la filosofía de que, en palabras del fundamento jurídico 2.º, «la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas» (recuérdese que fue ponente de la sentencia el profesor GÓMEZ-FERRER). Se reitera la mención a la Declaración del artículo 10.2 CE, pero se recuerda, también, que el artículo 11 DUDH consagra el derecho a un proceso público en materia penal, aparte de dejar constancia de nuevo del artículo 29.2 con su referencia a los límites de los derechos.

F) Otro precepto de la DUDH, el 17, referente a la garantía de la propiedad, se incorpora al repertorio en la STC 86/1982, de

23 de diciembre, al resolver el recurso de inconstitucionalidad, de iniciativa parlamentaria, interpuesto contra la Ley que suprimía el organismo autónomo «Medios de Comunicación Social del Estado». Si bien el TC estimó que no se había producido lesión al derecho de propiedad, como habían alegado los recurrentes. Fue ponente de la sentencia también el profesor GÓMEZ-FERRER.

G) La referencia a la DUDH llega también a los autos, modalidad menor sin duda, pero que ocupa un importante tiempo del TC. Aparte de que permite a veces tomar nota de la estulticia e ignorancia de algunos letrados que, dejando por los suelos el prestigio de una profesión tan importante como la de abogado, se creen, o hacen finta de creer, que todo cabe en el complejo y especializado mundo de los caminos jurisdiccionales.

La presencia de la mención en los autos se iniciaría, siguiendo las pautas de la guía que he elegido, en el 147/1983, de 13 de abril.

Un condenado por robo con homicidio en Salamanca acude en amparo al Constitucional para solicitar la suspensión del sumario que le afecta, hasta el restablecimiento de la institución del jurado, entendiéndose que de no actuarse así se vulnera su derecho a un proceso con todas las garantías.

El TC se va a plantear, ante todo, si la negativa a suspender la tramitación de la causa hasta que pueda enjuiciarse por el jurado implica una vulneración del artículo 24.2 CE, aun consciente de que allí no se alude expresamente a la institución del jurado. Es interesante el argumento que articula el TC, que valdrá la pena reproducir: «La inclusión del jurado entre las garantías procesales no puede deducirse de una interpretación sistemática de la Constitución, ya que el artículo 125 configura el jurado desde la perspectiva de la participación ciudadana en concreto en la Administración de Justicia, tema completamente distinto del que aquí se debate, ya que el artículo 24, obviamente, no se refiere a la participación, cuyo alcance y efectividad queda deferido por la Cons-

titución a la forma y procesos penales que la Ley determine, además de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales. Por otra parte, tampoco podría entenderse incluida la institución del jurado dentro de las garantías procesales en virtud de interpretación del artículo 24, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los convenios y tratados sobre la materia del artículo 24 ratificados por España, ya que la pretendida garantía del juicio por jurados no se encuentra recogida ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No es posible, por tanto, considerar la institución del jurado como una de las garantías procesales a que se refiere el artículo 24.2 de la Constitución».

Esta argumentación va a determinar que el recurso de amparo se inadmita en el entendimiento de que no estaban en cuestión los derechos o libertades susceptibles de amparo.

Más allá del alcance del fallo, el interés que ofrece para la presente indagación radica en ese acudir a la DUDH —junto a los otros instrumentos— para ver si hay en ella algo que sustente la hipótesis contemplada.

Es decir, la Declaración no sólo ha pasado a formar parte del paisaje jurisprudencial como algo simplemente decorativo, sino que se indagan sus contenidos y oportunidades para tomarlos en consideración en su caso. Se ha iniciado, por ende, un proceso imparable en el que la Declaración, al igual que otros instrumentos, adquiere una virtualidad indiscutible.

H) Hablaba antes de los abogados, sin afán de generalizar, por supuesto, pues la inmensa mayoría saben lo que se llevan entre manos. A veces, en los repertorios de justicia constitucional, aparece algún que otro jurista cuyo conocimiento del Derecho deja bastante que desear. Comprendo que es legítimo tratar de defen-

derse, pero aun así no se excusa la ignorancia o la confusión de ideas.

El Auto 238/1985, de 10 de abril, nos sitúa ante un recurso de amparo presentado por un magistrado a quien, por faltas cometidas en el desempeño de su plaza de Juez de Instrucción, se le ha impuesto una sanción disciplinaria de reprensión calificada y pérdida de sueldo durante veinte días.

Denunciará en amparo la infracción de diversos preceptos constitucionales: el artículo 14, con el derecho a la igualdad, y el artículo 15, que prohíbe la imposición de penas degradantes, «calificativo que sin duda posee la imposición por el Estado a una persona de que trabaje para él sin percibir retribución, lo que atenta igualmente al derecho a una remuneración proporcional al trabajo desarrollado garantizado por el artículo 35 de la Constitución».

El TC abrió el trámite para hacer ver la posible existencia de causa de inadmisibilidad en cuanto la demanda pudiera carecer manifiestamente de contenido constitucional. Reconforta leer la referencia que se da del escrito del Fiscal: el Ministerio público, con toda objetividad y sin levantar la voz, en un minucioso y elaborado alegato, demuestra la endeblez jurídica del recurso, lo que le lleva a apostar por la inadmisión¹.

La postura del TC es también contundente, por más que muy moderada y objetiva en la expresión. He aquí lo que se dice en el FJ 1º, una vez que se descarta la toma en consideración del artículo 35, al no ser de los que abran la vía para el recurso de amparo: «el recurso se reduce a la mención de los artículos 15 (nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes) y 14 (la igualdad en y ante la Ley), preceptos cuya sola

1 Con cierta dosis de ironía, cuando el Fiscal responde al argumento del trato discriminatorio y de violación del artículo 14, recuerda, tras aludir minuciosamente a la legislación aplicable, que por lo menos cerca de un millón de funcionarios están sometidos en España a un régimen sancionador similar, a pesar de que se tilden de obsoletas las normas aplicables a los jueces.

mención puesta en relación con la sanción disciplinaria (pérdida de haberes durante veinte días) revelan pronto —y lo revelan con el carácter de lo manifiesto— la falta de contenido constitucional. En cuanto a la prohibición que dice el artículo 15, inspirada en el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y derivada directamente del principio de dignidad de la persona humana, que el artículo 10 proclama como fundamento del orden político y de la paz social, no puede decirse seriamente que la prohibición de los malos tratos y de penas que por su crueldad o contenido vejatorio o humillante atentan contra la dignidad de la persona, o su vida o integridad física moral, incluye una sanción como la disciplinaria de pérdida de haberes, frecuente en el derecho disciplinario funcional, y que tiene carácter económico, ajena a toda idea de inhumanidad o degradación».

También en los autos se va haciendo doctrina constitucional, se van perfilando los conceptos (cosa más necesaria cuantos más osados ignorantes acudan ante el TC). Pues bien, este ejemplo evidencia una vez más lo oportuna que para el razonamiento resulta la referencia a la DUDH, que refuerza así y da más contundencia al juicio del Tribunal. La Declaración penetra con normalidad en la argumentación y se entrelaza con el resto de motivos y razones, al modo de las lianas y las raíces de los árboles del bosque.

I) Para ir concluyendo ya este muestreo, la más reciente jurisprudencia confirma las líneas que han quedado apuntadas antes en la exposición. Junto a la mención genérica, consecuente al recordatorio del artículo 10.2, tanto las sentencias como los autos utilizan como contraste el contenido de la DUDH.

Entre los fallos más recientes, por cerrar la selección, podría señalarse, de una parte, la Sentencia 166/1996, de 28 de octubre, interesante amparo sobre si es una consecuencia inmediatamente derivada del derecho a la libertad religiosa el que la Seguridad Social tenga que asumir los gastos de quien acude a determinada clínica privada para que le operen sin necesidad de transfusión

de sangre, y, por otra parte, contemplando así la otra modalidad jurisprudencial, el Auto 154/1997, de 19 de mayo: un problema de retroactividad de normas en relación con varón que es condenado por delito de abandono de familia (impago de prestaciones).

La STC 166/1996, con ponencia de GARCIA-MON, que terminaría desestimando el amparo, incorpora los criterios de la DUDH en cuanto a la libertad religiosa, desde la tónica de la cita plural de textos que ya se ha hecho habitual y que se enraíza en la consideración de los preceptos españoles. Se dice así en el FJ 2º: «El artículo 16.1 de la Constitución garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto sin más limitaciones en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, de acuerdo con el citado precepto y con los textos internacionales (artículo 18 de la DUDH, artículo 9.1 del CEDH y artículo 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), delimita el contenido de la libertad religiosa y de culto abarcando la libertad de profesar, cambiar y abandonar la religión o creencia...», etc.

Por último, lo que se refiere al Auto 154/1997; al constatar la situación normativa en torno a la irretroactividad, tras referirse el TC a los artículos 9.3 y 25.1 CE, afirmará: «Asimismo, el principio está contemplado en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 7.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, y en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966)».

El amparo se inadmitiría, al considerarlo carente de contenido constitucional, pero las grandes Declaraciones de Derechos, y entre ellas, señaladamente, la DUDH, son, como bien claramente se deduce, contenido normal y habitual de la prosa jurisprudencial del Constitucional.

J) Incidentalmente puede aprovecharse esta breve y somera ojeada para destacar un efecto reflejo: en este paisaje jurisprudencial a veces hacen su aparición textos como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, el gran documento de la Revolución Francesa, sobre cuyo alcance y significado me he ocupado en otras ocasiones, texto recuperado para el sistema constitucional francés y que yo entiendo se conecta con «las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros», a que se refiere el Tratado de la Unión Europea (versión consolidada), con los significativos efectos que de ello pueden derivar².

Pues bien, ahora quiero llamar la atención para recalcar que el texto francés se va a utilizar ante el TC español. La primera mención que he localizado no es que sea de mayores consecuencias, pero también aquí me interesa destacar lo que representa de metodología. Se trata de la STC 31/1981, un amparo muy incisivo que, como se recordará, ocasionó enorme malestar en ambientes judiciales y provocó alguna reacción estentórea. Ante una condena penal que se apoya como única prueba en la confesión del reo ante la policía (sin la presencia de su abogado), el Constitucional, en sentencia de la que fue ponente la profesora BEGUÉ CANTÓN, le dice a la correspondiente Sala de Barcelona que esa prueba no es suficiente y que vuelva a pronunciarse de nuevo. Hay un voto particular, de ESCUDERO DEL CORRAL —que había sido Presidente del Tribunal Supremo—, que defiende la corrección de la actuación del Tribunal penal, postulando en esa línea que el amparo debería haber sido rechazado. Y en este voto particular, al aludirse al derecho a la presunción de inocencia, que invocaba el demandante de amparo, al razonar acerca del sentido primigenio de la regla —no ser considerado culpable hasta que lo pronuncie la sentencia—, se comienza aludiendo al «significado originario del derecho», con mención expresa al artículo 9 de la Declaración

2 Me remito a lo que señalo en mi reciente reflexión *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, núm. 145 de esta REVISTA (1998), págs. 441-442.

de Derechos del Hombre y del Ciudadano, para pasar luego a la Constitución italiana y a la CEDH. No será mucho, repito, pero es un comienzo que me parece oportuno destacar.

* * *

En definitiva, y retornando a nuestra línea argumental, para concluir, con esta referencia al derecho realmente vivido, tal y como se observa paladinamente en la jurisprudencia del TC, he querido poner mi modesta aportación para conmemorar los cincuenta años de la Declaración Universal. Más allá de lo que se convenga en el ámbito del Derecho internacional, resulta curiosa la quiebra que nos ofrece nuestro Derecho interno realmente vivido. Con graduaciones o altibajos, dentro de un espacio circunscrito sin duda, se constata su presencia activa como norma que se toma en consideración. Se ha producido un fenómeno interesante, consecuencia directa de las características de la Constitución de 1978. El reconocimiento pacífico y asumido de ésta como norma, aun con diversas intensidades y diferencias, contribuye, de forma insensible casi pero incisiva y con más arraigo cada día, a proyectar carácter normativo a todos sus contenidos. En este proceso, la mención expresa a la DUDH abre la puerta a que ésta vea atribuido carácter normativo como algo obvio y cotidiano, que no requiere esfuerzo alguno y que no necesita de justificación. Es así como aparece con normalidad en las alegaciones, en los votos particulares, pero también en los razonamientos jurídicos. Su presencia se activa, ante todo, y con cierta profusión, al argumentarse con el artículo 10.2 y reclamarse la autoridad interpretativa de la Declaración. Intencionadamente he dejado de lado esta perspectiva. Pero, en segundo lugar, y he procurado documentarlo, se reciben de forma concreta contenidos sustantivos de la Declaración, lo que hace que hayan llegado así a las páginas del «Boletín Oficial del Estado» —al publicarse las sentencias del TC, sin contar ahora el papel representado por los autos—, ya algún pasaje del preámbulo —para apoyar la concepción de la filosofía general de los de-

rechos humanos en España—, ya menciones a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 5), al derecho a la seguridad y libertad (art. 9), al derecho a la justicia y a un proceso con garantías (art. 10), al principio de no retroactividad (art. 11.2), a la libertad religiosa (art. 18), así como a la idea de los deberes y de los límites de los derechos (art. 29.1). Como muestra, no está mal. Siendo de justicia destacar la rapidez de reflejos del Tribunal Constitucional, recordando por eso especialmente a quienes contribuyeron a ello.

CAPÍTULO 3

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: TRES DIFERENTES CAUCES JURISDICCIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Ponencia sostenida en sendos Seminarios sobre «Los derechos fundamentales y Europa», celebrados en Nápoles y en Roma del 8 al 11 de mayo de 2000, en los que tuve el honor de participar junto a muy estimados colegas italianos y franceses. Manifiesto de forma especial mi reconocimiento al Profesor Alfonso Masucci que fue quien alumbró, coordinó y animó la idea. La destiné a los Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente, *La democracia constitucional*, I, Madrid, 2002, 365 ss., y adelanté su publicación en la revista «Civitas Europa», de «Presses Universitaires de Nancy», 7, 2001, 9-39.

S U M A R I O:

I. INTRODUCCIÓN. II. TRES DIFERENTES CAUCES JURISDICCIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. III. LA JUSTICIA, FENÓMENO DESBORDANTE EN EUROPA. IV. LOS MODELOS DE LA REGLA DEL «PROCESO EQUITATIVO». V. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL PLAZO RAZONABLE Y LA FUNCIONALIDAD DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. VI. ENCUADRE DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. VII. LOS MODELOS DE LA REGLA DEL «RECURSO EFECTIVO» PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. VIII. PLÉTORA Y COLAPSO DE LA JUSTICIA: REFLEXIONES SOBRE LA PRAXIS GENERADA POR LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES.

I. INTRODUCCIÓN

Evoquemos el viejo saber de que cada Constitución es hija de su tiempo. Los hombres que las hacen, las fuerzas políticas que las auspician, además de con sus deseos o intenciones, o con su poder efectivo, han de contar con las ideas que están en el ambiente y, muy señaladamente, con la sustancia constitucional en circulación. Es curioso, lo que de ninguna manera se permitiría en otros sectores de la vida social, resulta habitual, y muy positivo, a la hora de hacer las constituciones y las grandes leyes: es un elemento de avance en la historia de la humanidad el que los hacedores de constituciones sean grandes plagiarios. Injustificable en absoluto en el terreno de la literatura o de la música, en la propia creación científica, resulta usual, y enriquecedor por demás, en el campo de la legislación. Aquí no ha hecho su aparición el derecho de propiedad intelectual; las creaciones normativas desde que se promulgan y aparecen en los diarios oficiales entran en el dominio público y están a la disposición de los nuevos legisladores. De este modo, las constituciones más recientes pueden apropiarse de los avances y soluciones que se han ido gestando y madurando en textos anteriores.

Cuando se hizo la Constitución italiana de 1947 se aprovecharon propuestas valiosas de la Constitución española de 1931. Ahora, se contempla con gozo como algunas soluciones de la vigente Constitución española de 1978 reflejan respuestas de la italiana de 1947. Siempre agrada celebrar el rito de la antorcha que va pasando de mano en mano.

Aunque hay que contar además con otro elemento propio de nuestro tiempo, rico y valioso, que se expresa evocando la idea de Europa: bien sabemos que en Estados como Italia, Francia o España vivimos una intensa interconexión de ordenamientos jurídicos. No pocas fórmulas y soluciones a aplicar vienen predeterminadas desde fuera. Fenómeno fluido en el campo del comercio y de la industria, de las magnitudes económicas y del mercado único.

Si ello es cierto, no menos evidente resulta que tales interconexiones se dejan sentir con fuerza en el dominio de los derechos humanos, que es lo que nos va a interesar en este Seminario. Conocida es, además, la doble dirección en que incide el proceso con profundidad creciente.

Las reglas de la Unión Europea cada vez prestan mayor atención al fenómeno, como bien se demuestra con las aportaciones del Tratado de Amsterdam, resultado de una minuciosa labor de preparación y de concienciación, pendientes todos, por otra parte, de cual haya de ser el alcance de la magna Declaración de Derechos que está elaborando la «Comisión Herzog», en desarrollo de los acuerdos de los Consejos de Tempere y Colonia, como símbolo ostensible para el fin de siglo y del milenio.

Pero a la trayectoria de la Unión Europea hay que sumar la del Consejo de Europa, estela diferente, y más vetusta, a veces paralela, a veces concurrente, pero siempre con personalidad propia. Con una neta especialización en la garantía de los derechos fundamentales, desde la trascendente —y tan temprana— implantación de la Convención Europea de Derechos Humanos, hecha en Roma, y cuyos cincuenta primeros años nos preparamos a celebrar.

En el ámbito de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia, con sede en Luxemburgo, sigue su curso —sin que falten, periódicamente, pronunciamientos concernientes a los derechos fundamentales—, y, por su parte, en el territorio —físico y cultural y jurídico— del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde su sede en Estrasburgo, da cumplimiento a su importante y creciente labor. Va a hacer falta la sagacidad de los viejos teólogos, avezados en dilucidar las más intrincadas cuestiones que imaginarse pueda, para desentrañar y explicar cuales hayan de ser las relaciones entre ambos Tribunales. Lejos de mi ánimo entrar ahora en tan espinosa y apasionante disputa. Bastará en este momento con que retengamos la idea, auténticamente

genial, y que tantos esquemas ha trastornado, de que en nuestros países, cualquier asunto litigioso en materia de derechos humanos puede concluir ante el Tribunal de Estrasburgo. Antes, asumieron en su momento la llamada reclamación individual, y ahora, tras la entrada en vigor del Protocolo XI, queda abierta de manera prácticamente irrevocable —pues ninguno de ellos está por salirse del Convenio —, la alternativa de que la última palabra en un litigio nacional la tenga el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Eso sí, mediando siempre la regla de que hay que agotar los recursos previstos en la vía interna (tema al que, por cierto, acabo de dedicar unas recientes reflexiones). Vía interna que, a la vista de la interconexión de ordenamientos existente, cada vez debería interesar más. Incluso, dado que la fase superior se rige por reglas y principios comunes, dada la fuerza de la jurisprudencia de Estrasburgo, cada vez más presente y consistente, las respuestas que se den en cada uno de los Estados habrán de estar muy atentas a lo que sucede en los demás. Se parte de que los remedios internacionales, como el auspiciado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pretenden ser respetuosos con las especialidades del derecho interno. Acaso ello se cumpla en aquellos que funcionan esporádicamente y cuyas soluciones aparecen gota a gota, muy espaciadas. Pero cuando el protagonismo de una instancia internacional no hace más que crecer y su presencia se afirma de forma inevitable en la vida cotidiana, dejan de estar seguras las fortalezas interiores, cada vez hay más aplicación por conocer lo que pasa allende las viejas fronteras, y, de hecho, son mayores los puntos de contacto. Y las oportunidades de confluencia. Por más que pueda gustar no reconocerlo, la coincidencia en la fase de llegada tiende con el tiempo a alisar y a aproximar las variantes en los puntos de partida. Se ha de dejar sentir una inevitable tensión homogeneizadora.

II. TRES DIFERENTES CAUCES JURISDICCIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Me propongo analizar algunas connotaciones jurisdiccionales que ofrece la Constitución española de 1978, un texto relativamente reciente, que ha podido así beneficiarse de experiencias anteriores. Como de la Constitución italiana de 1947, entre otras.

Pensando en los derechos fundamentales, en su garantía y en los aspectos jurisdiccionales, en concreto, de entre el enorme magma de respuestas que ofrece el panorama del Derecho constitucional comparado, encontramos tres líneas diferentes, cada una de las cuales, dentro del sustrato común, ofrece su propia funcionalidad y sus perfiles peculiares. Pasemos a describirlas.

Cuando se hace la enumeración más cualificada de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, en un lugar *ad hoc* y especialmente señalado —la sección primera, del capítulo segundo, del título I—, se da cabida al derecho a la justicia o, en la fórmula usada, derecho a la tutela judicial efectiva. El artículo 24 lo proclama así a lo largo de sus dos apartados:

«1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario, predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razones de parentesco, o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

Este precepto, tan rico en contenidos, da cabida , entre otras previsiones, a la idea del proceso equitativo —*con todas las garantías* y sin que pueda producirse indefensión—, a la del juez predeterminado por la ley, a reglas penales tan importantes como la presunción de inocencia y la exoneración de declarar contra sí mismo, así como la necesidad de ser informados de la acusación, o a la exigencia de que la justicia —o el *proceso público*, como se dice— lo sea sin dilaciones indebidas.

En un lugar bien distinto, y apartado de las previsiones sobre derechos fundamentales, allí donde la Constitución se ocupa de la Administración Pública —título IV— , y desde la filosofía de una visión global de la misma, se recibe la idea del control judicial de la Administración. En efecto, en medio de las previsiones de carácter orgánico, el artículo 106.1, depara la siguiente propuesta:

«Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

Estaríamos ante la expresión de una peculiar manera de entender la división de poderes, respuesta incisiva dentro de lo que es la filosofía global de la organización del Estado. La solución de la cláusula general de control judicial sin excepciones es una de las opciones a la hora de interpretar la idea del Estado de Derecho. Como resultado connatural a dicha visión, se alcanza un decidido protagonismo jurisdiccional, adquiriendo una nueva relevancia el papel de la justicia. De hecho, la regla está llena de connotaciones y alcanza muy amplia proyección que repercute también sobre la defensa de los derechos fundamentales pues, como es habitual, no pocas violaciones suelen provenir de la Administración Pública.

Hay una tercera previsión, pensada para ofrecer nuevos remedios, en apariencia redundante, pero en la que cada vez se insiste más. Desde un punto de vista sistemático es curioso que ninguna

de las tres alternativas estudiadas se encuentre en el título que la Constitución dedica al Poder Judicial, el VI. Ahora hay que volver de nuevo a la parte donde se regulan los derechos fundamentales —título I—, pero al último de sus capítulos —el cuarto—, donde se hace la previsión de las garantías. El apartado segundo del artículo 53 afianza la siguiente alternativa:

«Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...».

Se pone énfasis para reconocer, ahora desde la orilla de los derechos fundamentales, que cualquier violación que se produzca ha de tener a su disposición una vía jurisdiccional desde la que proceder a su defensa. Hablo de redundancia en cuanto en principio lo que se viene a decir quedaría comprendido dentro de las variantes anteriores. Pero se trasluce el deseo de lograr las cotas más altas para la protección de los derechos fundamentales: la minuciosa ordenación de los mismos, tan propia de nuestro tiempo, no se contenta si no lleva incluida, casi adosada, diríamos, la vía jurisdiccional del remedio. Como algo eficaz y ostensible.

Lo curioso es que esta regla no solo se afianza y regula, sino que el texto constitucional insiste, desde una doble perspectiva además.

Ante todo, y desde un punto de vista sectorial, para mejor asegurar la protección de un muy cualificado derecho fundamental, se comienza introduciendo un remedio jurisdiccional de muy especial intensidad. Tal es lo que sucede con la defensa de algo tan apreciado como la libertad personal, en relación con la cual se incorpora una variante del tradicional remedio del «habeas corpus». En efecto, el precepto que aborda la libertad, el artículo 17, se cuida de prescribir en el apartado 4, que «La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la

inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente...»

La expresa llamada a la garantía judicial sería una nueva redundancia desde el afán de otorgar la más enérgica protección al derecho a la libertad, reflejo directo de uno de los valores superiores que enumera el artículo primero del texto constitucional. De ahí este especial encargo a los jueces, a través de una institución de gran arraigo democrático, auténtico plus en relación con la regla general.

Hay una segunda proyección de la garantía jurisdiccional, que representa un genuino refuerzo, conduciendo a una fórmula de la mayor trascendencia, que aúna su carácter selectivo con la vocación de generalidad. La sensibilidad del constituyente español para con los derechos fundamentales hizo que al diseñarse el Tribunal Constitucional, junto a sus funciones de juez de la inconstitucionalidad y de árbitro del equilibrio en la organización territorial, se le encomendara, siguiendo el modelo alemán, el encargo de una tutela superior de los derechos fundamentales para cuando no hubiera dado resultado la reclamación ante los Tribunales ordinarios. Hay un pequeño matiz porque en España, a diferencia de lo que sucede en Alemania, el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial. Pero ello no impide que sea un órgano jurisdiccional, ni que sus decisiones alcancen la máxima cota de independencia y ecuanimidad. En suma, que el recurso de amparo, que es como se designa la figura, conduce a un proceso justo y equilibrado, con el añadido de que el órgano que lo gestiona está diseñado para ser el máximo guardián de la constitucionalidad, no solo de las leyes o de las soluciones territoriales, sino también de la vida cotidiana de los derechos fundamentales.

Cuando antes se reprodujo el artículo 53.2 de la Constitución, ya se advertía de la opción de cualquier ciudadano que viera lesionados sus derechos fundamentales para obtener reparación a través de los órganos judiciales, «y, en su caso, a través del recurso

de amparo ante el Tribunal Constitucional». Luego, cuando se ajustan las características del mismo, al enumerar el artículo 161.1 cuales son sus funciones y competencias, se consagra en la letra b), su habilitación para conocer,

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

El capítulo de la garantía para reaccionar inmediatamente cuando las libertades y derechos sean violados queda atendido con especial cuidado.

III. LA JUSTICIA, FENÓMENO DESBORDANTE EN EUROPA

Era preciso detenerse en la descripción para subrayar la abundancia de respuestas. Se nos abre así la vista ante un fenómeno propio de una época y de un momento, sobre el que será oportuno reflexionar y sacar conclusiones. Porque no estamos solo ante programas sugeridos por una Constitución. Las previsiones descritas han sido objeto de copioso y minucioso desarrollo por el legislador y, sobre todo, han animado una práctica exuberante o, más bien, incluso, desbordante. En un mundo en el que a veces hace su aparición el fantasma del paro, con sus secuelas de temor e incertidumbre, se puede afirmar con seguridad que no hay problema para las profesiones jurídicas: jueces, fiscales, abogados y demás oficinantes tienen cubierto el pleno empleo y queda asegurada, sin lugar a dudas, mas que sobrada ocupación para unos profesionales que, por cierto, no dejan de crecer. Un buen símbolo de ello es que en tantas ciudades grandes y pequeñas resulta difícil andar unos cuantos pasos sin cruzarse una o varias Facultades de Derecho (o algo que se denomina de forma parecida). Es el fenómeno de la judicialización de nuestras sociedades, de la judicialización a mansalva, incluso, por el que no pocos han apostado decididamente. Cuando se habla de

control judicial de la Administración, en línea con lo que antes se apuntaba, acaso algunos pensarán en el orden jurisdiccional que suele ser propio de lo administrativo, como es, en el caso de España, el contencioso-administrativo, pero hay que convenir que el proceso es de consecuencias inconmensurables y supone, por lo mismo, también, la presencia del orden civil, del orden social y, sin falta, del orden penal. No es preciso insistir en un panorama que es de sobras conocido en la realidad cotidiana de nuestros Estados, pero sí, tomar nota, insisto, de lo que implica esta judicialización de la vida social como judicialización del curso de la Administración o, incluso, de la Política. Y recuérdese con cuanta frecuencia es testimonio del fracaso de las vías políticas: no es raro que el abuso de la introducción de las fórmulas penales en la arena política responda a iniciativas de las organizaciones con menos fuerza, o en declive, ganosas de llamar la atención, o de conseguir o de impedir algo, que no pueden lograr por los mecanismos normales dada su escasa implantación (o dada la pérdida de presencia).

El resultado general es que la justicia se siente desbordada, colapsada, y deja de ser funcional. El panorama se enrarece y dejan de conseguirse los beneficiosos efectos que se pretendían. La utilización desmedida y sin cautelas, solo sirve para enmohecer el sistema y para desacreditarlo. De ahí el sentimiento general, el ansia de alcanzar un final de etapa, y de potenciar la Justicia reduciéndola a los estrictos límites que la hagan operativa y, por ende, la necesidad adicional de atajar en sus orígenes la producción de litigios y de buscar medios alternativos que disuadan de las vías judiciales (recordemos, a título de anécdota, por lo que pueda servir en cuanto a metodología, el empeño de la Unión Europea en orden a la defensa del medio ambiente, no en asegurar remedios y compensaciones a posteriori, sino en evitar que se produzca el deterioro en las fuentes). O, en lo que concierne a la legítima aspiración de supervisión de lo público, devolver su ge-

nuino protagonismo a la vía política y a todas las variantes alternativas al control judicial, que no son pocas.

Situación, por tanto, preocupante, sobre la que sin falta hay que reclamar atención. Pero antes de seguir por estos derroteros, y recuperando los textos constitucionales de las tres líneas descritas, querría rastrear algo de sus orígenes.

IV. LOS MODELOS DE LA REGLA DEL «PROCESO EQUITATIVO»

No una búsqueda rigurosa para marcar la evolución desde los tiempos lejanos —aunque alguna reflexión será útil hacer—, sino, sobre todo, de los pasos más próximos, como puedan ser la Constitución Italiana de 27 de diciembre de 1947 y otras, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, o el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. En este sentido, me agrada decir que dos de las líneas apuntadas siguen muy de cerca sendos preceptos de la Constitución Italiana de 1947.

Comencemos por la primera tendencia descrita, la que se expresaba bajo el epígrafe a). El mandato del artículo 24, con su derecho a la tutela judicial efectiva, ofrece un gran paralelismo con el precepto equivalente, el propio artículo 24 de la Constitución Italiana, especialmente en sus dos primeros párrafos. Los transcribiré para compararlos con el precepto español:

«Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».

Salta a la vista que el artículo 24.1 español es casi trasunto literal de estas previsiones italianas, como si se hubieran utilizado directamente. Lo que no impide que al tratarse de las garantías jurisdiccionales cuenten con amplio arraigo en los documentos

constitucionales. De forma señalada, en los estadounidenses, por prescindir ahora de otros de épocas anteriores. Ante todo, como garantías para los procesos criminales, si bien el núcleo originario de lo penal se vaya extendiendo, o vayan apareciendo otras fórmulas a su cobijo, con lo que las reglas alcanzan a otros procesos y luego se generalizan a todos. Una buena muestra la constituye el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 1776, donde para lo penal se asegura, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, la presunción de inocencia, el uso de las pruebas, el no declarar contra sí mismo, así como el derecho «a ser juzgado rápidamente». Aunque sin olvidar que en el artículo 11 se dedica atención a otros procedimientos —cuestiones de propiedad y litigios entre particulares—, haciendo un canto al juicio por jurado.

No es escasa la respuesta en la propia Constitución de los USA, de 1787, señaladamente a lo largo del artículo 3, y ya, de forma especial, a partir de 1791, en las enmiendas 5 («nec bis in idem», o el famosísimo «due process of law») y 6 (para el proceso penal, entre otros, «the right to a speedy and public trial»).

Y, obviamente, todo este magma en ebullición y que se va incrementando, ha pasado a las Declaraciones de Derechos modernas, como la Universal (especialmente, artículos 8, 10 y 11) y al Convenio de Roma (el tan famoso —y amplio— artículo 6), y, por supuesto, a las Constituciones coetáneas.

Un detalle curioso: la fidelidad del texto español para con el italiano no debe hacernos olvidar que aquel incorpora algo que no está en éste. Es el problema del *tempus* de la justicia, la aspiración a la rapidez, o que el proceso resulte, como en la fórmula española, «sin dilaciones indebidas». Algo que, como se dijo, ya estaba en Virginia (artículo 8, para lo criminal: «el derecho... a ser juzgado rápidamente»), en la enmienda sexta de la Constitución USA (también para lo criminal, «the right to a speedy... trial»), o que, incluso, por traer un remoto y prestigioso precedente, apare-

cía en la Carta Magna de Juan sin Tierra: «no... dilataremos a nadie la administración de justicia» (49).

Ya en nuestros días, choca que no esté presente en la Declaración Universal pero sí —¡y vaya el juego que ha dado!—, en el 6.1 del Convenio Europeo: derecho a un proceso equitativo «dentro de un plazo razonable».

V. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL PLAZO RAZONABLE Y LA FUNCIONALIDAD DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Justo esta preocupación por la tardanza me lleva a plantearme un pequeño inciso, para reflexionar acerca de cómo puede afectar a la vida del Convenio de Roma y, en especial, a la de su institución más destacada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y también, para seguir dándole vueltas al gran problema antes apuntado, el de la salud de la justicia en Europa.

Punto de partida consustancial: el Convenio de Roma significa la introducción de los instrumentos de Derecho Internacional para una mejor protección de los derechos humanos. Los Estados asumen la solución con todas sus consecuencias, en cuanto compromisos internacionales. Contando además con que la construcción se fundamenta en el prestigio del Tribunal de Derechos Humanos. De admirar, así, como efecto relevante, la experiencia de firme acatamiento de sus fallos, más o menos enfadados los Estados en ocasiones —con sus salidas, vueltas o reservas, cuando ello era posible—, pero en general cumpliendo a rajatabla. Es decir, con un enorme grado de aceptabilidad. Sistema internacional basado en el prestigio, donde también cuenta la supervisión de los Estados, en cuanto una pieza menos aparatosa pero irremplazable ha venido siendo el «Comité de Ministros». Parece que la funcionalidad exigía que se tratara de «grandes casos», de supuestos notables y polémicos, en cuanto para el día a día ya estaban los

órganos internos de cada Estado. No digamos, el prestigio de los grandes juristas que contribuyeron a tan notable jurisprudencia con una forma especial de actuar —lenta, sin duda, e intermitente— que no les impedía el desempeño de sus habituales actividades profesionales. Pensemos, aunque sea otra cosa, en aquellos arbitrajes internacionales sobre asuntos muy polémicos para los que se llama a personalidades señeras. Es cierto que todo rodaje es lento pero resulta muy indicativo el ritmo pausado de la jurisprudencia inicial, e incluso de los años subsiguientes. Donde casi cada fallo tenía trascendencia en cuanto aportaba nueva doctrina. U, otro dato que a mi me ha seducido siempre: el Tribunal era remiso a señalar indemnizaciones como modo de «reparar las consecuencias» de la lesión del derecho, el concepto de «satisfacción equitativa» del primitivo artículo 50, actual 41. La profesora Fanny Castro-Rial dedicó hace unos años su tesis doctoral al argumento, y en ella se acreditaba con holgura la tendencia apuntada, la casi ausencia de reconocimiento de fijación de cantidades. Porque en su lugar se optaba por otra solución: ya constituye compensación suficiente, se venía a decir, el que el Tribunal acceda a darle la razón y a condenar el comportamiento del Estado. Y el sistema podía funcionar a la perfección. Eran los mecanismos implícitos, acaso incomprensibles para mentes cuadrículadas, pero capaces de asegurar resultados muy satisfactorios.

El test, o el ejemplo, de lo que está sucediendo con la regla del «plazo razonable» para los procesos, es un indicativo difícilmente rebatible de la patética situación en que se encuentra inmerso hoy el Tribunal, auténtico callejón sin salida, de muy difícil enmienda como no se adopten soluciones enérgicas y contundentes. ¿En que me apoyo para evocar tan sombrío panorama?

Si viene siendo un problema general que ha afectado a muchísimos Estados —también a España, por supuesto—, desde hace unas cuantas semanas al menos, cada entrega de jurisprudencia que se ofrece por *internet* depara la constatación sorprendente de

que en general más de la mitad de los casos se refieren a Italia. Como argumento central, la cuestión del «plazo razonable» de los procesos. Ante la prolongada duración constatada una y otra vez, la sentencia es siempre, y por unanimidad, de reconocimiento de que Italia ha violado sus compromisos, aunque con el añadido de que, en concepto de daños morales, se condena al pago de una sustanciosa cantidad. Y hay, incluso, un elemento adicional que se viene repitiendo sistemáticamente: se incluye una cláusula en la que el Tribunal deja sentado, al constatar que los supuestos se reiteran sin enmienda, que «tal acumulación constituye una circunstancia agravante». Es decir, que el corpus jurídico del Convenio se innova con la doctrina de la «circunstancia agravante» de creación jurisprudencial. Que se utiliza como argumento de peso a la hora de fijar el contenido del fallo y de insistir en el pago de la cantidad en concepto indemnizatorio. ¡Prácticamente la mitad de la jurisprudencia! Y, a buen seguro, cuando se corra la buena nueva, los abogados de los pacientes ciudadanos que sufren en sus carnes los retrasos judiciales, han de saber que pueden explotar un rico filón suficientemente rentable sin apenas esfuerzos. Tal vez el último caso, cuando se preparaba esta intervención, era el de la sentencia *Sinagoga c. Italia*, de 28 de abril de 2000. Mi afición a los problemas de libertad religiosa me llevó a ver el asunto con especial interés, pero cuando comencé a leerlo comprobé que el nombre no daba ninguna pista, y que era uno más de la larga lista sobre el «plazo razonable»: el señor Domenico Sinagoga alegaba el retraso de la Justicia a la hora de decidir sobre una reclamación, contra la denegación por parte del Ministerio de Defensa italiano, que rechazaba concederle una «pensión privilegiada ordinaria». La sentencia, una más, insisto, es de todas maneras testimonial. En cuatro hojas muy holgadas se despacha el asunto, de la forma más escueta imaginable, prescindiendo de los elementos descriptivos que suelen ser habituales, también con unos razonamientos muy esquemáticos. No hubo vista pública. ¡Vaya contraste entre tan escueta descripción y la

arraigada tradición de fallos descriptivos y minuciosos, tan pedagógicos! Es como si hubiera una plantilla, válida para toda una serie, y en la que cada vez solo se rellenan los cuatro datos que varían. Se valora en el caso que el procedimiento, para una única instancia —se alude a un «recours en révocation» que aún estaría pendiente—, duró algo más de doce años y nueve meses. Ello es suficiente para que por unanimidad se decida que Italia ha violado el artículo 6.1 del Convenio. No se olvida la cláusula de «circunstancia agravante», que, sin duda, contribuye a que el fallo sea como es. Así se expresa en el párrafo número 11, que me permito traducir:

«El Tribunal recuerda haber constatado en cuatro sentencias de 28 de julio de 1999 (como por ejemplo en el caso *Botazzi c. Italia*), la existencia en Italia de una práctica contraria al Convenio, resultante de una acumulación de incumplimientos de la exigencia del «plazo razonable». En la medida en que el Tribunal vuelve a constatar de nuevo tal incumplimiento, dicha acumulación constituye una circunstancia agravante de la violación del artículo 6.1».

Para concluir con el supuesto habrá que añadir que el señor Sinagoga —que, por cierto, de la lectura del escueto caso da la impresión de que no tiene nada que hacer en cuanto a la pensión—, solicitaba en concepto de daños morales, en aplicación del artículo 41, la cantidad de treinta millones de liras. Nada se anota de que el Gobierno italiano hubiera puesto algún reparo, acaso sea porque ni siquiera se objetó. Pues bien, la decisión del Tribunal, una vez que se aprecia que ha habido violación, incluye también el abono de la indemnización solicitada de los treinta millones de liras (con la advertencia, como es habitual, de que si hay retraso en el pago, la cantidad se incrementará con el interés legal del dinero, el 2'50% en Italia)

No es una cantidad excesiva pero como propineja en una causa que quizá no tenía posibilidades de éxito, tampoco está mal. ¿Puede servir de aguijón para que Italia cambie de postura y reajuste sus

instituciones? Como tal cantidad, no parece probable, nada habría que esperar de esta vía, nada que hacer así, como no confluyan otras razones. Aparte de que, dada la usual volatilidad de los Gobiernos italianos, acaso le toque hacer frente a la indemnización a un Gobierno que nada tenga que ver con las prácticas censurables (dejando bien claro que se trata, en todo caso, de una responsabilidad de Estado).

Lástima que en la sentencia no se diga quien era el abogado del recurrente pues seguro que había de ver incrementada la lista de clientes. ¡Quién sabe que acumulación podría llegar a producirse en su bufete! Aunque esas cosas no hace falta que se pongan, se corren como las canciones. Aparte de que abren los ojos a los colegas. No tengo base para juzgar que pueda suceder fuera, pero lo que es en mi país, en cuanto esta jurisprudencia se conozca, seguro que son legión los dispuestos a que no les falte trabajo a los jueces de Estrasburgo. Una propinilla sustanciosa es un argumento muy atractivo. Más si se incluyen las costas y gastos originados por el proceso, como veremos en el caso que refiero a continuación.

Si en Italia se observa una procesión de reclamantes separados, cada uno con su recurso, como el devoto que lleva su vela, otra variante posible es la acumulación de interesados en un único proceso (y me adelanto a pensar en las combinaciones de que es capaz la publicidad agresiva de los abogados, según una insólita línea que algunos defienden denodadamente). Muy gráfico resulta el caso de doña María de Lourdes *Oliveira Modesto y otros* c. Portugal, de 8 de junio de 2.000 (posterior, como se ve, a la exposición oral de esta ponencia, pero que he podido aprovechar al ultimar la versión escrita).

Es el mismo problema del «plazo razonable», y la sentencia, breve también, de unas seis páginas, a las que hay que añadir otras siete del apéndice donde se da la lista a la que luego me referiré, tiene algo más de fuste, pero tampoco demasiado. No obstante,

aún hay lugar para añadir una de esas afirmaciones que hacen meritoria una sentencia. El problema de fondo es bastante más complejo, como reconoce el Tribunal. El núcleo del caso lo constituye la mala situación de una empresa de Aveiro, con problemas financieros que le conducen a la quiebra, y que, entre los numerosos acreedores que la persiguen, hay que contar con que ha dejado de pagar a los trabajadores. Se describe el largo proceso de la quiebra (intentos anteriores, designación de administrador judicial, convenio con los acreedores, venta de los bienes, etc.), y aunque hay discusión entre las partes, y el Gobierno defiende otros criterios, el Tribunal, aun reconociendo las circunstancias particulares del caso, así como que no es atribuible a las instituciones públicas todo el retraso, fija en doce años y tres meses el periodo de duración del procedimiento a considerar. Lo cual, a pesar de las dificultades del caso, y desde la «exigencia de una valoración global», se estima que supera con creces la previsión de plazo razonable. Se toma en consideración de forma especial, y el Tribunal pone énfasis en ello, con un toque de sensibilidad social que debe ser destacado, «que tratándose de litigios sobre los derechos de los trabajadores a su salario o a las indemnizaciones sustitutivas hay que abordar con especial rigor la consideración del plazo razonable y su desbordamiento» (n. 36). Insistiendo en que, a pesar de que el problema era complejo, «se imponía una especial diligencia dado el significado del litigio para los reclamantes» (n. 37).

Subrayo de nuevo la sensibilidad ante los jornales de los trabajadores cuyo impago hubiera requerido remedios enérgicos, y que en la ocasión fuerza a reclamar «especial rigor» («doit être examiné avec une rigueur particulière», «une diligence particulière s'imposait au vu de l'enjeu du litige pour les requérants»). ¡Destacada línea jurisprudencial que, si parece determinante en el caso, trasciende sin duda este supuesto!

El resultado será que el Tribunal estime, por unanimidad, que ha habido violación del artículo 6.1.

Se conoce la sentencia como el caso «Oliveira Modesto y otros». Y es que, en efecto, además de D^a María de Lourdes Ferreira Matos Oliveira Modesto, había otros, nada menos que 121 personas más, trabajadores todos ellos, de ambos sexos, de la empresa en cuestión, y afectados igualmente por el impago de los salarios o indemnizaciones. Al final, la sentencia se completa con un apéndice en el que se incluye la lista de todos ellos.

El abogado que llevó el caso, o desconocía las reglas jurídicas elementales, o jugaba a la demagogia (lo que no queda muy bien en su profesión), en cuanto que como primer componente del *petitum* se solicita que se condene al Estado, en concepto de daños materiales, a pagar las cantidades reclamadas en la vía interna, que aún no habían sido percibidas. Pretensión insólita a la que se opone el Gobierno y que el Tribunal determina rechazar.

Pero se solicitaba también para cada uno compensación como daños morales, en sumas que iban de un millón y medio a veinte millones de escudos. El Gobierno discute las cifras por considerarlas exageradas. Aparte, la primera recurrente, en concepto de gastos para el proceso pedía que se le otorgaran 313.840 escudos, cantidad sobre la que el Gobierno se remite al buen sentido del Tribunal y que éste concede en la cuantía demandada. En cuanto a los daños morales, establece que los recurrentes han sufrido un daño moral inequívoco, que no queda suficientemente compensado con el mero reconocimiento de la violación. Se procede por eso a fijar una indemnización en efectivo, ordenándose que se abone a cada uno de los 122 recurrentes la cantidad de novecientos mil escudos (más los eventuales intereses de demora, que en el caso de Portugal son del 7%).

No discuto que ambos casos sean sangrantes, especialmente terrible el retraso en el pago de los salarios o indemnizaciones, el normal medio de vida para los trabajadores, pero siempre disfuncional todo retraso judicial (el recurso de la sentencia *Sinagoga* lo había sido contra denegación de una modalidad de pensión). Desde

este punto de vista, ambas sentencias —aunque especialmente la portuguesa— transmiten una reconfortante sensación de justicia cumplida.

Hay que dejar sentado también con normalidad, y es lo primero y principal, la responsabilidad de cada Estado por sus obligaciones derivadas del Convenio. Muchos han sido condenados en este punto —otros no —, pero ahora es cuestión de Italia, la serie de casos reiterados que le han afectado, a pesar de los esfuerzos realizados o intentados para agilizar los procedimientos. Salta a la vista que hay un largo proceder de incumplimiento del Convenio que debe ser enderezado sin excusa. Pero una vez dicho esto, la otra cara del problema es, crudamente hablando, que así abocamos a un claro desprestigio del Tribunal. Eso aun sin querer anticipar el futuro, aun sin contar con que, como decía, puede aumentar el flujo y generalizarse, como fuente rentable para sacar algunos dinerillos, el llevar a Estrasburgo las causas nacionales que se alargan y demoran, auténtico filón de oro en países de listillos y aprovechados: a ver que sucede cuando se propague el conocimiento de esta jurisprudencia, no digamos cuando se ponga de moda el acudir en muchedumbre, bajo una única dirección, según la impronta del caso *Oliveira Modesto y los otros* 121.

¿Tiene sentido un Tribunal Internacional para esto, nada menos que la plasmación de los grandes esfuerzos y esperanzas que representó el Convenio de Roma y la admisión de su jurisdicción? ¿Dónde queda su ejemplaridad? ¿Dónde queda —lo cual es más doloroso de decir— su prestigio, que se imponía y marcaba inequívocas directrices? ¿Dónde esas sentencias singulares, tan fácilmente identificables por lo que aportaban?

Destaqué la inclusión en *Sinagoga*, como en tantos casos italianos anteriores, de la cláusula de circunstancia agravante, consecuencia de la reiteración de omisiones y violaciones. En frío, parece coherente que quiera subirse el tono y expresar energía, pero el problema es que las cosas no sean lo que aparentan. Porque ante

ello surge una pregunta patética: ¿responde tan reiterada inclusión a una postura de poder, es la forma de proceder de quien está seguro de su superioridad o es síntoma, por el contrario, de una situación de impotencia? Si la primera o la segunda advertencia hubieran provocado poco menos que una convulsión, su eficacia hubiera resultado innegable, y muy positiva. Pero la reiteración, el empecinamiento en el surgir de nuevos casos, es testimonio de que los dictados del Tribunal producen indiferencia, lo cual es lo peor que podía ocurrir. ¿Dónde queda su prestigio, insisto?

No se crea que estemos ante un problema baladí: resulta acuciante afrontarlo. Y me refiero no solo al caso particular de Italia, o de los otros países que merezcan o hayan merecido recriminaciones similares. Si se orada el prestigio de una institución basada en él, aunque sea en relación con aspectos menores, se está atentando gravemente contra el sistema. Si se pierde el respeto para algo, se arriesga desprestigiarlo todo. Y el Tribunal Europeo, en este sentido, por su propia esencia, por no contar con una fuerza ejecutiva a su disposición, como suelen tener otros tribunales, resulta especialmente vulnerable.

Ya se que no son solo los problemas del 6.1, sino que hay otras causas a tener en cuenta. Pero esta digresión, aparentemente nimia, nos desvela hondos problemas como para echar las campanas al vuelo, y no por razones festivas. Es oportuno que funcionen las señales de alarma.

VI. ENCUADRE DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Pero volvamos a las tres líneas jurisdiccionales de la Constitución española. Tras el derecho a la justicia me ocupaba, en segundo lugar de la supervisión judicial de la Administración Pública, la idea de que en principio toda la actividad administrativa puede ser residenciada ante los tribunales. Lo jurisdiccional cobra

aquí un relieve marcadamente diferente: se contempla ahora no desde las garantías del proceso (visión que arranca, sistemáticamente, de la línea de defensa de los ciudadanos ante las posibles incriminaciones penales), sino desde la óptica de la relación entre los poderes del Estado, una respuesta contemporánea a la tradicional construcción de la separación de poderes. Recordaré que, como he señalado en otras ocasiones, aunque no haya una mención expresa al principio, tantas de las fórmulas constitucionales de 1978 reflejan tomas de postura en relación con la separación de poderes. Así veo yo este venir a afirmar que no hay ningún inconveniente en que los Tribunales controlen a la Administración. Con lo que se da un salto mayúsculo, que se separa con fuerza del viejo modelo revolucionario francés de prohibir que los Tribunales interfirieran de cualquier manera la acción administrativa, al que tan sensible se había sido en España. Se trata de una novedad de bulto cuyo significado no se si se ha valorado suficientemente. Pues bien, de nuevo cabe apreciar una intensa fidelidad a un precepto de la Constitución Italiana. Ciertamente que también influyó el artículo 19.IV de la «Grundgesetz» de Bonn, muy utilizado por nuestra literatura preconstitucional (de recordar, como mero detalle anecdótico, la difusión que tuvo entre los especialistas el famoso *discurso rectoral* de Otto Bachof introducido en España por el profesor García de Enterría), pero situando las cosas en su lugar, debe pesar el argumento de que la Constitución Italiana es anterior. Si se recuerda la redacción del artículo 106.1 español, que antes reproducía, no es difícil apreciar la similitud con los dos párrafos iniciales del artículo 113 italiano:

«Contra los actos de la Administración Pública cabe siempre la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa.

Tal tutela jurisdiccional no puede ser excluida o limitada a singulares formas de impugnación o para determinadas categorías de actos».

Es de justicia reconocer las afinidades. Aunque querría destacar dos especialidades de la fórmula española que no están en la italiana.

A. Por más que la idea se hallara implícita en la solución italiana, el constituyente español añadió una referencia expresa que me parece digna de ser notada. Se hará mención, en efecto, a la pretensión de control, y por eso el precepto indica que «los Tribunales controlan». Se dará vía libre al enjuiciamiento, no habrá inconveniente en que los Tribunales conozcan de los actos administrativos, como si se estuviera desafiando de manera expresa e intencionada la vieja premonición de que «juzgar a la Administración es ya administrar». Nada parece preocupar tal prevención. Del mismo modo que los revolucionarios franceses con su prohibición pretendían vacunarse frente a la experiencia anterior de intromisión de «los parlamentos», es como si los constituyentes españoles —no se si conscientes de donde se metían— estuvieran animados por la idea de superar las restricciones al enjuiciamiento que se habían lamentado en la situación política anterior. La tan inocua fuerza judicial de la situación política que se trataba de superar, no causaba ningún sobresalto en el momento de redactarse la Constitución. Lo que preocupaba, en cambio, era el deseo de poder controlar los desmanes del Ejecutivo. Ahí venía como anillo al dedo la solución italiana (o alemana) de que se ha hecho mérito. Salvando todas las distancias, que son muchas, en el momento constitucional democrático de España, como antes en el de Italia o Alemania, los gigantes que había que abatir y domeñar no eran cuerpos judiciales tradicionales, como los parlamentos del «ancien regime» francés, sino que lo que estaba en mente sobre todo era una situación de Ejecutivo omnímodo e incontrolado. En este contexto germina la apuesta —no se si suficientemente madurada— por la supervisión judicial más amplia posible. Tales serían las razones para la fórmula española glosada.

Pero junto a ello, hay este plus de incorporar expresamente la referencia al control. Estamos así ante piezas que integran los grandes mecanismos a la hora de articular el Estado.

Es curioso que en la propia Constitución Española hay otra referencia significativa al término. Cuando se fijan las funciones del Parlamento, se consigna, como hoy es habitual en la teoría constitucional, que las Cortes Generales, además de ejercer la potestad legislativa del Estado y de aprobar los presupuestos,

«controlan la acción del Gobierno» (artículo 66.2).

Tal es, en efecto, una de las manifestaciones más genuinas del significado del Parlamento, pieza clave en el sistema de pesos y balanzas propio de la distribución de los poderes del Estado. Nadie puede discutirle a la representación popular el encarnar la más cualificada expresión de los controles.

Pues bien, situando cada cosa en su lugar, y con todas las graduaciones pertinentes, una nueva variante desde el sistema constitucional de controles lo constituye esta encomienda que se atribuye a los jueces en relación con el Ejecutivo. Por cierto que el texto constitucional español es reincidente también desde este punto de vista, duplicando la regla, si bien va a variar, y es importante, el referente territorial: el artículo 153 es otro precepto dedicado a controles, ahora en relación con el sistema regional, y en su desarrollo, entre otras determinaciones, especifica —letra c)— que el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá por la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trate de la Administración autónoma. Pura redundancia con el artículo 106.1 glosado, si bien acaso sirva para marcar algún acento en el diseño de la ordenación territorial del Estado.

Los jueces como controladores de la Administración en cualquiera de sus graduaciones y de sus manifestaciones. Dando por sentado, a renglón seguido, que la función de control no puede expresarse en una única fórmula, sino que se desdobra en multitud

de posibles variantes, de acuerdo con el ordenamiento constitucional y de acuerdo con la vocación jurídica y política de cada tiempo. Bien entendido, además, que los jueces, el Poder Judicial en la expresa dicción constitucional, no es un cuerpo tradicional, censitario, familiar o endogámico, no detenta un poder del Estado por pura fluidez histórica, no es un poder autónomo en definitiva, sino que toda su fuerza trae causa del sometimiento al imperio de la ley, como puntualiza el artículo 117.1 de la Constitución. En esta línea, el Estatuto de los jueces — la Ley Orgánica del Poder Judicial —, precisa que están «sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley» (artículo 1), así como que «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales» (artículo 5.1). «Sometidos», «vincula», son expresiones lo suficientemente fuertes como para resaltar su «situación de dependencia», dentro de la más amplia independencia. Su poder es, por tanto, el de defender la ley (la expresión por antonomasia del sistema democrático), por lo que el control de la Administración se traduce en una supervisión del respeto al sistema jurídico establecido.

B. Muy en línea con lo anterior, hay otra novedad en la regulación española, que no estaba en el modelo italiano. He de fijarme, sobre todo, en lo que tiene de tributo a una gloriosa creación francesa, a la que se viene siendo sensible en España desde hace un cierto tiempo.

Control de la Administración, es el punto de partida, el gran principio que hallamos en el artículo 106.1. Pero más en concreto se precisa que los Tribunales controlan «la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican». Queda bien aclarado cual es el denominador general del control: la verificación de si la actividad administrativa encaja dentro de la ley, vinculado el juez estrictamente, como decía, al imperio de la ley. Control jurídico, de juridicidad, según técnicas y módulos jurídicos. Nada queda, por tanto, a la inven-

ción o innovación del juez. Bien vacunados deben quedar quienes pretendieran otra cosa (suplantando, por ejemplo, la voluntad del Parlamento al hacer la ley). Pero este control de legalidad no se circunscribe a las meras apariencias, sino que fuerza a indagar también el sentido de los fines que han de presidir toda actividad administrativa. Y que es un elemento siempre reglado, a deducir del ordenamiento jurídico, si bien no se exprese siempre de modo patente a simple vista. Es, en definitiva, la técnica del control del fin —más allá de la mera apariencia de los preceptos legales—, brillante construcción del Consejo de Estado francés, cuyos primeros dos siglos se acaban de celebrar jubilosamente por cierto, que ha fascinado en tantas ocasiones (aunque haya que ser consciente de sus límites). Simbólico papel, por tanto, de la figura del «*detournement du pouvoir*» —«*l'eccesso di potere*», en la expresión italiana—, la «desviación de poder», en la larga historia de la supervisión de la Administración, ampliamente recibida en la doctrina y legislación española en sus testimonios más innovadores. De ella se hizo eco expresamente el constituyente español, como homenaje sincero, consciente también de su operatividad, al encargar a los Tribunales la supervisión de la legalidad administrativa. Sin olvidar que, como ha sido de sobras reconocido, la desviación de poder no abre la puerta a un control de moralidad o puramente decisionista, es sólo una fórmula de contraste jurídico, que se incardina directamente a la ley (aunque a veces haya que dar rodeos).

VII. LOS MODELOS DE LA REGLA DEL «RECURSO EFECTIVO» PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Había un tercer cauce jurisdiccional en la Constitución española, pura redundancia, decía, pero que se ofrece como respuesta a una necesidad que sensibiliza a la opinión pública: debe haber una vía judicial disponible para poder reaccionar de forma inme-

diata frente a cualquier ofensa a los derechos fundamentales. Tal es el alcance del artículo 53.2. Bien mirado, podía ser suficiente con las dos primeras variantes, tan amplias y de tan vasta proyección, pero el hecho cierto es que los constituyentes —que no se si pensaban en redundancias ni siquiera en sistemática— optaron por una tercera.

Siguiendo con nuestro esquema, y enfocando a la Constitución Italiana, topamos ahora con una novedad: no nos ofrece el esperado precedente. No hay en la Constitución Italiana, creo, una previsión similar o equiparable. No fue en este punto nuestro modelo.

Habrà que acudir a otras fuentes para indagar en los orígenes. En la propia España hay un testimonio muy valioso en la anterior Constitución democrática, la Republicana de 1931. En efecto, el artículo 105 preveía que,

«la ley organizará Tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales».

Previsión normativa de gran sensibilidad para la época, que luego no se llevó a efecto, no pudo ser desarrollada en el corto y agitado periodo de vida de la República y su Constitución. Lo que, por cierto, no impidió que el Tribunal de Garantías Constitucionales, con tan poco éxito en sus cometidos principales —inconstitucionalidad o reparto territorial de competencias—, desempeñara en cambio un papel muy eficaz como tribunal de amparo para los derechos y libertades públicas (véase, por todos, Martín Bassols).

Pero hay precedentes más próximos en el tiempo, más cercanos también en cuanto al clima espiritual. Documento cumbre en la reciente historia de los derechos y libertades es, sin duda, la Declaración Universal de Derechos Humanos, hecha por Naciones Unidas en 1948. Documento al que fue muy sensible el Constituyente español, al que decidió vincularse de forma concluyente (artículo

10.2). Pues bien, en él halla expresión cabal la regla que ahora nos interesa. Entre sus fundamentales contenidos, como algo diferente al derecho a un proceso equitativo, solemne y ampliamente reconocido (artículo 10), el artículo 8 se encarga por su parte de asegurar el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo que le ampare contra los actos que violen sus derechos y libertades. Surge así este compromiso de los Estados de adaptar su sistema judicial para dar cabida a tal visión garantista de los derechos fundamentales. De este modo se afianza la fórmula del «recurso efectivo» y quiero notar que en el texto se utiliza el fonema «amparo», de amplia tradición (lo veíamos en la Constitución Española de 1931): un recurso «que la ampare», se dice, a través de la forma verbal.

La línea de la Declaración Universal sería seguida fielmente cuando dos años después, en 1950, se hace el Convenio de Roma de Derechos Humanos. Ya aludimos a su artículo 6 con la minuciosa regulación para afianzar un proceso equitativo. Pues bien, como algo diferente, será el artículo 13 el que ponga el acento en el aspecto garantista para asegurar, cuando los derechos y libertades fundamentales hayan sido violados, el «derecho a la concesión de un recurso efectivo». El artículo 13 del Convenio va apareciendo en las alegaciones de los recurrentes ante el Tribunal Europeo (valgan como ejemplo los casos «Powell y Rayner c. Reino Unido», de 21.II.1990 —la Comisión Europea de Derechos Humanos había acudido al Tribunal alegando violación del artículo 13, cosa que éste no aceptaría—, o «Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs c. Austria», de 19.XII.1994, donde el Tribunal sí estimó infringido el artículo 13), pero la jurisprudencia de Estrasburgo es más bien escasa al respecto, por supuesto, nada que ver con la plétora de sentencias que ocasiona el artículo 6.

Puse interés en indicar la fecha de ambos instrumentos internacionales: 1948 para la Declaración Universal, 1950 para el Convenio de Roma. Al ser la Constitución Italiana de 1947, obviamente

no pudo tomar en consideración el modelo —lo que puede explicar quizá su ausencia—, mientras que ya estaba disponible cuando años después se hizo la Constitución Española. El caso es que, por unas u otras vías, las innovaciones constitucionales se propagan generosamente. Al fenómeno de interconexión de ordenamientos se añade además el préstamo cada vez más frecuente de modelos y soluciones.

VIII. PLÉTORA Y COLAPSO DE LA JUSTICIA: REFLEXIONES SOBRE LA PRAXIS GENERADA POR LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES

Queda así expuesto el panorama de la triple vía jurisdiccional que ha acogido el sistema constitucional español, con indicación de los modelos que estaban disponibles en el momento de fraguarse. Tal acumulación de previsiones, auténtica plétora judicialista, sería gráfico testimonio de un sentimiento, tan propio de la Europa de finales del siglo XX, de confianza ilimitada en el protagonismo de la Justicia dentro del esquema del Estado que se quiere democrático. De resaltar, la viva aspiración que se palpaba en España en el momento de procederse a elaborar la Constitución. No se olvide que se estaba saliendo de una dictadura y de ahí la fuerza del deseo por alcanzar un Estado de Derecho que, en el modelo logrado, opta por una marcada presencia del componente judicial. He aquí alguna de las conclusiones que nos permite extraer la consideración de los tres cauces judiciales enumerados.

Hasta ahora me he movido en el momento constitucional, las fórmulas que ofrece el texto de la Ley Suprema. Por lo demás, en los escasos años transcurridos, el desarrollo normativo y, sobre todo, la praxis cotidiana que se ha derivado, adquieren magnitudes colosales. No es el caso de describir minuciosamente desarrollo tan intenso. La regla del «proceso equitativo» ha demandado transformaciones profundas en la organización procesal, en relación con todos los órdenes jurisdiccionales además. Muy viva la

vertiente del cambio normativo pero desbordante la reacción jurisdiccional. Por su parte, el control judicial de la Administración ha experimentado no menos activismo. También aquí quedan implicados todos los órdenes jurisdiccionales, siendo una inesperada novedad —con no pocas de cuyas manifestaciones yo soy muy crítico—, la del peso que han adquirido las respuestas penales. Lo que se ha manifestado, en el campo normativo, en diversas direcciones: desde la reforma del Código Penal para ajustar o agravar los delitos que tienen que ver con la Administración (desde prevaricaciones y cohechos, a la penalización en el campo de la ordenación del territorio, del urbanismo o del medio ambiente), hasta el levantamiento de los viejos impedimentos a la hora de procesar a funcionarios o autoridades, pero no menor ha sido el revuelo en el terreno de la práctica, con numerosísimas actuaciones inculminatorias que, dicho sea en honor de la verdad, bien pocas veces terminan en condena. Aunque, sin duda, el control de la Administración tiene como protagonista cualificada a la jurisdicción ad hoc, a la que se viene encomendando tradicionalmente la supervisión administrativa. En este sentido, desde el momento constitucional, se han sucedido no pocas reformas de la Jurisdicción contencioso-administrativa que habrían culminado, por el momento, en una nueva redacción de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, producida en 1998, la Ley 29/1998 de 13 de julio. Desde otra perspectiva, ya en la vida cotidiana de la práctica jurisdiccional, el orbe jurídico gime apesadumbrado por el activismo de los recurrentes a los que de mala manera dan abasto los Tribunales existentes (de ahí que uno de los objetivos de la reforma de 1998 haya sido intentar enderezar este flujo o, cuando menos, aliviar al Tribunal Supremo reforzando la planta judicial más cercana al ciudadano).

Algo más diré de la tercera alternativa, la concerniente a la regla del «recurso efectivo» a la hora de defender los derechos fundamentales, aunque se trate solo de un repaso esquemático.

Ya indicaba antes como el artículo 53.2 de la Constitución marca un doble camino, primero ante los Tribunales ordinarios y luego, eventualmente, ante el Tribunal Constitucional.

Ante todo, se abre el cauce de la jurisdicción ordinaria. Desde una visión de conjunto, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 recalca que los derechos y libertades fundamentales están bajo la garantía de los tribunales ordinarios. Según el artículo 7.1: «Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 2 del Título I de la Constitución vinculan en su integridad a todos los jueces y tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos».

En España, como se dijo, además del militar, hay cuatro órdenes jurisdiccionales, especializados por la materia, pero todos ellos Poder Judicial: civil, penal, contencioso-administrativo y social (el Consejo de Estado no tiene, en cambio, desde hace ya tiempo, función jurisdiccional, sino solo consultiva). Ante todos ellos puede accionarse en defensa de los derechos fundamentales aunque, obviamente, el mayor número se concentra en la jurisdicción especializada en la Administración, la contencioso-administrativa. Se aboca así a una sustanciosa simbiosis entre el segundo de los cauces expuestos —el del control de la Administración— y el que ahora se contempla, el específico para los derechos fundamentales. Ya advertí de reincidencias y reiteraciones.

Y, por cierto, que quizá no sea inútil aludir a un nuevo aspecto que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales, referente ahora al Derecho Administrativo sustantivo. Cuando la Ley sobre el procedimiento administrativo —la 30 de 1992, con sus reformas ulteriores—, tan vinculada por lo demás al movimiento italiano de reforma del procedimiento administrativo, enumera los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, al inicio de la lista van a incluirse «los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional» (artículo 62.1.a). Regla bien original —aunque de no

fácil interpretación— que quiere llevar a la vida del derecho sustantivo el canon de máximo respeto a los derechos fundamentales. Con decidida influencia, por tanto, sobre el conjunto del procedimiento administrativo y no digamos sobre los llamados recursos administrativos, pero que más allá alcanza a la jurisdicción contencioso-administrativa, al convertirse en inevitable punto de contraste.

La preocupación por el «recurso efectivo» movió muy pronto al legislador. Al mismo tiempo que se promulgaba la Constitución, con coincidencia casi rigurosa, se aprobó una Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, la 62/1978 de 26 de diciembre, con previsiones procesales para el orden civil, para el penal y para el contencioso-administrativo. En éste, el procedimiento para la defensa de los derechos fundamentales aportaba criterios bien novedosos en contraste con el procedimiento general: además de marcar un ritmo de rapidez y asegurar su preferencia, se exceptuaba la entonces arraigada regla del necesario recurso administrativo previo, se señalaba como principio el criterio de la suspensión del acto administrativo, se daba entrada a la participación del Ministerio Fiscal y se afianzaba la imposición de las costas al perdedor, aunque fuera la Administración.

Al aprobarse en 1998 la nueva versión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se ha derogado la parte correspondiente de la Ley de Protección Jurisdiccional, y se incorpora a la nueva Ley, como uno de los procedimientos especiales, «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona» (capítulo 1, del título V, artículos 114 y siguientes). Con ciertos retoques, se sigue una tónica parecida, opción jurisdiccional valedera no solo en relación con actos administrativos sino también con inactividades y vías de hecho. Hay que agotar la vía judicial, con variantes procesales muy diversas y muy casuísticas soluciones, entre las que se encuentran eventualmente los recursos de apelación y casación.

Si no se ha logrado satisfacción, cabe utilizar el recurso de amparo ante el Tribunal constitucional. Los constituyentes, desde la idea tan sentida de ofrecer las mayores garantías a los derechos y libertades fundamentales, concibieron como una de las funciones del Tribunal Constitucional la del recurso de amparo para la garantía de los más cualificados de aquellos. Es una variante que no existe en Italia —aunque sí aparecía en el proyecto de la «Bicamerale»: mi humilde consejo es que se midan bien los pasos en materia de tantas implicaciones—, ni en Francia, pero sigue el ejemplo de Alemania, aunque con la diferencia de que en España el Tribunal Constitucional no es Poder Judicial. Lo que no impide que las actuaciones tengan carácter de auténtico proceso, con las garantías inherentes. La regulación se halla contenida en el título III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 1979, aunque reformada en diversas ocasiones, artículo 41 y siguientes. Y se abre también una triple vertiente: amparo contra actuaciones de las Administraciones Públicas (artículo 43), amparo contra violaciones que tengan un origen judicial (artículo 44), y también, una variante original, contra actos sin valor de ley de los Parlamentos (tanto el Nacional como los Regionales).

Las tres vías de recurso de amparo señaladas —algo menos la tercera—, han dado origen en la práctica cotidiana a una frenética actividad, con oleadas de recursos y actuaciones, tanto que el Tribunal Constitucional adolece y se resiente de tan intenso ajetreo, que mediatiza, lastra, y, en parte, paraliza su curso. Son atorradoras las cifras que denotan el retraso existente. De nuevo, horadando nuestra conciencia, aparece la idea del tiempo, retraso, dilaciones indebidas, plazo razonable: la utopía de la justicia que se pretende alcanzar y que, al no lograrse, se torna, como suelo decir apesadumbrado, de justicia, en «no justicia». Allá quedan los esfuerzos empeñados: normalmente dos instancias en la órbita judicial, acaso un recurso administrativo previo, y, como colofón, y quien sabe para cuando, el recurso de amparo ante el Tri-

bunal Constitucional. Pero no apurarse, que si la duradera travesía no da resultado, cabe aún embarcarse en la nave que conduce al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con lo que cerramos el círculo y nos sumergimos, de nuevo, en el clima que antes ha sido descrito. Encomiable oportunidad esta última para casos sobresalientes y rupturistas. Enorme confianza depositada en un prestigio que se impone por su propia fuerza, por la llamada de atención que emane de cada una de las sentencias. Pero algo fallará —y mucho perderemos todos— cuando se permita que el acceso a Estrasburgo se convierta en una etapa más, indiferenciada, del largo tren de la justicia cotidiana. A este respecto, y como desasosegante colofón hay que decir, aunque no nos guste, que es una cifra estremecedora la que nos ha proporcionado en el Seminario el Juez italiano en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, profesor Benedetto Conforti, al confiarnos que penden ante el Tribunal nada menos que trece mil asuntos en espera de ser abordados.

Sería un síntoma bien representativo de nuestra Europa de fines del siglo XX el de la fórmula española que he querido gloriar: triple vía jurisdiccional que sirve de basamento luego a activísimas incitaciones de la sociedad. Tanto que desbordan y desequilibran cualquier posibilidad de solución. Es de alabar el ansia de justicia y se comprenden las esperanzas depositadas en la Justicia. Convendrá que ello se conozca bien cuando tantos calificarían a nuestros tiempos exclusivamente de frívolos y materialistas. Precisamente por eso, para que la Justicia no defraude, para que el noble sentimiento de justicia pueda realizarse, habrá que emprender enérgicas rectificaciones: seleccionar las energías limitadas, despertar la responsabilidad de los profesionales del foro, no llamar a la Justicia para lo que la Justicia no puede resolver, abordar afanosamente las fórmulas que impidan que los conflictos lleguen a plantearse (campo en el que hay tantísimo por hacer), ser por tanto extremadamente cautos en cada innovación cons-

titucional, en cada reforma normativa, para saber qué se está haciendo en cada caso, y para tener muy presentes las consecuencias que la improvisación o el voluntarismo pueden acarrear. Para no matar en definitiva esta bella esperanza de buscar la justicia y confiar en la justicia.

CAPÍTULO 4

LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y, EN ESPECIAL, LA MUNICIPAL, ANTE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Texto de la conferencia pronunciada en Barcelona en un Seminario de Derecho Local, que, como tal había permanecido inédita, y con la que luego contribuí gustosamente a los *Estudios en Homenaje al Profesor José M.^a Boquera Oliver*, el volumen colectivo titulado *Nuevas Perspectivas del Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 51-67.

S U M A R I O:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL COMPROMISO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. III. ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES? IV. ¿QUÉ DEBEN HACER EN CONCRETO LAS ASMINISTRACIONES PÚBLICAS? V. FINAL

I. INTRODUCCIÓN

Pretendo con esta ponencia suscitar la reflexión sobre cosas muy simples y que se darían por sabidas. Me congratulo sinceramente de que los organizadores de este Seminario sobre Derecho Local hayan tenido el acierto de incluir como uno de los temas el canon de los derechos fundamentales, como si se quisieran reafirmar ideas elementales para que penetren sin falta en el cotidiano hacer de las Corporaciones Locales, frente a la tentación fácil de pensar que los derechos fundamentales son cuestiones alejadas y

distantes, cosas del Derecho Internacional o de la incumbencia exclusiva de los grandes Poderes del Estado. Nos encontramos, sí, con afirmaciones solemnes y de grandes implicaciones, pero ello no quiere decir que se circunscriban solo a los órganos que están en las alturas, a quienes tienen que tomar las grandes decisiones de Estado. Tomemos por ejemplo como punto de partida la previsión del artículo 10.1 de la Constitución:

«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

¡Hermosas palabras, sin duda! Pero de lo que se trata precisamente es de que no queden solo en eso, y que se asuma la responsabilidad de cada organización, porque para que se logre la paz social, para que resulte operativo el orden político, muchos son los llamados a colaborar y no solo por cierto quienes están en las alturas. También hay que llevar al ámbito de los derechos fundamentales la idea de que vivimos en un Estado integrado, con una pluralidad de eslabones, cada uno con responsabilidades propias y de que en materia de derechos sea fácil alardear y montarse triunfalmente en el carro de las palabras, lo que me lleva a recordar el viejo refrán de que una cosa es predicar y otra dar trigo. Y es que se trata de un comprometido programa que requiere la más firme vocación para hacerse operativo. Ojalá puedan contribuir mis reflexiones para incitar a avanzar en lugar de en una democracia de normas, en una democracia de respuestas efectivas allí donde haga falta. Dicho sea ello no en desprecio de las normas que acaso en parte sean necesarias, sino para tomar partido frente a la pose tan grotesca y generalizada de creer que con promulgar una buena dosis de preceptos ya queda cumplida la tarea. Con una nueva peculiaridad a tener en cuenta: aun cuando sea sincera la decisión de actuar para hacer efectivos los derechos fundamentales, en la práctica resulta ser una materia compleja y difícil, por

lo que se hace arduo e intrincado abordar el día a día de los derechos fundamentales. Si de verdad se quiere ser operativo, se van a requerir consistentes esfuerzos. Lo que va a necesitar atención minuciosa e interés sincero. De ahí que se trate de un tema apasionante para el estudioso.

Se me ocurre enumerar cuatro órdenes de dificultades, que expondré sucintamente.

A veces es claro y lineal el sentido de un derecho y puede lograrse sin vacilaciones por más que haya que sortear dificultades. Pero no son infrecuentes las situaciones de tensión y de enfrentamiento entre diversos derechos, o entre los interesados en un mismo derecho, y aparece la necesidad de optar, de componer, de buscar prevalencias. Un ejemplo tópico en la vida municipal sobre el que habrá oportunidad de insistir algo más adelante: hoy forma parte indiscutible del patrimonio de los habitantes de la ciudad el derecho al sosiego, al descanso domiciliario y al respeto de la propia intimidad. ¿Qué sucede cuando un comerciante alega su derecho a la libertad de empresa para instalar un establecimiento de los que se pueden calificar de ruidosos? ¿Y si no es uno el empresario sino, tres, cinco, o diecisiete —cuanto más, mejor, pensarán algunos, desde un determinado punto de vista—, acaso en una misma calle, que puede ser una vía angosta? ¿Imperará la ley de la selva, cada uno con su derecho, suceda lo que suceda —está claro que el derecho de los unos, ejercido sin cortapisas, anula cualquier atisbo de derecho en los otros—, o habrá que afirmar prevalencias con las respectivas contenciones? El ejemplo muestra bien a las claras —refrendado por una vastísima experiencia—, que, si se quiere, puede haber un orden y un equilibrio entre las titularidades contrapuestas, también que, de optarse por ello, la convivencia entre derechos enfrentados puede ser problemática y conflictiva, con lesión para los intereses de los más débiles, además, como corresponde a la ley de la selva que muchos gustan de seguir practicando.

Un segundo orden de dificultades arranca de que, con frecuencia, para que los derechos humanos se afiancen se precisa la colaboración entre varias Administraciones Públicas, que pueden apoyarse en fórmulas solidarias y de eficacia, anteponiendo como se debe la atención a los ciudadanos —y, por fortuna, no escasean los ejemplos—, pero también ofrece la experiencia campo abonado para la deslealtad y la búsqueda del brillo y lucimiento personal de los titulares de los órganos comprometidos, aunque se resienta el objetivo funcionamiento del servicio. Piénsese con que frecuencia en el campo de las actividades sociales —señaladamente en el de la sanidad, la cultura o la educación—, pero en tantos otros, deben aunar sus esfuerzos el ministerio, con la consejería y con la concejalía que corresponda, a través, además, de una variada serie de modalidades organizatorias. La maduración democrática resulta determinante para ver como se solventan las situaciones complicadas.

Aunque se acierte a resolver lo anterior, está siempre muy presente entre nosotros la constatación de lo que se denomina la asimetría municipal: la tan radical diferencia que se observa en no pocos municipios en cuanto a extensión, población, recursos y medios. Resulta indudable que los derechos fundamentales deben ser afianzados en todo el territorio nacional, pero si se piensa en el importante protagonismo municipal para que los derechos humanos resulten efectivos, las alternativas de respuesta difieren enormemente. En cuanto encontramos municipios con recursos y sensibilidad, municipios indiferentes o, mas bien omisos, y también los hay con muchas ganas de resolver los problemas, aunque apenas sin medios. Por lo mismo, tal constatación debería ser solo un reto para esforzarse en encontrar las fórmulas de organización que resulten adecuadas. Sin duda, la política de dar respuestas puntuales efectivas, es uno de los grandes retos pendientes que tenemos en España.

Diré por último, como cuarta variante de dificultad, que la efectividad de los derechos fundamentales no conoce una respuesta

uniforme y que se alcance de una vez por todas, sino que hay estándares y grados de respuesta, que van variando con los medios, el progreso social, las peculiaridades culturales y otras circunstancias fluyentes. Se hablará de derecho a la educación, de derecho a la salud o de derecho a la vivienda, por poner unos ejemplos gráficos, y hay sí en ellos respuestas mínimas y fases imprescindibles, pero también es cierto, como me gusta recalcar, que hay para cada supuesto graduaciones, alternativas y multitud de respuestas, lo que fuerza a imaginar sin cesar, a proyectar, a seleccionar y a adoptar las decisiones oportunas.

II. EL COMPROMISO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Entrando ahora en una perspectiva subjetiva, conviene dejar claro que la Administración Pública, según la expresión habitual, pero, en concreto, todas y cada una de las Administraciones Públicas, están comprometidas con las libertades públicas y derechos fundamentales. Aparte de otras reglas de sentido general, no necesita de especiales aclaraciones lo que se dispone en el artículo 53 de la Constitución, uno de los pilares en lo que concierne a la garantía de las libertades. Ante todo, en el apartado primero, se recalca que los derechos fundamentales «vinculan a todos los poderes públicos». Del mismo modo, algo más adelante —apartado tercero—, los principios rectores «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». El compromiso es, así, inequívoco, lo mismo que su proyección general. ¿Cuáles son estos poderes públicos vinculados? La respuesta es muy amplia: el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, sin falta, entre otros. Pero hoy, dentro de ese carácter plural e integrado que caracteriza a nuestro Estado, la referencia a los poderes públicos abarca también a la enorme galaxia de Administraciones Públicas, no solo la Administración General del Estado, sino todas las demás y, señaladamente, la Administra-

ción regional, la provincial y la municipal. Bien se recuerda, por ejemplo, para el escalón autonómico en los Estatutos de Autonomía. En no pocos de ellos se halla un precepto similar al artículo 8 del Estatuto de Cataluña [de 1979], en estos términos:

«1. Los ciudadanos de Cataluña son titulares de los derechos y deberes fundamentales Establecidos en la Constitución.

2. Corresponde a la Generalidad, como poder público y en el ámbito de su competencia, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Otra variante, bien incisiva, es la que ofrece el artículo 9.2.a) del Estatuto Vasco, seguido por algún otro Estatuto, que dice así:

«Los poderes públicos vascos en el ámbito de su competencia, velarán y garantizarán el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos».

Es que, en efecto, el famoso Título I de la Constitución, sobre los derechos fundamentales, no es solo un compromiso para los poderes centrales, sino regla de obligatorio cumplimiento para todas las Administraciones Públicas, sean del ámbito que sean. Lo mismo la corporación de una gran ciudad que el más pequeño municipio. Entre otras cosas, y al margen de otras razones, porque todas estas Administraciones están integradas en el Estado, forman parte de él, de acuerdo con la conocida fórmula del artículo 137 de la Constitución. Con todas las consecuencias, entre ellas, las de carácter internacional. Al asumir, como Estado, España, compromisos de carácter internacional, se ocasiona a nuestros efectos un flujo de doble sentido: a), de una parte, las cargas y responsabilidades vinculan a todos los eslabones del Estado, que habrán de esforzarse por tenerlas en cuenta y asumirlas; pero de otra parte, b), de lo mismo deriva que la conducta o las omisiones de todas las Administraciones Públicas pueden hacer surgir

la responsabilidad internacional de España como Estado, con todo lo que ello pueda significar. No faltan los ejemplos. España firmó y ratificó el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Convenio de Roma, que ahora celebra sus primeros cincuenta años. Forma parte del sistema del Convenio la existencia de un Tribunal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, que aprecia si los Estados miembros son o no respetuosos con el Convenio y que así lo declara cuando se han producido violaciones. Por comenzar con una muestra extranjera, recordaré, ante todo, la sentencia de 24 de septiembre de 1982, en el caso «Sporrong y Lonroth contra Suecia». Suecia, como Estado, va a resultar condenado por un conjunto de actividades urbanísticas del Ayuntamiento de Estocolmo. El caso tiene también otros matices, pero lo que se va a tomar en consideración, en gran medida, como punto de partida, son actuaciones municipales. Que determinan el reconocimiento de la responsabilidad internacional de Suecia. Pero podemos venir a otro supuesto más próximo, la conocida sentencia López Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994. Lo que en origen son irregularidades del Ayuntamiento de Lorca (Murcia) terminan derivando en responsabilidad internacional del Estado Español, al que se condena además a pagar una indemnización a la recurrente, señora López Ostra.

En definitiva, y es lo que quería recalcar, esta generalización de la responsabilidad por la garantía de los derechos fundamentales lleva implícita, como consecuencia elemental, la idea que vengo recalcando de que también las Administraciones locales, y por ende los municipios, deben asumir este canon de respeto y defensa de los derechos fundamentales. Ninguna Administración, por reducido que sea su ámbito territorial, puede considerar que el problema de los derechos fundamentales sea un problema ajeno.

Sentado lo anterior, podemos pasar al punto siguiente.

III. ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Abordaré el interrogante de forma un tanto escueta, para remitirme a los oportunos repertorios, no sin antes destacar que no nos movemos ante puras aspiraciones, ni ante píos deseos, ni ante meras declaraciones programáticas, sino ante consistente y espesa prosa jurídica de autoridad. Al avanzar en este camino penetramos con firmeza en el espacio de las normas jurídicas vinculantes. De hecho, por mas que diseminada, hay una lista formal de derechos humanos jurídicamente reforzada, si bien es cierto, en primer lugar, que esa lista es un agregado integrado por diversos componentes, así como que hay una situación de escalonamiento entre ellos, de forma que no todos los bloques tienen la misma fuerza y vigor. El carácter heterogéneo se hace connatural al sistema. Para obtener una visión de conjunto se precisa, por ende, proceder a sumar, para reunir los ingredientes de diverso origen, y, también, situar en la escala. No se oculta que tales operaciones pueden dar lugar a dificultades desde el punto de vista de la aplicación y de la interpretación, pero ese es un problema que dejamos de lado en esta ocasión.

He aquí, sin afán exhaustivo, algunos bloques que deben integrarse en el conjunto señalado.

1. Habrá que aludir ante todo a la amplia respuesta que da la Constitución a lo largo del Título I. Sabido es el triple escalonamiento que ahí se ofrece en los espacios que representan la sección primera y la sección segunda, ambas del capítulo segundo, y el capítulo tercero.

2. Además de la importante aportación constitucional, se han incorporado al sistema jurídico español abundantes compromisos internacionales en la materia de los derechos humanos. Muchos y numerosos y a través de muy variada metodología, ya se trate de instrumentos de carácter general o especializado, ya bilaterales, de ámbito regional o con pretensión de globalidad. Al-

gunos, de muy especial incidencia y con efectos muy señalados sobre el ordenamiento jurídico español. Pensemos en el Derecho Comunitario, con la particularidad de que los últimos pasos de la evolución de la Unión Europea, se caracterizan por una respuesta copiosa en lo que a los derechos humanos concierne. Ahora me centraré en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de la otra organización europea, el Consejo de Europa. Ya se dijo como una de sus peculiaridades es la de contar con un Tribunal para la defensa del sistema, el Tribunal de Estrasburgo que a veces nos saca los colores al constatar las violaciones producidas, no solo a España, sino a todos los Estados, incluidos los de mayor tradición democrática. Y aunque se trate de obligaciones de los Estados, aunque se utilicen los modos de compromiso propios del Derecho Internacional, es preciso constatar que todos, ciudadanos y poderes públicos, quedan obligados a respetar las exigencias del Convenio. De acuerdo con esa filosofía también los Ayuntamientos son responsables de adoptar un canon de respeto a los derechos y libertades que proclama el Convenio. De modo que cuando se afirma, por ejemplo, el derecho a la vida, esto no es algo que concierna solo a los cuerpos de la Administración General, o a quienes se integran en los Poderes del Estado, sino que es indudable que la Policía municipal habrá de ser sensible a las exigencias señaladas. Dígase lo mismo, cuando se impone el respeto a la intimidad y al reducto del domicilio o cuando se proclama la libertad de conciencia. Las autoridades municipales quedan vinculadas, sin falta, para no interferir o desconocer, pero, también, para facilitar el disfrute, para defender y hacer que resulten efectivos los derechos y libertades. Así, no hay ejercicio posible del derecho de manifestación, si no se puede disponer de las calles que, en principio, de acuerdo con el sistema legal vigente en España, son de propiedad municipal. Y es que los municipios, como quiere el artículo 1º de la Ley de Bases de Régimen Local, no solo son *cauces inmediatos de la participación ciudadana en los asuntos públicos* —el derecho de participación uno de los

más cualificados del elenco en los sistemas democráticos—, sino que como *entidades básicas de la organización territorial del Estado* van a resultar decisivos para la efectividad de no pocos derechos fundamentales.

3. Lo que me lleva a una última constatación: se trata de una iniciativa que surgió en Barcelona y que cuando estas páginas se revisan ha llegado a término felizmente. Se pensó que una de las maneras de contribuir a celebrar los 50 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos era elaborar una Carta de las Ciudades por los Derechos Humanos, testimonio del compromiso voluntariamente asumido por las propias ciudades, en la que se cifraban los llamados «derechos de proximidad», aquellos más inmediatos al ciudadano, y para cuya efectividad suele resultar determinante la respuesta municipal. La empresa ha sido apoyada por importantes ciudades y, cerrado ya el texto, cada vez son más los municipios que se adhieren a ella. Texto común, que circula por encima de las fronteras, no se ha acudido en cambio a los instrumentos de Derecho Internacional, sino que se parte del autoconsentimiento de las ciudades que quieran voluntariamente asumirlo. Y, en este sentido, la disposición final segunda se cuida de disponer que los Ayuntamientos incorporarán a su propia normativa con valor vinculante los principios y reglas de la carta, así como los mecanismos de garantía previstos en ella.

IV ¿QUÉ DEBEN HACER EN CONCRETO LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANTE LOS DERECHOS HUMANOS?

Es un interrogante que me viene interesando últimamente y al que he dedicado una cierta atención con la preocupación de seguir indagando. Se arranca de una constatación elemental, bien presente desde hace mucho. Y es que, en efecto, están lejos los tiempos en que se creía que lo único que tenían que hacer los poderes públicos ante libertades y derechos fundamentales era abstenerse, no obrar, no interferir las iniciativas sociales. Posición que

se hizo presente cuando lo que se auspiciaban eran muy contadas aspiraciones de tono marcadamente liberal. Pero el esquema dejaba de funcionar al pretender darse entrada a los denominados derechos de carácter social en los que por fuerza se requieren respuestas positivas de los Poderes Públicos. Pero aun tratándose de las aspiraciones más liberales, va a requerirse, para que la libertad o el derecho sean efectivos, otro tipo de respuestas que impliquen compromisos inequívocos de las Administraciones Públicas, de los Poderes Públicos, en general. Junto al no hacer y dejar obrar, a veces resulta muy eficaz para que imperen los derechos fundamentales una labor administrativa de preparación y de facilitación del clima adecuado.

Me gusta ordenar en cuatro grupos los posibles modos de respuesta de los Poderes Públicos, aunque ahora, por no alargarme demasiado, me detenga solo en tres de ellos. Lo que he estudiado con carácter general, creo que vale también en relación con los municipios. Serían las siguientes las formas de respuesta:

a) No hacer nada, dejar hacer, no interferir.

b) Poner en marcha y mantener ajustados todos los mecanismos que sirven como reglas de juego para que el sistema pueda funcionar con normalidad.

c) Aplicar la ley y dar cumplimiento a las previsiones generales no excepcionadas. Es decir, que la presencia de un derecho fundamental con sus opciones, no altere las normales reglas jurídicas. Sobre este punto no voy a insistir pero acaso resulte útil poner un ejemplo para su mejor comprensión. Evoquemos la importancia de la libertad de conciencia así como las variadas alternativas de la libertad religiosa. Pero el ejercicio de estas libertades, con sus especialidades y fórmulas, no debe impedir, en concreto, que se apliquen las reglas sanitarias en materia de enterramientos, tal y como se prevén en los reglamentos funerarios. O, el uso para el culto de un determinado edificio no debe suponer que se descui-

dan las reglas particulares sobre la resistencia de los edificios, calificación urbanística y similares.

d) En cuarto lugar, hacen su aparición con frecuencia variantes y modalidades de prestación, de respuesta activa y, también, junto a ellas, toda la gama de alternativas propias de la labor de fomento.

Se comprenderá que en cada una de las cuatro variantes son numerosísimos los supuestos que han de tener cabida. Analizar en cada caso los perfiles jurídicos es una tarea de la máxima utilidad. Ahora, una vez diseñada esta panorámica general propongo que nos centremos en algunos casos concretos que puedan resultar ilustrativos.

a) Ante todo, no hacer, dejar obrar. Dejar —y no interferir— que se asocien los ciudadanos, en asociaciones, en partidos políticos, en sindicatos o, incluso, en organizaciones religiosas. Dejar espacio para que se manifiesten los manifestantes. Cuidar de tal manera la instrucción y responsabilidad de los agentes que portan armas para que el derecho a la vida fluya con total normalidad, salvo los casos extremos, irremediables, de actuaciones del todo conformes con las previsiones legales. Que el que tenga que informar informe y que pueda surgir sin intromisiones la libertad de palabra. Por activa —formando—, y por pasiva —practicando la circunspección necesaria—, es muchísimo lo que cabe esperar de los municipios en la necesaria sincronización de autoridades y agentes. Obviamente que se parte de un estado ideal de normalidad que no suele ser real. Cada sociedad, cada colectividad, es como es. Cada uno tendrá sus puntos débiles y sus carencias. Por eso, como norma, habría que estar en guardia y allí donde se adviertan problemas y disfunciones será preciso redoblar las energías para contener y erradicar posibles prácticas viciosas.

b) La atención a las reglas de juego va a representar, a pesar de las apariencias, un conjunto de esfuerzos muy laboriosos, tan-

tas veces inadvertidos por los ciudadanos y que resultan vitales para que el derecho o libertad puedan hacerse reales. Por supuesto que hay que dejar manifestarse al manifestante, pero con frecuencia para que el cortejo pueda avanzar habrá que trastocar los fluidos del tráfico, con el cuidado, además, de, a la par que favorecer, perturbar la circulación lo menos posible, para no causar molestias adicionales a los ciudadanos que pretenden llevar a cabo su actividad cotidiana. Pero, a veces, no bastará con adaptar las fórmulas de tráfico. Ocasiones habrá en que los manifestantes, para que les dejen manifestarse, requieran de protección adicional por parte de la fuerza pública —la que corresponda—, para que les defiendan frente a los «contramanifestantes», que en ocasiones puedan aparecer, por insólito que parezca: la realidad es como es, y con demasiada frecuencia hay que poner coto a los que pretenden «reventar» ciertos actos cívicos o, aunque solo sea, intimidar a los participantes.

Cambiamos de tercio, si de defender el medio ambiente se trata, por ejemplo, se requieren minuciosas previsiones para que la correspondiente ordenanza municipal encauce conductas y evite intromisiones perniciosas, incluso la actividad interventora, a través de permisos y licencias, aunando la funcionalidad de la medida con las obvias exigencias de rapidez y con la marcha que marca el silencio administrativo; pero se requiere también una exigente función inspectora así como, casi seguro, que existan las necesarias previsiones en cuanto a infracciones y sanciones. Y luego, y es lo más importante y lo más difícil, que el sistema funcione, que los permisos se tramiten, pero se verifiquen, que se inspeccione, que se sancione incluso si no se logra introducir un clima de respeto generalizado. Crear normas para que luego no se hagan cumplir es un fraude, que además suele dejar indefensos a los ciudadanos más débiles frente a los depredadores profesionales. La ineficacia al respecto exige llegar a plantearse si se justifica una organización que luego no cumple los objetivos para los que

fue pensada. Aquí aparece uno de los puntos más problemáticos en la España actual. Teniendo en cuenta, además, que la democracia es, sobre todo, defensa de la ley —contando con que la norma ha sido elaborada con las debidas garantías y cuidados—, y defensa de los más menesterosos.

El derecho al sosiego, el derecho a la ciudad y al disfrute del domicilio, valores determinantes de nuestra época —y, al respecto es bien clara la toma de postura de la citada Carta de las Ciudades—, plantean exigencias de entidad en relación con la tradicional policía de la tranquilidad. Permitan que me centre, a modo de ejemplo, incidiendo en un caso bien significativo sobre el que ha tomado postura una reciente sentencia de gran calidad.

Se va a tratar del problema del ruido, lacra que tortura a no pocos habitantes de nuestras ciudades y pueblos, en aquellos núcleos en que no se aplican las medidas oportunas, y que repercute de lleno en el derecho constitucional a la intimidad, una de cuyas secuelas es la prohibición de intromisiones en el domicilio, entre las que hay que contar sin falta las intromisiones sonoras o acústicas, debidas a ruidos evitables. Tema grave en la España actual, que ha movilizadado ya una importante bibliografía y sobre el que ha ido apareciendo una jurisprudencia bien valiosa. Dentro de esta corriente, se trata de aportar una sentencia ejemplar recién dictada, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, la de 29 de julio de 1999, de la que fue ponente don Fernando Socías Fuster. Se enfrentaban en la ocasión el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, como demandado, y una Asociación de Vecinos así como tres vecinas en concreto, como demandantes. Me voy a permitir transcribir íntegro el fundamento de derecho cuarto, clarísimo y que no tiene desperdicio, crisol a su vez de jurisprudencia anterior, donde se aborda de manera frontal el papel del Ayuntamiento así como la forma de proceder cuando haya que concertar intereses contrapuestos. Acaso resulte un poco largo, pero creo que merece la pena hacerse eco de tan

valiente y tan sensata doctrina jurisprudencial, modelo eficaz a la hora de resolver no pocos conflictos similares. La propia sentencia rubrica el fundamento jurídico con este título, «EL CRITERIO DE LA PONDERACIÓN DE LOS INTERESES EN JUEGO», y se redacta en estos términos:

El Ayuntamiento, en su contestación a la demanda, alega que debe conjugar el legítimo derecho al descanso de los vecinos con los legítimos intereses de los empresarios de los locales de ocio. No obstante, debe precisarse:

1º) Que a lo primero que queda obligado el Ayuntamiento es a la observancia de sus propias Ordenanzas y cuando dictó la Ordenanza para la protección del medio ambiente contra la contaminación por ruidos y vibraciones, reguló la figura de la Zona Acústicamente Contaminada que impone medidas congruentes para solucionar la contaminación acústica y no medidas congruentes con «los intereses de los empresarios».

2º) Pese a que, por lo anterior, resultaría innecesario entrar en el análisis del argumento del Ayuntamiento, lo erróneo de su planteamiento obliga a unas importantes precisiones: si de la ponderación de derechos se trata no debe olvidarse que las inmisiones acústicas molestas en el propio domicilio suponen una vulneración de los artículos 15 y 18.1 y 2, de la Constitución española, a tenor de los cuales «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...» (art. 15); y «se garantiza el derecho... a la intimidad personal y familiar» (art. 18.1), declarándose así mismo «el domicilio es inviolable» (art. 18.2). La Jurisprudencia española que tradicionalmente había venido siendo recelosa en la interpretación de que tales molestias implicaban violación de derechos constitucionales se ha visto obligada a revisar este criterio a la luz de la interpretación que la jurisprudencia europea, tanto la emanada de la Comisión como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho de la Declaración Universal de Derechos Humanos [creo que debe aludirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos, L.M.-R.], materia que junto a los Tratados y Acuerdos Internacionales ha de servir de base para interpretar las normas relativas a los derechos

fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, tal como dispone su artículo 10.2. Especialmente significativa lo es la sentencia del repetido Tribunal Europeo, de fecha 9 de diciembre de 1994, dictada como consecuencia de la demanda deducida por la ciudadana española D^a Gregoria López Ostra, ante la desestimación por los Tribunales españoles del recurso planteado al amparo del artículo 1 de la Ley 62/1978 por molestias causadas por una estación depuradora próxima a su vivienda. La meritada sentencia, tras declarar que en razón de los olores, ruidos y humos contaminantes provocados por la estación depuradora de aguas y de residuos sólidos se habían vulnerado del derechos de la demandante al disfrute de su domicilio y al respeto de su vida privada y familiar garantizados por el artículo 8, declaró el derecho de aquella a ser reembolsada de los perjuicios materiales y morales sufridos.

Desde esta perspectiva de la prioridad del derecho a la intimidad e integridad física sobre los intereses económicos de los empresarios que se lucran con actividad que, directa o indirectamente, genera molestias a terceros, debe hacerse la ponderación de intereses o más propiamente la ponderación entre lo que es un derecho fundamental constitucionalmente protegido y lo que son unos intereses económicos.

En este sentido la STS 20.09.94 ya indica:

«siendo incontestable que **el derecho de propiedad y el de libertad de empresa se hallan normalmente condicionados a los otros derechos establecidos en la Constitución** y limitados en la forma prevista en este caso, arts. 4 y 30.c) del Reglamento de 30 de noviembre de 1961, por el que se habilita a la Administración municipal para el emplazamiento de las actividades clasificadas como molestas, insalubres, nocivas, y peligrosas para autorizarlas».

De la misma forma, el Auto del T.S. de 11.05.89, al efectuar una comparación entre el derecho a la actividad empresarial (art. 38 de la C.E.) y el derecho al descanso y la salud (art. 43 C.E.), acabó concluyendo la prevalencia de este último:

«Una vez más —y como hacía notar el auto apelado— se encuentran enfrentados los intereses de dos particulares, cada uno de

los cuales puede encontrar apoyatura en preceptos constitucionales: derecho al descanso y a un medio ambiente adecuado (art. 45 de la Constitución) y derecho al ejercicio de una actividad empresarial (art. 38 de la Constitución)».

«Esta Sala, que ha de interpretar las normas de conformidad con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas no puede desconocer esa prevalencia de lo medioambiental sobre lo urbanístico que no nace, sino que se reconoce en esa Ley porque pertenece a la naturaleza misma de las cosas. Y como poder público que también es, este Tribunal está conminado constitucionalmente a velar por ese medio ambiente, lo que supone velar también por la salud (art. 43 de la Constitución) porque la contaminación acústica no solo es que impide el descanso de los que habitan en las viviendas cercanas, sino que perjudica la salud de todos los que se ven sometidos a la incidencia de un número excesivo de decibelios».

3º) Este mismo Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre dicha cuestión y en sentencia nº 321, de 27 de junio de 1997, ya recordó que:

«en cuestión de ruidos en el ambiente urbano no debe olvidarse que en nuestro sistema, en el sistema de libertades públicas, el respeto por los derechos de los demás exige una atención sobreañadida. De que voluntariamente no se respete no hace falta mayor explicación, de modo que al poder público, en especial al más cercano, al municipal, en tanto que responsable, le es exigible redoblar la vigilancia. De no ser así, si nada potencialmente eficaz se hace para que así sea, quien insoslayablemente perderá será el más débil, quien espera con paciencia una solución real que nunca parece llegar; perderá pues el ciudadano» y que «en cuanto a bares, cafeterías y otros establecimientos de análoga naturaleza, debe tenerse en cuenta que están destinados a distraer el ocio o proporcionar consumiciones, por lo que prevalecen las medidas de policía y no las de fomento del libre comercio».

Se comprenderá que valía la pena detenerse en la sentencia, dada la riqueza y decisión de la doctrina aportada, nuevo ejemplo sobresaliente dentro de una rica corriente jurisprudencial.

El fallo, lleno de sugerencias, es rico en consecuencias y posibilidades.

El problema del ruido, debido a la incontrolada concentración en el centro de las ciudades y pueblos de locales de ocio, y, en no pocas ocasiones, a la tolerancia municipal que parece complaciente con el fenómeno, suele estar unido con demasiada frecuencia al proceso de alcoholización de la juventud española que con tanto éxito y acierto —y con la obvia complacencia municipal en tantas ocasiones, insisto— ha sido emprendido con gran habilidad por un amplio grupo de actores económicos. Aquí, que tantos planes fracasan, éste se ha introducido y ha arraigado a toda vela. Problema del ruido, incompatible con el ausplicable sosiego ciudadano, que exige adelantarse a los acontecimientos y aguzar la imaginación si se quiere resolverlo o cuando menos paliarlo. Si se quiere, digo, porque bien se ve tantas veces que no hay el más mínimo propósito, resultando claro que el Ayuntamiento se ha decantado a favor de otros intereses. Pero para los que quieran actuar —que no faltan—, hay un arsenal de remedios que proporciona el Derecho Administrativo, aptos a ser utilizados, insistiendo en unos o en otros, según las exigencias y necesidades: previsiones en los instrumentos urbanísticos y en las ordenanzas municipales, evitación de concentraciones e introducción de la figura de «zonas saturadas», respeto a los horarios, a los aparcamientos, pruebas de alcoholemia a los conductores, comprobación de que las actividades se realizan en los términos de la correspondiente licencia, labor inspectora, política de manos abiertas para alcanzar el respeto a la ley, pero, si es preciso, actividad sancionadora y, por supuesto, de impedimento de establecimientos ilegales o sin cobertura.

Me ha parecido especialmente indicativo el ejemplo del ruido en lo que tiene de conculcación del derecho al sosiego y a la intimidad. El poner en funcionamiento unas reglas de juego claras ha de exigir muy cuidadosa atención por parte de las Administraciones competentes. Se comprende sin dificultades que lo que se dice

en este punto es de validez con carácter general para el efectivo imperio de tantos derechos fundamentales y libertades públicas.

c) Me referiré en tercer lugar y de forma más sucinta, pasando a otra metodología, a la enorme gama de respuestas en las que la postura activa de los Ayuntamientos resulta determinante para la profundización de derechos y libertades. Ahora se trata ya de acciones directamente encaminadas a la prestación, soporte, fomento o apoyo, y no solo de los derechos fundamentales de carácter social, sino también, lo que puede parecer sorprendente pero no es menos real, en relación con las libertades o derechos de apariencia más liberal. O, en los que, dicho de forma clara, ha venido pareciendo que la respuesta administrativa exigida era la de pasividad y de dejar hacer. La experiencia demuestra que, al lado de tales comportamientos, que siguen siendo vitales, aparecen espacios para el valimiento y apoyo administrativo. Que, por lo mismo, habrán de extremar las notas de objetividad e imparcialidad.

Para el buen funcionamiento del derecho a la participación política, también para la vida saneada de partidos y federaciones —para contribuir a que no se disparen sus presupuestos, en suma—, resulta importantísimo que se faciliten unos locales adecuados donde celebrar los actos electorales.

Las asociaciones de vecinos, o de consumidores y otras filantrópicas sin interés de lucro o de provecho de los dirigentes, han de hallar muy facilitada su tarea si el Ayuntamiento pone a su disposición la gran variedad de medios imaginables, desde cesión de locales, facilitación de documentación e información, financiación de programas que no ofrezcan duda, y tantas otras formas de ayuda o subvención.

No digamos el derecho al deporte, y estoy pensando ahora solo en aquel que es protagonizado por los propios ciudadanos: mantenimiento o fomento de centros, como pistas, piscinas, campos, itinerarios, facilitación de monitores o profesores, organización de cursos de aprendizaje —clases de natación, sesiones de

perfeccionamiento por medio de especialistas cualificados, escuelas de montaña, de equitación, de esquí o de vela— y toda la gama que a Ustedes se les ocurra, para lo cual resulta muy oportuno abrir los ojos ante las tan variadas respuestas municipales como hallamos a lo largo de la vasta geografía española.

Otro campo inmenso se abre con el derecho a la educación. Colaborar, por supuesto, con las otras Administraciones competentes, para la mejor dotación de las enseñanzas que podemos denominar convencionales: guarderías y escuelas, colegios e institutos, escuelas y centros superiores si se terciá. Pero junto a ello —que se desdobra en una enorme posibilidad de respuestas—, hay muchas otras vertientes a tomar en consideración: fomento de la enseñanza de la música, del teatro o de las variedades, de la pintura y demás artes plásticas, y todo el sin fin de respuestas que aquí pueden aparecer. Tan unido lo anterior al derecho a la cultura, o al fomento del respeto y del disfrute de los bienes históricos y artísticos : cuidado de los monumentos y testimonios existentes, exposiciones o museos, acercamiento a los ciudadanos de los sabios, creadores y grandes artistas (¡ojo!, que estoy hablando de cultura y no me estoy refiriendo a los que se suelen llamar «los famosos», ni a las cortesanas ni a las meretrices de alto boato), planes graduales para la adquisición de piezas artísticas, organización de visitas a otros centros, y un largo etcétera también aquí.

Entra sin falta el interés por el ornato ciudadano, por la plácidez de la ciudad, por la vivienda y el urbanismo dignos de seres humanos. Inmenso resulta, bien lo sabemos, el espacio para la defensa del medio ambiente, cuidado de parques, bosques y jardines, protección de la naturaleza y de los paisajes y, desde otra perspectiva, una política decidida y sincera para la eliminación científica y adecuada de residuos de todo tipo.

He aquí esta pequeña muestra, obviamente, se podría seguir y seguir, pues amplio y apasionante se presenta el universo de los derechos fundamentales. En unos casos, el servicio o la actividad

será de titularidad municipal, ya de forma inmediata, ya a través de las variadas modalidades de personificación que contempla el Derecho, acaso integrado el municipio con alguna otra Administración Pública —formando un consorcio, o una mancomunidad, por ejemplo—. En otros, se tratará de una contribución de medios, ya personales, ya materiales —facilitando locales o instalaciones, o adscribiendo algún funcionario, por ejemplo—. Pero caben muchas otras variantes de actuación directa, ya ofreciendo premios y trofeos, ya estableciendo becas, y toda la gama de financiación y de otorgamiento de subvenciones, capítulo de rico contenido, según nuestras previsiones legales.

V. FINAL

Pero habremos de ir concluyendo. Se trataba de reflexionar acerca de las tan variadas modalidades de respuesta que incumben a los Poderes Públicos y, más en concreto, a las Administraciones Locales en relación con los derechos fundamentales. En tantos casos, sabiendo administrar su pasividad, conteniendo celos innecesarios, en otros, regulando, vigilando, incluso, sancionando, pero también, prestando servicios directamente o contribuyendo de forma inmediata a que se lleven a cabo determinadas actividades. El terreno de la pasividad y el del activismo suelen hallarse separados, pero a veces están muy próximos, casi se superponen.

Una advertencia, sin falta. He aludido a muchísimos supuestos concretos en cuanto rico es, decía, el campo de los derechos fundamentales. Pero aquí hay que asumir que cada uno llega a dónde llega, no se trata por eso de obsesionar o acomplejar a nadie. Hablaba al inicio de la asimetría municipal, de las tan diferentes posibilidades de respuesta. De modo que no solo sería desaconsejable, sino que incluso podría resultar ridículo y enormemente desacertado que quien no tiene medios y no puede atender obligaciones mas apremiantes quisiera asemejarse en sus iniciativas a los más pudientes. Hay respuestas imprescindibles, que

son vinculantes para todos. Pero hay también, en la exposición de fórmulas que he desarrollado, las que solo pueden ser alcanzadas por unos pocos. Aunque también es cierto que los *audaces* suelen ser ayudados por la fortuna. Entra en juego la obligación de imaginar, de ser sensible a las aspiraciones sociales, de saber seleccionarlas de acuerdo con las posibilidades, y siempre la tónica de «*bienadministrar*», sacando el máximo provecho de lo que se tiene o de lo que se puede disponer. Siempre resultan «escasos» los presupuestos, aunque con frecuencia sean tan millonarios. Ahí está el reto de saber enfrentarse con lo que se tiene, de imaginar también si de alguna forma resulta posible el milagro de la multiplicación de los panes y de los peces.

En todo caso, es un problema de sensibilizar, de asumir los retos y compromisos, de preparar al personal, cuidando de incluir el referente a los derechos fundamentales al organizar cursos y actividades, al pormenorizar la selección, cuidando, obviamente, de obrar de acuerdo con las especialidades. Hay que adelantarse, del mismo modo, para cuando se elaboren los instrumentos urbanísticos y otras previsiones, considerando que hoy resulta decisivo para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, que se prevean programas, acciones, convenios, celebración de jornadas y otras modalidades similares.

También, y sobre todo, y con esto terminaría, mucha educación, el decidido propósito de educar en el respeto a los derechos humanos. Lo que ha de hallar acomodo principal a la hora de pasar por la escuela, pero que es un objetivo abierto, permanente y bien ambicioso. En relación con aquella, bueno será tener presente lo que establece el artículo 27.2 de la Constitución: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». Afirmaciones que, como se sabe, son trasunto fiel de lo que se lee en uno de los grandes símbolos del Siglo XX, La Declaración Universal de Derechos Huma-

nos. En efecto, su artículo 26.2 establece que «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos...». En esta línea se explica el afán del propio documento cuando la proclamación que lo encabeza, insiste en la necesidad de promover el respeto a los derechos y libertades «mediante la enseñanza y la educación». Todo esto, como decía al comienzo, no son músicas celestiales o compromisos de los grandes órganos del Estado. Cada Ayuntamiento tiene también su parcela de responsabilidad. Y la oportunidad, por ende, de poner en evidencia su bien hacer.

CAPÍTULO 5

DERECHOS HUMANOS Y ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Publicado en la revista «Aranzadi Tribunal Constitucional», mayo 2006, 13-18. Una versión extractada había aparecido en el diario *ABC*, el 6 de abril de 2006.

¡Qué gran paso resultó ser la internacionalización de los derechos humanos! Se elevó como un clamor la aspiración a que los Estados se comprometieran con los instrumentos internacionales que los consagran, tan decisivos y eficaces, y de ahí que pocas palancas hayan logrado tan espectaculares y efectivas consecuencias. No extraña por eso que entre las páginas más brillantes de la «Transición Política» haya que situar las que sellaron el compromiso de España con las grandes «Declaraciones de Derechos»: el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo o Convenio de Roma), de 1950, del Consejo de Europa (firmado el 24 de noviembre de 1977), los Pactos Internacionales de Nueva York de 1966, de Naciones Unidas, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificados el 13 de abril de 1977), o, en otra dirección, los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo (la OIT), en materia de derechos de los trabajadores: sindicación, negociación colectiva, huelga, etc. Muchos recordarán la emoción con que se esperaban y celebraban esos pasos, resultado del esfuerzo conjunto de tantos. En este sentido resulta

ejemplar el acierto de la Constitución de 1978 al incluir un granado y ambicioso Título I, resumiendo y actualizando el vivo caudal que dichas Declaraciones ofrecían. Lo que se elaboró además haciendo que todo el edificio quedara presidido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, de Naciones Unidas, de 1948, y vinculándose directamente a la jurisprudencia que en aplicación del Convenio de Roma dictara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o Tribunal de Estrasburgo), como resulta de forma inequívoca del artículo 10.2. De modo que fue intención decidida la conexión inmediata con las fuentes internacionales y, por descontado —a nadie se le hubiera ocurrido dudarlo entonces—, tan importante logro iba a proyectarse con carácter indivisible y unitario a todo el territorio del Estado, sin posibilidad de distinciones o fisuras. Se había luchado al unísono y, por descontado, se consiguió algo para todos. Y es que una nota característica que se predica de los derechos humanos es la de la generalidad: que en su aplicación no se introduzcan diferencias por razón del sexo, la raza, etc., pero tampoco por razón del territorio.

A esta filosofía responden de manera inmediata dos preceptos clave que presiden la organización del Estado auspiciada por la Constitución de 1978, el artículo 139 que consagra que «Todos los españoles tienen los mismos derechos (...) en cualquier parte del territorio del Estado», y el artículo 149.1.1^a, que, en sintonía con lo anterior, y cuando está organizando las grandes respuestas para la descentralización del Estado, se cuida de asegurar el principio y, por eso, encomienda en exclusiva a los Poderes Centrales, «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (...) constitucionales». Destaco tan importante mandato constitucional, que no es ningún mecanismo arbitrario o caprichoso, sino la secuela lógica de la tan sentida aspiración a alcanzar los estándares internacionales.

Por ello, ante tan clara e inequívoca respuesta —secuela, insisto, de un afianzado sentimiento común—, no logro entender

cómo se pueden compatibilizar tan directos mandatos constitucionales con el afán de los redactores de los nuevos Estatutos de Autonomía que se pretenden aprobar, de incorporar a los mismos nuevos derechos humanos... que se aplicarían sólo en el ámbito de la correspondiente Comunidad Autónoma. ¡Allá cada uno tirando de la manta y tratando de arrimar el ascua a su sardina! ¡Insólito, sin duda, y muy sorprendente! Echamos por la borda el caudal de solidaridad —mejor dicho, quieren echarlo los políticos que tal conducta auspician—, del mismo modo que se sacrifica la tan ilusionante aspiración por alcanzar el canon internacional. Como tampoco me cabe en la cabeza que tal operación particularista y diferenciadora pretenda presentarse bajo un aura de progresismo y de apuesta por la modernidad. ¡Progresistas de salón los que tal sostienen! Lo cierto es que no sería un avance, sería en cambio, testimonio de crasa insolidaridad, de intencionada ruptura de una encomiable cohesión que ha sabido mover montañas y, a la vez, de pérdida de empuje y de vitalidad. Y es que no sería sino un retroceso manifiesto. En lugar de hacer piña para conseguir algo que a todos beneficie —como se hizo de forma ejemplar en la «Transición», insisto—, tal procedimiento para innovar y añadir, lleva implícito pero indeleble el deseo de marcar diferencias, es decir, que haya quienes tengan más, con lo que se está asumiendo que otros van a tener menos.

Lo que resulta más sorprendente si se constata que las fuerzas políticas que hayan de aunarse para sacar adelante cada uno de los Estatutos de Autonomía, tienen peso suficiente para garantizar que las nuevas cotas que se alcancen se proyecten con carácter general a todo el Estado, mediante los instrumentos oportunos, lo que nos confirma en la idea clara de que eso no son cosas de los Estatutos de Autonomía (y no me refiero a lo que sea mero complemento o desarrollo de lo existente, sino a lo que se presenta como innovación; aunque lo que sea concreción de principios rectores de la política social y económica bueno es dejarlo

a la libre disposición del legislador ordinario y no darle rigidez estatutaria). Cuando se apuesta por la metodología de marcar diferencias, todo se trastoca hasta el límite de que, como digo, se difuminen los ideales de solidaridad que uno creería firmemente arraigados en algunas fuerzas políticas. Lo que choca más cuando, como es de conocimiento general, el mundo está en tensión, desde hace años ya, por incrementar de forma solidaria el caudal de derechos humanos en cuanto se afianzan nuevas aspiraciones. Es un hecho que las tres instituciones internacionales mencionadas, Naciones Unidas, Consejo de Europa y OIT —y son sólo muestra exigua de un panorama mucho más amplio—, llevan años empeñados en una intensa lucha por promocionar instrumentos internacionales que sirvan de palanca para propagar los derechos humanos más necesitados de atención y aquellos otros nuevos que se van necesitando. Se cuentan así por decenas los Tratados, Convenciones o Convenios que se han ido elaborando y se elaboran a tales fines, aspirando a comprometer cada vez a más Estados, ya sea para auspiciar la eliminación de cualquier discriminación contra la mujer, contra la esclavitud o la trata de blancas, o contra el racismo, contra la tortura y malos tratos o para la protección de la maternidad, para la abolición del trabajo forzoso o para la defensa de los niños y la juventud, para combatir el genocidio o a favor de los refugiados, para promover el derecho de asilo o los derechos de los extranjeros, para incrementar las prestaciones sociales o, entre otros, para salvaguardar nuevas exigencias del medio ambiente. Larga lista, insisto, permanentemente abierta y en tensión, en cuanto referida a aspiraciones siempre necesitadas de profundización, o a nuevas necesidades, aunque siempre desde la óptica del compromiso internacional. ¡Largo empeño porque vaya aumentando el número de Estados comprometidos! Se trata de un proceso incesante y de flujo continuo. De hecho, en cada momento —hoy mismo— hay siempre un vivo debate a la hora de la ratificación de los nuevos instrumentos pues no faltan, como es bien sabido, los reticentes y aún los opuestos, y

valga como muestra lo que está sucediendo en torno a algo de tanta importancia como es el Protocolo de Kyoto. Debiendo recordar, en la misma línea, que la Unión Europea, más especializada antaño en los aspectos económicos y comerciales, hoy se ha subido decididamente al carro de los derechos humanos. Ahí está para demostrarlo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, muy cualificado instrumento al que, a resultas de un debate vivo y enriquecedor, se han llevado las aspiraciones más novedosas: protección de datos personales, derechos propios de la integridad de la persona, no discriminación a consecuencia de la orientación sexual, derecho a una buena administración, condiciones de trabajo justas y equitativas, etc. Carta que se pretende que se convierta en regla constitucional dentro de la Unión, en cuanto figura como Parte Segunda del Proyecto del Tratado por el que se establece una Constitución Europea, felizmente aprobado en referéndum por el pueblo español —frente a las reticencias de algunos partidos políticos de ámbito local— y ya ratificado por las Cortes Generales. Por cierto que, por ello, una afortunada manera de afianzar el imperio de los derechos humanos es defender la entrada en vigor de la Constitución. Sin desconocer que aún antes que dicho paso se alcance, las instituciones europeas —como la Comisión o el Parlamento— se sienten inexcusablemente vinculadas por la Carta, de manera que someten todas sus actuaciones al contraste con las exigencias de aquélla. Y es que, con orgullo —aunque con toda la atención que ello reclama— sabemos que podemos hablar de una **cultura europea de los derechos humanos**: frente a los que menosprecian a la **vieja Europa**, nos honra que dicha cultura es una de nuestras señas de identidad. Lo que nos ha llevado por ejemplo, y valgan un par de nuestras, a abolir con normalidad la pena de muerte, a perseguir con tesón la tortura y los malos tratos o, desde otra perspectiva, a propiciar el derecho a la educación y a cuidar con esfuerzo el derecho a la protección de la salud o el derecho a disfrutar del medio ambiente.

Pues bien, hay quienes, para lucimiento personal, y para beneficio tan sólo de los ciudadanos de su territorio, aspiran a situarse al margen de tan vigorosa cuan gloriosa corriente, abandonando a los demás en esa lucha titánica. Incluso no deja de ser paradójico lo que sucede con el Convenio de Roma de Derechos Humanos: se trata de un sistema abierto porque periódicamente se va completando y se van añadiendo nuevos derechos fundamentales a través de sucesivos Protocolos Adicionales. Causa por eso sonrojo que nuestro Estado, es decir el Reino de España, no haya ratificado todavía varios de esos Protocolos Adicionales a través de los cuales se pretende incorporar nuevos derechos. E, insisto, las fuerzas políticas que aspiran a consagrar diferencias entre los españoles, al propiciar en los Estatutos de Autonomía la innovación criticada, bien podrían dirigir sus esfuerzos a poner a nuestro Estado al día ante tan incitantes retos europeos: ¡nuevos derechos, pero para todos!

Me parece por todo eso muy razonable que la Constitución de 1978 apostara decididamente por una respuesta unitaria en materia de derechos humanos. Yo no osaría en absoluto modificarla, como de tapadillo se pretende hacer con la solución que propugnan los nuevos Estatutos. Pero junto a las señaladas, tan comprensibles y evidentes, hay otras razones, acaso más sutiles y menos aparentes, pero no menos lúcidas y contundentes. Importa ante todo proclamar un derecho, y de ahí el peso de las declaraciones, tratados o convenios. Pero los juristas sabemos que tal paso constituye solo un inicio que, forzosamente, si se quiere que resulte efectivo, necesita de otros pasos complementarios. Entra en juego así, por fuerza, la vertiente judicial de los derechos humanos y, también, sin falta, la vertiente penal.

De forma inequívoca, y al margen de otros precedentes, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 8), aparece inexcusablemente vinculada a ellos la idea del «recurso judicial efectivo»: donde haya un derecho proclamado tiene que

darse por fuerza la posibilidad de acceder a un Tribunal ante el que reclamar frente a cualquier irregularidad o desmán. O, dicho de otra manera, en la práctica hoy no se puede hablar de un derecho humano —sea el que sea— si no cuenta a su disposición con un «recurso judicial efectivo». Lo que significa que regular y ordenar cualquiera de los derechos humanos, implique adecuar también el sistema judicial. Son pasos inescindibles. Insisto, cualquier innovación o modificación desde la óptica de «declarar» un derecho, habrá de hallarse sincronizada con la necesaria adaptación del sistema procesal. Ya se sabe que una de las grandes aportaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos fue la de introducir un Tribunal —el de Estrasburgo— para asegurar la garantía de los derechos. Del mismo modo que, en cumplimiento de tal exigencia, la Constitución de 1978 subraya la garantía judicial de los derechos humanos, reforzada además por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por eso, y porque se parte de un sistema unitario y en bloque, la Constitución encomienda la ordenación judicial y procesal a los Poderes Centrales y no a las Comunidades Autónomas (artículo 149.1.6^a). De ahí que resulte incongruente pretender considerarse habilitado para la incorporación de un nuevo derecho sin poder disponer de la vertiente procesal, tan determinante. Es como si se quisiera colocar la locomotora cuando no se dispone todavía de las vías y ni siquiera se sabe si las habrá.

Algo similar ocurre con la vertiente penal. Dígase lo mismo: un Estado no cumple con sólo declarar un derecho sino que —a pesar de que no siempre se caiga en la cuenta o que los ciudadanos no piensen en ello— resulta siempre indispensable movilizar importantes energías penales. En dos direcciones, al menos. Me refería antes a la «Transición». Recuérdese una de las secuelas, tan trascendental como ilusionante, de los llamados «Pactos de la Moncloa»: dado que los nuevos aires de libertad legitimaban conductas antes prohibidas, había que expurgar muy en serio el Código

Penal. Si se afirmaba la igualdad de las personas y la libertad, había que borrar el adulterio de la lista de los delitos; dígase lo mismo de las secuelas propias de la libertad de partidos políticos, de la libertad sindical o de la de manifestación, entre otras. Es así como desaparecieron de cuajo significativos delitos incompatibles con un sistema democrático y que tan gravosos habían resultado en los tiempos anteriores. De modo que, desde esta perspectiva, ¡a más derechos, menos delitos!

Pero no se puede desconocer que hay otra perspectiva. No basta con afirmar un derecho —diré de nuevo— porque el Estado queda comprometido a su garantía. Y una de las formas usuales de asegurar la garantía es reforzarla con la protección penal. Por ejemplo, nadie dudará de la trascendencia de afirmar el derecho a la vida, pero la operación tiene que completarse avisando con energía que se perseguirá y sancionará a quien atente contra la vida. Y es que, de hecho, no se protege el derecho a la vida si no se ponen todos los medios para impedir que haya asesinatos. Es así como penetran en el Código Penal el delito de homicidio, el de asesinato, o el que sea. Y lo mismo con carácter general: pienso en el delito de allanamiento de morada, en relación con la garantía del domicilio y de la intimidad; del mismo modo que hay que proteger la inviolabilidad de los lugares de culto o que hay que penalizar la negación de los derechos sindicales. Todo, en absoluto, buscando, claro, la proporcionalidad necesaria. Y es que, aunque a simple vista no se advierta, cada nuevo derecho que se proclama sería papel mojado sin el refuerzo de los correspondientes tipos penales. O sea, que, desde esta dirección, ¡a más derechos, más delitos! Disponer de los derechos humanos implica, por eso, disponer del Código Penal: sin respuesta penal, insisto, sin la amenaza penal, como no vivimos en una sociedad angélica, no sirven para nada las declaraciones de derechos. Por eso, sabiamente, la Constitución de 1978 atribuyó de manera inequívoca e indiscutible a los Poderes Centrales —a las Cortes Generales, en concreto—

la competencia para la redacción del Código Penal (artículo 149.1.6^a), terreno en el que, como todo el mundo sabe, ningún protagonismo corresponde a las Comunidades Autónomas. Ni que decir tiene que la solución unitaria y globalizante que apoyaron tan decididamente los constituyentes en 1978, se refuerza y justifica además habida cuenta de la movilidad de una sociedad tan dinámica y tan viajera como la española.

Es sabia y coherente la construcción constitucional, dando una visión unitaria a todas las piezas que conforman el sistema español de derechos humanos, del mismo modo que es muy moderna y progresista. Uno puede comprender las aspiraciones del ego de la clase política local, pues todos somos humanos. Pero hay cosas serias que deberían estar por encima de veleidades y caprichos, como son, sin falta, los derechos humanos, tan trabajosamente logrados, aunando tantos afanes y esfuerzos, meta nunca definitivamente alcanzada y en la que, por ende, nos aguardan siempre —a todos— importantes jornadas por recorrer. No entiendo sinceramente la falta de solidaridad que la tendencia comentada representa. Quiero destacar este dato de la falta de solidaridad, la perspectiva, también, de la oportunidad. No se entiende mucho por qué el debate estatutario se ha centrado en el argumento de la constitucionalidad como si fuera baladí el juicio de lo conveniente y de lo razonable, cuando la organización global del Estado quedará predeterminada por las respuestas que se hayan incluido en un único Estatuto de Autonomía. Muy presente, insisto —que es lo que quiero destacar ahora—, el argumento de la solidaridad: desde la solidaridad se auspiciaron, defendieron y consiguieron los derechos fundamentales de los que hoy nos enorgullecemos. El *encierro* en el Convento de los Capuchinos de Sarriá, el *proceso* de Burgos, la *marcha* de los trabajadores de los astilleros en El Ferrol, las acciones de los *penenes* de la Universidad de Sevilla, el proceso de los miembros de Comisiones Obreras —el famoso «2001»—, o el sinfín de *huelgas* que jalonaron tantos centros

fabriles del país, se vivieron como cosa propia en todos los confines de España. Y ese impulso es el que logró que penetraran en nuestro sistema jurídico las grandes declaraciones de derechos que refería al comienzo, y que se llevara luego a la Constitución la abolición de la pena de muerte, el reconocimiento de la libertad de partidos políticos y de la libertad sindical, el derecho de reunión y de manifestación y, por supuesto, la libertad de expresión. No se entiende como se puede quebrar, tal y como se pretende con los nuevos Estatutos, ese compromiso de solidaridad que tan luminosos resultados ha venido ofreciendo. Aunque ya se sabe que a la hora de ofrecer razones y justificaciones hay voluntarios para todo. Pero una cosa será el debate doctrinal y otra la realidad del Estado que tenemos, porque donde por el momento no se ve posibilidad alguna de encaje es en el vigente sistema constitucional. O se cambia, o habrá que admitir que se está burlando, con la tan antipedagógica secuela añadida de que además se está desorientando a los ciudadanos.

CAPÍTULO 6

ACOTACIONES SEMÁNTICAS: LOS DERECHOS «DEL HOMBRE»

Inédito. Fue enviado para su publicación a un conocido diario madrileño que ni siquiera se dignó contestar ni acusar recibo. Sí tuvieron conocimiento del texto mis alumnos del curso de doctorado de de 2003-2004, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

Nadie sería tan destalentado de pensar que cuando se habla del «género humano» o, más sencillamente, de la «humanidad» se está excluyendo del cómputo a las mujeres. Y eso que en ambos casos la expresión está utilizando una raíz que proviene directamente de «hombre» —en latín, «homo»—. Pero ya se sabe que la palabra hombre, en una de sus acepciones, se refiere genéricamente a cualquiera de los individuos que componen la especie humana, independientemente de cual sea su sexo, su inclinación sexual, u otros ingredientes culturales que pudieran diferenciar. Un hombre es así cualquier individuo de la raza humana, tanto un varón como una mujer. Lo mismo que hablamos de un elefante —dicho sea con todas las salvedades, pues aquí ya no aparece el elemento determinante de la *dignidad humana*— sin fijarnos en su sexo, si le han quitado o no los colmillos, o de un pez, de una rana o de una golondrina, dando por sentado que a la mención le es indiferente que se trate de macho o de hembra, o, lo que es lo mismo, que no se está pretendiendo excluir a ninguno.

En este sentido, me parece muy razonable lo que comienza a decir, en la anterior vigésima primera edición, tantos años en pie, el Diccionario de la Real Academia, al explicar el vocablo **hombre**: «ser animado racional. Bajo esta acepción se comprende todo el género humano». No creo que con estas palabras se haya intentado discriminar, ofender o excluir a nadie. Un hombre, en este sentido, puede ser tanto una mujer como un varón. Mucho más concluyente resulta la actual vigésima segunda edición, que ha enmendado, para ofrecer como primera acepción la siguiente: **hombre**, «Ser animado racional, varón o mujer». O sea, que hombre es «la mujer», lo mismo que también lo es «el varón». Lo que pasa es que todo el mundo sabe que hay palabras polisémicas, o que tienen distintos significados. Se usará el mismo vocablo, pero con sentidos diferentes. Por eso, si la señalada es la primera acepción, luego vienen otras varias, de entre las que la segunda —en la anterior vigésima primera edición— se refiere a «Varón, criatura racional del sexo masculino», y ahora, tras la vigésima segunda, «Varón (ser humano de sexo masculino)». Ahí sí que se está aludiendo al «macho», por usar como diferenciador el referente al sexo. Pero no se crea que este criterio se mantiene luego en todas las acepciones. Así, como 4º significado, se da: «Grupo determinado del género humano. *El hombre del Renacimiento; el hombre europeo*». Lo mismo podríamos decir el *prehistórico*, el de *Neanderthal* o el de *Atapuerca*, sin que nos importe que el cráneo o la tibia encontrados, y que hacen la delicia del arqueólogo, sean de un varón o de una mujer. Es decir, que en las palabras polisémicas hay que poner especial atención para saber de qué se está hablando y no meter la pata por simplismo o ignorancia.

En la historia de los derechos humanos resultó determinante, un auténtico paso de gigante, el que ciertas titularidades se reconocieran no a los miembros de un grupo, clan, familia u organización, no por pertenecer a un estamento, oficio o profesión, a una ciudad o un estado, sino genéricamente, por ser un miembro de

la especie humana. Por ser un hombre. Podía así haber unos derechos propios de los ciudadanos, es decir, que se consideraban exclusivos de ellos. Pero lo importante es que derechos muy cualificados se reconocían genéricamente y con carácter universal, por el mero hecho de pertenecer a la especie humana. De ahí arranca la importante teorización de los **derechos del hombre**. Expresión, que obviamente, no tiene ningún significado discriminatorio o de segregación, sino, por el contrario, un enorme impulso expansivo: nada menos que reconocer esas titularidades a cualquier miembro de la especie humana, sin preguntarle de donde viniera, o si tenía o no arraigo. Reflexión cuyo alcance se entenderá bien si pensamos en el debate actual acerca de los derechos que tienen o no los emigrantes. La expresión derechos del hombre es un logro, de enorme alcance histórico y con manifiesta intención integradora.

Hay un interesante dato reciente que me parece muy revelador, y que me lleva a hablar del Proyecto de Constitución Europea. En la misma se codifica un importante conjunto de derechos humanos, que ahora se llaman fundamentales, a lo largo de la Parte II: se trata, como se sabe, nada menos que de la incorporación de la famosa «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Que se abre con el reconocimiento de la *dignidad humana*: «La dignidad humana es inviolable». Por cierto que a nadie se le ocurriría pensar que esta dignidad humana, o del hombre, no esté incluyendo, sin falta, a las mujeres. Pues bien, en otra parte del texto se ha dado el paso de reconocer de alguna manera lo que con todas las salvedades llaman algunos «los derechos de los animales». El artículo III.121 va a reconocer así que, «la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias del bienestar de los animales como seres sensibles». Es decir, que, en este sentido se pueden contraponer o, simplemente, diferenciar, unos *derechos del hombre* junto a unos *derechos de los animales*.

No estorba la cultura ni conocer el significado efectivo y real de las cosas y, por supuesto, de las palabras. Por cierto que la pa-

labra «real» que acabo de usar me recuerda una anécdota que entendían muy bien las gentes de mi generación y mejor aún las de la generación de mis padres. Existió en España durante mucho tiempo una parcela del sistema tributario llamada impuesto de derechos *reales*, concepto impositivo que se refería al tráfico de las cosas —muy presente la importancia que la expresión cobra en el Código Civil— y que nada tenía que ver con la Monarquía. Pues bien, imagine el lector cuánta gente, de muy buena voluntad cuanto escasa de conocimientos, a la llegada de la República enarboló la reivindicación de que como la Monarquía se había terminado, sobraban ya unos derechos que se calificaban de reales...

No todo lo que nos aporta la historia resulta convincente, al contrario, sabemos que hay no pocas cosas de las que lo mejor es olvidarse. Pero también nos ofrece la historia usos y tradiciones muy razonables. Que contribuyen a reforzar nuestro ambiente cultural, lo mismo que las hojas que caen en otoño contribuyen a formar el humus para que siga la vida. La expresión derechos del hombre tiene una gloriosa historia, con un significado enormemente aleccionador. Forma parte, por ende, de nuestro más enriquecedor acervo cultural. Es una importante página de la historia la que se escribió al generalizar los más importantes derechos a todos los miembros de la especie humana, que por eso pasaron a llamarse **los derechos del hombre**. ¡Larga vida, por eso, a los derechos del hombre!

CAPÍTULO 7
DERECHOS FUNDAMENTALES EN
TENSIÓN
(¿PUEDE EL JUEZ ORDENAR UNA
TRANSFUSIÓN DE SANGRE,
AUN EN CONTRA DE LA VOLUNTAD
DEL PACIENTE?)

Se trata de un comentario al temprano Auto del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1984, que abordaba por primera vez la cuestión. Publicado en «Poder Judicial», 13, diciembre 1984, 31-40.

1. La dogmática de los derechos fundamentales ofrece, como una de las facetas más atractivas y sugerentes, la de la amplitud que deben alcanzar, la que se designa con la fórmula estereotipada de extensión y límites. Decisivo es, sin duda, el ámbito del juego normal de cada uno de los derechos —y ahí han de aflorar, sin falta, los problemas interpretativos habituales—, en lo referente a la realización que denominaríamos pacífica, allí donde esté claro cuál es el alcance de cada uno de los derechos. Pero cada derecho trae consigo sus contornos, lo mismo que la sombra sigue al perro —en la oscuridad no hay problemas de sombra—, lo mismo que allí donde no están implantados los derechos fundamentales, las posibles cuestiones no suelen ir más allá de juegos de palabras. Me

gusta recordar¹, por contraste, el símil de Robinson Crusoe: salvo excepciones que apenas pesan, las formas de vida hoy habituales, no son propicias a ofrecer la figura del solitario que tiene por delante todo el espacio imaginado. En las ciudades, pero también en el campo, sobre —o bajo— las aguas del mar, pero también por los aires —los aviones o artefactos voladores, por supuesto, dejando ahora de lado a brujas, «supermanes» o a simples pasajeros de alfombra—, hay que tener cuidado sumo para no ir tropezando, por decirlo en dos palabras. La indefinida proyección, aspiración suma acaso de algún ciudadano, necesariamente ha de ser recortada pues ahí entra, sin falta, el fenómeno «los otros» (lo cual no representa por cierto un lado negativo: por fortuna, el hombre convive con los demás). Pues bien, lo que tan claro se vislumbra en su entidad física —el choque de unas pretensiones con otras que le son próximas—, se complica, idealmente, cuando nos situamos ante el universo de los derechos fundamentales. No es solo que el derecho de uno pueda chocar con el derecho de los otros. Es que, además, en la vida cotidiana de cada uno de los derechos fundamentales, las razones de entrecruzamiento, o, aún, enfrentamiento recíproco, pueden ser consistentes. ¿Dónde se sitúa, por traer el ejemplo tópico, la barrera entre el derecho a la intimidad y la libertad de información? No será preciso insistir para recalcar los alicientes de esta operación intelectual de averiguar dónde se sitúan los mojones en cada caso (y el placer del estudioso no debe hacernos olvidar otras perspectivas de la operación, tales, la diligencia del ciudadano por saber hasta dónde puede llegar y dónde está la barrera que no debe traspasar; la preocupación del juez que tenga que resolver un caso en que aflore un litigio aún no solucionado, o con solo elementos muy difuminados a la hora de arbitrar el veredicto; etcétera). Con el convencimiento, además, de que el papel de las ciencias jurídicas estriba, en buena medida, en dar por resuelta esta arriesgada

1 Véase mi trabajo *El orden público como límite al derecho de libertad religiosa*, de 1982, recogido ahora en mi libro *Bajo el signo de la Constitución*, IEAL, Madrid, 1983, pág. 290.

pero apremiante cuestión de los límites. Ese saber hallar el equilibrio y aunar el reparto con el respeto, en una operación tantas veces dificultosa, sobre todo cuando hay que atajar de uno y otro lado, para hallar la solución de compromiso. Acaso —insisto, retomando lo que es hoy opinión generalizada—, en pequeñeces tales, en saber aceptar papel tan poco brillante (que tiene que comenzar afirmando la existencia de barreras o cortapisas, casi siempre, para los dos contendientes) radique la justificación, y por ende, la grandeza de los juristas.

Con gran finura y precisión ha expresado el Tribunal Constitucional la reflexión anterior, cuando en la sentencia, de amparo, 2/1982, de 29 de enero (en el caso de la frutería «La Selecta» de Collado-Villalba) afirma:

«En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites, que, como señalaba este Tribunal en sentencia de 8 de abril de 1981, en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata e indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos» (Fj 5).

Con otras palabras, y, por supuesto, con las matizaciones inherentes, se está incidiendo en la idea que expresaba tan a las claras —a la altura de los tiempos, por supuesto— la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando indicaba:

«La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no dañe a un tercero; por tanto el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos...» (IV).

Aventura intelectual de fijar los límites precisos, con todo el respeto para el contenido máximo de cada uno de los derechos. Con elasticidad, además, para saber ir adaptándose a las movedi-

zas exigencias de la Historia. Cuidando, por ejemplo, de que una minoría no avasalle a la mayoría.

También, de que la minoría halle todo el respeto debido por parte de la mayoría. Apasionante tarea de demarcación —por demás conflictiva, casi ni vale la pena recordarlo—, especialmente aparatosa en aquellos supuestos que abren brecha o que, más apropiadamente, clavan la primera estaca en este complejo procedimiento de deslinde.

Por lo demás, muy diversas aguas concurren para integrar la caudalosa corriente de cada uno de los derechos fundamentales. Las aportaciones, los perfiles, pueden provenir del más variado acarreo. El Constituyente y el Legislador, el Derecho comparado y la Historia, el estudioso y el juez, y tantos otros, cada uno colaborarán en su medida, en la compleja operación de proclamar, definir, deslindar. No es pequeño, sin duda, el papel atribuido al juez. Con frecuencia, definiendo abiertamente, desde una afirmación positiva, cuál es el alcance efectivo de un derecho. Pero también, como he tenido oportunidad de destacar en otras ocasiones, juega un papel destacado el juez penal, tantas veces desde la vertiente negativa —no por ello menos relevante— de apreciar dónde comienza lo delictivo, es decir, dónde debe detenerse lo que se creería ejercicio de un Derecho. Definiendo, en suma, por contraste.

2. Muy amplio alcance logra la libertad ideológica y, en concreto, la libertad religiosa, en el ámbito de la Constitución Española de 1978. Pero no podía faltar la mención a los límites. Hoy, incluso, la opinión pública está muy sensibilizada ante estas materias. Aún diría que es un tema de la más rabiosa actualidad: en el ejercicio de la libertad religiosa ¿hasta dónde se puede alcanzar?, ¿de dónde no habría que pasar?

En efecto, preocupa sobremanera la cuestión de la captación de jóvenes por organizaciones que se tildan de religiosas —con el prestigio o la garantía que tal marchamo representa— y que, una vez introducidos, son especialmente adoctrinados. Con sistemas

muy pensados, incluso —de aplicación gradual o disimulada—, para que pierdan su capacidad de reacción. Van siendo, así, contactados jóvenes, que de una manera, en ocasiones, premeditada, van siendo solicitados e integrados poco a poco. A veces, la operación está perfectamente planeada en cuanto se ha buscado un muchacho o una muchacha, con dinero, o de familia cualificada. O se aprovechan situaciones de especial tensión o ansiedad, de marcada indefensión e inseguridad: pubertad o crisis de la adolescencia, desgracias, situaciones de desesperación y fracasos, y así una larga serie, tan variada como amplias son las debilidades humanas. Y la integración va siendo preparada, en algunos casos, con toda astucia, para que, sin que los suyos hayan advertido nada con antelación, en cuanto arribe a la mayoría de edad escape de su entorno e ingrese en la organización, que se cuida, así, ya a las claras, de abastecerle los antídotos ideológicos —traducido tantas veces en un sistema de vida ad hoc— que le enerve cualquier tipo de reacción. ¿Puede esto hacerse en nombre de la libertad religiosa? ¿Dónde comienzan las barreras, dónde la empalizada?

En otro orden de cosas, las prácticas religiosas, la conducta vital que por influjo religioso se adopta, ¿hasta dónde puede llegar si se pone en peligro la vida, si se concita una muerte que de otro modo sería en principio evitable? ¿Puede rechazarse una medicina que aseguraría, en principio, el mantenimiento de la vida? ¿O prácticas médicas, hoy normalizadas y asumidas con carácter habitual? No vayamos al problema más complejo del trasplante de órganos (aunque hoy la córnea y la piel, o un riñón, se trasplanten con normalidad y con un elevadísimo porcentaje de éxito) y quedemos en algo más sencillo: una transfusión de sangre ¿Cabe, por razones religiosas, rechazar una transfusión que tiene crecidas probabilidades de ayudar a evitar una muerte segura? Y, sobre todo, ante un peligro claro, ¿hasta dónde debe llegar el respeto a esa libertad de opción por parte de quienes tienen que tomar una serie de decisiones?

Justo sobre esta segunda variante me voy a detener, por la sencilla razón de que acaba de abordarla y hace bien poco, el Tribunal Constitucional, en decisión en que, aunque sea de forma indirecta, se enfrenta con el problema, acaso por vez primera.

Estamos, así, ante uno de esos pasos iniciales, si bien sea cierto, como corresponde a toda decisión primeriza, que si hay solución alumbrada, aún no puede hablar se de una corriente consolidada. Se trata, en concreto, del auto de la Sección segunda, Sala Primera, del Tribunal Constitucional, de 20 de junio de 1984, en el recurso de amparo interpuesto por don Hipólito Héctor Díaz Torres.

Pero antes de entrar en materia convendrá hacer una pequeña puntualización. En otro lugar he estudiado la compleja y aún polémica, pero sin duda no menos interesante cuestión, de como formulaba el Legislador español —y el propio Constituyente— los límites a la libertad ideológica². Sin mayores precisiones ahora, y remitiéndome a lo allí señalado, convendrá dejar constancia de cuál es la respuesta normativa. Para lo cual, y sin olvidar que la Constitución es un todo que debe ser interpretado siempre como un sistema, bastará con hacer, escuetamente, una triple referencia.

a. El artículo 16.1 de la Constitución, al garantizar dentro de la libertad ideológica la libertad religiosa, lo hace,

«sin más limitación en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley».

b. La anterior fórmula, que a mi no me parece demasiado afortunada, trae en ayuda, a la hora de su interpretación, en virtud de lo que dispone el artículo 10.2 de la propia Constitución, lo establecido en el artículo 9.2 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos,

² Me remito a mi trabajo *El Orden público como límite al derecho de libertad religiosa*, cit. Últimamente, véase, J. CALVO ÁLVAREZ, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, EUNSA, Pamplona, 1983.

«La libertad de manifestar su religión o sus convicciones, no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud, o de la moral pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás»³.

c. En íntima conexión con este último precepto, cuando la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, desarrolla las previsiones del artículo 16 de la Constitución, va a referirse al tema de la demarcación que nos viene interesando —de modo que se cumpla la exigencia prescrita, de que no haya «mas restricciones que las previstas por la ley»—, en los siguientes términos,

«El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática» (art, 3.1).

3. Tras estas precisiones ya se puede volver a tomar el hilo de la exposición y regresar, así, al auto de 20 de junio de 1984. Por una vía indirecta, insisto, se va a incidir en la problemática apuntada. No es un enfrentamiento frontal y específico (adviértase que es un «auto» de Sección, como indicaba). No es un fallo en que se aborde el tema a las claras. Conviene tener en cuenta esta advertencia que de algún modo relativiza el valor de la decisión. Incluso, tal vez el mayor significado de la decisión del Tribunal Cons-

3 Por supuesto que el carácter abierto del artículo 10.2 de la Constitución, en cuanto reconduce a las grandes Declaraciones internacionales de Derechos Humanos, no agota su contenido, con la referencia al Convenio de Roma. De recordar, así, también, lo que establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 18.3, «La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud, o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

titucional radique en dar por buena —en estimar que no procedía rectificarse— una reciente toma de postura del Tribunal Supremo, con lo que se confirmaba una tendencia que el propio Tribunal Supremo había auspiciado en 1979. Pero en esa tarea de demarcación a que antes aludía, tan necesaria en los momentos iniciales, los pasos primeros pueden surgir a través e los más inesperados cauces jurídicos. De esto se trata ahora. Nada más, pero tampoco nada menos.

He aquí cuáles fueron los hechos punto de partida (y puesto que el motivo para el pronunciamiento ha sido un recurso de amparo, lo mejor será reflejar con fidelidad su contenido):

«En síntesis, la demanda se basa en los siguientes hechos: a la esposa del actor se le sugirió por parte del médico que la atendía la conveniencia de una transfusión de sangre para resolver diversos problemas hemorrágicos derivados de un parto previo, y ante su negativa y reiterada oposición del esposo, en razón de sus creencias religiosas, al ser testigos de Jehová, se recabó del Juzgado de Guardia, núm. 4 de los de Primera Instancia e Instrucción de Santa Cruz de Tenerife la autorización para practicarla, que fue otorgada primeramente por Auto y luego por Providencia de 20 de enero de 1983. Practicadas las transfusiones sanguíneas, la paciente murió cuatro días después...».

Numerosos —y en ocasiones, insospechados— son, decía los cauces jurídicos a través de los cuales van a saltar a la palestra los temas de interés. En el presente caso el tema va a llegar al Tribunal Constitucional en cuanto el esposo de la paciente fallecida pretendió que fuera procesado el juez de guardia que había autorizado la transfusión de sangre prescrita por el médico. Volvamos de nuevo a la prosa del auto,

«.. formuló demanda de amparo invocando la vulneración de los arts, 24.1, 15 y 16.1 de la Constitución Española, contra el auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1983, recaída en el antejuicio promovido para exigir responsabilidad criminal al Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia

e Instrucción, núm. 4 de Santa Cruz de Tenerife, Ilmo. Sr. Don Ildefonso García del Pozo, por los delitos de coacción, contra la libertad religiosa e imprudencia temeraria con resultado de muerte, posteriormente confirmado por el de la misma Sala, de 25 de enero de 1984, que resolvió el recurso de súplica interpuesto contra aquél».

Poco más adelante, la postura del demandante en relación con la declaración de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de no haber lugar a la admisión de la querrela, tanto en el auto originario como en el que resolvió el recurso de súplica, se refleja en estos términos:

«La pretensión de nulidad de dichas resoluciones judiciales y el reconocimiento de su derecho a la acción penal se fundamenta en la indefensión producida (art. 24.1 de la Constitución Española) (CE), al haber desorbitado la Sala Segunda del Tribunal Supremo la función del antejuicio, excluyendo la antijuridicidad en base a la concurrencia de circunstancias de justificación, en la vulneración del art. 15 CE., al suponer la autorización para la transfusión un peligro para la vida, aproximándose a circunstancias de tortura moral, en la infracción del art. 16 CE., al no tener en cuenta las convicciones religiosas de la hoy fallecida; rebatiendo, además, la argumentación de los autos sobre la carencia de tipicidad penal de los hechos» (ant. 1).

Este es, por tanto, el punto de partida de un procedimiento a través de cuyos intersticios, no demasiado fluidos por definición (al contrario, más bien angostos), va a aflorar la toma de postura del Tribunal Constitucional, revalidando y dando por buena la mantenida con anterioridad por el Tribunal Supremo. Y advertía antes que en el presente caso el Tribunal Supremo estaba incidiendo en una tendencia ya manifestada con antelación. En efecto, el auto de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1979 se había enfrentado con un supuesto similar: juez que, contra la voluntad de la paciente —perteneciente también a los «Testigos de Jehová»— autoriza una transfusión de sangre (que lograría salvarle la vida); ulterior querrela de antejuicio para, procesar

al juez. En la ocasión, sería rechazada, al apreciarse la exigente de estado de necesidad (art. 8.7, CP)⁴.

Volviendo al auto del Tribunal Constitucional, conviene resaltar que tempranamente —y advertiré que el asunto fue despachado con relativa rapidez por el Tribunal Constitucional, pues la demanda se había interpuesto el 14 de febrero de 1984 y el auto que lo concluye es, recuérdese, de 20 de junio de 1984— se puso en marcha el incidente de inadmisibilidad al estimar, de acuerdo con el artículo 50.2.b), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), que la demanda carecía manifiestamente de contenido que justificara una decisión por parte del Tribunal Constitucional.

El Ministerio Fiscal al evacuar el trámite,

4 Acaso la doctrina más relevante del auto de 14 de marzo de 1979 sea la contenida en el considerando tercero, en los siguientes términos, que transcribo de «Revista de Derecho Publico», núm. 75 (1979), págs. 500-501, «El Juez contra el que se dirige la querrela de antejuicio obró, a virtud de dicha conjunción del ordenamiento jurídico, legítimamente o conforme a Derecho, al proteger un bien jurídico, como es la vida, que es indispensable para su titular; sin que al respecto pueda hablarse de un «derecho a morir» basado en la impunidad del suicidio, pues éste sigue siendo un acto de antijuridicidad normativa, aunque impune por razones de política criminal, como lo prueba que sean castigados tanto el auxilio e inducción al suicidio como el homicidio consentido (artículo 409), hasta el punto de que esta Sala consideró el no impedir el suicidio como acto de auxilio moral y material pasivo (sentencia de 23 de junio de 1916), como en general, la omisión, cuando se tiene el deber jurídico de actuar, implica cooperación al delito (sentencias de 22 de enero de 1921, 2 de enero de 1940, 30 de enero de 1945); tesis que sube de punto al ser introducida por Ley de julio de 1951 la figura punible de la omisión del deber de socorro; conjunto de preceptos que revelan hasta la saciedad que el Juez implicado en el caso de autos, al autorizar la práctica de la transfusión sanguínea a la querellante que se resistía a ello «con peligro de su vida» no solo no incurrió en responsabilidad, sino que afirmó el derecho de actuar de acuerdo con la norma jurídica superior, conformando su conducta a fin reconocido por el Estado (el terapéutico); de suerte que, de hacerse inhibido en su actuación y de ello se hubiera seguido la muerte de la paciente, pudo haber incurrido (¡entonces sí!) en verdadera responsabilidad penal».

Un comentario a esta decisión puede verse en M. BAJO FERNÁNDEZ, *La intervención médica contra la voluntad del paciente (A propósito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979)*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», T. XXXII, fasc. II (1979), págs. 491 y ss. En este trabajo, que resulta muy crítico para con la solución adoptada por el Tribunal Supremo, se da cuenta con amplitud de los hechos del caso.

«mantiene la legitimidad constitucional del antejuicio y que el Tribunal Penal se ha ajustado a las exigencias que para ello derivan de la Sentencia de este Tribunal, de 13 de octubre de 1982, habiendo obtenido el promovente del amparo reiteradas resoluciones judiciales fundadas en Derecho que fueron respuestas al ejercicio de su acción penal igualmente, negando la vulneración de los otros derechos fundamentales invocados, terminaba interesando la inadmisión del recurso...».

Obvio es decir, en cambio, que la parte actora mantenía su criterio y alegaba «la vulneración de los derechos indicados reconocidos por la Constitución y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...».

Al pasar ya a enfrentarnos con los razonamientos del Tribunal Constitucional, lo primero que hay que advertir es que, con toda lógica, desde el punto de vista de la regulación del proceso constitucional de amparo, el litigio se centra en el motivo del artículo 24. Lo cual produce ciertas angosturas que no dejan de chocar cuando uno se sitúa en la lógica del tema que le interesa, y aspira a encontrar un planteamiento lo más amplio posible del mismo. Claro resulta, en la línea expuesta, el alcance del fundamento jurídico primero:

«La demanda de amparo señala como derechos vulnerados los que se protegen en los artículos 24.1, 15 y 16 de la Constitución (CE.); pero atendiendo a las resoluciones que son objeto del recurso, es decir, a los Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (...) por las que se inadmite la querrela promoviendo antejuicio necesario para exigir responsabilidad criminal al Magistrado Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Santa Cruz de Tenerife, por los supuestos delitos de coacción, contra la libertad religiosa e imprudencia temeraria, y, en definitiva, se declare no haber lugar al recurso de súplica interpuesto: solo cabría reconocer una eventual virtualidad de contraste directo como exige el art. 44.1.b) de la LOTC, con el primero de los derechos enunciados, ya que de haber sido afectado el contenido del derecho a la vida o a

la libertad religiosa habría sido como consecuencia de la conducta o hechos contemplados en el proceso, pero nunca del contenido de los citados Autos, que se limitan a apreciar la inexistencia de delito alguno en la decisión judicial que autorizó la transfusión de sangre en la paciente, esposa del querellante y hoy demandante en amparo; siendo por tanto de apreciar el obstáculo que para el amparo supone el art. 44.1. b) de la LOTC, que requiere la imputación directa de la violación del derecho al acto judicial que se impugna».

Conviene tener muy presente, en efecto, que cuando el artículo 44 LOTC da cauce al recurso de amparo con motivo de violación de derechos y libertades fundamentales que tengan origen judicial, prescribe entre los requisitos a observar, inexcusablemente, el siguiente:

«que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellos se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional».

De modo que el mandato resulta inexcusable, con todo lo que implica en orden a la demarcación del espacio del Tribunal.

Centrado así el asunto, el Tribunal Constitucional va a abordar antes de nada la cuestión del «antejuicio» como requisito para el enjuiciamiento de jueces y magistrados, cuestión a la que ya había tenido que enfrentarse en la sentencia de 13 de octubre de 1982, que se trae a las alegaciones, y en la que, sin dejar de advertir, de pasada, que cabían otras soluciones⁵, daba por buena la modalidad cuestionada. A la objeción que en el presente caso se había

5 En efecto, en el caso referente a las pretensiones de procesamiento que había sostenido la empresa Ediciones Amaika, S. A. en relación con el atentado que había sufrido la revista «El Pápus» —tal es el contenido de la sentencia de 13 de octubre de 1982, 61/82—, el Tribunal Constitucional, al interpretar que la modalidad del antejuicio no traspasaba la linde de lo constitucional, no dejaba de advertir en relación con la teleología de esta figura: «que esta misma finalidad pudiera alcanzarse mediante otras fórmulas técnicas es cuestión sobre la que no ha de pronunciarse este Tribunal...».

planteado frente a la figura procesal del antejuicio responde ahora el Tribunal Constitucional:

«Pero tal argumentación no puede ser acogida en cuanto formulación general, ni mucho menos ser aplicada al presente caso, pues en la primera perspectiva, de una parte, no puede decirse que la estimación de circunstancias eximentes en el procedimiento común haya de hacerse necesariamente en el juicio oral, por cuanto dicha exención es, desde luego, motivadora de un sobreseimiento libre, según expresamente determina el art. 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin necesidad de alcanzar aquella ulterior fase, y de otra, en el contenido de la sentencia de este Tribunal citada no se hace una restricción del antejuicio del tenor que pretende la parte actora, ya que en ella no se excluye la contemplación de la antijuridicidad, distinta de las condiciones subjetivas que pueden afectar al elemento de culpabilidad y, por el contrario, atendiendo a las mismas garantías de la tramitación contradictoria del antejuicio y la calidad del órgano judicial competente, se dice que éste tiene un amplio poder de apreciación sobre la existencia del hecho típico delictivo para que no quede la institución protectora de la función jurisdiccional vacía de contenido, al estar dirigida a contrastar las querellas como fundadas o infundadas, a través de un proceso previo que supone de por sí el antejuicio, para abrir o no otro posterior proceso, con mayor razón cuando es la propia Sala del Tribunal Supremo instructora y en su caso decisora en única instancia del proceso penal, por lo que puede hacer un juicio con las mayores garantías de certeza, evitando las consecuencias de un proceso cuyo resultado anticipadamente prevé» (FJ 2).

De modo que, con carácter general, y sin perjuicio de posibles reservas, no se estima que la figura del antejuicio resulte contradictoria con el derecho a la tutela judicial efectiva que con tanto cuidado garantiza el artículo 24 de la Constitución.

Y, en el caso concreto, ¿han excedido la cota de lo justificable las decisiones jurisdiccionales que se cuestionan? Llegamos así a la etapa siguiente del razonamiento, el fundamento jurídico tercero, que va a ser de gran peso en el equilibrio del auto anali-

zado, y que nos coloca, además, ante interesantes aspectos penales que yo no sabría glosar debidamente:

«En el examen concreto de las consideraciones de los Autos a que se contrae el presente recurso, ni siquiera es preciso ir más allá de la posibilidad de apreciar en el antejuicio la tipicidad de los hechos objeto de querrela, facultad mínima que ha de reconocerse a quien corresponde pronunciarse sobre su admisión, para rechazar en el presente trámite la demanda formulada como carente de contenido constitucional, pues si se analizan detenidamente las resoluciones, aunque se haga referencia a la teoría de los elementos negativos del tipo penal y, a mayor abundamiento, a la concurrencia de causas genéricas de justificación, la inadmisión y el archivo que acuerdan se hace con independencia de ello y, fundamentalmente, en base a una inadecuación de la conducta a los tipos a que se refiere la querrela».

Esta línea de raciocinio provoca, por así decir, la chispa, el contacto, de modo que, al estudiar el argumento de la indefensión, van a aflorar también, bien que desde la faceta negativa de la incriminación penal protectora de ellos, como de bienes jurídicos, los otros derechos que se alegaron. Así continúa el razonamiento:

«En efecto, en el presente caso se tuvo en cuenta la falta de los que constituyen los elementos indubitados del tipo: las circunstancias que afectan al injusto específico de cada una de las figuras delictivas, y así, en primer lugar, se excluye el delito de coacciones, con independencia de la concurrencia de cualquiera de las circunstancias eximentes señaladas en el art. 8 del Código Penal, por entender que existía una autorización legítima derivada de los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Libertad religiosa 7/80, de 5 de julio, para la actuación judicial, ya que el derecho garantizado a la libertad religiosa por el art. 16.1 de la Constitución tiene como límite la salud de las personas, según dicho artículo 3, y en pro de ella actuó el Magistrado-Juez, otorgando autorización para las transfusiones sanguíneas, por lo que no concurría en su conducta el elemento del injusto inicial específico, propio del tipo, y contemplado en el

inciso inicial del mismo art. 496 del Código Penal, que supone un contenido valorativo propio del delito de coacciones y no una excepción a la hipotética regla general⁶; en segundo lugar, en orden a los delitos contra la libertad de conciencia en su redacción por la Ley Orgánica 8/83 de 25 de junio, resulta patente que se hace un análisis particularizado, de mera legalidad, no revisable ante este Tribunal, de la no aplicabilidad de los distintos tipos contenidos en los arts. 205 a 212, en función a su misma descripción de conductas, que detallan las resoluciones recurridas y que resultan absolutamente ajenas a la conducta juzgada; y, finalmente, se niega la existencia del delito culposo, valorando el elemento normativo del tipo, implícito en la imprudencia que se establece en el art. 565 del Código Penal, esto es, que el querellado no había inobservado la diligencia exigible en el cumplimiento de su deber, al poder confiar en la solicitud de los diversos médicos que atendían a la propia enferma, que habrían valorado la urgente necesidad, para conservar su vida, de la intervención constituida por transfusión de sangre, actuando con arreglo a la “lex artis” y a sus conocimientos técnicos y profesionales».

El Tribunal Constitucional verifica, así, las pautas asumidas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Al mismo tiempo que comprueba cómo se ha procedido, rechazando la indefensión alegada, está dando por bueno el razonamiento del Tribunal Supremo, que se expone en forma sintética pero con mención de los puntos significativos que quedan, así, refrendados y asumidos. Al describir y exponer, de alguna manera, se está confirmando, de modo que el prisma de la indefensión y del art. 24, no impide que también —por esta vía indirecta y no autónoma— queden implicados los otros preceptos, y, en lo que ahora interesa, el artículo 16.

Como con tanta frecuencia se observa en la praxis del Tribunal Constitucional, los autos que se pronuncian a propósito de las declaraciones de inadmisión, cuando el motivo es el de

6 Recuérdese que el art. 496 CP, al configurar el delito de coacciones, se inicia así: «El que sin estar legítimamente autorizado...».

carecer la demanda de contenido constitucional —artículo 50.2.b) de la LOTC—, incluyen, las más de las veces, tomas de postura del Tribunal. Creo que el presente caso es un supuesto más, dentro de tan crecida corriente. Lo normal —de acuerdo con las pautas que habitualmente practica— es que el Tribunal hubiera aprovechado la oportunidad para desvelar cualquier irregularidad que hubiera apreciado, y no sólo en el aspecto concreto de la indefensión. Se detecta, así, una línea de apoyo a una interpretación activamente asumida. Aún hay en el asunto un último fundamento jurídico, el cuarto. Se inicia constatando como se han «producido de forma reiterada resoluciones judiciales fundadas y razonadas, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», lo que, de acuerdo con la línea interpretativa que viene sosteniendo el Tribunal Constitucional, da criterio para rechazar la alegación de indefensión. Y, al concluirse, razonando como el Tribunal Constitucional debe mantenerse en su terreno y no ir más allá, se señala:

«... que queda al margen de la competencia de este Tribunal Constitucional, al no existir lesión alguna de los derechos constitucionales invocados en la demanda de amparo, por todo lo cual, ha de concluirse que la demanda carece manifiestamente de contenido constitucional (...) por lo que su admisión a trámite resulta improcedente».

Conviene llamar la atención acerca de la fórmula de reconocimiento que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, y que le aboca inmediatamente a la decisión de rechazo: «al no existir lesión alguna de los derechos constitucionales invocados en la demanda de amparo», se dice. Se incorpora, así, por más que de pasada, y sin un razonamiento autónomo y específico, insisto, un enjuiciamiento propio, referido de forma genérica a los derechos «invocados en la demanda de amparo» que, como se recordará, no era sólo el derecho a la defensa, del artículo 24, sino también, el derecho a la libertad religiosa, del artículo 16.

De modo que ahora se puede concluir ya, retomando la advertencia que destacué desde el comienzo: aunque no de una manera frontal, sí ha sido abordado este aspecto concreto del gran tema de los límites del derecho a la libertad ideológica.

4. ¿Y qué conclusiones podrían extraerse de esta temprana toma de postura? Para cerrar ya, rápidamente, este comentario de urgencia, se me ocurre recalcar los cuatro siguientes aspectos.

A. Ante todo, el caso ofrece respaldo inmejorable a la concepción del juez, no sólo como tutor y defensor, en última instancia, sino incluso, como apoyo, gestor y administrador, de las libertades públicas. Bajo la alejada vigilancia del Tribunal Constitucional que desde su distanciamiento, y con indudable sentido residual y supletorio, asume la suprema misión de definir y aclarar dudas⁷, los jueces reciben tras la Constitución un claro protagonismo en la gestión de las libertades que quedan así en gran medida, cumpliendo lo que fueron aspiraciones muy arraigadas, «desadministrativizadas» para aparecer, en cambio, como «judicializadas». Bien viene a cuento la alusión que se hace en el caso, sin distinciones, a que «existía una autorización legítima derivada de los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Libertad religiosa 7/80, de 5 de julio, para la actuación judicial». Se ofrece de este modo un venero de interpretaciones muy sugestivo en el que no he de detenerme ahora. Notaré, tan sólo, que se confirma, una vez más, la confianza depositada por el Constituyente en los miembros del Poder Judicial, al atribuirles tan delicada encomienda, encomienda que, obviamente, con tanto más acierto se logrará cuanto mayor sea la sensibilidad y el talante democrático de jueces y magistrados.

7 Por supuesto que la firme decisión de España de romper anteriores aislamientos e integrarse en el concierto de las Naciones ofrece, en el ámbito que ahora se estudia, la particularidad de que los fallos del Tribunal Constitucional —en lo que concierne a los derechos del Convenio de Roma de 1950 y Protocolos Adicionales ratificados—, pueden ser residenciados, por los propios particulares, ante las Jurisdicciones Europeas.

B. Al producirse una toma de postura clara —y me parece indudable que la del auto lo es— van quedando alumbradas zonas de duda y de sombras, con lo que tiene de efecto beneficioso para desvanecer oscuridades y, por supuesto, también, para encaminar conductas futuras. Porque conviene no perder de vista que la seguridad es un postulado constitucional (art. 9.3) digno de las mayores atenciones. En línea con ello, pero desde otra perspectiva más concreta ya, se va clarificando —lo que no impide que la respuesta pueda modificarse si entran en consideración otras circunstancias— que ante posibles supuestos similares, si se llega a la zona de tensión, el médico tiene abierto el camino al Juez de guardia. Y, por su parte, el Juez de guardia, comienza a contar con un repertorio de respuestas sedimentadas. Si resulta positivo —si el sistema ha querido expresamente—, que el juez ejercite amplias funciones en la gestión de las libertades públicas, es coherente, del mismo modo, precisamente para que el sistema pueda funcionar con normalidad, pues no es bueno convertir tal vez en heroicas tal vez en delictivas, decisiones que deben estar normalizadas, que pueda contar con unos criterios interpretativos claros. De ahí el significado de fallos como éste: el juez va sabiendo con claridad cuál puede ser el alcance de su respuesta.

C. Ahí está la fuerza de la decisión del Tribunal Constitucional al revalidar lo actuado por el Tribunal Supremo. La mala fortuna de que falleciera la paciente —que por decisivo que resulte en un historia individual o familiar, no debería nublar una solución institucional: lo probable es, visto el caso desde lejos, que sin la transfusión hubiera fallecido irremediablemente, mientras con aquella había esperanzas de vida, del mismo modo que, con tal remedio son muchos los que se salvan (que fallecerían, en cambio sin la transfusión)—, la adversa circunstancia de la muerte, digo, tal vez haya forzado a que en el razonamiento, a la hora de justificar la intervención, se hable de «la salud de las personas como límites», cuando acaso fuera más razonable hablar de «la vida»

como límite (tanto la Ley de Libertad Religiosa como los textos internacionales que antes reproducía hablan de salud pública. Se abre, así, una sugerente vía de discusión jurídica, en la que ahora no entraré: la salud pública, ¿comprende también la salud individual, sin mayores repercusiones hacia afuera, como sería, el caso de la enfermedad contagiosa?). Hubiera parecido chocante, en efecto, dado el triste desenlace del supuesto, y está claro que los jueces tienen que preocuparse por resolver el caso concreto, con sus circunstancias inherentes —trágicas en unas ocasiones, festivas o risueñas en otras— y no por hacer sistema. Pero los estudiosos desde nuestro distanciamiento —sin la responsabilidad que la labor de juzgar conlleva, además— podemos manejar otros baremos. De ahí que me surja la duda de si no resulta más adecuado buscar el límite en el derecho a «la vida», pues entre la vida y la muerte se estaba debatiendo la decisión⁸. Al fin y al cabo, el derecho a la vida, en nuestro propio sistema positivo, está considerado como el primero de los derechos fundamentales de la famosa sección primera del Capítulo segundo del Título 1, (no es preciso recalcar el destacado papel que ocupa el derecho a la vida en los grandes textos internacionales de relevancia directa para España: así, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3; Convenio de Roma, artículo 2; Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, artículo 6; etcétera). Y se reconduce directamente a la dignidad de la persona con los derechos inviolables que le son inherentes, que son fundamento del orden político, según la conocida dicción del artículo 10.1. Conviene no olvidar, en todo caso, lo que antes advertía: lo polémica —y dificultosa, dogmáticamente hablando— que resulta la cuestión de los límites de la libertad religiosa. Este temprano caso, significativo desde tantos aspectos como me he cuidado de destacar, viene a abrir brecha en tan abrupto terreno.

8 Sobre el derecho a la salud y, en general, sobre el status de los enfermos, véase, recientemente, el interesante trabajo de J. PEMAN *Hacia un estatuto del enfermo hospitalizado*, RAP, núm. 103 (1984), págs. 89 y ss., con abundante bibliografía.

D. No ocultaré, por último, y para terminar ya, que la solución adoptada, no solo desde la perspectiva sistematizadora sino, sobre todo, en cuanto a su contenido más íntimo, se sitúa en zona altamente polémica. Si no fuera así, no hubiera surgido la controversia que hemos analizado. ¿Disponibilidad de la propia vida? ¿Imposición de la vida, o de remedios o de conductas, para mantenerla o defenderla, aún en contra del propio afectado? ¿Derecho a la intimidad, en último término?

Entramos así en un terreno en el que no falta controversia, en el que desde largo tiempo se viene polemizando y en el que, con seguridad, se ha de seguir discutiendo por muchos años. En el que, además, se entremezcla una pluralidad de casos que tal vez convenga no confundir. Una cosa es, por ejemplo, el tema de la llamada muerte natural, el negarse a las intervenciones o internamientos que, sin opción de remedio efectivo, a lo más pueden alargar la vida en unos días a un anciano. O el de las intervenciones, a la edad que sea, que consisten en alargar unos días la vida de quien hay constancia sería de que está desahuciado. Ya es distinto el caso de las operaciones arriesgadas pero que tienen un tanto por ciento de probabilidades de salvar una vida. O el de las intervenciones que destrozan y alteran profundamente, en sus aspectos más visibles incluso el propio cuerpo. Hasta aquí nadie dudaría de la correcta legitimidad del individuo —o de sus deudos— para disponer acerca de sus aspiraciones⁹. ¿Y las transfusiones de sangre allí

9 Creo, en efecto, que está tratando conjuntamente, un tanto maximalistamente, supuestos muy diferenciables, acaso para resaltar su propia tesis, BAJO FERNÁNDEZ, *La intervención médica contra la voluntad del paciente*, cit., pág. 493, cuando al criticar el auto del Tribunal Supremo de 1979, afirma: «En efecto, téngase en cuenta que, «prima facie», también quedarían amparados por el estado de necesidad por cumplimiento de todos sus requisitos, los supuestos siguientes: un particular, o un médico, o un Juez con ayuda de la fuerza pública que para el caso es lo mismo, obligan a una mujer a someterse a un aborto para salvar su vida, o con el mismo fin obligan a un sujeto a la colocación de una válvula artificial en el corazón o a la amputación de un miembro u órgano canceroso, o a tomar periódicamente la medicina salvadora, o, por poner ejemplos en que el necesitado y quien sufre el mal son personas distintas, para salvar la vida de un accidentado que ingresa en

donde ofrezcan visos razonables de evitar una muerte? Aun aquí hay que distinguir: no es lo mismo disponer de la propia vida que de una vida ajena. Parece indudable, así —ese misterio de la profunda individualidad del ser humano—, que la patria potestad, por muchas facultades que atribuya, no da opción para rechazar cuidados o remedios que podría salvar la vida del niño¹⁰. La vida ajena juega aquí claramente como límite. ¿Y la propia vida? El problema es, sin duda, más complejo. Por de pronto, la importancia que se concede a la solidaridad, a la generosidad, nos lleva a premiar en la apreciación social a quien salva una vida ajena aún a costa de sacrificar la suya. ¿Y si no hay contrapartida? La fugaz y delicada, la maravillosa criatura humana, puede disponer de su vida y con enorme sencillez cortar los tenues hilos que le sostienen en el universo enorme. Lo cierto es que vivimos en un mundo que se compromete —aunque luego no resulte todo lo coherente, todo lo radical que debiera— a potenciar y defender la vida. Y la vida, aún cuajada de amenazas, aún con todos los nubarrones, aún con la pólvora que anda suelta, figura, por doquier, como la garantía mayor que se ofrece a los vivientes. Sin embargo, con cadencia inquietante suele reaparecer el caso límite: ¿y el que se obstina, con lucidez y desde la lucidez, en no adoptar los remedios —que él juzga perniciosos— que le permitirían mantener la vida? No ocultaré que conservo una ligera zona de duda que me encantaría poder resolver con claridad. Lo cierto es, insisto, el gran arraigo, el significado tan positivo de las doctrinas que tratan de alentar la vida. De defenderla allí donde sea posible y conserve una dignidad mínima. Se es consciente de que hay una esfera íntima cuyas decisiones no pueden ser materialmente forzadas (tema de la despenalización del suicidio). Pero allí donde cabe una intervención

el servicio de urgencias se extrae un riñón sano a quien está sometido a una operación de apendicitis o un trozo de piel o de hueso para hacer un injerto, todo ello contra su expresa voluntad».

10 Véase, así, expresamente, C. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, Bosch, Barcelona, 1981, pág.384

—no digamos donde hay una responsabilidad de poderes o servicios públicos—, se legitima la intervención en favor de la vida¹¹. En lógica con estos criterios, lo mismo que se obliga a llevar en los automóviles el cinturón de seguridad, o que se fuerza a la vacunación en determinadas circunstancias, del mismo modo que se trata de disuadir al suicida que está a punto de lanzarse al vacío, o que se alimenta con suero al huelguista de hambre que en el cárcel está a punto de producirse daños irreversibles, establece el Tribunal Supremo que no cabe incriminar al juez que autorice a llevar a cabo, contra la voluntad del paciente, la transfusión de sangre que habría de salvarse la vida. Aunque el remedio pueda incluso fallar. Y el Tribunal Constitucional entiende que no ha sido incorrecta en la ocasión, la decisión del Tribunal Supremo.

Tal es el alcance del caso del que he querido dar noticia. Ni más, pero tampoco, ni menos.

Ni que decir tiene que se apetece una decisión del Tribunal Constitucional en que se enfrente abiertamente con el problema, por más que el tema sea delicado. No sé que sucederá en supuestos futuros pero da la impresión de que la vía indirecta como la ofrecida por el caso expuesto, sólo forzando los esquemas puede dar paso a una tal decisión, frontal y autónoma.

Pero ello no quiere decir que estén obturados los caminos para un tal pronunciamiento. Si el juez puede ser considerado como

11 Acerca de «la primacía que se otorga en nuestro derecho a la vida y a la salud e integridad corporal frente a la libertad personal o a la libertad religiosa», véase, con amplitud de datos para la perspectiva penal, C. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, 1, cit., pág. 383 y passim. El propio BAJO FERNANDEZ, *La intervención médica contra la voluntad del paciente*, cit., muy crítico para con la doctrina del auto del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979, y partidario de «la necesidad de respeto a la voluntad ajena y la necesidad de no otorgar a nadie poderes excepcionales de intervención en los intereses ajenos» (pág. 499), se hace eco de la postura de Córdoba Roda, quien «reconoce que «tanto la doctrina como la jurisprudencia española se inclinan a estimar la presencia de una circunstancia de exención» en supuestos como los que tratamos en este comentario» (pág. 495). Véase, también, J. PEMÁN, *Hacia un estatuto del enfermo hospitalizado*, cit., pág. 121.

administrador de las libertades públicas y está facultado por tanto para establecer medidas; si todas las decisiones de los poderes públicos —y por ende las de los jueces— que violen los derechos fundamentales pueden ser encaminadas al amparo; si el Tribunal Constitucional está habilitado para controlar la discrecionalidad judicial¹², resulta que no hay mayores dificultades en dirigir hacia el Tribunal Constitucional la originaria decisión del juez —agotando, eso sí, los recursos pertinentes—. Lo cual representa sacar la contienda de la vía penal —mucho más rigurosa y que tal vez complica la solución—, aunque acaso hubiera intención de utilizar a toda costa ese camino. Pero, insisto, no cabe duda de que es posible buscar la declaración esperada por otros derroteros.

12 Me remito a mi trabajo *Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*, RAP, núm. 100-102, vol. II, págs. 1083 y ss.

CAPÍTULO 8

**EL «AMPLIO MARGEN DE LIBERTAD» EN
EL USO DE LOS PRIVILEGIOS
PARLAMENTARIOS Y SU INCIDENCIA
SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
(AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
147/1982, DE 22 DE ABRIL, SOBRE EL
ALCANCE DE LAS PREGUNTAS
PARLAMENTARIAS)**

Publicado en «Revista Española de Derecho Constitucional», 11, 1984, 121-137.

La efectiva puesta en marcha de un sistema parlamentario, con lo que de implantación repentina ha tenido entre nosotros —y sus secuelas de desconocimiento y desarraigo de los hábitos parlamentarios— ha de dar oportunidad para que afloren una serie de dudas y puntos de inflexión hasta que se clarifique con nitidez cuál es el terreno real de juego de instituciones, fórmulas y figuras peculiares de cada Parlamento, y propios, en concreto, de las Cortes Generales, tal y como han sido diseñados por la Constitución de 1978.

¿En qué medida, por ejemplo, el amplio reconocimiento que ésta hace de derechos fundamentales y libertades públicas, podrá rozar, podrá incidir, incluso, sobre aquéllas?

La ausencia de perfiles nítidos todavía, en ocasiones; el afán real por garantizar el efectivo reconocimiento de derechos y libertades fundamentales; acaso las secuelas de esa furia por recurrir que se observa hoy tan ampliamente en España; quizá, en los casos más politizados, la intención de utilizar instituciones *pro domo sua*, o, aunque sólo sea, la aspiración a lograr un espacio gratuito en la prensa, son circunstancias, todas ellas, que pueden provocar, con enorme facilidad, incidentes, conflictos e, incluso, más propiamente, recursos de amparo, en estos primeros tiempos. Hasta que las aguas se decanten y los límites queden claros.

De ahí la expectativa y la curiosidad aún, ante las primeras tomas de postura, que, en efecto, se van ya produciendo.

En otro lugar he tenido ocasión de ocuparme de un interesante auto del Tribunal Constitucional: quien luego sería condenado a graves penas por los competentes tribunales, alegaba su derecho al honor así como la presunción de inocencia, para pedir amparo en relación con el reflejo que había logrado en la prensa la comparecencia de un ministro del Gobierno ante el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión secreta, en momentos de enorme inquietud en el país. En tal ocasión —auto 60/1981, de 17 de junio, JC II— el Tribunal Constitucional declararía inadmisibile el recurso de amparo que había sido interpuesto en nombre de don Alfonso Armada Comyn¹. En el caso, los derechos antes recordados aparecían esgrimidos frente a lo que es una indeclinable exigencia constitucional derivada del principio general de responsabilidad del Gobierno —y de sus miembros— ante el Parlamento², teniendo en cuenta, por concretar algunos datos normativos a modo de ejemplo, la exigencia constitucional de que,

1 Me remito a mi ponencia *Las secuelas jurídicas, de los sucesos del 23 de febrero en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, expuesta en un seminario en febrero de 1984, y que ha de ser publicada en breve.

2 Véase recientemente sobre el tema, A. BAR: *El Presidente del Gobierno*, ed. Civitas, Madrid, 1983.

según el artículo 110, el Parlamento puede «reclamar la presencia de miembros del Gobierno» (párrafo primero), pero también que los miembros del Gobierno aparecen revestidos de «la facultad de hacerse oír» allí (párrafo segundo). En suma, no creo que haya que insistir aquí en el aspecto obvio de la trascendencia de las relaciones Gobierno-Parlamento, con la secuela indeclinable de que cualquier suceso de mínima importancia —y no digamos las grandes cuestiones— debe provocar la chispa de contacto Gobierno-Parlamento, que luego se articulará en cada caso a través de las diversas modalidades previstas.

En esta línea de concreción inicial, pero sin que tengan ya nada que ver los puntos de partida, mis actuales reflexiones van a versar sobre otro auto del Tribunal Constitucional, de conocimiento reciente, en el que de nuevo se planteaba el tema de las tensiones entre el polo derechos fundamentales y el polo normal utilización de los mecanismos previstos para los órganos constitucionales. De nuevo se enfrentan los derechos fundamentales con alguna modalidad de actividad parlamentaria. Porque, si acabo de citar el artículo 110 de la Constitución, el 111 establece que «el Gobierno y cada uno de sus miembros están sometidos a las interpelaciones y preguntas que se le formulen en las Cámaras». Entra, así, el sugerente tema de las «preguntas»³ que, obviamente, puede ser con-

3 Muy interesantes, sobre las preguntas parlamentarias, son las consideraciones que a ellas dedica don Nicolás PÉREZ SERRANO: *Tratado de Derecho Político*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, p. 813, rezumando, como es habitual en él, sentido común, conocimientos y una profunda experiencia.

Para un planteamiento del tema, desde la actual perspectiva constitucional, me referiré, ante todo, a dos trabajos recientes en los que el estudio general de la figura se compagina con la consideración de la experiencia concreta producida: A. PORRAS NADALES: «Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española», *REP*, núm. 19 (1981), pp. 107 y ss, (resultan estudiadas, desde diversos puntos de vista, las 1.000 primeras preguntas escritas suscitadas en el Congreso de los Diputados durante la denominada Primera Legislatura); J. A. PORTERO MOLINA: «La actividad rogatoria en el Congreso: 1979-1981», *REP*, núm. 24 (1981), pp. 93 y ss. (ahora son casi 2.000 las preguntas estudiadas con toda minuciosidad desde distintos flancos). Del tema de las preguntas se ha ocupado con reiteración, vertiendo sus ideas en diversos lugares, F. SANTAOLALLA LÓPEZ. Me remito, así, a sus trabajos «Las

templado desde muy diversos puntos de vista⁴. Si los miembros del Gobierno «están sometidos» a las preguntas que se les formulen, correlativamente, la de preguntar es una facultad asentada genéricamente en la Constitución y pormenorizada luego en los Reglamentos de las Cámaras que dan los detalles de cómo queda expresamente reconocida a los diputados (arts. 185 y sigs. del nuevo Reglamento del Congreso) y a los senadores (arts. 160 y sigs. del nuevo Reglamento del Senado). Vale la pena marcar el acento en el dato, recordado por los estudiosos del tema, del reconocimiento constitucional —¡nuestra Constitución tan minuciosa y teniendo que formalizar tantas cosas!— cuando está generalizada la opinión en el constitucionalismo comparado de que estamos ante esos aspectos menores que bien pueden quedar encomendados a los usos de las Cámaras y a los reglamentos parlamentarios⁵.

preguntas, instrumento parlamentario de control», en *DA*, núm. 178 (1978), pp. 49 y ss.; comentario al artículo 113, en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por F. GARRIDO FALLA, Ed. Civitas, Madrid, 1980, pp. 1104 y ss.; el libro —que fue su tesis doctoral, dirigida por el profesor F. RUBIO LLORENTE— con prólogo del profesor SÁNCHEZ AGESTA: *El Parlamento y sus instrumentos de información (preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación)*, Edersa 1982; por último, el capítulo XI, pp. 373 y ss. de su reciente libro *Derecho Parlamentario Español*, Editora Nacional, Madrid, 1984.

Por supuesto que en todos los trabajos que cito en esta nota se hallarán abundantes referencias a los planteamientos anteriores y al derecho comparado.

4 En opinión de Giuseppe DE VERGOTINI, *Corso di Diritto Costituzionale Comparato*, Arnaldo Forni Ed., Bologna 1978, p. 226, las preguntas parlamentarias «constituyen el instrumento de control más simple y más frecuente mediante el cual las asambleas de todos los países cuyo gobierno es políticamente responsable pueden demandar aclaraciones o noticias sobre sus funciones».

5 Finalidad decisiva de estas preguntas parlamentarias, aun de las escritas, suele ser la pequeña publicidad que les acompaña. PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, p. 813, hablaba, así, respecto a ellas, de «... la facilidad que brindan para servir intereses locales, recibir sugerencias del distrito, ser divulgadas por la prensa provinciana, hombrarse los tímidos con los elocuentes, etc., ha multiplicado hasta la exageración el empleo de esta arma...». Pues bien, quería destacar ahora que, en línea similar, aunque con precisiones técnicas muy distintas, resultando una modalidad bien diferente, el vigente Reglamento del Congreso, incluye al enumerar *los derechos* de los diputados, la siguiente previsión en el artículo 7. 1: «Para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los diputados, previo conocimiento del respectivo Grupo parlamentado, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas».

¿*Quid*, en cuanto a límites? Conviene cuestionarse, en efecto, si esta concreta actividad parlamentaria ha de estar enmarcada por límites precisos y, en concreto, si tales límites —pues obviamente alguno ha de haber— han de quedar formalizados de manera rígida. En todo caso, será preciso disponer de algunos remedios para calibrar hasta dónde pueden llegar —y hasta dónde no—, las preguntas parlamentarias. Aparentemente nada se concreta, en cuanto se establece, sí, alguna barrera, pero que va en otra dirección muy distinta. En este sentido es de interés recordar, por ejemplo, la dicción literal del párrafo 2º del artículo 186 del Reglamento del Congreso:

«No será admitida la pregunta de exclusivo interés personal de quien la formula o de cualquier otra persona singularizada, ni la que suponga consulta de índole estrictamente jurídica».

Los representantes del pueblo español (artículo 66,1) no acceden a su escaño para postular causas de su exclusivo interés personal o del exclusivo interés de cualquier otra persona singularizada (y por supuesto tampoco para que le resuelvan problemas jurídicos)⁶.

Pero salvo concreciones en este sentido⁷, insisto, no nos encontramos con unos límites a la facultad de formular preguntas o al deber de responder a las mismas.

Convendrá, así, tener presente la importancia de lo que llamaríamos procesos naturales de decantación; no todos los pasos han de estar rígidamente previstos en normas formalizadas y solemnes. Se ha de destacar el peso, en el ámbito de lo parlamentario, de un talante antiordenancista, con el protagonismo que adquieren los usos y lo consuetudinario, los criterios asumidos, en definitiva, si bien es cierto también que se reclama la existencia

6 J. A. PORTERO: *La actividad rogatoria*, cit., p. 95, se hace eco de la opinión de Duverger que achaca a las preguntas el convertirse con frecuencia «en consultas jurídicas gratuitas».

7 Véase el apartado «Los límites materiales del fenómeno rogatorio», en el cit. trabajo de J. A. PORTERO *La actividad rogatoria*, pp. 105 y ss.

de unos principios claros para el evento de que surja el conflicto que no se solventa con facilidad. En este sentido me parece muy oportuno, por las matizaciones que comienza a aportar, el auto del Tribunal Constitucional 147/1982, de 22 de abril (JC III). Quedará bien descrito el supuesto que lo originó con transcribir la primera parte de lo que se indica en el antecedente 2:

«El recurrente fundamenta su petición de amparo en los siguientes hechos: a) el pasado 15 de julio el senador don Javier Paulino Pérez dirigió al Gobierno una pregunta sobre lo que califica de “sorprendente nombramiento de don Carlos Iglesias Selgas para el cargo de miembro del Gabinete de Estudios del Mando Único Antiterrorista”. En esta pregunta, que fue publicada por el *Boletín Oficial del Senado* núm. 99, de 29 de junio, se alude al señor Iglesias Selgas como ideólogo de los llamados “Sindicatos de España”, galardonado con el premio nacional de literatura “Francisco Franco” en 1965, titular de numerosos cargos de mando dentro de la Central nacional-sindicalista y procurador en Cortes...»

El recurrente en amparo, que como se habrá pensado era el señor Iglesias, va a alegar, entre otras cosas, «que la pregunta revela un propósito de menosprecio e implica una discriminación, basada en opiniones políticas que se le atribuyen, contraria al art. 14 de la Constitución».

Para entender cómo se articula el amparo es de interés transcribir ahora algo de lo que se puntualiza en el antecedente 3:

«En definitiva, entiende el recurrente que la formulación de la pregunta por parte del Senador y la publicación de la misma en el *Boletín Oficial del Senado*, sin que la mesa hiciese uso de las facultades que le otorga el artículo 84,1,6 del Reglamento de dicha Cámara, constituyen una lesión en el derecho al honor garantizada por el artículo 18 de la Constitución y una violación del artículo 14 de la misma, en cuanto prohíbe la discriminación por razón de las opiniones políticas que se sustentan.»

En opinión del recurrente —conviene tenerlo presente para calibrar mejor el desarrollo del asunto— a la facultad de pregun-

tar del senador debía haberse interpuesto, en el caso, el remedio previsto en el artículo 84,1,b) del entonces vigente, y hoy ya derogado, Reglamento Provisional del Senado, de 14 de octubre de 1977, a cuyo tenor, «los senadores serán llamados al orden por el presidente: (...) *b*) Cuando profirieren palabras ofensivas al decoro de la Cámara o de sus miembros, de las instituciones del Estado o de cualquier otra persona o entidad»⁸. Con apoyo en estas argumentaciones y otras similares, se va a solicitar «... sentencia de este Tribunal, en la que se afirme, que los parlamentarios no deben ofender a los ciudadanos con actos impunes penalmente, ni tampoco quebrantar los derechos reconocidos en la Constitución».

Hasta aquí, la síntesis del conflicto tal y como se planteó. En un largo auto, muy minucioso y razonado —del Pleno, además, y conviene destacarlo— el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de ir solventando los diversos problemas que se sometían a su consideración. No voy a ocuparme ahora de todos los aspectos abordados. Destacaré sólo los más significativos al objeto de hacerme eco de las soluciones depuradas por el Tribunal con lo que representa a la hora de ir asentando el necesario cuerpo de doctrina que sirva de guía para confrontaciones de este tipo:

a) El tema de la discriminación que había logrado peso destacado en la postura del recurrente, con apoyo reiterado en el art. 14, será objeto de la consecuente atención:

«No es menos manifiesto, sin embargo, que ni la simple formulación de una pregunta en donde se enjuician las opiniones políticas del señor Iglesias Selgas en razón de las cuales se le considera poco idóneo para el cargo para el que ha sido designado, ni la publicación de tal pregunta, pueden ser consideradas, en modo alguno, como violación del artículo 14, pues esta sólo se produce cuando mediante una decisión concreta del poder alguien resulta discriminado, y la simple decisión de dar publicidad a las dudas que un tercero

⁸ La fórmula se contiene ahora en idénticos términos en el vigente Reglamento, artículo 101. *a*).

pueda albergar sobre la mencionada idoneidad del señor Iglesias Selgas no implica en modo alguno una discriminación» (FJ 3).

Nada tenía que hacer aquí, por tanto, el argumento extraído del artículo 14. La respuesta del Tribunal es tajante.

b) Otra precisión muy interesante vamos a encontrar desde el punto de vista del estatuto de los parlamentarios, individualmente considerados. Paso ahora a transcribir un párrafo del fundamento jurídico cuarto, muy rico en contenido y con atención para distintos aspectos de relevancia. Se está considerando el «acto» de la mera formulación de la pregunta por el senador:

«Respecto de este “acto” la falta de contenido de la demanda para justificar una decisión de este Tribunal sobre el fondo es manifiesta porque el “acto” en cuestión no es impugnabile en esta vía y ello no en razón de la inviolabilidad de que gozan los miembros de las Cortes Generales por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones (art. 71.1 de la Constitución)⁹, privilegio cuyo alcance no es ahora momento de analizar, sino por la razón mucho más simple e inmediata de que como tales miembros de las Cortes Generales, los diputados y senadores no son, en su actuación individual y sin mengua de la alta representación que ostentan y de la función pública que ejercen, poderes públicos en el sentido del artículo 41,2 de la LOTC, ni “agentes o funcionarios” de éstos. Es el órgano del que forman parte y no ellos, el que deber ser considerado como «poder público», pues sólo el órgano como tal y no los hombres que lo integran, actuando aisladamente, es el que puede producir “disposiciones o actos” (art. 41,2 de la LOTC) o actuar siguiendo vías de hecho en términos capaces de imponer obligaciones a los ciudadanos y lesionar así sus derechos y libertades fundamentales.»

Adviértase, por de pronto, cómo queda hecha mención expresa, al atributo de la inviolabilidad, referida individualmente a cada uno de los parlamentarios, si bien ni siquiera se considera

⁹ Aunque la versión utilizada pone aquí «artículo 61, 1», hay que entender, sin duda, que se trata del 71,1, mención, además, que hace correctamente el auto un poco más adelante.

de utilización todavía para el caso, pues hay argumentos más patentes, que ofrecen solución.

c) La idea central a extraer ahora del párrafo estudiado es la del rechazo a la calificación de los parlamentarios, individualmente considerados, como de poderes públicos. Se ha ido, sin duda, en los diversos ámbitos, a una interpretación amplia y generosa de esta noción¹⁰. Pues bien, en este punto concreto el Tribunal Constitucional levanta su barrera: un parlamentario, individualmente considerado, no es un poder público. Los parlamentarios, individualmente considerados, serán otra cosa, pero no son poderes públicos ni tampoco agentes o funcionarios de éstos. No era momento de profundizar en el estatuto individual del parlamentario. Ya vendrá aquí la doctrina a construir. Con todo, se deja constancia, con claridad, «de la alta representación que ostentan», así como «de la función pública que ejercen».

Sin que se quiera precisar más. Pero lo que sí se afirma es su exclusión del concepto poder público: «Es el órgano del que forman parte —vale la pena repetir—, y no ellos, el que debe ser considerado como «poder público», pues sólo el órgano como tal y no los hombres que lo integran, actuando aisladamente, es el que puede producir «disposiciones o actos» (art. 41,2 de la LOTC) o actuar siguiendo vías de hecho en términos capaces de imponer obligaciones a los ciudadanos y lesionar así sus derechos y libertades fundamentales».

Por esta vía se están cerrando las pretensiones de amparo frente a actuaciones individuales de los parlamentarios. No se excluye que los particulares que se sintieren agraviados puedan intentar otros caminos. Pero se dice no, con decisión, al recurso ante el Tribunal Constitucional. Adviértase que ésta era una solución

¹⁰ Véase, así, con referencia a la interpretación que ha dado el propio Tribunal Constitucional, J. SALAS: «El Tribunal Constitucional Español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativos, ejecutivo y judicial», *REDC* núm. 6 (1982), nota 6.

relativamente simple en cuanto quedaba liberada, desde la perspectiva de quien se sienta agraviado, de la exigencia del suplicatorio, que establece con carácter general el propio artículo 71, en su párrafo segundo. Al no existir en la vía constitucional de amparo esta barrera rigurosa, por más que justificable, del suplicatorio, que protege al parlamentario para que pueda desarrollar con normalidad sus funciones, se produce un vacío que podría actuar como acicate en el sentido de que se buscara la línea de menor resistencia, y se potenciara así el recurso ante el Tribunal Constitucional. Interesa, por eso, destacar esta resuelta, y temprana, toma de postura del Tribunal Constitucional: no es el amparo vía adecuada frente a actuaciones individuales de los parlamentarios del tipo de las preguntas. Aunque los parlamentarios ejerzan una función pública, no son poderes públicos.

Tal doctrina, de alguna manera, nos hace pensar en el tema que algunos autores han planteado con altura, y que en principio no podría considerarse zanjado del todo, de sí el amparo se configura sólo como una alternativa frente a los poderes públicos o de si cabrá, también, por el contrario, amparo frente a conductas de particulares.

Por supuesto que la doctrina del auto no profundiza el argumento. Pero queda respaldada la tesis de que sólo cabe amparo frente a los poderes públicos: al negarse esta cualidad al parlamentario individual, se va a rechazar de entrada la pretensión¹¹.

d) No cabe duda de que la interpretación que se hace en el párrafo glosado, del artículo 41,2 de la LOTC, aparte de la inci-

11 Sin interés por entrar ahora en la polémica, a la que por suficientemente conocida me remito de manera global, quiero sólo transcribir una tajante toma de postura del Tribunal Constitucional que acabo de conocer, al haberse dado a la publicidad recientemente la decisión que la sustenta. En efecto, en el auto 162/1982, de 5 de mayo (JC. 111), en relación con la Asociación Provincial de Fotógrafos Profesionales de Burgos, se incluye el siguiente razonamiento, central para la decisión del supuesto «...recurso de amparo constitucional ante este Tribunal, recurso que por lo demás y, como es sabido, sólo procede contra actos de los poderes públicos (art. 41.2 LOTC)» (FJ 2).

dencia sobre el caso, proyecta su valor a la hora del estudio dogmático de precepto tan significativo. Pues bien, en esta línea, acaso quepa pensar que además del art. 41,2, y aunque no se mencione expresamente, se está sentando también una interpretación válida para el artículo 42 de la LOTC. Este precepto, recuérdese, es el punto de apoyo en la Ley Orgánica —en desarrollo de previsiones genéricas de la Constitución, como las del art. 53— para afianzar el amparo frente a las posibles violaciones parlamentarias de los derechos y libertades fundamentales. Esta es la redacción del art. 42 de la LOTC.

«Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes».

De modo que según el texto, habrá de ser una Cámara, o sus órganos, quien cause la violación, a disposición de la cual se ofrece esta modalidad de amparo¹². Como en principio los parlamentarios no son órganos de las Cámaras —y digo en principio, pues conviene no olvidar que existen órganos monográficos: un parlamentario individual y concreto será, por ejemplo, el titular de la presidencia de la cámara en cuestión— al no ser, como regla, los

12 Acerca del recurso de amparo frente a actos sin valor de ley de órganos parlamentarios, véase. F GARRIDO FALLA, en el comentario al artículo 53, dentro de los *Comentarios a la Constitución*, por él mismo dirigidos, cit., p. 589; R. GÓMEZ FERRER: «Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos», en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, CUNEF e IEAL, Madrid, 1982, especialmente el epígrafe VI: «Problemas que suscita la tutela judicial respecto de actuaciones del Poder legislativo sin valor de ley», pp. 115 y ss.; J. SALAS: «El Tribunal Constitucional Español y su competencia desde la perspectiva de la forma de Gobierno: sus reacciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial», *REDC*, núm. 6 (1982), pp. 147 y ss., especialmente la nota 26 en que se refiere al auto que vengo comentando, así como al anterior de 30 de septiembre de 1980; A. CANO MATA: *El recurso de amparo (Doctrina del Tribunal Constitucional)*, Edarsa, Madrid, 1983, p. 27.

parlamentarios, individualmente considerados, órganos de la cámara, resulta que no va con ellos, según esta interpretación, la posibilidad de recurso constitucional de amparo (recurso que, excepcionalmente, además, para los supuestos en que quepa, abre de manera inmediata las puertas del Tribunal Constitucional, sin necesidad de agotar vía previa alguna)¹³. El amparo, en lo parlamentario, queda reservado, por tanto, para actuaciones imputables a las cámaras o a sus órganos. No frente a actuaciones de los parlamentarios singularmente considerados. La interpretación tiene interés, mucho más allá del caso, por supuesto, en cuanto el artículo 42 de la LOTC no se circunscribe sólo a las Cortes Generales sino que comprende, también, a los Parlamentos regionales. De modo que la doctrina del auto que vengo glosando potencia su utilidad si se tiene en cuenta su aplicabilidad, salvadas todas las distancias que haya que salvar, en relación con los Parlamentos autonómicos.

e) Pero lo que en su origen es algo achacable al parlamentario, individualmente considerado, y no susceptible, por tanto, de amparo, llega un momento en el iter procedimental que se formaliza y pasa ya de alguna manera a comprometer al Parlamento como tal, o a alguno de sus órganos. Tiene sentido a este respecto recordar el primer párrafo del fundamento jurídico quinto:

«El presente recurso no se dirige sólo, no obstante, contra la formulación de la pregunta, sino también contra su publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, decretada por el excelentísimo señor presidente del Senado que, a juicio del recurrente, debió impedirla, haciendo uso para ello de las facultades disciplinarias que le otorga el artículo 84 del Reglamento de dicha Cámara.»

13 Sobre este aspecto del agotamiento de una vía previa —o de la exención de tal exigencia— en relación, por ejemplo, con lo que sucede respecto a la objeción de conciencia, me remito a lo señalado en mi reciente trabajo *El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, de próxima publicación.

Ahora se cuestiona ya la publicación de la pregunta en uno de los instrumentos de la Cámara¹⁴, pero se cuestiona también, al mismo tiempo, la actuación —o pasividad— del presidente de la Cámara. Conviene tener presente el alcance del citado artículo 84 del Reglamento del que ya antes di cuenta. Así razona el Tribunal Constitucional, a continuación del párrafo antes transcrito:

«Sin entrar en el complejo problema que suscita la aplicación analógica de una norma reglamentaria, como la citada, por la que se atribuye una facultad que, de algún modo, viene a restringir la libertad de expresión de los miembros de la Cámara, es evidente que la existencia misma de tal norma es testimonio de que la adopción de las medidas necesarias para garantizar que el privilegio de inviolabilidad no es utilizado en daño de terceros corresponde en primer lugar a las propias Cámaras, a través de sus órganos de gobierno propios. Esta misma conclusión es la que se deriva del concepto mismo de inviolabilidad, que cubre tanto a los miembros de las Cortes Generales (art. 71,1 de la Constitución), como a las Cortes mismas (art. 66,3 de la Constitución), como condición necesaria que es para asegurar la plena independencia en la actuación de unos y otros.»

Llamo la atención, ante todo, sobre el inciso inicial: la referencia que se hace a la propuesta de aplicación analógica de una norma reglamentaria que viene a restringir la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional no quiere entrar en este tema, ya lo dice, pero de la manera en que lo dice, está dejando también ver por dónde va. Se realza, así, el dato de la libertad de expresión de los parlamentarios, que queda salvaguardada frente a restricciones no previstas. El *principio parlamentario*, con todo lo que representa, ha de tener un peso decisivo en un Estado en cuya definición constitucional el integrante parlamentario es, sin duda, esencial.

14 PÉREZ SERRANO destacaba algo decisivo, sobre este aspecto, *op. cit.* 780, «En cambio la inviolabilidad se proyecta sobre las publicaciones oficiales del Parlamento, e incluso sobre las reseñas fieles que haga de ellas sin propósito malicioso la Prensa periódica (Constitución de Weimar, art. 30)».

f) Pero tras el inciso apuntado, comienza a entrar ya el Tribunal Constitucional en lo que va a ser núcleo central de su argumentación a la hora de dilucidar el caso. Se llega, así, al principio de inviolabilidad que se denomina como «privilegio de inviolabilidad», y que se califica, con referencia tanto a los parlamentarios como a las Cortes Generales, de «condición necesaria que es para asegurar la plena independencia en la actuación de unos y otros». Nos encontramos así con una idea central desde el punto de vista de la dogmática de los parlamentarios que la Constitución, por supuesto, reconoce de forma expresa y en lugar destacado además. No es este el momento de insistir sobre la importante noción de la inviolabilidad, pero sí de hacerse eco de alguna de las sugerencias que depara el presente caso. Adviértase, así, como en el primero de los preceptos del título dedicado a las Cortes Generales —art. 66,3—, la Constitución dará cabida a la norma de la inviolabilidad de las Cortes Generales, del mismo modo que lo primero que sienta el artículo 71, cuando se comienza a establecer el estatuto de los parlamentarios, será el principio de inviolabilidad de cada uno de ellos por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones (y nótese que, salvando las distancias precisas, la doble previsión de la inviolabilidad se ha trasladado también, como regla, a los Parlamentarios regionales. Por tomar un ejemplo, recuérdese, así, como el Estatuto de Autonomía de Aragón reconoce, de una parte, que «las Cortes de Aragón (...) serán inviolables» (art. 12,2), y de otra, que «los diputados a Cortes de Aragón (...) serán inviolables aun después de haber cesado en su mandato, por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo» —art. 18,5—).

El Tribunal Constitucional habla abiertamente, veámos, de «el privilegio de la inviolabilidad». Los Reglamentos del Congreso y Senado (rúbricas que anteceden a los artículos 10 y 20, respectivamente), no sé si por buscar un término más pudoroso, hablan de *prerrogativas*. Dejamos ahora las razones que tan cer-

teramente exponía Pérez Serrano mostrando cómo en el derecho inglés, cuya influencia fue tan decisiva en todo este sector, tenían un sentido muy distinto las prerrogativas y los privilegios (facultades de la Corona, aquellas, del Parlamento, éstos)¹⁵. La Constitución introduce la regla sin entretenerse, como es de rigor, a calificar o poner etiquetas. Pues bien, lo que quería destacar es que es del todo normal que la Constitución admita alguna situación privilegiada o dé soporte a lo que sin eufemismos bien puede calificarse de privilegio. Insisto a propósito en este punto porque habría como una especie de mala conciencia. Pesa, sin duda, en la opinión pública, el decidido propósito por superar la situación de privilegios —la idea del cosmos de privilegios, desarrollada por Max Weber, ha sido recordada con frecuencia¹⁶— característica del *Ancien Regime*, para cuya erradicación fueron vitales las armas del constitucionalismo. El Estado que hoy conocemos se esfuerza por proscribir las situaciones de favor de que disfrutaban antaño muy cualificadas familias, sectores o estamentos —de Estado estamental, se habló—, siendo el de igualdad ante la ley de los ciudadanos, uno de los principios basilares del Estado de Derecho. Es claro que hoy no se justifica la acepción familiar o personal. En este sentido hay que considerar —muy en síntesis— cómo ha sido un relevante capítulo de la Historia el de la larga lucha por la eliminación de los privilegios. Si ello es verdad, no es menos cierto que en la compleja feria de la organización del Estado, en medio de los delicados mecanismos de soporte, equilibrio, prevalencia o, en suma, distribución de poderes, parece no sólo justificable sino, incluso, deseable y muy razonable, que haya instancias o núcleos de poder que, con toda claridad —y con las garantías suficientes para que no haya extravíos—

15 N. PÉREZ SERRANO. *Tratado de Derecho Político*, p. 771.

16 Véase así, por todos, últimamente, GARCÍA DE ENTERRÍA, «El derecho, la palabra y el libro», en el vol. colectivo *La cultura del libro*, Fundación Germán Sánchez Ruipérez, Madrid, 1983, p. 221.

tengan reconocidas situaciones de ventaja que haya que calificar sin duda —y sin asomo alguno de rubor ahora— de privilegios. Privilegios que no derivan ya del linaje de la sangre sino que se diseñan como connaturales de instituciones o poderes determinados, una parte de cuyo ejercicio ha de incumbir interinamente a determinadas personas individuales, como partícipes en tales instituciones o poderes. Pero no a título personal o privado. Lo cual no sólo se entiende, sino que está muy bien que sea así, precisamente porque es indispensable para que instituciones o poderes precisos cumplan los inaplazables cometidos que tienen encomendados. Estamos, por tanto, ante privilegios que no deben en absoluto escandalizar. Que no son unos residuos de los privilegios del «*Ancien Regime*», colados en la modernidad, y que debieran por ello ser atacados y superados. No, ni que deban producir sonrojo o falso pudor. No está de más insistir sobre ello porque es muy fácil hacer demagogia. Es el propio constituyente quien ha querido —en esos complejos flujos de reparto, distribución, equilibrios y primacías, dentro del cosmos organizativo del Estado, insisto— que haya órganos públicos que tengan reconocidas facultades predeterminadas que sin sonrojo hay que calificar de privilegios. Así se han plasmado a posta en la Constitución, como mandato indeclinable del constituyente, con la consecuencia patente de su irrenunciabilidad¹⁷.

Nos encontramos así, por ejemplo, con los llamados, sin ambages, privilegios de la Administración, buena parte de los cuales se aglutinan en torno a la denominada autotutela administrativa, y que hoy, al margen de excesos y extralimitaciones, se reconduce di-

17 Aludiendo así a la inviolabilidad parlamentaria, destaca PÉREZ SERRANO «que no constituye garantía personal, sino de carácter real, puesto que protege la función parlamentaria en sí, y sólo indirectamente aprovecha a su titular, es un privilegio *objetivo*, no de índole subjetiva, porque pretende asegurar el cumplido desempeño de la actividad que como legislador y fiscal corresponde al parlamentario (...) resulta *irrenunciable*, porque no está en el patrimonio del supuesto favorecido, sino que se otorga en beneficio de la Asamblea y de la función...» (*op. cit.*, 779).

rectamente a la Constitución¹⁸. Pues bien —al margen de excesos o extralimitaciones, insisto— resulta claro que tal conjunto de facultades administrativas no debe ser mirado con sensación alguna de mala conciencia como si se tratara de algo injustificable o que no deba ser mostrado a la luz pública. Son privilegios, sí, pero del todo legítimos, y necesarios, desde la racionalidad de la modernidad: para cumplir las destacadas encomiendas que a la Administración en un Estado Social y de Derecho le corresponden, para que, más en concreto, la Administración alcance a estar a la altura de la llamada cláusula de progreso del art. 9,²¹⁹ o de tantas otras funciones que a la Administración de hoy le ha marcado el constituyente, es por lo que hay que decir sin la menor reserva que es elemental que la Administración tenga atribuidos tales privilegios. Para defender la imprescindible masa de bienes públicos que a las deman-

18 El tema ha sido estudiado de una manera sobresaliente entre nosotros por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA. Véase, así, como hito destacado de su elaboración, «La formación histórica del principio de autotutela de la administración», en *Moneda y Crédito* núm. 128 (1974) (Homenaje a don José Antonio Rubio Sacristán, pp. 59 y ss.), trabajo que en lo fundamental, sería incorporado a las páginas de su *Curso de Derecho Administrativo* (en colaboración con el profesor T. R. Fernández Rodríguez), vol. I. En relación con el entronque de estos privilegios con la Constitución, véase ahora, por ejemplo, en la cuarta edición (Madrid, 1983), entre otras referencias, la siguiente: «Las técnicas de autotutela que hemos expuesto se justifican hoy, como hemos notado, en la necesidad de que la Administración gestione «con objetividad los intereses generales» (art. 103,1 de la Constitución)», p. 486.

19 R. GÓMEZ FERRER: *Derecho a la tutela judicial*, cit., p. 99, al aludir al principio de igualdad y calibrar en qué medida se justifica la desigualdad en tanto sea razonable señala: «... con lo cual se establece un criterio jurídico para determinar en qué medida los privilegios y las prerrogativas de los poderes públicos se ajustan a la Constitución». Y añade a continuación: «Este criterio permitirá valorar —lo que no es fácil— en qué medida es necesario conservar o modificar la posición jurídica peculiar de la Administración y —en general— de los poderes públicos, huyendo del simplismo de entender de forma indiscriminada que toda disminución de prerrogativas es una conquista del ciudadano y de su libertad; posición aparentemente progresista, que puede ser la más conservadora en cuanto conduzca a desbarolar a la Administración y, en definitiva, a dificultar el cambio necesario —de acuerdo con el art. 9.» de la Constitución— para conseguir avanzar en el camino que conduce de la igualdad jurídica a la igualdad real. No se trata, por tanto, de ignorar la necesidad de que los poderes públicos estén situados en una posición jurídica peculiar. Se trata de determinar —en defensa de la libertad y de los derechos individuales— en qué medida y con qué alcance tal posición viene exigida como medida proporcionada para la consecución de los fines y funciones de interés general que tienen encomendados».

das de un Estado como el actual corresponden; o, para garantizar el mejor funcionamiento de los servicios públicos que hoy se exigen sin excusa, etc. En definitiva, que para superar el panorama social en que proliferaban los privilegios estamentales, es necesario y positivo el conjunto de privilegios que la Administración como institución recibe (con todas las técnicas precisas para evitar que haya exceso o abuso, insisto). Quería dejar muy claras las anteriores reflexiones pues hoy se detecta, tanto en la doctrina como en los tribunales, una cierta sensación como de mala conciencia ante estos privilegios de la Administración.

Lo que digo respecto de la Administración vale, con las debidas matizaciones, para los privilegios parlamentarios. Ya advertía Pérez Serrano que «la voz «privilegio» resume cierto malsano carácter de favorecimiento injusto»²⁰. Y no cabe detenerse en esa sensación que no tiene hoy justificación razonable.

Nada tienen que ver estos privilegios institucionales, intencionadamente normalizados, y con todas las consecuencias, sabiendo de antemano cuáles son sus efectos, respondiendo al diseño querido para los órganos constitucionales, con los privilegios del absolutismo. Me parece, por eso, muy adecuado, que el Tribunal Constitucional hable, sin hacerse ningún problema de «el privilegio de la inviolabilidad».

g) Pero no es sólo cuestión terminológica. Lo positivo es que, a partir de ahí, trate de defender el contenido razonable de estos privilegios parlamentarios.

En esta línea, y en relación directa con el principio de inviolabilidad se razona en el párrafo que venimos glosando —a continuación se insistirá con bastante más intensidad—, para reconocer a las propias Cámaras un ámbito de disposición, de modo que sean sus órganos de gobierno los llamados a verificar la actuación parlamentaria, «para garantizar que el privilegio de inviolabili-

20 PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, p. 771.

dad no es utilizado en daño de terceros». Esta facultad «corresponde en primer lugar a las propias Cámaras». Así las cosas, nada impide que tras ese «en primer lugar», venga otra fase, encomendada ya al Tribunal Constitucional. Pero parece decisivo dar un considerable margen de amplitud a la esfera reservada al Parlamento, sin intromisiones. Por algo habrá consagrado la Constitución el privilegio de la inviolabilidad. Por algo estamos ante el diseño de un Estado calificado constitucionalmente de parlamentario.

h) Llegamos así, a continuación de lo anterior, al último párrafo del auto que habrá que glosar. Está concebido en los siguientes términos:

«Una interpretación sistemática de los diversos preceptos constitucionales, tanto de los que consagran los derechos fundamentales como de los que establecen los privilegios funcionales, conduce a atribuir a las Cámaras y a sus miembros un amplio margen de libertad en el uso de esos privilegios, pues su finalidad es asegurar el buen funcionamiento de las instituciones parlamentarias cuya importancia en un sistema democrático es decisiva, entre otras cosas, para la defensa de los mismos derechos fundamentales. Ello no excluye la posibilidad de que el Tribunal Constitucional conozca, por la vía que proceda y con los efectos oportunos, de la eventual incidencia que sobre los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas, pudieran tener actos de las Cámaras que no fuesen explicables por el ejercicio razonable de las funciones que les están atribuidas y en razón de las cuales se otorga el privilegio de inviolabilidad a las Cortes Generales y a sus miembros. No es éste el caso en el presente asunto, pues la publicación de la pregunta no excede del ámbito de razonable ejercicio de las funciones parlamentarias, ya que se limita a poner en duda la idoneidad de una persona para un cargo determinado en función de sus antecedentes personales».

Ante todo, y antes de venir a lo más decisivo, adviértase que por tres veces se utiliza en el fragmento transcrito la palabra privilegio (aludiéndose a «privilegio de inviolabilidad» o a «los privilegios funcionales»).

Me parece obligado recalcar la doctrina del «amplio margen de libertad» que el Tribunal Constitucional elabora con toda convicción desde los inicios del nuevo régimen parlamentario²¹. Ya se ha notado que no hay una renuncia absoluta a la eventual intervención de control por parte del Tribunal Constitucional; «Ello no excluye la posibilidad de que el Tribunal Constitucional conozca, por la vía que proceda y con los efectos oportunos...», se dirá. Ahí queda, por tanto, como cobertura última. Hoy no nos encontramos con un parlamentarismo de valores absolutos sino que también impera aquí el canon de límites y contenciones delineados por la Constitución. Siempre presente la opción de la eventual llamada al Tribunal Constitucional. Pero como instancia última y excepcional. Los privilegios funcionales traídos por la Constitución habilitan un amplio espacio de juego para el cometido parlamentario. Es así como cobra sentido pleno la doctrina del «amplio margen de libertad» cuya acuñación gramatical es ya un acierto.

i) Y habrá que insistir: esto no es arbitrario, no es el mal que haya que soportar resignadamente. Los privilegios se justifican, «pues su finalidad es asegurar el buen funcionamiento de las instituciones parlamentarias». Son las consecuencias normales y necesarias de los sistemas. En efecto, en un Estado parlamentario resulta imprescindible dotar de amplia virtualidad a las instituciones parlamentarias. Estamos, así, ante la definición de los sistemas y no ante excrecencias de los mismos, no ante consecuencias no queridas o adulterinas, de las que haya que avergonzarse o poco menos que ocultar. El diseño de los poderes tiene unas exigencias

21 R. GÓMEZ FERRER, *Derecho a la tutela judicial*, cit., p. 116, tras distinguir «entre los actos de las Cortes sin valor de ley que corresponden al ejercicio de las funciones que tienen atribuidas constitucionalmente como poder del Estado, de aquellos otros de carácter administrativo, laboral o incluso civil, que son propios de cualquier organización», afirmará: «Los actos del primer tipo tienen un contenido esencialmente político. En consecuencia, es claro también que la libertad de las Cortes para actuar, dentro del marco de la Constitución y de las leyes, es prácticamente total, por lo que resulta imposible que los jueces y tribunales entren a juzgar del contenido de tales actos en sus aspectos políticos».

—lo que no impide que existan límites y que se controlen los abusos—. Por supuesto que no estamos ante nada parecido, por ejemplo, a algo como la «razón de Estado»: quede bien presente que el privilegio de inviolabilidad del 71,1 se circunscribe a «las opiniones manifestadas». En esta línea, tan circunspecta, y reconociendo como se ha reconocido que hoy no se legitima un parlamentarismo sin límites ni contenciones, hay que destacar que la dinámica de los poderes tiene sus exigencias y reclama sus equilibrios. Es coherente el Tribunal Constitucional al razonar —en una línea discursiva que trasluce el afán por intentar convencer— la doctrina del amplio margen de libertad: «Una interpretación sistemática de los diversos preceptos constitucionales, tanto de los que consagran los derechos fundamentales como de los que establecen los privilegios funcionales, conduce a atribuir a las Cámaras y a sus miembros un amplio margen de libertad en el uso de esos privilegios». Con todo acierto se habla de interpretación *sistemática*: es la ponderación del sistema, la valoración del conjunto. Es, en definitiva, algo que se deduce del diseño del Estado en su conjunto. A ello llega el Tribunal Constitucional ejerciendo, con plena legitimación, de intérprete supremo de la Constitución. Y no es ocioso volver a destacar que el auto estudiado es del Pleno, que había recabado, sin duda, su competencia (artículo 10,1, de la LOTC), a la vista de la enjundia del asunto.

j) En esta línea discursiva y de razonamiento, hay un paso más a considerar. Señalaba antes cómo nada tienen que ver los privilegios institucionales que nos ocupan con los del Estado estamental, así como que los nuevos privilegios pueden incluso servir para quebrar situaciones propias o cercanas a aquel Estado ya periclitado. La interpretación sistemática de la Constitución fuerza, en la ponderación, a dar primacía al margen de libertad inherente al privilegio de inviolabilidad, aun contando con las eventuales repercusiones que en algún caso concreto puede tener sobre los derechos fundamentales (ya quedó claro que nos estamos refi-

riendo a incidencia de «opiniones manifestadas», en el seno de la tarea parlamentaria, además). Y se vio que lo que aconsejaba inclinar la balanza era «asegurar el buen funcionamiento de las instituciones parlamentarias».

Pues bien, en esta dirección, aún da un paso más el Tribunal Constitucional, que es el que quiero resaltar ahora. Se parte de la argumentación que enlaza «amplio margen de libertad» y aseguramiento del «buen funcionamiento de las instituciones parlamentarias» con lo inmediatamente siguiente: «cuya importancia en un sistema democrático es decisiva, entre otras cosas, para la defensa de los mismos derechos fundamentales». De modo que se es muy consciente de que el buen funcionamiento de las instituciones parlamentarias, núcleo central en un sistema democrático, es algo esencial nada menos que «para la defensa de los mismos derechos fundamentales». El aparente sacrificio menor —en el caso de que lo haya— queda pospuesto en una visión de conjunto. Como mejor se garantizan los derechos fundamentales —viene a ser el razonamiento— es con un sistema parlamentario orientado por los valores de la Constitución, que funcione adecuadamente. De ahí que sea decisivo asegurar todas las técnicas precisas para el buen funcionamiento del sistema parlamentario. Cobran, así, su máxima funcionalidad, privilegios como el de la inviolabilidad. Y en tal contexto resulta muy valiosa la temprana decisión del Tribunal Constitucional acerca del alcance —y límites— de las preguntas parlamentarias que venimos estudiando.

k) La decisión es clara: del estudio de la pregunta y sus pormenores, del contraste con la normativa y, por supuesto, con la Constitución, se va a entender que «la publicación de la pregunta no excede del ámbito de razonable ejercicio de las funciones parlamentarias». Surte efectos la doctrina del «amplio margen de libertad». Y, en coherencia, se declara inadmisibile el recurso.

* * *

En resumen, y para terminar, que la argumentación es bien coherente. Se reconoce y afirma expresamente la posición controladora del Tribunal Constitucional. Allí está, en efecto, para garantizar, para controlar, «la eventual incidencia que sobre los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas pudieran tener actos de las Cámaras que no fuesen explicables por el ejercicio razonable de las funciones que les están atribuidas». Hay unos límites que no deben ser violentados y cuyo control se guarda el Tribunal Constitucional, llamado a ello, de forma expresa, en desarrollo de la Constitución, por los artículos 41,2, y, sobre todo, 42 de la LOTC. Aquí se va a introducir, además, la idea, compleja y cuyas dificultades no se pueden desconocer, pero sumamente operativa, también, por su elasticidad y por su adaptabilidad histórica, de *lo razonable*: «que no fuesen explicables por el ejercicio razonable». Bien ha sido destacado el papel que juegan conceptos como éste —aun con todas las dificultades que traen, insisto— a la hora del control de los diversos poderes públicos, tan relacionados con ideas como la de «la naturaleza de las cosas», la de «la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones», y otras parecidas²². Reconocido el cauce de control, mencionadas las herramientas para hacer operativa la difícil tarea de concreción constitucional, va a entender el Tribunal, a la vista de caso, que «la publicación de la pregunta no excede del ámbito de razonable ejercicio de las funciones parlamentarias». Y, en coherencia con la línea argumental, va a confirmar la advertencia inicial de inadmisibilidad²³, a la que

22 Valga, sobre tan sugestivo tema, la referencia a dos recientes trabajos de gran entidad, en los que se encontrará abundante bibliografía: Silvio BASILE: «Los “valores superiores”, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en *la Constitución Española de 1978*, Eds. PREDIERI-GARCÍA DE ENTERRÍA, Ed. Civitas. Madrid, 1980, pp. 263 y ss.; y GARCÍA DE ENTERRÍA: «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 115 y ss.

23 Vale la pena recordar aquí una resolución del Tribunal Constitucional alemán (BVG), a la que ya me he referido en alguna otra ocasión —véase, así, mi libro *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid, IEAL, 1983, p. 247—, a propósito de los conflictos constituciona-

también se había adherido —en lo que se refiere a carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda, del artículo 50,2,b), de la LOTC— el Ministerio Fiscal. En suma, que tempranamente, y de una forma un tanto inesperada, nos encontramos con doctrina de mayor interés para ir afianzando el ámbito de las instituciones parlamentarias, para aportar criterios relevantes en el incipiente derecho parlamentario español, también. Por eso he querido hacerme eco de este auto con la intención de colaborar a que no quede encerrado en unos volúmenes reservados a los especialistas, y pueda proyectar algo más de luz, como bien se merece por su atinada doctrina.

les. Me refiero a la resolución de 25 de marzo de 1981, reflejada en el BJC, núm. 11 (de marzo de 1982: un poco antes del auto del Tribunal Constitucional Español que acabo de glosar, adviértase), con notas y traducción a cargo de Fernando SAINZ MORENO a quien hay que agradecer que haya facilitado el conocimiento de resolución de tanto interés (pp. 246 y ss.). Se trataba en el caso de una pregunta parlamentaria y el BVG acaba proclamando la inadmisibilidad. El problema había surgido al contestar, por escrito, el ministro del Interior, en nombre del Gobierno Federal, a una pregunta parlamentaria, y calificar a determinado partido, de corte nacionalsocialista. así como a su organización juvenil, de sostener ideas nazis, de exaltar el régimen nacionalsocialista y de ser, en suma, de finalidad contraria a la Constitución. El partido en cuestión acude ante el Tribunal Constitucional alegando que han sido lesionados sus derechos como partido y en concreto su derecho a la igualdad de oportunidades, si bien se utilice, dadas las peculiaridades del derecho alemán, la vía de los conflictos constitucionales.

El BVG va a incluir entre sus argumentaciones, razones como la siguiente: «Si el Gobierno Federal en el ámbito de su deber de guardar y defender el orden libre y democrático está legitimado y obligado, de una parte, a vigilar las aspiraciones incompatibles con la Constitución para salvar los peligros que éstas entrañan y, de otra parte, a informar al Parlamento sobre esa actividad, no se le puede impedir que exponga ante el Parlamento con claridad su opinión sobre la mayor o menor compatibilidad con la Constitución de los fines y actividades de un partido político cuando sobre este tema se le plantea una pregunta por los diputados».

Se ofrece, también, el razonamiento de que «La contestación a una pregunta por el ministro competente se desenvuelve en el ámbito parlamentario (...). La contestación a una pregunta parlamentaria se agota, por lo general, en la comunicación de los hechos y en la expresión de una opinión que —como en el presente caso— carece de efectos jurídicos externos», etc. Por todo ello, dentro de un razonamiento muy ponderado, se declara inadmisibile la demanda.

CAPÍTULO 9

**EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CONDENA EN COSTAS (SENTENCIA DE
AMPARO 31/1983, DE 27 DE ABRIL)**

Publicado en «La Ley», núm. 816, 25 de noviembre
de 1983, 1-5

S U M A R I O

I. INTRODUCCIÓN. II. PUNTO DE PARTIDA. III. TALANTE AN-
TIFORMALISTA. IV. CONTROL DE ACTUACIONES JUDICIALES. V. EL
JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY. VI. EL TEMA DE
LA CONDENA EN COSTAS. VII. ALGUNAS REFERENCIAS A LAS COS-
TAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
VIII. COROLARIO.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia 31/1983, de 27 de abril, de amparo, del Tribunal Constitucional (BOE, 17 de mayo de 1983; BJC n° 5, por donde yo la citaré), me interesó especialmente al conocerla, en cuanto abunda en dos vetas argumentales de las que me había ocupado recientemente. De ahí que, al leerla, lo hiciera con toda atención. De una parte, en efecto, la línea de antiformalismo, destacable, por sí, en cuanto caracteriza desde sus inicios el actuar del Tribunal Constitucional pero, también, sobre todo, por la fuerza informa-

dora que proyecta en derredor, que va a alumbrar todo el sistema jurídico, con especial incidencia sobre las jurisdicciones existentes, que buena falta hacía¹. En segundo lugar, el tema del control de las actuaciones de órganos judiciales, tema esperanzador si bien cuajado de dificultades, y que nos sitúa ante los recursos de amparo que piden al Tribunal Constitucional que enjuicie determinadas actuaciones —en un sentido muy amplio— de los órganos habitualmente encargados de administrar justicia². Junto a la incidencia sobre estos dos temas para mi familiares, incidencia que confirma sugestivas tomas de postura anteriores del Tribunal, encuentro, además, en la sentencia el detalle, secundario, si se quiere, pero de no escasa relevancia, de que, al parecer por primera vez, se está poniendo en práctica la previsión del art. 95,2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), de modo que la sentencia, que destila doctrina de interés, ofrece además el aliciente de concluir estampando la condena en costas. Ello me anima a redactar estas breves notas, tratando de llamar, así, la atención sobre el fallo y lo que representa.

II. PUNTO DE PARTIDA

Ante todo destacar, sin perjuicio de remitir al lector al manejo de la versión íntegra de la sentencia, de la que fue ponente el juez constitucional profesor Truyol Serra, y en este ir aflorando el universo de la enorme variedad de supuestos que son cubiertos por las redes del recurso de amparo, que, en el caso, se llega ante el Tribunal Constitucional arrancando de un juicio de cognición ante uno de los juzgados de distrito de Madrid. Pues bien, la que figura

1 Me remito a mi trabajo «Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de la justicia constitucional» que apareció —inexplicablemente partido— en la *Revista de Derecho Político*, núms. 16 y 17, por donde yo lo citaré, y que puede verse ahora reunido en mi libro *Bajo el signo de la Constitución*, IEAL, Madrid, 1983.

2 Véase mi trabajo «Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial» escrito recientemente con destino al núm. 100 de la *RAP*, y que aún no ha aparecido publicado cuando redacto esta nota.

como letrado demandante en el proceso civil, tras intentarlo por otros procedimientos, y sin que no hayan dejado de ser zigzagueantes las anteriores actuaciones ante los órganos jurisdiccionales, va a acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, pidiendo que se declare nulo de pleno derecho el nombramiento, efectuado por la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial de Madrid, previa consulta al Consejo General del Poder Judicial, de una determinada persona, como Juez de Distrito sustituto, a quien habrían de corresponder las actuaciones en el proceso de cognición punto de partida. No me he de detener especialmente en este problema aunque sí conviene destacar su relevancia general si se tiene en cuenta la menesterosa situación de escasez de jueces, con la secuela, inevitable, de la abundancia de plazas vacantes, es decir, de Juzgados sin juez titular.

III. TALANTE ANTIFORMALISTA

Veta de antiformalismo, decía. En efecto, el Tribunal Constitucional va a abundar en esta corriente desde una doble perspectiva. Se ofrecen dos claras oportunidades de pronunciarse, resolviendo en ambos casos, puede adelantarse, superar los obstáculos que hubieran impedido llegar a enjuiciar el fondo de la contienda.

Alegaba el Ministerio Fiscal, de una parte, infracción del requisito del art. 50,1, a), LOTC, en el sentido de que la demanda de amparo no fue presentada dentro del plazo previsto de veinte días. Pero el Tribunal Constitucional no hará suyo el argumento razonando del siguiente modo:

«Aceptando el Ministerio Fiscal que la notificación del auto de la Audiencia Provincial de 6 de noviembre de 1981 a la interesada se hizo el 18 de diciembre, estima que, al presentarse la demanda de amparo el 18 de enero de 1982, el plazo de veinte días fue rebasado, tanto si se computan los días naturales como sólo los días hábiles, pues en este último supuesto el vigésimo día, contado desde el siguiente a la notificación del auto, era el 14 de enero de 1982. Ahora

bien, aunque la demanda entrara en el Registro el 18 de enero, fue presentada el día 14 en el Juzgado de Guardia, por lo que ha de considerarse dentro de plazo, a tenor de lo señalado por este tribunal en su sentencia número 14/1982, de 21 de abril...» (FJ 1º).

De modo que se da por buena la fecha de presentación ante el Juzgado de Guardia, aunque al Registro del Tribunal llegara cuatro días más tarde³, cuando en principio se podía entender que el plazo había concluido ya. Toma de postura clara, por tanto, una vez más, para facilitar el conocimiento del fondo del asunto.

El Fiscal alegraría también el incumplimiento del art. 44, 1, a) LOTC, en cuanto prescribe el agotamiento de la vía judicial previa, de modo que, por encima del interés del caso, cobra relieve la respuesta que se ofrece a un problema doctrinal cuyas líneas de solución no han sido fijadas todavía con nitidez⁴. Y el Tribunal va a apreciar, en efecto, «imprecisión técnica», así como que «tiene una cobertura procesal inadecuada»⁵. Pero, sin ocultar sus reticen-

3 En realidad la sentencia anterior a la que se remite el Tribunal —la 14/1982, de 21 de abril—, no contemplaba el supuesto de presentación de la demanda en el Juzgado de Guardia, que constituye, así, un añadido interesante del presente caso, sino que lo que había era una interpretación amplia y no cicatera de las reglas del cómputo de plazos, dando generosa acogida al «principio de interpretación más favorable en el acceso jurisdiccional para la defensa de los derechos y libertades». A aquella sentencia y a esta regla me he referido en «Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo», cit., pág. 180.

4 Véase, últimamente, sobre el tema A. GUAITA, «El recurso de amparo contra tribunales», *Revista de Derecho Político*, núm. 16, págs. 86 y ss., con bibliografía.

5 En efecto, ante el nombramiento como juez de la persona cuestionada, la recurrente planteó «una cuestión de competencia al amparo de los arts. 53 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil». También deja constancia la sentencia de cómo:

«Dicho escrito dio lugar al expediente gubernativo 86/1981, del que conoció la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial, que en 1 de octubre acordó rechazarlo, disponiendo al propio tiempo poner el acuerdo en conocimiento del excelentísimo señor Presidente del Consejo General del Poder Judicial y remitir certificación al Juez Decano de los de Distrito de Madrid.

Simultáneamente, el Juzgado rechazó sustanciar incidente de falta de competencia, rechazo que fue impugnado por la interesada mediante recurso de apelación que no fue admitido, por lo que instó recurso de queja, del que conoció la Audiencia Provincial, que declaró no haber lugar al mismo por medio de auto de 6 de noviembre de 1981, comunicado a la interesada el 18 de diciembre» (Ant. 1º).

Este último auto es el que resulta recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional.

cias, no favorecerá tampoco el segundo motivo de inadmisión que había alegado el Ministerio Fiscal. Se va a razonar, en efecto, y vale la pena transcribir el párrafo aunque sea largo,

«Ahora bien, resultaría excesivo sacar de ello la conclusión de que el incidente, tal como lo promovió la recurrente con el designio de que el Juez se apartara del conocimiento de su asunto y éste se remitiera al conocimiento del Juez de Distrito, al que, según las reglas de sustitución, correspondía la jurisdicción, haya de conducir a que, basándonos en el art. 44,1,a) de la LOTC, dejemos inadmitido el recurso. Y ello por la razón de que junto a la vía de impugnación directa de los actos que proceden de órganos de gobierno en cuanto distintos de los órganos jurisdiccionales o, en su caso, distintos de cuando dichos órganos ejercen funciones jurisdiccionales (que es la vía contencioso-administrativa), cabe admitir, sin salirse del marco de los principios, que conociendo de un proceso un Juez del que no puede decirse, según la tesis de la parte, que sea un Juez legítimo, predeterminado por la Ley, se inste en el propio proceso que el conocimiento del asunto le sea retirado y se entregue al Juez legal. Podrá asimismo aceptarse que, frente a la decisión denegatoria de tal pretensión, se discurra por los cauces legales propios del proceso con la finalidad de remediar lo que, si fuera fundada la pretensión, podría provocar la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo por Juez ilegítimo. Y por eso mismo, a pesar de las imprecisiones técnicas imputables a la demanda, el incidente ha recorrido finalmente, en lo sustancial, este camino, no pudiendo, por consiguiente, afirmarse que concurra el segundo obstáculo que para la admisión del recurso evoca el Ministerio Fiscal» (FJ 2°).

Tampoco aquí pretende el Tribunal que se haya cumplido la literalidad de la ley cuando, en todo caso, la recurrente se cuidó de correr un camino para que tuvieran oportunidad de pronunciarse, en varias ocasiones, los órganos judiciales. Al comprobarse esta postura sin lugar a dudas, el talante antiformalista hace que el Tribunal Constitucional rechace la objeción para poder pasar así a conocer el fondo de la cuestión debatida. Pero alguna de

las afirmaciones del párrafo transcrito, nos sitúan ya ante la segunda de las vetas de interesamiento a que antes aludía, por lo que paso ya ocuparme de ella.

IV. CONTROL DE ACTUACIONES JUDICIALES

Me ha interesado recientemente, decía, el tema del control de la discrecionalidad de los tribunales, la posibilidad, en definitiva, de que el Tribunal Constitucional verifique si los órganos jurisdiccionales utilizan correctamente sus poderes de decisión, ese haz intenso de potestades que puede observarse al margen de la estricta facultad de dictar la sentencia. Ya vimos cómo el Tribunal Constitucional aludía, en el párrafo transcrito, a «los actos que proceden de órganos de gobierno en cuanto distintos de los jurisdiccionales o, en su caso, distintos de cuando dichos órganos ejercen funciones jurisdiccionales». La propia sentencia, describe así, en uno de sus pasos, el escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado:

«Por lo que se refiere al acto impugnado, de designación de determinada persona para desempeñar el cargo o funciones de Juez de Distrito sustituto de los de Madrid, producido por la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial en funciones gubernativas...». Pues bien, se califique como se califique, se busque distinguir lo orgánico o subjetivo de lo material, lo cierto es que se está ante actividad de órganos del Poder Judicial para cuyo control se ha llamado al Tribunal Constitucional. En mi reciente trabajo al que antes aludía trataba de exponer como las modalidades técnicas, pacientemente decantadas a propósito del control de la Administración pública, iban a poder ser utilizadas ahora a propósito del control de determinadas actuaciones del Poder Judicial. Y no deja de ser curioso constatar como buena parte de aquellos criterios que se han venido utilizando como criterios definitorios del Derecho Administrativo —que en buena medida servían para delimitar el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa del

de la jurisdicción ordinaria⁶—, son traídos a colación ahora en el momento de justificar la legitimación del control del Tribunal Constitucional: «funciones gubernativas», «actos que proceden de órganos de gobierno», en cuanto distintos de los jurisdiccionales o, en su caso, distintos de cuando dichos órganos ejercen funciones jurisdiccionales, etcétera, por ceñimos sólo a la prosa de la sentencia comentada. Y, por cierto, obsérvese, que el acto para el que se solicita el control mantiene un paralelismo acendrado con los actos discrecionales de la Administración pública que han sido objeto de frecuente control jurisdiccional: el nombramiento de una persona para el ejercicio de funciones públicas, el nombramiento de juez *sustituto*, en el caso concreto.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, cuando ha sorteado las dos causas de inadmisión en los términos antes expresados, es que está decidido a llegar al fondo del problema, a conocer en definitiva del amparo planteado. Y vamos a ver como el Tribunal Constitucional se cuida de acopiar los elementos de juicio necesarios para que pueda resultar efectiva su actuación de control. En efecto, aparte de los datos iniciales que le proporciona la demanda y el escrito de alegaciones del Fiscal, va a recoger una serie de informaciones complementarias. Por de pronto se dirige a la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial de Madrid, cuyo acto es impugnado en el proceso de amparo, para recabar el expediente de nombramiento del Juez de Distrito sustituto cuestionado, solicitando también del Juzgado de Distrito las actuaciones referentes a dicho nombramiento. De ambos testimonios se dio vista, una vez recibidos, a la recurrente y al Ministerio Fiscal, para que pudieran presentar alegaciones, como en efecto hicieron, en el plazo común de 20 días (Ant. tercero). También, y cuando ya se había señalado fecha para deliberación

6 Me remito, por todos, al reciente trabajo de Luis MARTIN REBOLLO «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», a punto de aparecer en el núm. 100 de la *RAP*.

y votación, se dirige, el Tribunal Constitucional, al Consejo General del Poder Judicial para interesarle certificación o copia autorizada del expediente o de los informes o actos relativos al nombramiento del Juez sustituto cuestionado. Recibida la certificación correspondiente se dio vista de la misma a la recurrente y al Ministerio Fiscal para que pudieran presentar alegaciones, como en efecto hicieron. Cuando se había señalado de nuevo fecha para deliberación y votación se produce otra actuación del propio Tribunal que tal vez lo mejor sea describir con palabras tomadas de la sentencia:

«Por providencia de 26 de enero de 1983 la Sala, con suspensión de plazo para dictar sentencia, acordó: 1º De conformidad con el art. 18 LOTC, conceder una audiencia por plazo común de diez días a la recurrente y Ministerio Fiscal para que aleguen lo que estimen pertinente sobre: a) alcance de la omisión de la regla del concurso para el nombramiento de Juez sustituto respecto del derecho al Juez ordinario determinado por la Ley, que establece el art. 24,2 de la CE; b) la consecuencia, en orden a la procedencia del recurso de no haberse seguido la vía judicial previa al recurso de amparo, con oportunidad de intervención del señor (X), cuyo nombramiento de Juez sustituto se cuestiona, para impugnar este nombramiento. 2º. De conformidad con el art. 88,1 de la LOTC y para que se remita en el plazo de diez días, interesar del Juzgado de Distrito 2 de Madrid, y respecto del juicio de cognición 204/81, se envíe testimonio o fotocopias autorizadas de las siguientes actuaciones: a) de la demanda; b) de la comparecencia en la parte que recoge las alegaciones que presentaron las partes en orden al contenido de la litis; c) sentencia o resolución que puso fin al mismo; d) si esta resolución fue consentida por la demandante, Sra. (Y), y, en su caso, de la resolución dictada en la segunda instancia» (Ant. 12.º)

Son elementos de juicio decisivos los que se van reclamando, tanto en orden a la legalidad como a las formas determinantes, como a las experiencias procesales previas, para tratar de ver cómo ha influido el nombramiento que se cuestiona en el proceso civil previo, a partir del cual se suscitó el recurso de amparo. Sin que

falte la referencia a la omisión de la oportunidad de intervención de la persona cuyo nombramiento se ha cuestionado.

El Fiscal contestará el trámite alegando sus razones (o remitiéndose a las ya expuestas), pero no así la recurrente que «no presentó escrito alguno al respecto». Amplio fue, por su parte, el alcance del contenido de las actuaciones que remitió el Juzgado de Distrito. Del conjunto me fijaré sólo en dos datos precisos: el 25 de noviembre de 1981 se había ratificado la entonces actora, y luego recurrente en amparo, en anterior escrito suyo solicitando se dictase sentencia⁷. Y, en efecto, ésta se dictó el 15 de diciembre de

7 Hay que advertir que el proceso civil de cognición fue, como se deduce del antecedente núm. 13, en lo que a incidentes procesales se refiere, cualquier cosa menos una balsa de aceite. Así, se deja constancia de que, antes de plantearse la «cuestión de competencia» ya aludida, impugnando el nombramiento de juez sustituto de la persona que he designado como el Sr. X, la recurrente en amparo había tomado una serie de iniciativas. Así las describe la letra de la sentencia —tomándome yo la libertad de sustituir los nombres propios por iniciales—:

«... c) que el 30 del mismo mes y año [julio de 1981] la hoy recurrente presentó escrito de recusación contra el Juez actuante, don AHC, y asimismo recusación contra el Secretario actuante, acordándose por providencia del mismo día que se ratifica en el mismo.

d) que el 12 de septiembre de 1981 se ratificó la actora en los escritos de recusación presentados y por providencia de fecha 14 del mismo mes, se acordó formar pieza separada para tramitar la recusación contra el Secretario, señor OF, acordándose igualmente no haber lugar a tramitar la recusación contra el Juez, señor HC, por haber cesado en las funciones que interinamente desempeñaba.

e) que con fecha 25 de septiembre de 1981 por el secretario actuante se informó en el sentido de darse por recusado, recayendo auto en fecha 26 del mismo mes y año por el que se accede a la recusación de aquél, acordando que se haga cargo de las actuaciones su sustituto reglamentario.

f) que tras una serie de recursos, escritos y resoluciones, la hoy recurrente presentó con fecha 9 de septiembre de 1981, escritos promoviendo la «cuestión de competencia» contra el juez sustituto, señor X, designado entre tanto, según vimos en el antecedente primero, y con las consecuencias que en el mismo se refieren.

g) que con fecha 21 de noviembre de 1981 se presentó por la autora escrito renunciando al recurso de queja que intentaba formular respecto a la actuación del señor P, como secretario sustituto y solicitando se dictase sentencia...». Etcétera.

En fin, que el proceso parece un inmejorable modelo de clase práctica a proponer a los estudiantes de Derecho para entrenarse en todo tipo de trámites, recursos y demás modalidades. Y de paso conseguir que el proceso se retrase a discreción. Hubiera sido interesante saber que pretensión se ventilaba en el proceso de cognición pero de eso no da ninguna pista la sentencia de amparo.

1981, por el Juez titular del Juzgado de Distrito siendo favorable a la pretensión de la demandante.

Conviene prestar atención a las fechas que, con su frialdad, ponen en evidencia un aspecto decisivo que bien lo recoge el Tribunal Constitucional:

«Pero ocurre aquí que según las actuaciones remitidas por el Juzgado de Distrito número 2 de Madrid y que se recogen en los antecedentes, antes de impugnar en el presente recurso con fecha 4 (un poco antes ha dicho 14, como parece debe ser, aunque para nada altera el razonamiento) de enero de 1982, el nombramiento de don (X) como Juez sustituto del Juzgado número 2 de Madrid, el juicio de cognición en el que la hoy recurrente era demandante había sido resuelto sin que dicho Juez interviniese en ningún momento en su tramitación, y la sentencia que puso fin al mismo fue dictada por el Juez titular del Juzgado correspondiente.

Con ello el recurso de amparo perdía su objeto».

Añadiendo inmediatamente a continuación el Tribunal Constitucional:

«Y la hoy recurrente no se ha visto privada de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (art. 24,1, de la CE), que expresamente ha invocado, ni del Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24,2 de la CE), el derecho al cual estaba implícitamente incluido en su demanda de amparo» (FJ 3»).

En última instancia, se esquiva el pronunciamiento, tan minuciosamente preparado, con tantos elementos reunidos al efecto, acerca del *petitum* del recurso de amparo —que se declarara nulo al nombramiento como Juez sustituto de determinada persona— por la sencilla razón de que, como dice el Tribunal, «el recurso de amparo perdía su objeto», si es que alguna vez, desde que se planteó, lo tuvo. Porque el Tribunal Constitucional está en efecto para amparar frente a violaciones de los derechos y libertades fundamentales pero no para depurar cualquier irregularidad que en cualquiera de los ámbitos jurídicos

haya podido producirse, más cuando ha dejado de ser operante sin surtir efectos.

V. EL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY

El Tribunal Constitucional, por tanto, que accedió a llevar su control hasta lo último, como se evidencia de las actuaciones de que he dejado constancia, no se pronuncia, en cambio, acerca del punto concreto que interesaba la recurrente. Y hace bien en no pronunciarse. Está claro, por de pronto, que las solas actuaciones preparatorias que se llevaron a cabo han de servir de clarín y toque de atención ante posibles irregularidades, en el supuesto de que las hubiera habido.

Pero el que el Tribunal Constitucional no dictara el pronunciamiento que ya no procedía no fue obstáculo para que, con carácter general, como doctrina institucional, por tanto, al margen de la circunstancia concreta, sentara afirmaciones que quiero recoger aquí.

Se va a entender así, que la recurrente —abogado en ejercicio, no se olvide— tan poco cuidadosa con los requisitos de admisibilidad, no ha acertado ni siquiera con la argumentación jurídica. También esto lo subsanará el Tribunal, supliendo la argumentación —sin necesidad de acudir a la previsión del art. 84 LOTC; ¡no han sido escasas las oportunidades de pronunciarse que ha tenido la recurrente, alguna desaprovechada incluso!— y aportando de su cosecha un razonamiento que quiero resaltar. Así es como se abre el fundamento jurídico tercero:

«La recurrente, en la demanda y en el escrito de alegaciones —aparte la genérica e improcedente invocación del art. 9,3 (que por lo demás no precisa)—, sólo se refiere, en el ámbito constitucional, al art. 24,1 de la CE. Ello supone creer que el conocimiento de su asunto por quien no es Juez de carrera, o sea, integrado entonces en el Cuerpo de Jueces de Distrito y ahora, por mandato constitucio-

nal (art. 122, 1), en un Cuerpo único, vulnera su derecho al proceso debido. Ahora bien, resultando que lo que consagra el mencionado art. 24,1 de la CE es «la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales», no guarda relación alguna con el régimen de los Jueces que, con el carácter de sustitutos o de interinos, desempeñen temporalmente la función de Juez en los supuestos de vacancia, enfermedad o licencia del titular respectivo u otro legítimo, actuando en lugar de un Juez «de carrera» (según la expresión del antes citado art. 122,1 de la CE)».

Hasta aquí el punto de vista negativo, de rechazo, de las alegaciones de la recurrente. Su problema, en definitiva, no se relaciona con el párrafo primero del art. 24. Va a haber una mención constitucional más específica a la que reconducir, precisamente, la pretensión. Es así como el Tribunal va a buscar un remedio, de su propia cosecha, bajo la velada capa de que ya estaba implícito en la argumentación de la recurrente. Se razona, en efecto, inmediatamente a continuación.

«Lo que en realidad vino a reivindicar implícitamente la demandante fue «el derecho al Juez predeterminado por la Ley», al que se refiere el art. 24,2 de la CE, por cuanto estimó que el Juez nombrado para desempeñar el Juzgado n° 2 a título sustitutivo, no lo había sido regularmente y no era, por consiguiente, el que correspondía».

Reconducido el argumento a su debido lugar, va a hacer el Tribunal una afirmación de cierto relieve, que es la que quiero resaltar, y que se cuida muy mucho de formularla con carácter general y por encima de las circunstancias del caso, como bien matizan las afirmaciones iniciales. En efecto, a continuación de lo anterior, en párrafo aparte ahora, se señala.

«Independientemente del carácter, fundamento y alcance de las alegaciones de la demandante sobre la legalidad del nombramiento de don (X) para hacerse cargo del Juzgado n° 2 de los de Madrid, no cabe desconocer que una eventual irregularidad en la designación del Juez que ha de entender de un proceso puede cons-

tituir una infracción del derecho del justiciable al 'juez ordinario predeterminado por la Ley' del art. 24,2 de la CE».

Se trata de una afirmación sencilla pero de contenido destacado. Muy valiosa para ir completando la construcción dogmática, el entramado operativo, del postulado jurídico del Juez ordinario predeterminado por la Ley, al que tanto valor concede la Constitución de 1978.

Así, las modalidades y las reglas de nombramiento, no son sólo adjetivos y, por así decir, exteriores, al ámbito de la pretensión constitucionalmente amparada, sino que se incardinan directamente a la misma con las importantes consecuencias que ella implica⁸. De modo que, aun en una ocasión en la que, en apariencia, no había nada que decir, no la desaprovechará el Tribunal Constitucional y la toma para hacer puntualizaciones de valía.

VI. EL TEMA DE LA CONDENA EN COSTAS

Pero había una tercera veta en la sentencia que me animaba especialmente a dar cuenta de la misma, la de la condena en costas a la recurrente, por entender que ha mantenido una postura temeraria.

Pues bien, el tema de las costas que puede ofrecer interés destacado, por ejemplo, en el esquema del proceso contencioso-administrativo, desde el punto de vista de verificar en qué supuestos resulta condenada la Administración Pública, tal y como atrajo la atención del profesor Luis Martín Rebollo, cobra especial re-

8 Recientemente, el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, en el caso *Piersack*, sentencia de 1 de octubre de 1982, favorable al recurrente —un ciudadano belga que litiga contra su Estado—, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de la imparcialidad de los tribunales —si bien el supuesto difiere del que ahora nos ocupa—, con base en el texto del art. 6,1 del Convenio de Roma, que garantiza «un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley». Véase una versión abreviada del caso en el volumen colectivo coordinado por GARCÍA DE ENTERRÍA *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1983, págs. 652 y ss.

lieve en el ámbito del recurso constitucional de amparo, en el ámbito, en general de todas las actuaciones del Tribunal Constitucional, cuando se arranca de la regla de que «El procedimiento ante el Tribunal Constitucional es gratuito» (párrafo primero del art. 95 LOTC)⁹. Una regla lógica, derivada del significado constitucional de tan destacado órgano y, en el caso concreto del recurso de amparo, consecuencia clara del afán de proteger a toda costa los derechos y libertades fundamentales que puedan haber sido vulnerados. Pero, precisamente por esto juega también su papel el mecanismo de las costas, la sanción, tanto social como económica, que implica la condena en costas. Estamos ante uno de esos pequeños mecanismos que colaboran a la regulación de un sistema. Y hay que partir del postulado de que es decisivo defender un sistema. No es grato postular que se inflijan sanciones. Pero es preciso reconocer que tienen un cierto papel que jugar. No hace mucho, en uno de los trabajos que he tenido oportunidad de citar a lo largo de estas notas, ante un caso determinado, escribía: «Hay datos, en efecto, que permiten extraer sin esforzarse la conclusión de que no hay derecho a entretener a todo un Tribunal Constitucional para auténticas fruslerías. El abuso de los que no deben ser amparados corre el peligro de empañar una institución muy necesaria para los que, efectivamente, han menester de amparo». Y concluía, poco más adelante: «... hay que animar al Tribunal —para que pueda defender precisamente a quien haya necesidad de justicia— no sólo a adoptar rechazos como el de este caso, sino incluso, si procediere, a hacer uso de las facultades de los párrafos dos y tres del art. 95, imponiendo costas o aún sanciones pecuniarias a quienes comparezcan —si es que los hay, insisto— con temeridad, mala fe o abuso de derecho»¹⁰. En esa misma ocasión,

⁹ Recuérdese, por ejemplo, que en relación con el proceso contencioso-administrativo, la regla de la gratuidad sólo es parcial, afectando, en principio, a los actos de la Administración Local y a determinadas cuestiones de personal (así, el art. 130,2. LJCA).

¹⁰ «Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo», págs. 191-192.

desarrollaba mi punto de vista de que la importancia del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional radica, precisamente, en ser una oportunidad residual y de orientación, facilitando el camino para que el peso decisivo en los amparos lo lleven los tribunales ordinarios¹¹. Pues bien, en apoyo de esa filosofía, el criterio de la imposición de las costas puede jugar un papel destacado. El Tribunal pone en marcha la defensa de su ámbito tratando de inhibir y desaconsejar conductas que perturben su buen funcionamiento. Para lo que le ha habilitado legítimamente el Legislador, al consagrar la regla ya citada del párrafo segundo del art. 95, LOTC:

«El Tribunal podrá imponer las costas que se derivaren de la tramitación del proceso a la parte o partes que hayan mantenido posiciones infundadas, si apreciara temeridad o mala fe»¹².

VII. ALGUNAS REFERENCIAS A LAS COSTAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El tema de la imposición de las costas ha ido apareciendo esporádicamente a lo largo de la jurisprudencia de amparo. Paso ahora a exponer una breve muestra, que no tiene pretensión alguna de agotar el tema, sino más bien carácter ejemplificador.

Tempranamente formuló una advertencia seria el Tribunal, en uno de los primeros autos, el núm. 25/1980, de 30 de septiembre¹³. En el caso, «el recurrente pide que se le ampare y restablezca en su derecho a ser promovido del grado de Capitán al de Comandante de la Escala Auxiliar del Cuerpo de Intendencia con antigüe-

11 «Anti formalismo y enjuiciamiento efectivo», págs. 50 y ss.

12 Recuérdese que este precepto se halla incluido dentro del título VI de la LOTC, que se refiere a las disposiciones *comunes sobre procedimiento*, y que se predica, por tanto, de los diversos procesos constitucionales, y no solo del de amparo.

13 La cito por la edición conjunta del Tribunal Constitucional y el «Boletín Oficial del Estado», *Jurisprudencia constitucional*, I, págs. 326 y ss.

dad y efectividad desde la fecha en que ‘se produjo la vacante por la prescripción adquisitiva o usucapión’». El Tribunal, de acuerdo con una serie de razones que no son del caso, concluye declarando la inadmisibilidad del recurso de amparo. Y al respecto, va a formular la seria advertencia de que quiero hacerme eco, transcribiendo el último de los fundamentos jurídicos, el séptimo:

«El carácter todavía relativamente novedoso de la jurisdicción constitucional entre nosotros puede excusar en alguna medida la temeridad del presente recurso y aconseja no hacer uso de las facultades sancionadoras que al respecto concede a este Tribunal el art. 95 de su Ley Orgánica».

De modo que la advertencia es clara así como esta finalidad de producir el efecto inhibitorio a que antes aludía. La fórmula no puede ser más expresiva¹⁴. Si bien sea cierto, también, que la es-

14 Casi dos años más tarde vamos a encontrar en otro auto una toma de postura parecida si bien ha desaparecido ya la alusión al carácter novedoso de la jurisdicción constitucional. Me refiero al auto de 9 de junio de 1982 en el que el Tribunal Constitucional va a incluir la seria advertencia que transcribo:

«Aunque el escrito de alegaciones del recurrente roza los límites de la temeridad y del respeto debido al Tribunal, la Sección decide no hacer uso de las facultades que le confiere el art. 95,3 de la LOTC» (FJ 2°).

En el caso, la «Compañía Hispano Suiza de Refinerías Físicas, S. A.» había interpuesto recurso contencioso-administrativo, ante la Sala cuarta del Tribunal Supremo, contra el R.D. 3000/1970, de 7 de diciembre. Pues bien, sin perjuicio de otra vertiente a la que luego me referiré, aparece en el auto una línea de razonamiento muy sugestiva de la que quiero hacerme eco y que nos sitúa ante la corriente de las tan destacadas afirmaciones que son formuladas con frecuencia por el Tribunal Constitucional a través de autos, y que, por lo mismo, van a quedar veladas al gran público, al menos durante bastante tiempo. Lo cual nos hace auspiciar, dada la riqueza de contenido de tantos autos insisto, que se busquen las fórmulas para asegurar cuanto antes la normal publicidad de los autos, al menos de los más significativos.

En el caso, el recurrente había alegado lesión en su derecho a la presunción de inocencia. Y va a razonar el Tribunal Constitucional para justificar la inadmisión en cuanto aprecia falta manifiesta de contenido:

«El Real Decreto 3000/79, de 7 de diciembre contiene diversos preceptos concernientes a la regulación de procesos industriales relativos al aceite de oliva y a otros destinados al consumo humano y, por tratarse de una disposición de carácter general, es obvio que debe ser cumplida directamente por el hoy recurrente en amparo. Por otra parte, del considerando octavo de la sentencia se infiere que la experiencia reciente debe servir por lo menos

casa publicidad de que han disfrutado los autos del Tribunal, hasta la reciente aparición de la colección de los tomos de *Jurisprudencia Constitucional*, no haya contribuido a potenciar, en lo deseable, el conocimiento de avisos para desaconsejar, como el que nos ocupa.

En otras ocasiones la jurisprudencia de amparo deja entrever que alguna de las partes ha solicitado para otra que le fueran impuestas las costas. Tomaré dos ejemplos al respecto.

El primero lo proporciona la decisiva sentencia 18/1981, de 8 de junio, sobre la multa de orden público impuesta a los sindicalistas de Correos, de Barcelona, y que concluye con la proscripción de las tan arraigadas «sanciones de plano», en el ámbito de la Ley de Orden Público¹⁵. Pues bien, en esta sentencia, el último de los fundamentos jurídicos, el noveno, se dedica —creo que es

para desautorizar la invocación del derecho de libertad y de la economía de mercado como valores justificativos de la oposición a dicha norma en la que se contienen unas determinadas medidas tendentes al logro de un control eficaz en los antes referidos procesos industriales. Derivar de ahí cualquier tipo de lesión al derecho de presunción de inocencia del recurrente es propósito contrario a la más elemental lógica jurídica. El demandante en amparo, como cualquier otro industrial dedicado al tipo de actividades reguladas en el Real Decreto 3000/79, se ve obligado a cumplir con ciertas medidas que si ciertamente restringen su libertad, lo hacen en defensa y garantía de otros valores concurrentes y superiores pues, como afirma el Tribunal Supremo en su considerando octavo, la libertad «no es la libertad para el abuso ni mucho menos para poner en peligro la salud y la vida de los humanos», bienes protegidos por la citada norma con medidas cautelares. Ni el demandante ni, en principio, ningún otro industrial del ramo son sancionados por la norma, ni entra en juego su inocencia cuando, por rechazar el recurso contencioso-administrativo presentado contra el Real Decreto, el Tribunal Supremo afirma que dicha disposición ha de ser cumplida por el hoy recurrente en amparo. Admitir lo contrario, esto es, estimar la pretensión del recurrente, equivaldría a entender que cualquier norma general restrictiva de derechos y libertades por fundada que estuviese (como sucede con la presente) vulneraría la presunción de inocencia, derecho que así entendido se convertiría en disparatada panacea justificativa del más radical e insocial individualismo» (FJ 1º).

Las palabras del Tribunal Constitucional hablan por sí solas y nos apartaría ahora de la línea marcada el detenemos a comentar la riqueza de contenido de la doctrina transcrita.

15 Recuérdese el brillante comentario a esta sentencia de GARCÍA DE ENTERRÍA, ahora en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2ª ed., Cívitas, Madrid, 1982, págs. 245 y ss.

la primera mención que se hace a lo largo de la sentencia— al tema de las costas, en los términos siguientes:

«La Sala no aprecia la existencia de requisito de temeridad o mala fe que establece el art. 95 de la LOTC; por lo que no procede acceder a la imposición de costas solicitadas».

De manera que se había solicitado la imposición de las costas. E, incluso, la mención se va a trasladar al propio fallo donde, una vez, que se otorga amparo en la parte decisiva, se testimonia haber decidido:

«3º Denegar el recurso en todo lo demás, y en particular en lo referente a la imposición de las costas a la Administración».

Aquí se aclara ya que la condena se pedía para la Administración. Ya digo que no encuentro la referencia en la descripción de los hechos. Si se tiene en cuenta que el Ministerio Fiscal, que también compareció, se pronunciaba por la denegación del amparo, parece lógico suponer que la condena en costas de la Administración la hubiera solicitado el abogado de los recurrentes.

También en la sentencia que antes se ha mencionado a propósito del cómputo de los plazos, la 14/1982, de 21 de abril —determinadas compañías que se oponen al convenio de suspensión de pagos de la sociedad «Construcciones, Cálculos y Proyectos Jardí, S. A.»— va a quedar constancia de que se planteó el tema de las costas. Lo iba a mencionar el letrado de esta última sociedad que, figura como «demandada». Se dice así, al inicio del antecedente quinto:

«El demandado se opuso a la demanda interesando, alternativamente, la inadmisibilidad del recurso o su desestimación, con imposición de costas a los actores».

Pero luego, aunque el amparo se desestimó, ni en el fallo¹⁶ ni

16 Otro ejemplo: en la importante sentencia de amparo 5/1983, de 4 de febrero (BJC 23), sobre el cese del alcalde Andújar, al ser expulsado del partido político a que pertenecía, y que abre fila en una larga lista de recursos que serían estimados —referidos a concejales, so-

a lo largo de los fundamentos jurídicos, se hace ya más mención al tema de las costas¹⁷.

VIII. COROLARIO

Podemos volver ahora a la consideración de la sentencia que nos ocupa, de la que ya nos consta la minuciosa intervención —paciente, diría, incluso— del Tribunal Constitucional, tratando de allegar todo tipo de datos. Antes quedó reflejada, también, la reiterada oportunidad de alegaciones de que dispusieron las partes, la última de las cuales ni siquiera fue aprovechada por la recurrente. Dejaba, también constancia, de la significativa doctrina contenida en el fundamento jurídico tercero, a propósito de la regla del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, si bien, de las circunstancias analizadas, se llegaba a la conclusión de que «el recurso de amparo perdía su objeto». Pues bien, tras estos planteamientos, el fundamento jurídico cuarto, y último, va a abordar con amplitud el tema de las costas. En estos términos:

«Cuanto hemos dicho en el fundamento anterior revela que la recurrente ha sostenido una pretensión —la del derecho al Juez predeterminado por la Ley— cuando ya carecía de base real, pues entre los Jueces que, por exigencias que no son del caso examinar, han conocido en distintos momentos de su proceso no figura aquel del

bre todo—, queda constancia» de que entre las peticiones que se sustentaban en la demanda figuraba la de que «Condene en costas a dicha Corporación (el Ayuntamiento) y, en su caso, al Estado» (Ant. 9º). Pero el Tribunal Constitucional que concedería la parte más sustanciosa del recurso, no accedió, en cambio, a esta pretensión, sin hacer ningún pronunciamiento al efecto, quedando así despachada en el «Desestimar el recurso en todo lo demás», del fallo.

17 Se puede recordar también que en una serie de sentencias de amparo, sobre todo en los primeros tiempos, arrancando ya del primer recurso en que se desestima la pretensión de amparo —la sentencia núm. 2/1981, de 30 de enero, BJC núm. 1, pág. 21, caso de un joyero sancionado por contrabando que alega la regla del «*nom bis in ídem*»—, dentro del fallo, sin que se encontrara antes mención alguna en los antecedentes ni en Los fundamentos jurídicos, se incluía un apartado del siguiente tenor: «Declarar que no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas». Tal cláusula ya no se incluye, en cambio, en las sentencias más recientes.

que afirma que carecía de legítimo nombramiento, por lo que en definitiva en este punto central del que deriva la improcedencia del amparo se muestra una actitud procesalmente censurable. Tal conducta, que la recurrente pudo remediar durante el curso del recurso de amparo, si es que abrigaba alguna duda, ha sido mantenida hasta el final, pues cuando resultó que el Juez cuyo nombramiento se pusiera en entredicho no había sido el Juez del proceso optó por el silencio, confirmando así un comportamiento procesal que debe ser calificado de temerario y merecedor de la imposición de costas, tal como previene el art. 95, 2 de la LOTC».

En coherencia con ello, el Tribunal, decide, y es así como se expresa el fallo,

«Denegar el amparo solicitado, condenando en las costas del proceso a la demandante».

No voy a detenerme ahora en la glosa de esta solución aun que tal vez sea oportuno exponer un punto de vista. En coherencia con las ideas antes expresadas, recordando la obligación que a todos nos incumbe de defender el equilibrio del recurso de amparo, recurso más bueno cuanto más escaso, tiene sentido hacerse eco de la presente sentencia del Tribunal Constitucional. Para seguir animándole a que ponga en marcha estas facultades reguladoras de su ámbito de actuación, de modo que no quede desbordado por asuntos que nunca debieron plantearse. Para incrementar el conocimiento público, también, de modo que, en la mayor medida posible, se interiorice y asuma este aviso para desaconsejar. Está la parte económica de la condena en costas, que no creo tenga demasiada trascendencia. Pero hay otra faceta de mucho más relieve en mi opinión. En una profesión como la de abogado, en que tanto representa el normal entendimiento de los letrados con los órganos de la Justicia —o, nada menos que con el Tribunal Constitucional, en el caso— la censura¹⁸ de una

18 Recuérdese que en el auto de 9 de junio de 1982, antes glosado en la nota 14, si no se llegaba a condenar en costas, se incluía una seria advertencia y se aludía a cómo una

condena en costas debería ser considerada como una sanción de enorme entidad, casi, casi como una invitación a cortarse la coleta. Algo, en todo caso, que habría que tratar de evitar —y valga la redundancia— a toda costa¹⁹.

de las actuaciones del recurrente «roza los límites de la temeridad y del respeto debido al Tribunal». En efecto, al describirse los hechos del caso se deja constancia de que la sección acordó poner de manifiesto la posible existencia nada menos que de 4 motivos de inadmisibilidad. Y al dar oportunidad a las partes para que expusieran sus puntos de vista se da cuenta de cómo, «el recurrente, en su escrito de alegaciones, señala que en la citada providencia hay un afán de acumulación que él estima improcedente, un desorden esencial y una defectuosa fundamentación de los motivos aludidos». Tal literatura, ciertamente, no es como para prestigiar a la ilustre profesión de abogado. Choca, sin duda, esta falta de sensibilidad en las relaciones, que habría que erradicar a toda costa. No es insensible a ella el Tribunal Constitucional que razona y advierte en los términos siguientes: «en relación con las imperinentes alegaciones del recurrente conviene hacer constar que lo que él califica como afán acumulador no es sino el cumplimiento por este Tribunal del trámite a que se refiere el art. 50 LOTC en el cual, lejos de fundamentar la existencia de tal o cual supuesto de inadmisibilidad, se limita como hizo en la providencia de 19 de mayo a poner de manifiesto «la posible existencia» de los motivos acaso concurrentes, para suscitar las alegaciones del recurrente y del Ministerio Fiscal y, en su caso, la subsanación de los mismos».

19 Cuando ya había escrito lo anterior he tenido oportunidad de conocer tres recientes autos del Tribunal Constitucional, posteriores a la sentencia glosada, en los cuales se afianza ya como tendencia la regla de la condena en costas, confirmando así el criterio que aquélla había iniciado. Aunque un auto no tenga la misma relevancia que una sentencia, teniendo en cuenta además la diferida publicidad de los autos, conviene hacerse eco de esta línea, muy explicable a la vista de los supuestos concretos, en lo que tiene, sobre todo, de llamada de atención para que no se abuse de un recurso que el propio Tribunal Constitucional viene calificando reiteradamente como de subsidiario.

A. El auto de 25 de mayo de 1983 declara la inadmisión de un recurso de amparo interpuesto frente a un acuerdo de la Comisión Permanente del Ayuntamiento de Murcia que, por violación de la normativa urbanística, ordenaba la restitución de los terrenos a su estado anterior e imponía además una sanción pecuniaria. Entiende el Tribunal Constitucional que los alegatos que respecto a la presunción de inocencia y al principio de legalidad «se hacen en la demanda de amparo no guardan ostensiblemente, conexión alguna con lo que es la pretensión». Se decreta, en coherencia, «la inadmisión del recurso con la condena en costas, porque el mismo se ha mantenido sosteniendo posiciones infundadas, con, al menos, temeridad, que es uno de los supuestos que justifican la condena».

B. El auto de 1 de junio de 1983 dictado por la Sala segunda íntegra —y no por la Sección, como suele ser habitual en los autos— se enfrenta con el desistimiento de un recurso de amparo interpuesto contra auto de Juzgado de Primera Instancia de las Palmas que otorgaba eficacia civil a decisión pontificia sobre nulidad de matrimonio rato y no consumado. El Tribunal Constitucional aceptará el desistimiento y acordará la conclusión del recurso de amparo no sin antes puntualizar:

«Si bien el desestimiento no implica necesariamente la condena en costas, sí deben imponerse en el presente caso según lo dispuesto el art. 95 de la LOTC, por cuanto la manifestación que se hace de que la resolución recurrida no lesiona los derechos fundamentales del recurrente, es reveladora de lo infundado de la posición actora pues no considera ahora contra lo que sostuvo en la demanda, que se ha lesionado su derecho» (FJ 2º).

C. El auto de 22 de junio de 1983 ofrece un nuevo supuesto de condena en costas, en que el Tribunal Constitucional va a razonar con contundencia y energía, con la particularidad además de que junto a las costas se va a imponer al recurrente temerario —acaso sea la primera vez que se utiliza la facultad— la sanción pecuniaria prevista en el art. 95,3 LOTC, si bien lo sea en la mínima cuantía prevista. En un juicio ejecutivo instando por el Banco Zaragozano contra determinado matrimonio en reclamación de cierta cantidad, si la denominación del marido, del domicilio y de otras circunstancias se hicieron correctamente, se deslizó, en cambio error —que parecía claramente, subsanable— en la denominación de la esposa. Debe haber quienes piensan que a la hora de demorar el pago de determinada cantidad cualquier ardid jurídico es bueno, aunque haya que importunar y hacer perder su tiempo nada menos que al Tribunal Constitucional. Pero, por fortuna, éste tiene los medios para defenderse y ya ha comenzado a hacerlo, como estamos viendo. Vale, así, la pena transcribir íntegro el fundamento jurídico cuarto que es suficientemente expresivo:

«Concurren, pues, las tres citadas causas de inadmisibilidad y el recurso no puede ser admitido. Pero hay más: como bien alega el Ministerio Fiscal, esta vía constitucional «no está instituida para revisar la corrección formal que se observe en procedimientos judiciales y mucho menos para que se la instrumentalice en un juego de ficciones más o menos ingeniosas y quizá de dudosa intencionalidad». De un nimio error material, y errores de esa índole puede comerterlos cualquiera sin inducir por error a engaño a quienes lean tal o cual palabra o cifra equivocada, no puede tomarse base para montar un proceso constitucional, sin incurrir en temeridad. La Constitución y el recurso de amparo no pueden servir para la construcción de armas dilatorias, ni para la conversión de un simple error material, intrascendente «respecto a la validez y eficacia de la operación» mercantil y carente asimismo de la menor trascendencia en el orden procesal, en una supuesta vulneración de un derecho fundamental. Tales conductas temerarias están expresamente rechazadas por los números 1 y 2 del artículo 95 de la ley Orgánica de este Tribunal Constitucional».

Tras argumentación tan coherente el Tribunal Constitucional expresa así su decisión: «En atención a todo lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del recurso, la imposición de costas a la parte recurrente y asimismo la de una sanción pecuniaria a la misma de 5.000 pesetas».

En resumen, y para concluir ya, que lo que se nos ofrecía como primera condena en costas del Tribunal Constitución ha dejado pronto de ser la única. Ante lo que comienza a ser una corriente no me queda sino ratificarme en las opiniones que más arriba expresaba, a la vista sobre todo de cada uno de los casos concretos. Es muy importante que sólo lleguen al Tribunal Constitucional los casos que deben llegar. En este sentido hay que animar al Tribunal Constitucional a que persevere en tal línea siempre que haga falta. Pero, del mismo modo hay que advertir a tos profesionales del foro. Y aunque la cuantía económica de la condena en costas puede ser de escasa relevancia hay que marcar el acento en la sanción social y sobre todo profesional que representa. Habría que ser muy sensibles a lo que representa tal toma de postura nada menos que del Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO 10

LA LUCHA POR EL DERECHO COMO TAREA DE CADA DÍA (A PROPÓSITO DE UNA NUEVA EDICIÓN DE IHERING)

Aparecido en la sección «Crítica de libros», en la «Revista Española de Derecho Constitucional», 19, 1987, 345-355, al comentar la nueva edición de Rudolf von IHERING, *La lucha por el Derecho*, presentación de Luis DíEZ-PICAZO, versión española y nota introductoria de Adolfo POSADA, prólogo de Leopoldo ALAS, «CLARÍN», Editorial Civitas, Colección «Cuadernos», Madrid, 1985, 136 págs. Me interesa recordar, por lo que se dice en el texto, que lo escribí siendo catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

1. El profesor espera con ilusión el día de *la clase del primer día*. La preparación tensa, el esfuerzo mantenido, la búsqueda gustosa halla ocasión de plasmarse y concretarse cuando, con el inicio de las clases, los saberes acumulados buscan destinatario e interlocutor a la vez. Este año, el primer día se retrasó más de lo debido en mi Facultad. Cuando una mañana de este otoño tan duradero y, por una vez, tan presente, comenzaron por fin las clases, habría unos quinientos y pico alumnos en el aula en que a mí me había tocado lidiar con el grupo de la mañana. Y como era la segunda hora de aquella primera jornada de clase, a las diez, ni el tabaco ni la espesa presencia humana habían logrado desvane-

cer todavía el olor a nuevo que se apreciaba por doquier. Estrenábamos, en efecto, edificio, y con él se hacía patente esa política universitaria que considera lo más normal del mundo que en el aula estén de cuerpo presente más de quinientos alumnos (sin que para nadie sea un secreto que la lista la integran en puridad —al menos han formalizado su matrícula— un par de centenas más de alumnos, de los que se sospecha que no intentarán ir a clase, pues aunque lo intentaran, que no lo intentarán, malamente lograrían acomodo en el aula que refleja las nuevas concepciones universitarias. Conste que me estoy refiriendo ahora al grupo de la mañana, pues el que el mismo profesor deba repetir la misma representación para el grupo de la tarde —ligeramente más aligerado— es asunto que nos desviaría del argumento).

Es grato exponer el primer día las reglas de juego, y el profesor que ha ido depurando con el paso de los años criterios y metodología, lleva preparada su intervención para ir poniendo las cartas sobre la mesa al ritmo adecuado (aunque eso sí, conforme habla se va dando cuenta de que la mayoría de las reglas decantadas valen en la medida en que se mantenga una cifra razonable en la relación profesor-alumnos; se va dando cuenta, y se resiste a reconocerlo, de que nadie le amparará, pues más profesores no los hay, y sería muy difícil conseguirlos aunque los hubiera, pero su experiencia le ha hecho asimilar la cruda verdad de que en el fondo —y a pesar de lo que a veces se diga con la boca pequeña— tampoco se quiere conseguir más profesores; se va dando cuenta —como quien en la tarde luminosa, y que se quiere luminosa, avizora el oscuro nubarrón de la tormenta que se va acercando sin remedio— de que a nadie parece importarle que las cosas sean así). Intentará —como si no viera los nubarrones— animar a los alumnos para que comiencen a preparar la asignatura desde el primer día; convencerles de que no estudien para aprobar sino para saber; advertirles de que si lo único que les preocupa es un título, de que si sólo están ahí para conjurar el fantasma del paro, lo mejor que pueden hacer

es escapar de la (así llamada en los papeles oficiales) Universidad, dejando en cambio la plaza a quienes antes que pensar en una profesión cultivan la curiosidad por unos saberes y aspiran a bregarse y a entrenarse en el ejercicio de los problemas jurídicos, a lograr, sobre todo, el talante y la personalidad que debe caracterizar a cualquier jurista que se precie. Y, en medio del discurso, se trata de hacer ver a los aspirantes que no es sólo cuestión de aprehender unos saberes, no es sólo servirse más o menos, según el gusto, de la mesa del *buffet*, sino que el objeto de estudio, el Derecho, es algo maleable que se va conformando, y que se va esculpiendo de una u otra manera, en buena medida según el impulso de los propios juristas, según lo que empujen, por tanto, el día de mañana los que ahora para ello deben formarse. Y es aquí cuando viene a cuento el inciso, cuando en ese intento porque la clase no sea un monólogo, cuando a pesar del nubarrón que ya casi está encima se quiere aparentar como si se creyera en el diálogo, cuando preguntará el profesor si alguno conoce —caras de estupor—, ha leído —extrañeza en los rostros— o, simplemente, le suena —indiferencia—, el pequeño libro de Rudolf von Ihering cuyo título es ya indicativo: *La lucha por el Derecho*. ¡Como si hablara en chino! Ni en Introducción al Derecho, ni en Historia del Derecho, ni en Derecho Romano, ni en Derecho Civil; nada, que no les suena. Ninguno de los quinientos y pico ha leído el libro, ni sabe de qué va, ni ha oído hablar de él. Mentalmente, hará una rebaja el profesor: «Hay que descontar un tanto por ciento de tímidos, el número de los que no se atreven a hablar en medio de tan crecida concurrencia, o así de sopetón el primer día.» Pero, una vez hecho el descuento, ¿y los demás? Que no les suena, definitivamente, aunque la pausa haya sido prolongada, aunque la mirada del profesor haya recorrido, afianzadora, muchos rostros esperando que saltara la chispa. Y como si de pronto descargara el nubarrón, en medio de esa inmensa multitud —comparando con la concurrencia de las Universidades de verdad, que las hay, y muy buenas—, al profesor le viene en mientes la experiencia que él mismo ha recogido en estos últimos años,

formando parte de tribunales para seleccionar plazas de funcionarios muy selectos: la frecuencia con que las plazas quedaban desiertas, por ausencia de candidatos cualificados —aunque se propendiera a cierta manga ancha—. Clases inmensas, sí, con ejércitos de sedicentes aspirantes, el fantasma del paro agitado por doquier como excusa única para tamaño espectáculo, y tantas plazas excelentes que no se cubren por ausencia de candidatos mínimamente preparados. ¡Y ninguno habrá leído, cuando media ya la licenciatura, *La lucha por el Derecho*, una de la media docena de obras que todo jurista debería conocer sin excusa! ¿Alguien reflexionará al respecto? Pero el profesor tiene que armarse de toda su profesionalidad y continuar con la clase como si nada. Aconsejando que si no lo han leído aún están a tiempo para hacerlo, encomiando incluso el pequeño libro como pieza indispensable en la biblioteca propia de cualquier jurista (recalcando de paso, y como distraídamente, que puesto que aspiran a ser juristas, es normal que vayan reuniendo su propia biblioteca).

2. Tengo como pieza muy apreciada de mi biblioteca la *nueva edición*, de 1921 —Librería General de Victoriano Suárez, Preciados, 48, Madrid—, de *La lucha por el Derecho*. Aunque los tipos son elegantes, el papel es muy poco consistente y las pastas, en rústica, de un verde claro muy desvaído ya, muy endebles. No es el ejemplar, bien conservado por otra parte, es el contenido lo que cuenta. El nombre de IHERING se entrelaza con el de ADOLFO POSADA¹, de quien es la versión española, y quien para esta nueva edición introducirá una jugosa nota preliminar —datada el 8 de

1 POSADA tradujo también otra obra de IHERING, *La prehistoria de los indoeuropeos*, que figura anunciada en la edición de 1921 de *La lucha*. En el libro de GERARDO SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER *Dorado Montero y la «Revista de Derecho y Sociología»*, Salamanca, 1985, se da cuenta de una carta de POSADA a DORADO MONTERO, de 25 de enero de 1896, en la que le cuenta que está traduciendo a IHERING —SÁNCHEZ-GRANJEL entiende que se refiere a *La prehistoria de los indoeuropeos*— y que lo hace por razones económicas. Y escribe POSADA: «Sin duda en eso de las traducciones va habiendo gran competencia. Yo me defiendiendo como puedo» (p. 92).

abril de 1921, «a bordo del *Infanta Isabel de Borbón*»—, rememorando la primera edición llevada a cabo cuarenta años antes. Y advertirá don Adolfo, al contar la pequeña historia de la edición del librito: «al que tenemos especialísimo afecto: fue el primero en que figuró nuestro modestísimo nombre». Pero el nombre de Ihering se entrelaza también con el de Leopoldo Alas («Clarín»), quien escribió, en enero de 1881, un prólogo precioso, que se lee con sumo gusto, todo él una página brillantísima de filosofía jurídica, todo un manifiesto cívico a la vez, ocasión que sirvió, como indica Posada, para que don Leopoldo «desahogase su espíritu, entonces en actitud de protesta frente a la pobreza de ideales, asfixiante como nunca en tales días». ¿No sigue siendo de la más viva actualidad el lamento? El resultado es, en efecto, un pequeño gran libro de muchísimos quilates, una de esas joyas a las que se vuelve con frecuencia, de la que se extraen citas siempre oportunas, que ayuda también a afianzar los ánimos, o que facilita aunque sólo sea el placer estético, lo que sin duda es muy importante, y para lo que también sirven en ocasiones las obras jurídicas. De ahí mi satisfacción al ver que Editorial Civitas había incorporado a su repertorio, en la colección «Cuadernos», el volumen citado, al que se antepone ahora una presentación de Luis Díez Picazo. Satisfacción porque a su mérito intrínseco se puede seguir añadiendo, sin falta, el juicio que tan certeramente expresaba don Leopoldo en su día y cuya actualidad se mantiene incólume: «Pero entre nosotros, hoy más que nunca, es oportuna su lectura porque puede servir de acicate a los ánimos decaídos y corregir muchas perniciosas aberraciones de la voluntad y de la inteligencia».

3. En el fondo, la tesis de Ihering² es muy sencilla, una de esas verdades elementales, como la del nacer o la del morir, que,

2 La obra se divide en cinco capítulos que llevan por título los siguientes epígrafes: Introducción; El interés en la lucha por el derecho; La lucha por el derecho en la esfera individual; La lucha por el derecho en la esfera social, y El derecho alemán y la lucha por el derecho.

por lo mismo, de puro elementales, deben ser enseñadas con cadencia ininterrumpida. Es uno de los secretos de la enseñanza institucionalizada: el que algo esté muy claro para unos destinatarios no debe hacer olvidar que otros vendrán que deberán sufrir —*patere*— semejante proceso de aprendizaje. Pero mejor que tratar de explicarlo será utilizar las propias palabras de Ihering, situadas en el inicio mismo de su obra:

«El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca (...) mas el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La idea del derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del Derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo.»

Y poco más adelante continúa:

«Si en esta hipótesis el derecho no lucha, es decir, no hace una heroica resistencia contra aquélla [la injusticia], se negará a sí mismo. Esta lucha durará tanto como el mundo, porque el derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es, pues, un elemento extraño al derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea.

Todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlos. El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde se pesa el derecho, sostiene en la otra la espada para hacerlo efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza, sin la espada, es el derecho en su impotencia; se completan recíprocamente, y el derecho no reina verdaderamente más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza.»

Y concluye:

«El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo.»

La cita ha sido larga, pero no podía ser menos para reflejar con fidelidad mínima una tesis tan consistente.

La postura del comentarista en este momento es casi la de poner punto final, sin distraer más al lector, con sólo recomendarle que lea —o vuelva a leer— el apasionante opúsculo —con los no menos apasionantes aditamentos de la edición glosada—. Pero no estará de más decir algo, aunque sólo sea a modo de tributo de bienvenida a obra tan sugeridora y tan valiosa, con su mensaje siempre renovado y en pie.

Para los juristas, y no digamos para los que aspiran a serlo, viene a tocar una tecla imprescindible. Al reto por el conocimiento del derecho dado, aspiración legítima y primaria, será preciso incorporarle algún nuevo registro. Se da por sentada esa vertiente obvia del conocimiento del derecho dado. Pero está muy bien iluminarla desde otras perspectivas. Está siempre presente la tensión transformadora, las aspiraciones afianzadas que habrán de modificar, a más corto o a más largo plazo, las que parecían soluciones jurídicas consagradas. Poco habrá que decir al respecto en una situación como la actual española, caracterizada tan intensamente por las exigencias de la vigente Constitución, que va esparciendo su influencia por todos los ámbitos, alcanzando, por supuesto, a los sectores más insospechados. Se hace, así, imprescindible a la personalidad del jurista un talante de adaptabilidad, la flexibilidad por saber afrontar las nuevas situaciones, pero, también, la tensión innovadora, el gusto, más aún, el afán por el esfuerzo constante para afianzar las soluciones consideradas como justas. No en balde, por seguir con el ejemplo de la hace tan poco conquistada Constitución española, se abrirá ésta proclamando unos *valores superiores* que deben presidir y orientar todo el ordenamiento

jurídico, que están emplazando, por tanto, a todos los juristas para buscar incansablemente su plena virtualidad.

Pero también, porque alimentar el futuro es iluminar igualmente el pasado, resulta imprescindible el «de-dónde-venimos», el valorar con conocimiento de causa los pasos dados y, sobre todo, el esfuerzo que ha representado darlos. Para situar en su lugar cada institución, cada mandato. Para conocer y respetar los afanes del impulso histórico. Para honrar las aspiraciones pasadas en sus luchas más nobles. Para no repetir errores. Para tener siempre muy presente aquello que se abandonó, así como el por qué del abandono. Para defender desde ahí toda la legitimidad del derecho dado. Y ello fuerza a tener presente el sistema jurídico en su plenitud, pasando por encima de distinciones académicas, que pueden ser útiles a efectos pedagógicos, pero de cuyas limitaciones hay que ser bien consciente. Ello fuerza, por supuesto, a conceder un peso notabilísimo a los estudios históricos y a las disciplinas que puedan ofrecer un contraste, como el Derecho Romano —y conviene aquí recordar, de paso, las grandes aportaciones que hizo Ihering en este campo con obras magistrales como *El espíritu del Derecho Romano*.

De lo dicho, de forma tan escueta, y remansando lo que son verdades elementales, no son pocas las enseñanzas que pueden extraerse para el actual momento español. A los que piensan que las Facultades de Derecho no son sino fábricas de formación de profesionales, hay que recordarles que ello nunca ha sido así, ni tiene por qué serlo; que una Facultad tiene que formar la personalidad del aspirante, proporcionándole bagajes culturales sólidos, profundos, pero nada más. Desde ahí, si se ha hecho bien tal tarea, será muy fácil pasar a una profesión con los reajustes oportunos. Pero no otra cosa. A los que piensan que los estudios jurídicos se pueden despiezar, separando y distanciando campos más o menos académicos, conviene recordarles la profunda unidad, la interconexión inevitable de todo el universo jurídico. De ahí la ne-

cesidad imprescindible de una amplia formación de conjunto. Porque luego, con el tiempo, varía enormemente el auge de una u otra de las especialidades, el protagonismo de las diversas ramas, la demanda social para con unas u otras disciplinas. No hay compartimentos estancos ni especialidades cerradas y definidas; al contrario, lo propio del terreno del jurista es la fluidez, la interconexión, el salto —eso sí, sucesivo— de unas especialidades a otras. De ahí que resulte inexcusable adquirir un talante y una formación que permitan el paso de unos campos a otros. A los obsesionados por la concreción práctica, a los que predicán, que no son pocos, que el licenciado debe ser capaz de pasar inmediatamente a resolver un conjunto de expedientes o de enfrentarse con determinados asuntos, hay que recordarles la verdad elemental, tantas veces repetida, de que memorizar un elenco de soluciones inmediatamente viables no sirve para nada (aparte de que cualquiera puede hacerlo, y no se necesita un licenciado para ello). El que a tal se limite quedará vendido en cuanto se produzca el primer cambio jurídico, que la experiencia enseña ha de producirse bien pronto. Valga el ejemplo, tantas veces repetido —y el propio Ihering lo utiliza—, de las ramas y las raíces: si no hay raíces, el verdor es mera apariencia enormemente perecedera. Con raíces, con consistencia, con formación, queda garantizada la adecuada renovación periódica. Desde una amplia formación jurídica —si es mínimamente seria, por supuesto—, es muy fácil, con las adaptaciones pertinentes, dar los pasos para resolver todos los problemas prácticos que se quiera. Lo que sucede es que suele producirse el simplismo de confundir sólida formación de conjunto con mala formación. Y con mala formación —que es la que, dadas las actuales condiciones, conseguirán la mayoría de licenciados—, está claro que no puede salir práctica... Pero es que ahí ni siquiera hay teoría, por apurar la fórmula maniquea.

Ojalá cayera el pequeño libro de Ihering no ya sólo en manos de los estudiantes, sino en manos de los que tienen que decir

qué estudian y cómo estudian los estudiantes. La concepción agónica del Derecho —es decir, luchadora—, que parece elemental e indiscutible, se ofrece cuajada de exigencias a la hora de decidir cómo debe ser un jurista, a la hora de decidir, por tanto, cómo debe hacerse un jurista.

4. Pero no sólo a los juristas interesa. La obra es, diríamos con terminología de hoy, un canto a la participación. Lo cual me parece muy de destacar porque le da una proyección enorme. Recuérdese el final del párrafo que anteriormente transcribía, la necesidad de trabajo sin descanso que reclama el derecho, no sólo a los poderes públicos, sino a «todo el pueblo». El libro está lleno de referencias enormemente expresivas. Valga esta otra muestra:

«... no, no basta para que el derecho y la justicia florezcan en un país que el juez esté dispuesto siempre a ceñir la toga, y que la policía esté dispuesta a desplegar sus agentes; es preciso aún que cada uno contribuya por su parte a esta grande obra, porque todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esa víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad.»

Asoma en palabras tales, y en tantas otras similares, una vieja tradición que pugna por afianzar la presencia ciudadana, por inventar, en efecto, y llevar a la práctica el concepto de «ciudadano», superando siglos de pasividad y de ostracismo. Y el protagonismo ciudadano, o político, hallará en la lucha por el derecho su mejor campo de entrenamiento. Lucha para defender el derecho propio, para reaccionar frente a cualquier desmán que haya sufrido el ciudadano singular en su propia esfera; lucha, también, inseparable, para defender con carácter general el derecho de todos. Dirá, así Ihering:

«El hombre que tiene el sano sentimiento del derecho minará la base sobre la que el sentimiento se apoya si sólo se contenta con defenderse y no contribuye a la conservación del derecho y del orden; sabe que, combatiendo por su derecho, defiende el derecho en totalidad; pero sabe, además, que, defendiendo el derecho en general, lucha por su derecho personal.»

La ciudadanía, como las casas, hay que comenzar construyéndola desde abajo, y en ningún lugar cuadra mejor que aquí el dicho famoso de que «obras son amores y no buenas razones». Los ciudadanos se hacen haciéndose, no desde la pasividad, y se hacen si se comienza por donde hay que comenzar. He aquí otro pasaje que da también que meditar:

«Los que defienden el derecho privado son los únicos que pueden luchar por el derecho público y por el derecho de gentes; los que desplegarán en esa lucha las cualidades tan probadas en la otra, y esas cualidades decidirán la cuestión. Puede, pues, afirmarse que en el derecho público y en el de gentes vienen a recogerse los frutos cuya semilla se ha sembrado y cultivado por la nación en el derecho privado. En las profundidades de ese derecho, en los más pequeños detalles de la vida, es donde debe formarse lentamente la fuerza que atesora ese capital moral que el Estado necesita para poder realizar su fin. La verdadera escuela de la educación política no es para un pueblo el derecho público, sino el derecho privado; y si se quiere saber cómo una nación defenderá en un caso dado sus derechos políticos y su rango internacional, basta saber cómo el individuo defiende su derecho personal en la vida privada.»

Larga tradición participativa, decía, el viejo ideal del despertar de la conciencia cívica. Y, sin embargo, hoy suenan excesivas señales de alarma —tal vez lo malo sea que ni siquiera suenen tales avisos o, peor aún, que nos hayamos acostumbrado a ellos, como a las alarmas locas que se disparan sin causa—, pues es escaso el protagonismo ciudadano, mucho más escaso de lo que debería, o podría, y preocupa el abundante enervamiento y desinterés cuando está para vencer siglo de tan grandes invenciones. Como si hubiera una recaída, y quienes de súbditos, de administrados, fueron llamados al ágora, quienes fueron invitados a asumir una presencia destacada en las más variadas parcelas de la vida pública, optaran por una situación de sopor y de ensimismamiento; consintieran en ser amplísimamente manipulados, despreciando su primogenitura a cambio del consabido plato de lentejas. Preo-

cupa vivamente este aletargamiento general donde se esperaba vigilancia, actividad y decisión.

En la realidad concreta española pesan mucho, más de lo que algunos llegarían a imaginar, cuarenta años —tan recientes— de intensa pasividad, esas ringleras en blanco en los anales de nuestra ciudadanía —y ¡qué jugosas, en cambio, tantas experiencias de *lucha por el derecho* que entonces fraguaron con esfuerzo y con ilusión!—. A grandes males, grandes remedios. Poco será, por eso, lo que se haga para ayudar a despojarse de pasividades, para avivar y animar la responsabilidad asumida. Bien se cuidaron quienes hicieron la Constitución de 1978 de marcar el acento en lo participativo y, luego, el legislador no ha ido a la zaga³. Pero no basta con los fundamentos. Se requiere a partir de ahí una enorme tarea. Y ¿cómo contribuir a formar ciudadanos? ¿Cómo apoyar tan indeclinable cometido? También aquí nos sirve el consejo de Ihering cuando recomienda el cuidado a toda costa del sentimiento del derecho: «Este es —dirá— uno de los deberes más elevados y más importante de la pedagogía política. El buen estado y la energía del sentimiento legal del individuo constituyen la fuente más fecunda del poder y la garantía más segura de la existencia de un país, tanto en su vida exterior como en el interior.» Secuela pedagógica así de la lucha por el derecho, pero no tanto para formar juristas cuanto para educar a quienes sepan cuidar del común. Profunda lección, de nuevo, de tan pequeño librito.

5. Bueno es mirar hacia adelante y servirse de los medios de cada época. Pero, para ello, resulta siempre valioso el impulso de los clásicos. Y esta obrita de Ihering entra dentro de tal categoría. De ahí su fuerza viva, su enorme oportunidad, incluso en la España de hoy. Al enfrentarse —lo que no quiere decir que haya que comulgar con todas las afirmaciones del autor— con páginas tales se solaza el ánimo, del mismo modo que se logra mejora-

3 Me remito a mi trabajo *La participación en la Administración Pública*, en el volumen colectivo *La participación*, editado por la Facultad de Derecho de Lérida, 1985, pp. 63 y ss.

ble punto de apoyo, y uno sigue creyendo más a gusto en lo que siempre ha creído, continúa trabajando con más tesón en lo que siempre ha trabajado. Abría estas líneas describiendo las zozobras del profesor de derecho ante las actuales condiciones de su labor, las zozobras del profesor que cree en el alto valor de su profesión y aprecia el camino que un día eligiera. Pero el profesor sabe que sus preocupaciones no entran en la longitud de onda de las preocupaciones de los responsables, los de más cerca o los más en la cumbre; sabe que como única respuesta, en lugar del hálito humanista o el aroma cultural, que él esperaría, le depararán sólo unas cifras —diabólicas— que aquéllos manejan, con soltura, que no hacen sino «demostrar inexorablemente» lo privilegiado que es el profesor, así como lo insolente e inoportuno de sus quejas —inoportuno, digo; como pequeño homenaje a don Miguel de Unamuno, hoy que se cumplen los cincuenta años de su muerte, valga el testimonio de esta gran verdad que nos legaba: «Por de pronto, una sola cosa y ella sencillísima: decir siempre y en todo caso la verdad, pero sobre todo cuando sea inoportuna»⁴—; sabrá, en fin, cuán sordos pueden ser en España los oídos sordos.

Y como cree que hay que luchar por el derecho, cavila y urde su pequeña venganza. Su pequeña venganza frente al conformismo y al abandono, frente al desinterés y a la ramplonería que corroen cualquier ideal participativo, frente a la demagogia y a la mediocridad, frente al engaño generalizado y a la titulitis disfrazados de derecho a la educación. Es así como asume el insolente propósito de recomendar este libro a diestra y siniestra, de hablar de él en cuanta ocasión se le ofrezca; de decir a los estudiantes que harían muy bien en leerlo, en asimilar sus enseñanzas; de advertir a los políticos, de las diferentes formaciones y rangos, para pon-

4 En carta que dirigía don Miguel DE UNAMUNO a don Luis DE ZULUETA, el 20 de diciembre de 1905, en el epistolario entre ambos, *Cartas, 1905-1933*, Ed. Aguilar, Madrid, 1972, p. 119. Por cierto que aprovecho la oportunidad para recomendar el volumen, todo él entrañable y de enorme calidad.

derar sus páginas; de lanzar, en suma, el mensaje a cualquier preocupado, tanto por las cosas de la *polis* como por las cosas de la cultura, de que ésta es una de las pequeñas obras maestras que no suelen abundar, que sólo bienes le deparará si llega a caer en sus manos. Porque, como dice «CLARÍN» en el prólogo, «*La lucha por el Derecho* es en rigor, sabiendo leer entre líneas, y aun sin eso, una obra de consecuencias *revolucionarias*, dando a este adjetivo el sentido menos alarmante posible.»

Redes, 31 de diciembre de 1986.

CAPÍTULO 11

UN LIBRO SOBRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Aparecido en la sección «Crítica de libros», en la «Revista Española de Derecho Constitucional», 18, 1986, 269-277, a propósito del libro de Marc-André EISEN; *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, traducción de Javier GARCÍA DE ENTERRÍA, colección Cuadernos, Editorial Civitas, Madrid, 1985, 175 págs.

1. Escribiendo en el verano de 1986 es grato recordar que este mismo mes de julio se han cumplido los veinticinco años desde que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó la primera sentencia, en cuanto al fondo, en el caso *Lawless contra Irlanda*, de 1 de julio de 1961 (en el mismo asunto hubo dos sentencias anteriores, pero sobre aspectos procedimentales). Y que en el año próximo se cumplirán diez desde que España firmó el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el 24 de noviembre de 1977, recuérdese, muy poco después de las primeras elecciones democráticas, con escasa andadura todavía el primer gobierno de responsabilidad parlamentaria del señor Suárez. Menos de dos años después —se habían producido, entre tanto, otras elecciones, tras la promulgación de la Constitución, que confirmarían al señor Suárez como presidente del Gobierno— se ratificaba —por Instrumento de 26 de septiembre de 1979— y se publicaba en la *Gaceta* —10 de

octubre de 1979—, pasando así, tras la publicación, además de entrar en vigor —lo que, según los compromisos internacionales se había producido el día 4 de octubre de 1979, fecha del depósito del Instrumento de ratificación, tal y como dispone el artículo 66.3 del Convenio—, a formar parte del ordenamiento interno —artículos 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil—. Pero no sólo eso, que era ya mucho e importante. En el propio Instrumento de ratificación, España anunciaba «la intención de formular la declaración prevista en el artículo 25 de dicho Convenio y relativa a la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos para conocer de demandas individuales tan pronto como lo permita el desarrollo legislativo consiguiente a la promulgación de la Constitución española». Parece que se quería esperar a que estuviera en funcionamiento el Tribunal Constitucional, como fórmula normal, a través del recurso de amparo, de agotar todos los recursos internos, en el sentido del artículo 26 del Convenio. Lleva fecha de 3 de octubre de 1979 la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que abre el período de instauración del alto órgano, y a finales de enero de 1981 comienzan a aparecer sus primeras sentencias (la primera de todas, de amparo, es del 26 de enero; la primera de inconstitucionalidad —sobre la Ley de Régimen Local— es del 2 de febrero; la primera cuestión de inconstitucionalidad —también sobre la Ley de Régimen Local— se falla el 29 de abril, también de 1981). Franqueada esta etapa, el propio año de 1981, el 11 de junio —para que entre en vigor el 1 de julio—, España, a través de su Ministro de Asuntos Exteriores, señor Pérez Llorca —para entonces ya era presidente del Gobierno don Leopoldo Calvo Sotelo—, declara, de conformidad con el artículo 25 del Convenio, reconocer lo que se ha dado en llamar el derecho a la reclamación individual. Desde entonces la Declaración ha sido objeto de las oportunas prórrogas: la última la firmaba, como ministro de Asuntos Exteriores, el señor Fernández Ordóñez —siendo presidente del Gobierno don Felipe González— el 18 de octubre de 1985. En el terreno de las pequeñas comparaciones en-

tre pueblos vecinos —tan unidos pero con todos los piques y celos tradicionales— juzgo que es un dato muy positivo a favor de la transición democrática española el que en esto se hubiera adelantado a Francia, abanderada siempre, y modelo para nosotros, en materia de derechos humanos y libertades públicas —del mismo modo que también resulta grato constatar que España se adelantó en la abolición de la pena de muerte.

2. Yendo más allá del terreno de las meras declaraciones formales —cuyo alcance y cuyo significado sería necio poner en duda—, tengo la impresión de que el sistema del Convenio, a través sobre todo de sus garantes más cualificados, la Comisión y el Tribunal de Estrasburgo, ocupa un lugar significativo en la vida jurídica española, y eso aun contando con que —según creo— todavía no se ha fallado ningún asunto en que resultara cuestionada la actuación de algún órgano del Estado español¹.

Las sentencias de Estrasburgo son objeto de enorme atención por parte del Tribunal Constitucional, en cuyas decisiones son citadas con frecuencia, así como por parte de los tribunales ordinarios. Cada vez con mayor frecuencia, los jueces españoles reflejan en sus fallos la doctrina de las sentencias de Estrasburgo. En este sentido creo, incluso, que el caso español es paradigmático, a la hora de valorar la eficacia del sistema del Convenio, aunque sobre ello volveré más adelante. Es muy de agradecer, así, la labor de acercamiento que han realizado obras doctrinales como el volumen *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, dirigido por Eduardo García de Enterría, con la participación de Enrique Linde, Luis Ortega y Miguel Sánchez Morón —primera

1 En los Anexos a la «Nota introductoria», de D. LÓPEZ GARRIDO, dentro del volumen editado por las Cortes Generales *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia: 1959-1983*, p. xxvii, se alude a cómo España figura como Estado demandado en cuatro ocasiones en 1981, en doce en 1982 y en diez en 1983. Esto se refiere a la vía del artículo 25 del Convenio, que conduce primero a la Comisión. Ya se sabe que la proporción de asuntos que acaban llegando al Tribunal es muy pequeña.

edición de 1979 y segunda de 1983—, con explicación minuciosa de las peculiaridades, con advertencias —y puestas en evidencia— para con la legislación española, y con un amplio resumen de cada uno de los fallos. Querría destacar también el acierto del *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, editado por las Cortes Generales, que va ofreciendo, en versión española íntegra, las distintas sentencias del Tribunal, con mención especial para el volumen en que, al conmemorar los primeros veinticinco años del Tribunal, con una amplia introducción de D. López Garrido, reunió íntegras, en versión española, todas las sentencias que se habían pronunciado sobre aspectos de fondo —excluyendo así las referentes a la «satisfacción equitativa» del artículo 50, o las que abordaban aspectos estrictamente procesales—, volumen que pasa a constituir así un instrumento de trabajo de precioso valor. Dentro de este panorama, el libro de Marc-André Eïssen, a través de la pulcra traducción de Javier García de Enterría, se convierte también en elemento valiosísimo para el mejor conocimiento del Convenio Europeo y su conjunto de garantías. Es, diré de entrada, un excelente libro síntesis, como tan bien saben hacerlo los franceses —y me viene a la memoria algo que he recordado hace poco a propósito del *Derecho Administrativo* de Prosper Weil—, de esos que sin hurtar el conocimiento más preciso de las cuestiones, arrancando de la problemática inherente, son capaces de ofrecer una visión panorámica y de conjunto, de esas que simplifican —y facilitan— enormemente el conocimiento, y que sólo pueden elaborarse desde unos saberes profundos y con cuidados exquisitos en la preparación de sus páginas. Debe saberse que el señor Eïssen es el *greffier*, el secretario, del Tribunal de Estrasburgo y en tal concepto tiene un conocimiento cabal del Tribunal, de su funcionamiento y de su experiencia. Téngase presente que a las importantes funciones que encomienda al secretario el artículo 14 —así como otros preceptos— del Reglamento del Tribunal, se añade el encargo del artículo 19,2 de que esté presente en las deliberaciones del Tribunal —que son secretas—. Es así como, a la vista de ellas, prepara un ante-

proyecto de sentencia (p. 63), cuya versión final es, por supuesto, responsabilidad de los jueces. Si a estas fuentes de información se une la finura intelectual de que hace gala el señor Eissen, se comprenderá el acierto de un libro como éste, que tan grato resulta de recomendar. Los estudiantes, los interesados por el tema, pueden lograr así, con él, un conocimiento certero del alcance y significado del Tribunal; pero también los jueces y abogados, los prácticos del Derecho. En efecto, todo lo que sea de interés quedará abordado por el libro: se comienza estudiando el «órgano», desentrañando el status de los jueces, así como la independencia individual de cada uno de ellos o colegial del Tribunal. Se trata con detalle, en segundo lugar, «el procedimiento». Es de advertir, y aquí resulta especialmente valiosa la obra, la atención que se dedica al nuevo Reglamento del Tribunal —de 24 de noviembre de 1982 y que entró en vigor el 1 de enero de 1983—, con innovaciones destacadas, como el mayor protagonismo en las actuaciones ante el Tribunal de la persona afectada, que pasa así a ser considerada como «demandante» (artículo 1.k y concordantes), asumiendo significativos poderes (aunque no la iniciativa a la hora de acceder al Tribunal, que pasa necesariamente —en uno de los puntos polémicos sobre el que luego insistiré— por el filtro de la Comisión). En una tercera parte se estudian las «funciones y poderes» del Tribunal y se bosqueja un balance —muy atinado— sobre su obra y su efectivo alcance. La obra se cierra con diversos anexos que facilitan la comprensión y ofrecen apoyo vivo para bien conocer la historia del Tribunal: lista de los jueces², lista de las sentencias emitidas —96 hasta el 1 de marzo de 1985—³, com-

2 Aunque figura el profesor García de Enterría, acaba de ser sustituido, tras haber cumplido brillantemente su periodo de nombramiento, por el profesor Carrillo Salcedo, de la Universidad de Sevilla. Es un honor como pocos el haber sido el primer juez español y será siempre muy grato ver unido su nombre a fallos tan decisivos como las sentencias *Marchx, Sunday Times, Dudgeon, Young, James y Webster, Malone, Sporrang y Lónnroth* y tantos otros.

3 Por cierto que la última de las sentencias enumeradas me da la impresión que es la primera que afecta a un ciudadano español. Se trata de la sentencia número 96, de 12 de febrero de 1985, sobre el caso *Rubinat*, aunque como Estado demandado figuraba Italia, Al

paración entre las conclusiones de la Comisión y las del Tribunal, nociones del Convenio que van imponiéndose con autonomía y varios otros. Se cierra con la transcripción del Reglamento nuevo, poco conocido hasta ahora y que de este modo puede ser manejado con fluidez.

3. Se interroga el autor con interés y desde la panorámica de los años transcurridos, acerca de la *eficacia* de las garantías, siendo consciente de lo difícil que resulta cuantificar cualquier apreciación. Incluye reflexiones muy serenas —pp. 96-97— acerca de cómo «el Tribunal ya es eficaz aun ‘en silencio’ por su sola existencia». A este respecto, y en la medida de mis conocimientos, querría referirme a la experiencia de España, que es una de las experiencias

respecto, me parece de interés destacar que la última entrega del *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* —núm. 59, marzo 1986— reproduce la sentencia en versión íntegra. En realidad, el caso *Rubinat* aparece muy unido al contemplado en otra sentencia de la misma fecha, el caso *Colozza*. Ambos fueron objeto de pronunciamiento diferente y, por tanto, sentencia distinta, que es lo habitual en el Tribunal, si bien hay una gran similitud de fondo. El Informe de la Comisión era, en cambio, conjunto; entendería que en ambos supuestos se había producido una violación del artículo 6.1 del Convenio.

Se trataba del problema de la condena en rebeldía, con las limitaciones que la solución italiana proyecta para con el condenado. Aflora así la cuestión de la compatibilidad con las previsiones del Convenio. Pero así como en el caso *Colozza*, además de aceptarse que hubo violación, se condena a indemnizar a la viuda del requirente —pues éste había fallecido, entretanto, en la cárcel— con una cantidad de seis millones de liras, en el caso *Rubinat* el Tribunal va a decantarse por otra solución. Se destaca cómo el secretario intentó ponerse en contacto con el afectado, sin lograrlo, al ser desconocido su paradero. El asunto —tal vez se recuerde— trascendió a la prensa. Por mediación del Defensor del Pueblo español el presidente de la República italiana ejerció el derecho de gracia y el condenado fue indultado cuando aún le quedaba por cumplir buena parte de su condena. Ya no estaba, pues, en prisión cuando el Tribunal va a conocer de la causa —el asunto había llegado al Tribunal por iniciativa de la Comisión, sin que el secretario del Tribunal, como dije, lograra conectar con el afectado al objeto de poder ejercer sus opciones como demandante—. Por eso el Tribunal, tras advertir que en la sentencia *Colozza*, del mismo día, ya ha hecho las oportunas declaraciones sobre la incorrección del Derecho italiano, va a aceptar la sugerencia del Gobierno y «decide excluir el asunto del turno de causas y pleitos» archivando las actuaciones —sin perjuicio de reinscribirlo si se produjesen nuevas circunstancias—. Se da acogida, en definitiva, y es la tercera vez que sucede hasta la fecha (véase Eissen, p. 64), a la posibilidad prevista en el artículo 48 del Reglamento, para cuando haya habido «arreglo amistoso, transacción u otro hecho que por su naturaleza constituya una solución del litigio». De modo que, en definitiva, no va a haber pronunciamiento.

más recientes en la historia del Convenio, pero que pronto ha de alcanzar los diez años, como antes indiqué. Pues bien, no ha sido difícil constatar, de una parte, lo que supuso, en esos pasos ciertos y tan valiosos de la transición política, la incorporación al Consejo de Europa, pero luego, cada uno de esos avances en relación con el Convenio y sus garantías, a que me refería al comienzo. Pero también, la enorme atención de los responsables a lo largo del proceso de elaboración de las distintas normas, desde la propia Constitución o las normas que le precedieron, a las demás dictadas para su desarrollo. El legislador español se ha cuidado de informarse activamente acerca del grado de compatibilidad y respeto de sus propuestas para con las exigencias del Convenio. Se discutió, incluso, al elaborarse la Constitución, a la hora de consagrar los derechos fundamentales, si no sería suficiente con una remisión genérica al Convenio. Al final, era tal la necesidad de afirmar algo de lo que se había carecido, que se optó por la enumeración minuciosa de los derechos fundamentales. Pero aun así, por mor del artículo 10.2, el Convenio, si no mencionado expresamente como alguna de las enmiendas pretendía, ha quedado de hecho constitucionalizado. Y, por supuesto, los derechos que la Constitución enumera siguen muy de cerca los contenidos del Convenio. Siendo un claro motivo de satisfacción el constatar cómo se encuentran en la Constitución española de 1978 los logros que se están introduciendo en los Protocolos adicionales que complementan el Convenio: abolición de la pena de muerte salvo para los tiempos de guerra (Protocolo adicional núm. 6); no digamos los tres contenidos del Protocolo número 1: propiedad, derecho a la educación y elecciones periódicas; derecho a la libre circulación (Protocolo núm. 4. art. 2); indemnización por error judicial e igualdad de los derechos civiles entre los cónyuges (artículos 3º y 5º, respectivamente, del Protocolo adicional núm. 7), etc.

Pero el propio legislador ordinario, insisto, ha sido enormemente celoso para cuidar que sus regulaciones casaran con la le-

tra y el espíritu del Convenio. De modo que yo creo que el ejemplo español es sobresaliente para calibrar esta eficacia silenciosa del Convenio y su mundo de garantías. Recalcaré, sin que sea éste el momento de insistir, cómo el Tribunal Constitucional está desarrollando una enérgica tarea de depuración del ordenamiento jurídico español, auspiciando a toda costa el respeto sumo para con el «derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces», que proclama y garantiza el artículo 24 de la Constitución. Esta tarea le apremia al Tribunal Constitucional sobre todo al resolver recursos de amparo, pues un buen número de ellos se refieren a pretensiones del artículo 24 de la Constitución, pero también aparece en los supuestos de inconstitucionalidad⁴.

Pues bien, ni que decir tiene que al Tribunal Constitucional le sirve de acicate continuo la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que con tanta intensidad ha tenido que ocuparse de las garantías procesales del artículo 6^o —y de otros— del Convenio. En esta línea, y se puede decir que se cierra así el círculo, hay que encuadrar, sin falta, la reforma de la legislación jurisdiccional, tanto orgánica como propiamente procesal. Destacaré, así, la amplia serie de garantías que ha acogido en su título preliminar la reciente «Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio). O el proceso abierto, en clara línea, garantista, para modificar la Ley de

4 Por dar una muestra, recordaré la sentencia 76/1982, de 14 de diciembre, con motivo de una cuestión de inconstitucionalidad, que entendería incorrecta una disposición del artículo 14 de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre —posterior a la Constitución, adviértase—, de reforma del Código de Justicia Militar, en cuanto limitaba a algunos condenados —de acuerdo con la amplitud de las penas— la posibilidad de acudir al recurso de casación. De esta sentencia me he ocupado en mi libro *El 23-F. Sus secuelas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, pp. 97 y ss. El Tribunal Constitucional maneja, en su argumentación, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien trata de alejarse de él entendiendo que el artículo 24 de la Constitución proporciona suficiente apoyo para su razonamiento.

Aludía antes a los Protocolos adicionales al Convenio. No estará de más recordar ahora cómo el Protocolo número 7 prevé en su artículo 2^o, para las condenas penales, la posibilidad de acceso a un tribunal superior.

Enjuiciamiento Civil, la de lo Contencioso-Administrativo, así como la del Procedimiento Laboral.

4. Las últimas páginas de su exposición (105-107) le sirven al señor Eissen para reflexionar acerca del interrogante: «¿Por qué tres órganos y no uno solo?» Y el lector se interroga de consuno: ¿Por qué es lento y espeso el filtro que conduce al Tribunal? ¿Por qué, en última instancia, no depende de los ciudadanos el acudir directamente ante el Tribunal?

Aflora, en efecto, una vieja cuestión periódicamente renovada y hoy de la más viva actualidad.

Diría, al respecto, a modo de mero comentario y sin que sea ésta la sede para pronunciamientos más decantados, que creo que es muy importante no olvidar el carácter tan específico y singular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hay que tener las ideas muy claras y, de ahí, muy firmes las convicciones. Ninguna duda me cabe de su carácter de Tribunal, por así decir, de solemnidad, que nada tiene que ver, con toda intención, con ideas como la del juez natural, juez ordinario o juez predeterminado por la ley.

Nada más alejado de ello, Y con toda intención, insisto. Me parece un simplismo querer predicar de aquél notas que sí son propias de estos últimos: inmediatividad, rapidez, fácil acceso. El Tribunal de Estrasburgo no es un tribunal ordinario. Es un tribunal sólo para supuestos solemnes, en el sentido de decantados y escogidos. Me parece decisiva la tarea de acercar la justicia a los justiciables. Pero eso reza, sobre todo, con los tribunales «ordinarios» y desde luego, con los tribunales nacionales. Y a esa tarea puede contribuir enormemente, y de hecho está contribuyendo con gran fuerza, un tribunal de solemnidad como el de Estrasburgo. Pero por la vía indirecta, sobre todo. Sólo en muy contados supuestos, de manera directa. No creo que sea un lujo para Europa mantener un tribunal de solemnidad. No sólo con un enorme pres-

tigio, sino sobre todo que no esté desbordado de asuntos, condición *sine qua non* para que pueda seguir funcionando con la altura que hasta ahora le caracteriza⁵. Hoy conocemos una tendencia exacerbada a la multiplicación del papeleo; bueno será habilitar, sí, por principio, una segunda instancia, pero si se cuenta con los Tribunales de Casación, con los Tribunales Constitucionales y si se abren las puertas del Tribunal de Estrasburgo, estaríamos en vías de normalizar, como regla, una tercera, una cuarta y una quinta (si no sexta) opción jurisdiccional, que no creo, en verdad, que sea lo más adecuado para el recto hallazgo de la justicia. Cuando se razona acerca de la oportunidad de franquear el acceso individual al Tribunal de Estrasburgo, creo que habría que tener en cuenta una serie de circunstancias recientes, insospechadas casi en la época en que se preparó y nació el Convenio, como, por ejemplo, la que representa la amplitud que la jurisdicción constitucional está adquiriendo en tantos países europeos, abriendo claras fuentes de garantía⁶. Comprendo que es una tarea lenta y compleja, pero como regla me parece lo más adecuado forzar a que la defensa de los derechos humanos sea asumida por los tribunales nacionales (excluyendo trabas, facilitando los pronunciamientos sobre el fondo, combatiendo las discriminaciones por razón de las condiciones económicas y a través de tantos otros remedios). Con escape siempre, sin duda, para los supuestos de entidad, para los casos más

5 Debo decir que estoy impresionado por las pésimas condiciones en que tienen que desenvolverse las Salas de lo Contencioso-Administrativo, nada menos que del Tribunal Supremo: cúmulo impresionante de asuntos con una exigüidad de medios, personales y materiales, que sobrecoge. Del mismo modo me parece enormemente preocupante —y lo he señalado en cuantas ocasiones he podido— el aluvión de papeles con que tiene que enfrentarse el Tribunal Constitucional. No creo que la huida hacia arriba sea la mejor manera de garantizar la justicia.

6 Pero, por supuesto, la sensibilidad para con la defensa de los derechos humanos se manifiesta hoy de muchas otras maneras. Valga como muestra el fenómeno de generalización, aquí y allá, de la figura del comisionado parlamentario, siguiendo las huellas del *ombudsman* nórdico. No será preciso recalcar que la institución ha sido asumida por el artículo 54 de la Constitución española de 1978 y que diversos Estatutos de Autonomía la han acogido también, adaptándola e introduciéndola, para su propio ámbito.

recalcitrantes. Ahí es donde debe jugar su papel el Tribunal, pero sólo ahí. No tengo empacho en reconocer, por eso, que me parece positivo modular y cribar los asuntos que le lleguen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y en este sentido no juzgo desaconsejable el papel actual de la Comisión —la postura del Comité de Ministros es ya otra cosa—. Será grande el alcance de la incidencia individual de cada sentencia. Pero creo que la *eficacia silenciosa* —y repito que tengo muy presente la experiencia española— pesa enormemente más.

SEGUNDA PARTE
EL DEBATE CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO 12

ARAGÓN EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

Conferencia pronunciada en Zaragoza, dentro del ciclo «10 años de Constitución Española», organizado por la Asociación de la Prensa de Zaragoza, presidida a la sazón por Luis Granell Pérez, ciclo en el que participaron también, Luis Carandell, Víctor Márquez Reviriego, Santiago Muñoz Machado, Máximo Cajal, Marcelino Camacho y Tomás de la Quadra-Salcedo. Todas las intervenciones se recogieron en un volumen editado en Zaragoza por la Asociación de la Prensa, 1988, con el mismo título del ciclo, que luce en portada el cuadro «Prisma», de José Manuel Broto. Mi intervención ocupa las páginas 39-54. En el volumen figura también la amabilísima y generosa presentación que me hizo Eloy Fernández Clemente. Yo, en efecto, acababa de aterrizar en la Universidad Complutense tras una prolongada e intensa estancia de 17 años en la Facultad de Derecho de Zaragoza. Y, de hecho, era la primera vez que volvía a comparecer en público en Zaragoza, tras mi marcha. Lo que explica la emotividad que caracterizó al acto. La referencia que se hace a la actualidad inglesa, tiene que ver con que esos mismos días estaba en España en visita oficial la Reina Isabel II de Inglaterra.

Es muy grato para mí hallarme ahora en presencia de tantas caras conocidas, de tantas miradas amigas, por lo que me mues-

tro muy reconocido a la Asociación de la Prensa por haber tenido el detalle de invitarme a participar en este ciclo.

Y en relación con las palabras que ustedes acaban de escuchar, hay momentos en que a uno le gusta que le halaguen y que le piropen, pero en fin. ante tantas flores como ha echado Eloy Fernández Clemente, tan buen amigo, yo creo que hay que rebajar un poco las cosas, que hay que dejarse de victimismos y que hay que mirar hacia el futuro. De todas maneras, muy agradecido por sus cordialísimas palabras, que han tenido, incluso, la fuerza de desatar mi emotividad. Pero vamos a seguir adelante, vamos a trabajar con gusto y a continuar nuestra jornada tranquilamente.

Y, sin más preámbulos, pasamos ya al tema de la conferencia de hoy, que es «Aragón en el proceso constituyente»,

1. Pues bien, como primera idea, como punto primero que yo quería evocar, es el de que, en efecto, nos estamos dedicando a celebrar diez años de una Constitución y, justo el año pasado, se cumplía el segundo centenario de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Diez años frente a doscientos años de un texto constitucional, ¿no será mucha petulancia? ¿No será mucho comparar?

Una Constitución, la de los Estados Unidos, a la que se han vuelto las miradas desde muchos países, desde muchos Estados, también desde España, en momentos muy difíciles. Una Constitución modélica, aunque es verdad que la política que desde esa Constitución ha podido realizarse ha variado y ha sido muy diversa según las épocas y según los momentos. Pero, claro, una Constitución que ha durado doscientos años se explica porque hay una serie de remedios; entre otras cosas, la Constitución ha conocido numerosas enmiendas; entre otras cosas, en Estados Unidos la Corte Suprema interpreta, reinterpreta evolutivamente las dicciones constitucionales poniéndolas al día y adaptándolas, por tanto, a las nuevas circunstancias.

Una Constitución, además, no siempre lineal, porque yo recuerdo que se habla mucho de la enmienda primera, la libertad de prensa, de lo bien que trabajan los periodistas en los Estados Unidos de América, y lo digo esto conscientemente, hablando en la Asociación de la Prensa. Pero yo tengo muy presentes las congojas de tantos escritores, pongamos por caso en los primeros años de este siglo, pongamos por caso a alguien como James Joyce, cuya gran novela, el *Ulises*, no pudo publicarse originariamente en los Estados Unidos. Como ustedes saben, la censura que entonces funcionaba, censura que normalmente se aplicaba a través de los funcionarios de correos, hizo que tuviera que ser a través de una devota admiradora americana, en concreto Silvia Beach, que ha narrado todos estos avalares en un delicioso libro, contando la historia de *Shakespeare and Company*, la famosa librería a las orillas del Sena, de París, la que hiciera en Francia la primera edición en su lengua original, el inglés; cosa que no pudo hacerse en Estados Unidos.

Pues bien, cuando la Constitución de Estados Unidos se discutió, hay un detalle que a mí me complace mucho recordar ahora, y es que justo en la Convención de Filadelfia se menciona a Aragón. En la Convención de Filadelfia se haría alusión al Justicia de Aragón. Se está discutiendo en ese momento si es conveniente otorgar funciones de control del legislador a los jueces y a los tribunales; el problema del control de la constitucionalidad. Yo he tomado la nota de don Nicolás Pérez Serrano que es una fuente espléndida dentro del Derecho constitucional español, y narra cómo Dickinson, interviniendo en la Convención de Filadelfia, dice: «¡Ojo!, que el Justicia de Aragón se fue poco a poco convirtiéndose en legislador». Esta es la cita textual de la Convención de Filadelfia.

¿Tentación para nuestro buen amigo Emilio Gastón, el actual Justicia de Aragón? No creo. Pero acaso tentación para tribunales constitucionales, como el Tribunal Constitucional español que. en

algún supuesto concreto, pudiera sucumbir a la tentación de convertirse en legislador, dando un paso más allá de su primigenia función de control de la legislación.

Pues bien, frente a estos doscientos años, nosotros estamos muy satisfechos por los diez primeros que se están celebrando ahora; porque, dentro de la historia del constitucionalismo español, ésta es una cifra verdaderamente sorprendente. Ni la primera Constitución Española, la de 1812, la más importante, la más famosa, la que fue el motor, ni la del doce logró estar en vigor todo este período de tiempo. Fue promulgada, fue derogada, vuelta a promulgar, vuelta a derogar, rigió en países extranjeros, fue copiada, pero no llegó a alcanzar una vigencia tal. El plazo sí lo superaría la Constitución de la Restauración, la de 1876, pero no escasearían bajo su vigencia situaciones bien poco normales.

Por eso que, concretándonos a la historia del constitucionalismo español, este período de diez años es un dato muy relevante y del que podemos congratularnos.

2. Como segundo punto, después de haber hablado de una experiencia comparada, quiero ahora referirme a una experiencia histórica. Mencionaba hace un segundo la Constitución de Cádiz, la primera de las españolas, pues bien, es también interesante notar que cuando en la Constitución de Cádiz se está fijando el territorio de las Españas, que así se dice en el artículo 10 de este texto constitucional, la primera referencia que se hace es a Aragón. Lo normal es que, por orden alfabético, la primera mención hubiera correspondido a Andalucía, pero Andalucía no figura como tal sino como Córdoba, Granada y Jaén, de modo que lo primero que se menciona es Aragón.

Pues bien, cuando queremos ponderar o considerar cuál ha sido el papel de los aragoneses en las distintas constituciones españolas, en los procesos constituyentes —y ha sido un papel brillante en momentos determinantes—, por ejemplo en la Constitu-

ción de 1869, o en la del treinta y uno, hay que decir que la experiencia de Cádiz, el saber qué hicieron los aragoneses en Cádiz, es algo que se nos ofrece enormemente simplificado y facilitado, porque justo el año pasado las Cortes aragonesas, en su anterior Legislatura, editaron el libro de doña Concepción Torres Liarte titulado *Los diputados aragoneses en las Cortes de Cádiz (1808-1814)* y en este libro se nos facilita enormemente la tarea. Libro muy útil y de lectura recomendable a los interesados, que fue una tesis de licenciatura dirigida por el profesor Carlos Forcadell. Y libro valioso, porque ha venido a reparar para Aragón lo que para otros territorios se había hecho hace muchísimos años: el fijar cuál había sido el papel de los asturianos, de los canarios, de los catalanes, de los americanos en Cádiz, se había realizado hace muchos años.

En esta línea se me ocurre decir una cosa también; cuando visité personalmente, y con bastante emoción, el oratorio de San Felipe, la iglesia donde se celebraban las sesiones de las Cortes de Cádiz, al detener los ojos en las numerosísimas placas que han sido colocadas para conmemorar y para recordar a los que allí participaron, me da la impresión de que nadie ha recordado a los aragoneses. Digo me da la impresión, porque la iglesia es alta y las letras de las lápidas y de las inscripciones, no siempre son legibles; pero cuando uno busca y no encuentra, sospecha que el olvido aragonés, como tantas veces, se manifiesta en pequeños detalles como éste.

Pues bien, en relación con la Constitución de Cádiz, hay un detalle que ha sido recordado con frecuencia y es el de que el canónigo penitenciario de la catedral de Teruel, don Vicente Pascual Esteban, natural de Rubielos de Mora, fue quien actuó en varias ocasiones como presidente. Y actúa como presidente, en concreto, cuando se lee la Constitución y cuando jura la regencia, lo que le permitió a mosén Pascual, en su discurso, decir y recordar que la Constitución que nace no es sino trasunto de las antiguas liberta-

des de Aragón; planteamiento doctrinal que, como recuerdan, es muy común en Cádiz. Se dice que no hay ninguna innovación, sino que lo que se incluye en la Constitución es el viejo Derecho histórico español.

Las actuaciones que tienen los aragoneses en Cádiz podemos separarlas en dos bloques, dos conjuntos de actividades: unas que se refieren a problemas concretos aragoneses, y otras genéricas en defensa de lo que se va a defender y se va a plantear en Cádiz. Dentro de lo que se refiere a aspiraciones concretas aragonesas, don Pedro María Ric, natural de Fonz, que llegaría a ser rector de la Universidad de mi pueblo, rector, de la Universidad de Huesca, aparte de su conocida actividad como regente de la Audiencia de Zaragoza y sus actuaciones en los Sitios, todavía defiende, don Pedro María Ric, la necesidad de que Aragón tenga un puerto de mar; una vieja aspiración que aún aparece en este momento. Y como pretensiones específicamente aragonesas, preocupa el conseguir subsidio para los gastos de guerra, del mismo modo que está presente el afán por que se asegure un empleo a las muchas personas que han participado en los Sitios, dada la carestía y el hambre que se está padeciendo.

Pero si esto son actuaciones que, diríamos, redundan en provecho directo de lo aragonés, la mayor parte de supuestos se refieren a problemas genéricos; es decir, defendiendo las exigencias de los tiempos, que es lo que va a aparecer en Cádiz: la disolución de los señoríos, la reversión de los bienes nacionales, la disolución de mayorazgos, la enajenación de baldíos y de propios, la disolución de los gremios. Del señor Pascual nos encontramos con una referencia que hoy es de una vivísima actualidad, ya que habla de que «el poder judicial no sea enteramente independiente de la soberanía nacional». Un planteamiento hoy vivo y polémico, ya está tan claramente formulado en Cádiz.

Hay dos propuestas de Isidoro de Antillón, el famoso geógrafo natural de Santa Eulalia, (Teruel) que quiero recordar ahora,

también del mayor interés, en línea con las aspiraciones entonces imperantes: la primera es la que propone la abolición de la esclavitud de los negros. Precisamente en estos días de tan intensa colaboración y amistad anglo-española, hay que decir que en este punto los ingleses nos llevan muchísima ventaja; España incumplió tratados internacionales que firmó con Inglaterra, por los que se comprometía a la abolición de la esclavitud. Es incluso una vergüenza de la España católica, que haga poco más de cien años que en España se ha abolido la esclavitud, en las Españas, que en la España ultramarina se aboliera la esclavitud. Esto lo proponía Antillón en aquel momento.

Y otra propuesta que hacía Isidoro de Antillón era la de la abolición de los azotes en las escuelas. La verdad es que aquí sí que, comparando con los ingleses, nos hemos adelantado en muchos años a la experiencia pedagógica inglesa. Porque, recuerden, hace muy poco, en concreto el 25 de febrero de 1982, todavía ha conocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de un asunto, el supuesto de las señoras Campbell y Cosans, que litigaban, precisamente, porque la práctica de los correazos en la palma de la mano seguía siendo una experiencia inglesa. Sentencia que ha estudiado entre nosotros el profesor Embid Irujo, en el número siete de la *Revista Española de Derecho Constitucional* y que todavía nos sitúa ante un problema que tanto ha dado allí que hablar últimamente.

Pero si junto a estos aspectos nos preguntamos por cuál ha sido la actitud general, cuál ha sido el comportamiento genérico de los aragoneses en Cádiz, resulta que Concepción Torres nos ofrece un juicio bastante negativo: «a la mayoría de los aragoneses se les caracteriza por su silencio». Y dice además: «las Cortes de Cádiz interesaron poco en Aragón». Esto era algo común y normal en aquella época. No olviden que es período de guerra civil, con todas sus terribles secuelas —que impresionaron a nuestro paisano Goya— lo que agravaba además las ya de por sí ingentes di-

ficultades de comunicación. Si Cádiz va a ser el hervidero, el crisol de ideas adonde llega lo más granado de la época, está claro que no se trata de ideas arraigadas y con amplia aceptación social. A este propósito, es útil recordar siempre el conocido juicio de Carlos Marx, en el sentido de que las Cortes de Cádiz representaban «la España ideal, mientras que la España real se encontraba en plena lucha o había sido ya conquistada. En la isla de León, ideas sin acción; en el resto de España, acción sin ideas».

3. Pero dejemos las referencias comparadas, Estados Unidos, dejemos las referencias históricas, Cádiz, y vengamos ya, como punto tercero, al centro de nuestra reflexión.

Quiero refrescarles un dato del año 1978, que es el año en que se elabora y aprueba la Constitución. Pero antes de venir a ello, y tomando apoyo en lo que decía hace un momento, un interrogante: ¿apoyo popular a los parlamentarios? Pues bien, yo, en cuanto parlamentario, debo de decir que me sentí enormemente respaldado, ayudado y en una comunión con los electores verdaderamente fluida. Por supuesto que trabajé, como trabajamos todos mucho, pero este contacto, este apoyo, yo creo que no tenía nada que ver en 1978 con lo que había sucedido en el periodo de Cádiz.

Bien, vamos a entrar en algunos problemas referentes a puntos específicos, pero quiero decir que yo no voy a hacer ahora la crónica del período. Quede esto para algún licenciando o licenciada que haga la tesina, aunque esperemos que sea antes de los ciento setenta y cinco años que han sido necesarios para recordar a los de Cádiz,

Pues bien, yo fui senador, como les decía, por Zaragoza en la denominada Candidatura Aragonesa de Unidad Democrática, la CAUD. Los partidos políticos, recién salidos de la clandestinidad, no podían calcular su implantación entre los electores. Para el Congreso, dado el sistema proporcional que se había concertado, bien podían ir en solitario. En cambio, como para el Senado

regía el criterio mayoritario, se convino, con buen sentido, en fórmulas que agruparan a las diversas fuerzas de la izquierda. Es así como un grupo cualificado de independientes y muy señalados partidos democráticos avalaron, propiciaron, crearon y animaron esta Candidatura Aragonesa de Unidad Democrática.

Quiero en este momento evocar a Ramón Sainz de Varanda, otro de los propuestos para senador, que sacó el número uno en las elecciones; recordar, también, a Antonio García Mateo, el tercer integrante. Salimos los tres, apoyados conjuntamente y por muy amplia mayoría, aunque lo cierto es que cada uno habíamos sido propuestos por un partido distinto, nominados, como se dice ahora.

Recuerdo perfectamente la visita que recibí en un pequeño despacho que entonces ocupaba en la Facultad, en la que los líderes políticos más cualificados venían a ofrecerme si quería ser senador. Ahí estaba, en efecto, por el PSOE, Ángel Cristóbal Montes; por el Partido Comunista venía Vicente Cazarra; y quien me nominaba, quien era portavoz del partido que a mí me proponía, que era el Partido Socialista de Aragón, el PSA, llegó con bastante retraso, pues, en efecto, Emilio Gastón, que se encontraría con alguien por el camino, llegó cuando ya estaban los otros casi acabando de darme el recado.

Hicimos campaña muy a fondo. Recorrimos pueblos, barrios, centros; trabajamos con fuerza. En este momento, yo quiero recordar también la colaboración de Luis Marquina, que fue nuestro *manager*, así como la de Francisco Llovet, nuestro secretario. Y diría, como una característica a recalcar, poniendo en estos momentos todo el acento posible, que si algo caracterizaba entonces, no sólo la nuestra, sino la acción política general, era la generosidad y el desprendimiento.

Eran tiempos en los que se hacía política sinceramente y sin más, porque se creía en la obligación ciudadana de hacer política;

nadie actuaba por ventajas personales, nadie esperaba salir colocado o que le «liberaran» de su trabajo, ni prebenda o retribución alguna. Generosidad y desprendimiento, lo recalco. Ya sé que son virtudes que hoy no se llevan; hoy las modas van por otro lado. Pero a veces hay que recordar, hay que no cansarse de decir y repetir lo que es importante y en lo que uno cree. Y en esas elecciones fue algo real y asumido con naturalidad: cientos de zaragozanos de los diversos partidos políticos trabajaron generosísimamente dibujando carteles y pancartas, preparando la infraestructura para los mítines, pegando carteles, aireando a los cuatro vientos las bondades del programa a través de cualquier modalidad de altavoz, repartiendo publicidad o pegatinas, recaudando fondos de las mil maneras imaginables: vendiendo bonos, subastando cuadros de los más famosos pintores o, simplemente, despachando en la caseta de la fiesta; controlando las mesas electorales y los recuentos, y, así, un sin fin de actividades, en una eclosión de generosidad que bueno es recordar.

La campaña fue para mí algo emocionante, muy emotivo. Recuerdo perfectamente, tengo incluso algunas páginas escritas, el peregrinar por tantos pueblos tratando de convencer de que ya pasaron los tiempos del miedo, que se podía hablar, que no había que ocultar lo que se pensaba, que no iba a haber ya «vencedores y vencidos», que luchábamos por la igualdad de oportunidades.

En Zaragoza, las elecciones del 15 de junio de 1977, como recordarán, otorgaron representación parlamentaria a las siguientes fuerzas políticas: La UCD, cuyo primero de la lista era Juan Antonio Bolea; el PSOE, cuyo espada era Ángel Cristóbal Montes; la candidatura de Hipólito Gómez de las Rocas consiguió el puesto suyo en el Congreso, y en el Senado un escaño para Isaías Zaragoza; el PSA logró un escaño para su secretario general, Emilio Gastón, entonces del PSA, en la Federación de Partidos Socialistas, que se presentaba en coalición con el partido del profesor Tierno Galván.

Y, por cierto, que me gustaría recordar ahora también, evocar muy de pasada, aquel grandioso mitin que tuvo lugar en la plaza de toros de Zaragoza el 13 de junio de 1977.

El viejo profesor dio una impresionante lección de civismo, de ciudadanía, de sabiduría, y yo creo que bien valdría que en la plaza de toros se pusiera una placa, recordando a tan eminente figura y a tan significativo acto que impresionó a miles de aragoneses (y sorianos, que también vinieron de las tierras de don Enrique).

Junto a ellos, junto a todos estos, los tres Senadores de la CAUD: Como verán, el baile de personas y partidos, visto desde hoy, ha resultado movido, pero que muy movido.

Es de advertir, junto a tales presencias, dos ausencias: ni el Partido Comunista, a pesar de lo mucho que había trabajado, ni Alianza Popular obtuvieron escaño en Aragón, aunque sí habían logrado representación en otros ámbitos nacionales,

Pues bien, tras estos preámbulos, el dato que quería recordar es el de la magna manifestación autonómica que tuvo lugar en Zaragoza el día de San Jorge de 1978, el 23 de abril de 1978. Está en la mente de muchos, hay imágenes bellísimas, pero sobre todo es importante tener en cuenta que esto no caía del aire; había habido un trabajo muy serio de preparación, de concienciación para que esto saliera adelante.

Me es muy grato recordar ahora, y lo digo sin ningún afán exclusivista, que desde unos años antes unos cuantos «locos» nos habíamos reinventado el regionalismo aragonés, en medio de la apatía, la indiferencia, el asombro, cuando no la hostilidad. Es de justicia recordar, por ejemplo, lo que representó *Andalán* —y me place que esté aquí a mi lado Eloy Fernández Clemente—, lo que representó el Seminario de Estudios Aragoneses, tanta actividad, también, del Pignatelli —el inicio, así, de las *semanas aragonesas*— u otras muchas labores bien esforzadas que no cayeron en saco roto.

Volviendo a la exposición y a aquel abril de 1978, tengo aquí un valioso documento que he exhumado para preparar esta intervención; tengo el número uno del Boletín Oficial de la Diputación General de Aragón, primer Boletín Oficial de Aragón que salió entonces y que lleva fecha de 11 de abril de 1978. De él quiero recordar ahora tres datos que tienen su interés: en primer lugar figura el acuerdo de los diputados y senadores aragoneses expresando las aspiraciones autonomistas, tomado en Teruel el 10 de julio de 1977: fíjense, las elecciones habían sido el 15 de junio, y el 10 de julio ya están reunidos los parlamentarios aragoneses en Teruel. En efecto, se planteó muy tempranamente el constituir la Asamblea de Parlamentarios, un poco al estilo de lo que estaba sucediendo en otras regiones. Tomamos la iniciativa los de la CAUD, hablamos con el PSOE, hablamos con Gastón y fuimos, claro, a plantearse al partido entonces en el Gobierno. Recuerdo que acudimos a visitar a Juan Antonio Bolea, que entonces trabajaba en la Caja de Ahorros de Zaragoza, Aragón y Rioja; fuimos a la sede central, que estaba entonces en la calle de San Jorge, justo en el edificio donde después tuvieron su sede las Cortes de Aragón. Se celebrarían diversas reuniones de parlamentarios, aunque elegimos, intencionadamente, que el primer lugar fuera Teruel. Pero, por ejemplo, a la sesión de Huesca acudió el ministro para las Regiones, don Manuel Clavero,

En Teruel, es curioso, uno de los asuntos que estaba en candelerero, y que se discutiría vivamente, sobre todo en los pasillos, era el que se refería al intento del Partido Comunista y de Alianza Popular, dado que no eran fuerza parlamentaria en la región, pero sí de ámbito nacional, de que de alguna manera se les incluyera en los órganos de gobierno a los que se aspiraba.

En segundo lugar, aquí se publica, también, el Decreto-Ley que vino a establecer la preautónoma para Aragón, el Decreto-Ley 8/1978, de 17 de marzo. Régimen preautonómico, escaso de contenido, de muy pocas competencias, pero que sin duda era un salir adelante y un ponerse en marcha.

Y, como tercer dato, querría recordar que aquí viene también el discurso que, en el acto celebrado en Calatayud, había pronunciado el primer presidente del organismo aragonés, Juan Antonio Bolea. Pero diré que si Bolea era el presidente, el vicepresidente era Jaime Gaspar y Auría, diputado del PSOE por Huesca, y el secretario general era José Ángel Biel, diputado de la UCD por Teruel. Y, además, en este Gobierno estaban incluidos los otros dos senadores de la CAUD. De modo que, como ven, en unos primeros momentos se comienza ya con un Gobierno de coalición, con una fórmula de Gobierno compuesta, adecuada para momentos especiales y para situaciones de puesta en marcha de nuevas experiencias.

4. ¿Y la Constitución?, se preguntarán ustedes, ¿cuál fue el papel de Aragón y de los representantes aragoneses en el proceso de elaboración de la Constitución de 1978? Pasamos así al punto cuarto de los que quería desarrollar.

Cuanto antes debo decir algo que pienso, con toda honradez y con toda sinceridad; es verdad que en Aragón hay problemas vivos, es cierto que hay en Aragón apremios y necesidades, pero en puridad, no creo que pueda hablarse de un problema aragonés, del mismo modo que se ha hablado en España, desde hace muchos años, de un problema de tal o de cual otra región. No necesitábamos fórmulas específicas, sino que lo que nos hacía falta era un contexto general, un sistema, unas reglas de juego en donde, por ejemplo, se garantizara la posibilidad de hacer política. Pero digamos que, si se aseguraba la libre circulación por todo el territorio y la uniformidad de tarifas, ningún sentido tenía el afán por conseguir, pongamos por caso, un puerto para Aragón; aparte de que las fronteras aragonesas, por fortuna, están fijadas desde hace muchos siglos ya.

Estábamos, sí, muy sensibilizados por el problema del trasvase. Por eso se insistió muy especialmente en la cuestión de la unidad del ciclo hidrológico y, al respecto, tuve el honor de de-

fender la enmienda que había planteado al respecto Sebastián Martín-Retortillo que, de alguna manera, ha quedado incorporada a los artículos 149, párrafo primero, punto vigésimo segundo y 148, párrafo primero, punto décimo, por supuesto de la Constitución.

Importaba también el problema del Derecho Foral, pero nos interesaba desde una perspectiva genérica, desde una perspectiva general y, en efecto, la fórmula que para el Derecho Foral ha dado en concreto el artículo 148, párrafo primero, regla octava, nos parece una regla válida y suficiente, que no necesita por consiguiente de mayores especificaciones. Al respecto vale la pena detenerse en un detalle: nos preocupaba que el adelanto de la mayoría de edad que iba a significar la Constitución, no perjudicara peculiaridades existentes en Aragón desde hace mucho tiempo. Como saben, antes de la Constitución la mayoría de edad estaba fijada a los veintidós años y, en concreto, el artículo 12 de la Constitución, la fija a los dieciocho. Pues bien, el Derecho Foral aragonés conoce algunas especialidades, de acuerdo con las cuales, antes, desde los catorce años, mediante matrimonio, puede lograrse la mayoría de edad.

Pues bien, la preocupación era la de que esta ventaja, este beneficio que representaba el adelanto de mayoría de edad para todos los españoles, no fuera a representar una carga para los aragoneses, lo mismo que había sucedido cuando, en años anteriores, se había adelantado de los 25 a los 21. Y por eso redactamos, defendimos, negociamos, y conseguimos que saliera una enmienda que se ha plasmado en la disposición adicional segunda; operación en la que me correspondió el honor de tomar alguna iniciativa. En efecto, la disposición adicional segunda, como recordarán, dice lo siguiente: «La declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 de esta Constitución, no perjudica las situaciones amparadas por los Derechos Forales en el ámbito del Derecho privado». Es una fórmula genérica.

Ahí discutimos vivamente. En concreto, el diputado por Teruel, de UCD, José Luis Figuerola Cerdán decía que esta peculiar-

ridad se daba sólo en Aragón y que había que aludir expresamente en Aragón. A mí, personalmente, y al resto, nos parecía que era mejor una fórmula genérica que respaldaba a todo el Derecho Foral, mejor que lograr una mención expresa a Aragón. Porque es verdad que, en efecto, la Constitución tiene menciones expresas a Navarra, a las provincias Vascongadas, a Canarias, a Ceuta y Melilla, etcétera, pero creíamos que era suficiente con el planteamiento que acabo de señalar y por eso hicimos toda la fuerza posible. Lo importante era el contenido y no entrar en la punja por ver quién salía citado.

5. Esto en cuanto a Aragón en general, o genéricamente hablando. ¿Y los aragoneses? ¿Cuál fue el protagonismo real de los aragoneses? Paso así a un punto quinto. Tampoco pretendo ahora una exposición exhaustiva, sino destacar sólo algunos pasos sintomáticos que testimonien de cómo se trabajó o de cómo las cosas se habían tomado muy en serio.

De todas maneras, antes de hablar de la actuación concreta de aragoneses, hay que tener muy claro un punto que es decisivo y que es central para entender la Constitución de 1978: ésta es una Constitución de consenso; la Constitución del consenso. Las grandes fuerzas sociales, representadas por las grandes fuerzas políticas, se habían aunado para lograr un texto concertado.

El núcleo decisivo, por consiguiente, fue algo que tuvo una elaboración específica. Lo que, quiere decir que cuando se llegó a la hora de la discusión concreta, cuando los preceptos pasaron por las Cámaras, si cabían retoques, mejoras y perfeccionamientos, lo central y lo decisivo estaba afianzado y, afortunadamente, bien afianzado. Yo reconozco, sin ambages, que me parece que éste es un gran mérito de la Constitución. Podían discutirse artículos, pero había algunos de ellos que eran el resultado de discusiones arduas, de modo que no se podía tocar ni una coma, porque si no saltaba todo el invento, por decirlo en una palabra. Preceptos que a lo mejor ahora uno los lee y dice: «pero esto, qué retorcido es»;

cuando uno lee el artículo segundo, en relación con las posibilidades de la autonomía; cuando uno lee el artículo 27 en relación con el derecho a la enseñanza, la libertad de enseñanza. Pues bien, esos textos encierran tensiones, esfuerzos, pactos y un acuerdo complicadísimo. Por lo cual, como digo, quede muy claro que las grandes cosas estaban ya decididas y, afortunadamente estaban bien decididas.

Pero, ¿cómo intervinieron entonces los aragoneses? En ese margen de lo permitido, ¿cuál fue el papel?, ¿a dónde llegaron?, ¿cuál fue el alcance? Pues bien, habría un modo fácil, pero burdo, de medir esta intervención de los aragoneses. Se me ha ocurrido, al preparar estas notas para la conferencia. Las Cortes Generales publicaron enseguida cuatro volúmenes muy bien elaborados, muy documentados, que coordinó el profesor y letrado de las Cortes don Fernando Sainz Moreo, que reúnen toda la documentación, los distintos textos, todas las Enmiendas, las intervenciones en las Cámaras, y al final viene la lista de parlamentarios participantes. Claro, uno puede ir a esta lista, y esta lista da entradas. Puede haber muchas entradas, pero no se sabe si corresponden a intervenciones largas o cortas, serias o fútiles, aportadoras realmente de algo o meramente testimoniales; de modo que esto es algo que no sirve para nada. Pero por si alguien tiene curiosidad, yo he acudido a este método y resulta que quien mayor número de intervenciones tuvo fue Emilio Gastón, que estaba allí en el Grupo Mixto, al lado de don Enrique Tierno, erre que erre, actuando en cada caso, defendiendo, hablando constantemente; fue, digo, el que mayor número de intervenciones tuvo. Venía yo en segundo lugar y en tercer lugar estaba Ramón Sainz de Varanda, que tuvo una participación muy activa en cuanto que, con gran frecuencia, fue el portavoz del PSOE en el Senado y, entonces, le tocaba actuar muchas veces. Quede esto dicho a título puramente anecdótico y sin mayor valor.

Pero dejando este aspecto cuantitativo, voy a referir a continuación a algunas actuaciones concretas o singulares de aragone-

ses que se transformaron en enmiendas aceptadas, de manera que han dejado su impronta y que las podemos leer hoy en la Constitución. Por ejemplo, mencionaré en primer lugar, con mucho gusto, a Ramón Sainz de Varanda. En nombre del PSOE defendió y consiguió una enmienda hoy de la mayor actualidad, porque en el artículo 141, párrafo uno, figura que la alteración de los límites provinciales debe hacerse por medio de una Ley Orgánica (piensen en los problemas suscitados en Cataluña; cualquiera que lea la Constitución sabe que la alteración provincial requiere una decisión de las Cortes Generales, requiere la mayoría absoluta del Congreso, que eso significa una ley orgánica).

Alberto Balarín, senador por Huesca de UCD, muy activo, buen amigo, pero que casi siempre me llevaba la contra y se oponía a mis propuestas, consiguió que saliera adelante la enmienda que hoy refleja el artículo 151, de primar la posición de cada una de las provincias en el *iter* hacia la culminación autonómica; de modo que —los de Huesca siempre tenemos miedo de que el pez grande se coma al pez chico—, los pasos hacia la autonomía deben ser dados parejos por todas las provincias que integran una región.

Aunque no era todavía parlamentario, permitan que aluda al papel de protagonismo que llevó a cabo Sebastián Martín-Retortillo, desde un importante cargo que entonces tenía en el Gobierno. Permitan que aluda a dos de sus propuestas, de gran peso sin duda: una que condujo, por ejemplo, a que se reconociera con amplitud el régimen local en la Constitución Española, olvidado en los planteamientos iniciales; y otra, a la que ya antes me refería, que postulaba la unidad del ciclo hidrológico, en defensa de nuestras aspiraciones en materia de aguas.

Hipólito Gómez de las Rocas, no olvidemos que de profesión es abogado del Estado, consiguió una importante modificación. Como saben, el artículo 132, párrafo dos, enumera como de dominio público muy cualificados bienes. Pues bien, la enmienda de

Gómez de las Roces consiguió que se dijera que eran de dominio público «estatal»; no fuera a ser que alguna comunidad autónoma pretendiera decir que le pertenecían a ella. Salía, insisto, el abogado del Estado, defendiendo este planteamiento que hoy refleja claramente el texto constitucional en su artículo 132, párrafo dos.

A recordar también la intervención de Juan Antonio Bolea Foradada, magistrado de carrera, a la hora de discutir el asociacionismo judicial. Arduo resulta, sin duda, y muy polémico, el problema de partidos, sindicatos y asociaciones en relación con los jueces, ¿de qué manera pueden defender sus intereses? Pues bien, el saber hacer de Bolea, magistrado de carrera, hizo que fuera importante su actuación para que se plasmara el 127.1, con la referencia a las modalidades de asociación profesional de los jueces, magistrados y fiscales.

Isaías Zarazaga consiguió un añadido significativo en un precepto tan importante como el artículo 15. Recuerden que el artículo 15 regula y garantiza el derecho a la vida y a la integridad física. Pues bien, Zarazaga consiguió que se pusiera derecho a la vida y a la integridad física y «moral». Yo creo que él debió de estar pensando en Goulag, en las curas psiquiátricas de los regímenes totalitarios y en experiencias similares: de ahí el acento puesto en la integridad moral.

Si sigue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, me imagino que se habrá divertido mucho mi buen amigo Zarazaga al leer la sentencia 87 de 1987, de tres de junio, un recurso de amparo interpuesto por la Asociación Vasca Salhagueta en defensa de presos políticos vascos muy conocidos, un recurso de amparo en que se utiliza este argumento de la integridad moral para defender que los presos puedan tener plenitud de relaciones sexuales sin las limitaciones que establece el reglamento; aunque el Tribunal Constitucional, con buen acierto, rechazó la pretensión.

Y permitan que aluda, sin falsas modestias, a dos enmiendas con las que me tocó colaborar a que, de alguna manera, el texto

constitucional fuera retocado. Me halaga mucho que el artículo 9.3 incluya hoy, dentro de los principios, la referencia a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Los especialistas saben que éste es el título de un trabajo de mi maestro, el profesor García de Enterría, que había realizado acerca de la existencia de un principio general del Derecho, en esta línea; pues bien, hoy lo tenemos en el texto constitucional como una de las variantes garantizadoras a la hora de controlar a los poderes públicos.

Y también me halaga mucho haber puesto mi granito de arena para que en un artículo superpolémico, un artículo que levantó una borrasca de discusiones y que fue objeto de grandes tensiones, el artículo 10.2, me halaga mucho, digo, haber colaborado para que mencionara expresamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que, como recordarán, este próximo 10 de diciembre va a cumplir cuarenta años. De manera que sería muy importante que los responsables tomaran nota, para que la importante Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que forma parte del texto constitucional español, fuera celebrada y festejada entre nosotros como se merece.

Por cierto que en la discusión de este precepto, que como digo fue muy polémica, tuvo una gran intervención pacificadora el senador por Huesca, natural de Barbastro, José Antonio Escudero. Y también en esta enmienda colaboró, trató de poner vaselina y de quitar roces, el senador por Toledo, pero con alguna vinculación a Tarazona, Fernando Chueca Goitia.

De modo que ahí tenemos un pequeño y breve resumen, nada sistemático y por supuesto no exhaustivo, de intervenciones que los aragoneses pudieron tener en la discusión del texto constitucional.

6. Y habré de terminar. Punto sexto y último. Algunas palabras de reflexión para resaltar la importancia de estos años de vigencia de la Constitución.

Repito que la idea del consenso fue algo decisivo. Una palabra que se repetía con reiteración en los debates constitucionales era la de que esto no es un trágala, esto no es algo que se impone a la fuerza, al contrario; sino que las fuerzas sociales representadas por sus partidos políticos habían concertado una solución conjunta. Desde la derecha, representada por Alianza Popular pasando por el centro-derecha, representado por UCD, hasta la izquierda, el Partido Socialista y el Partido Comunista, pero contando también con partidos regionalistas —el importante apoyo de Convergencia y Unión, de la *Entessa dels Catalans* en el Senado—, todas estas fuerzas, digo, se concertaron, renunciando a maximalismos, renunciando a lo que a cada uno les hubiera gustado, para conseguir un texto de validez general. Y ahí lo tenemos vigente, ahí lo tenemos aplicándose.

Hablaba antes de Cádiz. Recordaba antes la primera etapa constitucional española. Y la recordaba intencionadamente, por algo: como saben, el ejemplo de Cádiz terminó con una experiencia desgarradora, como terminaron en experiencias desgarradoras tantas ilusiones constitucionales españolas del siglo pasado. Les citaré dos ejemplos, muestra de aquella España irreconciliable y desgarrada que hacía, por ejemplo, que los que habían participado en Cádiz, resultaran inmediatamente perseguidos en cuanto cambió el régimen. Dos ejemplos, decía: uno de los parlamentarios que Zaragoza envió a las Cortes de Cádiz era don Luis de Palafox y Melci, marqués de Lazan, hermano del conocido general de los Sitios. Pues bien, Lazan es uno de los que participa en la depuración, es uno de los que está denunciando, después de la llegada de Fernando Vil, a los que habían sido sus compañeros de Parlamento en Cádiz.

Pero todavía es mucho más patético el ejemplo de Isidoro de Antillón, liberal nato, ejemplo que pone los pelos de punta y que emociona. Si yo estoy emocionado, cuando recuerdo esto todavía me emociono mucho más. Porque Isidoro de Antillón es detenido

en malas condiciones a la llegada de Fernando VII y muere en la desgracia. Cuando, después, llegó el trienio liberal, cuando llegaron los liberales, se le quiere rendir homenaje: se exhuma el cadáver con solemnidad y se le da una sepultura digna. Pero, pasaron los tres mal llamados años, vinieron los Cien Mil Hijos de San Luis, volvieron los realistas y, leo literalmente lo que dice en concreto Concepción Torres: «pero, en 1823, los realistas rompieron a martillazos el sepulcro, arrastraron los restos hacia la plaza pública y los arrojaron a una hoguera; después esparcieron al viento sus cenizas».

Comprenderán por qué me congratulo de una Constitución que ha durado ya diez años. La Constitución ha conseguido que el sistema democrático funcionara. En estos diez años se ha producido, en concreto, la alternancia. Han cambiado los poderes políticos, han cambiado las tornas, han cambiado los partidos titulares y no ha llegado la sangre al río. Recuerden que el Gobierno nacional ha cambiado de color; recuerden que los gobiernos regionales han cambiado de color —en Aragón tenemos clara la experiencia—. La reflexión acerca del fenómeno de las comunidades autónomas, nos depara una variedad de supuestos muy rica en orden a alteraciones, cambios, combinaciones y variantes. Ha habido lugares donde se ha mantenido la misma fuerza; en otras ha habido sustitución; han surgido gobiernos de coalición; ha habido moción de censura en algún lugar, etcétera. Y, por supuesto, en las administraciones locales también ha habido cambio, en las diputaciones, en los ayuntamientos. De modo que esto es una muestra de que se puede funcionar y de que desaparecen los desgarros tradicionales.

De ahí que yo termine haciendo un canto al consenso y recordando que cualquier cosa importante que quiera hacerse, en lugar de que haya unos señores que quieran apuntarse el tanto corriendo y gritando, lo importante es pararse a trabajar y a buscar el concierto y la reunión de los pareceres conjuntos, cuando

de decidir cosas colectivas se trata. Satisfacción por eso, por los diez años.

En todo caso, todo lo que he dicho, y esta satisfacción, que no autorice a nadie a dormirse en los laureles. Estamos empezando, estamos en los albores y no se tomó Zamora en una hora. Por eso, si queremos que los valores democráticos que consagra la Constitución se hagan realidad en la sociedad española, no nos queda más que, paciente y concienzudamente, seguir trabajando con intensidad, en silencio y sin buscar una retribución inmediata por nuestro trabajo.

[P.S. Me es muy grato advertir que mis anteriores palabras sirvieron de espoleta y hoy sí que hay ya una inscripción en el oratorio de San Felipe de Cádiz, que recuerda a los aragoneses que participaron en la apasionante aventura de la Constitución de 1812.]

CAPÍTULO 13

LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LOS 25 AÑOS (CON UNA INTRODUCCIÓN ARGENTINA)

La conferencia sobre «La Constitución y los derechos fundamentales a los 25 años», que he pronunciado en diversos foros a lo largo de 2003, fue elaborada inicialmente para atender a una amable invitación de *mi* Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, con motivo del «Día de la Constitución». Luego iba siendo adaptada en cada caso a las circunstancias, teniendo en cuenta la ocasión y los motivos del acto, los destinatarios o, aunque solo fuera, el tiempo de exposición programado. Uno de los foros, como bien refleja el texto, fue el de los *cursos* que periódicamente organiza el Consejo General del Poder Judicial, dirigido a jueces y magistrados. Se publicó, así, en el volumen *Constitución y control de la actividad administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2003, 151-186, así como en «Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales», de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Nueva época, número 0, 2004, 33-58. También tuvo oportunidad la conferencia de atravesar la Mar Océana, y para bien grata ocasión. Mucho me agrada así recoger ahora las palabras introductorias que preparé para mi intervención en la XIV Conferencia celebrada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (la FACA), que tuvo lugar en Santa

Fe y en Paraná los días 30 y 31 de octubre y uno de noviembre de 2003, que coincidiendo con el ciento cincuenta aniversario de la Constitución Argentina, elaborada en 1853 en Santa Fe y promulgada en Paraná, se ofrecía bajo el lema de auspiciar la efectiva vigencia de la Constitución. Estaba pensado que la solemne reunión se celebrara a finales de abril y comienzo de mayo, pero las graves inundaciones que sufrió la ciudad de Santa Fe forzaron a suspender y posponer el acontecimiento. Bajo el título de «Derechos fundamentales» se me brindó la oportunidad de exponer mi intervención como clausura de la primera jornada, el 30 de octubre, en el histórico y bellissimo marco del Paraninfo de la Universidad del Litoral. Centré obviamente mi disertación en el derecho español y antepuse la Introducción que ahora se ofrece.

UNA INTRODUCCIÓN ARGENTINA

Muy buenas tardes amigos:

Venimos jubilosos desde España a sumarnos a esta celebración con motivo del sesquicentenario de vuestra Constitución. Aunque permitan que comience evocando la enigmática leyenda que acompaña al no menos enigmático grabado número 43 de la serie «los Caprichos» de Francisco de Goya, que el ilustre aragonés realizara en la complicada España de 1799: «El sueño de la razón produce monstruos». Ahí está la plancha llena de alucinaciones, murciélagos gigantes, lechuzas deformadas, el felino de los ojos amenazantes y, en primer plano, el pintor adormilado. Goya, con sus caprichos —ya saben, palabra italiana sinónimo de fantasía— quería «una censura de los errores y vicios humanos entre la multitud de extravagancias y desaciertos que son comunes a toda sociedad civil». He ahí una visión sincera aunque crítica, y de hecho tendría que terminar buscando el amparo real para librarse

de la Inquisición. Pues bien, el *sueño* de la razón quiere decir aquí ausencia, vacío, desamparo: cuando los hombres se apartan de los postulados de la razón aparecen los monstruos. Traslado con licencia la oración a la atormentada historia constitucional española y parodio: ¡El sueño de la Constitución, produce monstruos! El vacío, la ausencia, la privación o aniquilación de la Constitución, propicia toda suerte de brutalidades y barbaridades.

De ahí el afán de agarrarnos a lo que se ha denominado «el sentimiento constitucional» (el *verfassungsgefühl*, en la expresión alemana original). Es decir, la estructura toda y el funcionamiento del Estado deberán estar presididos por unas reglas y unos valores democráticos que se apliquen sin excepción, que orienten y presidan, por lo mismo, todo el ordenamiento jurídico.

Bien sé que cada país tiene su historia, sus necesidades y necesita sus propias fórmulas, sus propias reglas. Yo vengo a hablarles de la experiencia española, que es la que conozco, hoy plenamente integrada en Europa por decisión propia. Una España que ahora mismo celebra jubilosamente los primeros veinticinco años de la Constitución de 1978, que marca un hito en la historia de España pues por primera vez se alcanza una Constitución por consenso de las diversas —y opuestas— fuerzas políticas, y que ha permitido una muy positiva convivencia, facilitando sin traumas la alternancia de unas y otras fuerzas políticas, y la expresión y defensa de sus opciones. Aunque eso sí, partiendo de un religioso respeto por el imperio de los preceptos constitucionales, de forma que nunca más puedan hacer su presencia los disparates propios de la ausencia de Constitución.

Manifiesto así el gusto de estar con ustedes y de sumarme con decisión a las celebraciones de aquel gran acuerdo que aquí mismo en Santa Fe nació hace ahora ciento cincuenta años. Homenejamos por lo mismo la figura de Alberdi, el ilustre tucumano hijo de españoles que orientó el importante diseño, figura a la que por cierto ha dedicado páginas muy certeras un querido

colega de mi Universidad madrileña, con el que coincido casi cada día en los pasillos de la Facultad, el profesor don Pablo Lucas Verdú. Con muy buenos amigos españoles Alberdi, el texto de vuestra Constitución adoptaría fórmulas propias, siguiendo modelos bien alejados de nuestra experiencia. Sigue pareciéndome admirable la consistencia y densidad de esas aspiraciones que tan bien describen las palabras iniciales del Preámbulo: «...con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino...». Hermosos y consistentes fines, que rematan con la generosa llamada a los que vengan de fuera.

Cuando ahora leemos la versión remozada tras la Convención Constituyente, también celebrada aquí en Santa Fe, pronto hará diez años, en 1994, encontramos ya abundante prosa que a mí como español me suena próxima y familiar, y me recuerda directamente la música de la vigente Constitución española. Puesto que se me ha asignado como tema de disertación el de los derechos fundamentales permitan que me refiera expresamente a unos cuantos preceptos significativos. Tal sucede por ejemplo, cuando se leen, entre otros, los preceptos de vuestra Constitución sobre los partidos políticos (art. 38), sobre el ambiente sano (art. 41), sobre los consumidores y usuarios (art. 42), o sobre la garantía judicial de los derechos (art. 43), que llevan a pensar inmediatamente que son de la misma familia que los consagrados por nuestra Constitución española en sus artículos 6 (partidos políticos), 45 (lo que nosotros llamamos medio ambiente), 51 (consumidores y usuarios), o, 53 (recurso judicial efectivo).

Noten que he dicho cuidadosamente *música que me suena, o, pertenecer a una misma familia*. No osaría en absoluto pretender atribuir la paternidad. Usaría más bien el remedio dialéctico de ese

importante viajero, observador y pensador que visitó con ojos muy abiertos las tierras y los mares de este Continente en el siglo XIX, Charles Darwin, cuando dulcificaba sus teorías sobre la evolución, para evitar suspicacias: no es que el hombre provenga del mono, es que ambos tienen unos orígenes comunes. Aunque no le sirvió el subterfugio para librarse de una pequeña venganza, ya conocen la anécdota: se sostiene con bastante fundamento, al menos la imagen no engaña, que cuando el licorero español propietario de una famosa marca de anís —el «Anís del Mono»— encargó la etiqueta, tuvo la ocurrencia de proponer que el mono que aparece se representara con la cara de Darwin. Pues bien, los citados preceptos de vuestra Constitución, no digo que se tomaran de la nuestra, digo sólo que tienen unos orígenes comunes y por eso son de una misma familia. Y es que, en efecto, antes que la española estaba la portuguesa y otras, o la misma Declaración Universal de Derechos Humanos, de Naciones Unidas, 1948, en la que luce con determinación la idea del recurso judicial efectivo (art. 8).

Desde esta familiaridad, paso a reflexionar sobre los derechos fundamentales en la Constitución española, fijándome en la experiencia acumulada a lo largo de estos veinticinco años, de modo que consideraré, en primer lugar, por qué y cómo llegan los derechos fundamentales a la Constitución de 1978, para ponderar, en segundo lugar, que vida han tenido y que técnicas jurídicas se han puesto en funcionamiento. Cada uno tiene sus problemas, sus fórmulas y sus soluciones, pero bueno es conocer las experiencias y lecciones del Derecho Comparado, aunque sólo sea por eso de intentar no tropezar dos veces con la misma piedra.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA CONSTITUCIÓN A LOS VEINTICINCO AÑOS

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.— PRIMERA PARTE: CÓMO LLEGAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA CONSTITUCIÓN.— SEGUNDA PARTE: QUÉ SE HIZO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES TRAS LA CONSTITUCIÓN.— 1. *Ingente movilización del Legislador y de los Tribunales.*— 2. *El creciente proceso de internacionalización.*— 3. *Los derechos fundamentales y sus límites.*— 4. *El ejercicio de un derecho no habilita para molestar a los demás.*— 5. *Proyección de las opciones previstas.*— 6. *La ampliación de los sujetos obligados.* 7. *Graduación de los derechos fundamentales.*— 7. *La apuesta por el aprendizaje de los derechos fundamentales.*— FINAL.

INTRODUCCIÓN

1. La cifra de los veinticinco años es una buena ocasión para romper la rutina cotidiana y hacer tiempo para el recuerdo, la evocación y el contraste. Y dar aplicación a la vieja regla de que nada mejor para interpretar el presente y para preparar el futuro que esforzarse por conocer bien el pasado. De ahí el significado de recordar, pero recordar sin nostalgia, sin victimismo —virtud, al parecer, tan española¹—, sin pasar factura ni demandar indemnización². Por lo que importa no olvidar, tener presente lo que sucedió y cómo sucedió, dando así todo su significado al peso de la his-

1 Me impresiona la abundante presencia del victimismo en la actual sociedad española, muy frecuente entre los políticos, que han descubierto el ardid de inventar agresiones, que vienen de no se sabe donde, pero que caen bien a los oídos de sus electores, para así encubrir sus limitaciones o carencias cuando no para afianzar su poder. ¡Y es que la ignorancia es muy atrevida! Sobre todo, cuando se cuenta con al ignorancia del coro, encantado con tragar todo lo que le echen.

2 De admirar, la elegancia de quienes hubieron de afrontar muy duras situaciones, soportando privaciones y sufrimientos, y una vez superados los tiempos críticos supieron organizar su vida sin estar haciendo gala de ello en la palestra pública, dando muestras de una entereza y calidad humana encomiables. Es decir, han sabido ser ejemplares tanto en la tormenta como cuando después llegó la bonanza.

toria en las ciencias sociales y en el Derecho, en concreto. Entre otras cosas, por eso de que es verdad que el hombre suele tropezar dos veces en la misma piedra. Pero a su vez, esta operación de echar nuestra ojeada al pasado inmediato quiere tener también algo de incitación intelectual para hacer pensar y razonar sobre aspectos vitales de nuestra vida en sociedad.

La sugestiva problemática de los derechos fundamentales es un campo fértil al que hoy se dedica intensa atención³. La presente ocasión, con sus inherentes límites de tiempo y de espacio, fuerza necesariamente a acotar el campo y a seleccionar. Adoptaré por eso una visión dinámica, sintetizando ideas que he expuesto en otros lugares —de ahí la frecuencia de citas a anteriores trabajos míos—, centrándome en una ojeada de conjunto para destacar, en una primera parte, algo que hoy parecerá asumido y natural, pero que representó en su momento una importante selección y requirió notables esfuerzos: el por qué hay un título primero en la Constitución dedicado —aparte de a los deberes—, a los derechos fundamentales. Por su parte, el periodo de veinticinco años aludido ofrece perspectiva suficiente para reflexionar acerca de la dinámica y efectiva virtualidad de los derechos fundamentales y destacar algunas de las notas que juzgo más relevantes en su ló-

3 Desde que en 1988 apareció el pequeño libro que Ignacio DE OTTO Y PARDO y yo mismo dedicamos a *Derechos fundamentales y Constitución* (Cuadernos Cívitas), incluyendo sendos trabajos dedicados al régimen constitucional de los derechos y libertades, fruto de un grato encuentro entre constitucionalistas y administrativistas, que me agrada recordar —el volumen se abría con unas palabras de quien era entonces Presidente de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, y que había propiciado dicho encuentro, profesor Sebastián Martín-Retortillo—, ha sido abundantísima la bibliografía dedicada a los numerosos aspectos que afectan a los derechos fundamentales. Me limitaré ahora a reseñar algunos títulos especialmente significativos, donde se hallarán las oportunas referencias bibliográficas a las que genéricamente me remito. A lo largo de la exposición iré aludiendo a algunos de mis trabajos donde he abordado con más detalle los aspectos que aquí se expondrán sucintamente y en los que también se encontrará la bibliografía correspondiente. Véase, en efecto, Antonio TRUYOL SERRA, *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales*, con un amplio estudio preliminar, Ed. Tecnos, 2002; Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, 2003; Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

gica proyección desde el texto constitucional hasta la realidad social y sus exigencias cotidianas, pensando sobre todo en los aspectos de técnica jurídica. Mucho tema, sin duda, para tan escaso tiempo, pero aún desde las limitaciones inherentes la empresa resulta sugestiva y atrayente.

PRIMERA PARTE: CÓMO LLEGAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA CONSTITUCIÓN

Pongámonos en las aspiraciones de un significativo número de ciudadanos en el tramo final del anterior sistema político español, ciudadanos que pensaban, que tenían las antenas puestas, que podían así oír radios, que llegaban a conseguir libros y publicaciones, aunque hubiera que echar mano de tretas y argucias para ello, y que viajaban al extranjero, ya fuera como estudiantes —tengo siempre muy presente, en mi experiencia vital, en aquellos tiempos precisamente, el tan incitante periodo que tuve ocasión de vivir en la Universidad de Bolonia, en el Colegio de España—, como trabajadores o simplemente, y valga la redundancia, como viajeros curiosos. Pues bien, no pocos de esos españoles vivían con la ilusión de que se pudieran alcanzar en España un amplio conjunto de opciones sociales y fórmulas cívicas, que bien podían englobarse genéricamente bajo el rótulo de lo que llamamos los derechos fundamentales: el que fuera algo normal la existencia de partidos políticos, con todas sus implicaciones; o los sindicatos; la libertad de reunión y de manifestación; por supuesto, la libertad de pensamiento, de conciencia así como la de religión, con especial sensibilidad para que se superara el periodo en el que se imponía una religión oficial, que es lo que significaba en la práctica la confesionalidad del Estado; la desaparición de la censura para la edición de libros y publicaciones y, en general, la libertad de expresión, incluida, obviamente, la libertad de prensa; la libre entrada y salida en y del territorio nacional, sin las pegas inherentes habitualmente al control de pasaportes; sin duda, la erra-

dicación de los malos tratos y de cualquier variante de tortura; la abolición de la pena de muerte, y así una muy larga lista. Pasos, todos ellos alcanzados y realizados, ¡cuesta trabajo imaginar que no existían!, pero tal era la situación con anterioridad a la Constitución cuyos veinticinco años celebramos.

Los españoles del periodo señalado no es que soñaran con invenciones o descubrimientos, sino que bien presentes estaban las tradiciones constitucionales, y las Constituciones de los países de nuestro entorno cultural eran inmejorable espejo en que mirarse. Se sabía lo que se quería, muy claro estaba a dónde quería llegarse y de dónde quería salirse. A nadie había que convencer de ello, al margen de los recalcitrantes, nostálgicos o inmovilistas, que no faltaban. Muy lejos los tiempos y circunstancias en que hubo de surgir el famoso texto clásico que, por más que se repita siempre, no puedo dejar de citar en la presente ocasión: no valía la Constitución del Antiguo Régimen, vienen a decir quienes protagonizan inicialmente la Revolución Francesa, esas élites cultas burguesas, que hicieron la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789. Recuérdese, en cambio, que Martínez Marina, en la tesisura española de la Constitución gaditana de 1812, intentaría tratar de convencer, por el contrario, que lo que se iba a hacer era codificar la Constitución tradicional española: ¡ya estaba en la historia la fuente de las nuevas fórmulas! No, no fue tal la postura de quienes unos cuantos años antes, en la situación francesa citada, se pronunciaban tajantemente dejando bien claro en el artículo 16 de la Declaración de 1789 que:

«Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution».

Que nadie se engañe, no hay realmente constitución si no se asume el compromiso de garantizar determinados valores. Que antes no estaban garantizados. De ahí, la necesidad de una inno-

vación radical, de modo que, en concreto, por incidir en la doble dirección apuntada:

a). Necesidad de asumir unas reglas modernas y rompedoras en la distribución y separación de los poderes del Estado (lo cual hoy nos sigue pareciendo un postulado irrenunciable, sobre el que poco será lo que se insista, de forma que, según las características de nuestro tiempo, los poderes o los órganos del Estado tienen que ser consecuentes con sus funciones y prerrogativas pero también con sus limitaciones⁴).

b). Consagración inequívoca de unos valores, dándoles realce y presencia efectiva, codificando así un poso, cuya teorización había requerido esfuerzos ingentes y sobre los que tan de lleno había incidido la obra de la Ilustración. Recordaré, por traer sólo un ejemplo, el alcance de ese sorprendente, por tan temprano, opúsculo del Marqués de Beccaria, que tanta influencia real y tan benéfica alcanzaría, con la propagación, entre otras cosas, del «nullum crimen», origen de un planteamiento sobre el principio de legalidad penal que hoy nos parece un patrimonio constitucional irrenunciable.

Conjunto de valores que se reducen y sintetizan, es decir, se codifican, bajo el rótulo expresivo de los *derechos humanos*. De forma que, sin ellos, no hay Constitución.

Pues bien, cuando hace veinticinco años se hizo la Constitución española, a nadie hubo que convencer de que había que llevar a cabo una operación similar. Era algo obvio y asumido el que entre las innovaciones auspiciadas, se contara con la introducción de un paquete significativo de lo que se llamarían entonces los *derechos fundamentales*. Algo ausente en el anterior sistema y que era preciso incorporar sin falta, costara lo que costara. Alterando, in-

4 Me remito a mi trabajo *De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español*, en mi libro *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Aranzadi, 2000, 133 ss.

novando y derogando, por supuesto. Operación que, además, se apoyaba en una rica corriente, sensible no sólo en los países de nuestro entorno cultural, sino de indudable ámbito universal: la bandera de los derechos humanos era la más visible expresión del grito de nunca más que surge en la patética situación espiritual de la Europa de 1945, o más precisamente, del mundo, en la conmoción que produjo el testimonio de barbarie y salvajismo de la Segunda Guerra Mundial, con todas las circunstancias que condujeron a ella, incluida la prepotencia y crueldad del nazismo y demás regímenes totalitarios. Para que nunca más volviera a repetirse algo parecido se llega a la conclusión de que una de las fórmulas es el compromiso inexcusable por parte de los Estados de respeto a unos valores, concreción depurada de aspiraciones generalizadas, y que se aglutinan bajo el rótulo de los derechos humanos. No hay más que ver su peso y presencia en las Constituciones que surgirán entonces. Pero hay que contar, además, con otro fenómeno paralelo, o mejor, entrelazado con el anterior, que proviene del mismo origen, y que va a añadir enorme fuerza, cual es el fenómeno de la decidida internacionalización de los derechos humanos. Hitos de este último fenómeno serán documentos de tanto peso histórico —y quiero llamar especialmente la atención sobre su fecha— como la Carta de Naciones Unidas (San Francisco 1945), la Declaración Universal de Derechos Humanos (París 1948)⁵ o, por traer tan solo un nuevo ejemplo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (Roma 1950)⁶ (citado en adelante como CEDH). Con esta línea se entrelazan y mezclan, en un estimulante fenómeno de interacción, las Constituciones, que son la respuesta expresa de los Estados más sensibilizados o afectados: la Francesa de 1946, la Italiana de 1948, la Ley Fundamental de Bonn de 1949...

5 Me remito a mi trabajo *La efectiva aplicabilidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el sistema jurídico español*, «Revista de Administración Pública», 153 (2000), 41 ss., recogido en el presente volumen como Capítulo 2.

6 Véase mi libro *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998, 27 ss.

La imparable línea —tan positiva— de internacionalización de los derechos humanos va a incidir de forma directa en el fenómeno de la creciente interrelación de los ordenamientos jurídicos, un fenómeno sobresaliente en la configuración de los modernos sistemas jurídicos, y que resulta especialmente sensible en lo referente a los derechos fundamentales y las libertades públicas.

De entre los muchos pasos destacables que jalonaron ese brillante periodo de la historia de España que denominamos la «Transición Política», algunos de ellos, y bien significativos, tenían que ver con los derechos humanos: valga como ejemplo el ingreso en el Consejo de Europa (el 24 de septiembre de 1977), la firma del CEDH (el 24 de noviembre de 1977)⁷, la ratificación de los dos «Pactos de Nueva York», el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el 13 de abril de 1977), etcétera.

Por fortuna, la fuerza de la corriente de revalorización de los derechos humanos, que tan pujante surgió nada más acabar la Segunda Guerra Mundial, ni decayó ni se debilitó. Es así como ambas tendencias dejaron sentir con fuerza su influjo cuando España estuvo en condiciones de volver a alinearse con los países de su entorno histórico y elaborar una Constitución democrática.

En efecto, al igual que en las Constituciones referidas, los derechos fundamentales van a ocupar un lugar muy destacado en la Constitución de 1978. Han contado los autores de la famosa «Ponencia Constitucional» —los bien conocidos siete diputados que redactaron el que sería texto de trabajo— cómo se barajó la hipótesis de resolver el problema de la presencia de los derechos fundamentales con una remisión al prestigioso y tan admirado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Pero la fórmula no pareció suficiente a la vista de las expectativas

⁷ La ratificación se llevaría a cabo, una vez promulgada la Constitución, en 1979, y sería en 1981 cuando, según la regulación entonces vigente, se haría la declaración necesaria para que pudiera producirse la «reclamación individual» por parte de los ciudadanos.

levantadas, dadas, de una parte, las carencias manifiestas y, de otra, las aspiraciones reales en materia de derechos humanos. Es así como se llegaría al amplio contenido del Título Primero, reflejo de un esfuerzo considerable por dar cabida a una enumeración lo más extensa posible, en el que se reúnen, en efecto, valiosos y numerosos elementos, bien que de diversa funcionalidad:

- ante todo, los derechos fundamentales y libertades públicas, de la famosa sección primera del capítulo segundo, auténtico «sancta sanctorum» de los derechos⁸;
- en otro escalón, con algo menos de bríos, pero inequívocos, los derechos de los ciudadanos (de la sección segunda);
- intensa presencia igualmente, tercer escalón, de los principios rectores de la política social y económica, donde encajan muchos derechos sociales (capítulo tercero);
- de gran peso también, el mandato general de no discriminación y apoyo a la igualdad (art. 14);
- muy importante así mismo el papel reservado a la «cláusula de transformación», con el compromiso de remover los obstáculos que impidan o dificulten la libertad y la igualdad, que tiene cabida nada menos que en el Título preliminar (art. 9.2);
- referiré, por último, las minuciosas reglas para asegurar la garantía de los compromisos que acabo de enumerar, lo que nos lleva al artículo 53, precepto central, donde, entre otras cosas, aparece la importante regla, sobre la que quiero llamar la atención especialmente aquí y ahora, del «recurso efectivo»⁹: que ante cada violación de los derechos funda-

8 Me remito a mi trabajo *Eficacia y garantía de los derechos fundamentales*, en mi libro *La Europa de los derechos humanos*, cit., 67 ss.

9 Véase mi trabajo *Tres opciones jurisdiccionales para la defensa de los derechos fundamentales*, en el *Libro Homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Madrid, 2003, recogido en el presente volumen como Capítulo 3.

mentales pueda haber siempre una opción jurisdiccional, variante que luego se refuerza con la oportunidad del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para los derechos más cualificados. Aparte de lo que significa la introducción (art. 54) de un comisionado cualificado de las Cortes Generales para ayudar a los ciudadanos en la defensa de los derechos fundamentales, el Defensor del Pueblo, que luego ha tenido réplica generosa en casi todas las Comunidades Autónomas: el Justicia de Aragón, el Defensor del Común, el «Valedor do Pobo», etc.

De una visión comparativa y global se deduce que para alcanzar todo lo anterior se tuvo muy en cuenta el panorama constitucional disponible, con el conocido efecto de que los documentos más recientes son los que han tenido oportunidad de incorporar mayor número de fórmulas. Grande fue el influjo, entre otras, de la Constitución Italiana y de la Alemana, señaladamente también el de la, entonces tan reciente, Constitución Portuguesa de 1976. Cuando hablo de la influencia constitucional quiero referirme también al ejemplo, decisivo, de los textos internacionales referidos, señaladamente el CEDH, que como es bien sabido resulta ser un epítome de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La cualificada regla del «recurso efectivo», que mencionaba, proviene del artículo 8 de este último texto y se perfilaría en el artículo 13 CEDH.

Pero no sólo ayudaron a moldear contenidos, he de destacar también la presencia en la Constitución de fórmulas expresas que tienen que ver muy directamente con ese fenómeno de la incidencia de lo supranacional y los mecanismos institucionales inherentes. Destacaré así dos notas.

a) La solución de la recepción del Derecho internacional que ha consagrado el artículo 96 —siguiendo la línea que luce en el artículo 1.6 del Código civil— es un cauce privilegiado para la interconexión de ordenamientos jurídicos, pues permite abrir la

puerta para que, según su fórmula, pasen a convertirse en derecho interno, entre otros, documentos internacionales en materia de derechos humanos de gran trascendencia. Es así como, andando el tiempo, España firmaría y ratificaría instrumentos de gran peso referentes a los derechos fundamentales, ya fueran las «declaraciones de derechos» más influyentes —se aludió antes al CEDH o a los Pactos de Nueva York—, ya una enorme cantidad de acuerdos, convenciones y convenios más específicos, en relación con actividades o grupos especialmente sensibles: esclavitud o trata de personas, tortura, discriminación racial o por el sexo, protección de menores, etc., etc.

b) No puedo por menos de aludir al papel tan destacado que desempeña el artículo 10.2, del que ya me he ocupado en otras ocasiones¹⁰, con su referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero también acercando aún más al sistema constitucional español las grandes declaraciones de derechos, y que va a permitir así primar a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de la interpretación de nuestras reglas. Un precepto polémico en sus orígenes —luego no—, complejo y difícil, pero llamado a abrir muchas oportunidades.

En conclusión, que los derechos humanos penetran ostensiblemente en la Constitución Española pues, en su momento, era inconcebible una constitución que no les dedicara la mayor importancia. El panorama constitucional existente sirve de incentivo y ofrece sus modelos; pero también se reflejará el creciente proceso de internacionalización.

Dada la metodología que he elegido para esta intervención no tiene sentido que entremos ahora a estudiar ni siquiera a enumerar el amplio catálogo de derechos. Destacaré no obstante, no

10 Véase así mis trabajos *Notas para la historia del apartado segundo del artículo 10 de la Constitución de 1978*, y *La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en mi libro *La Europa de los derechos humanos*, cit., 177 ss. y 245 ss., respectivamente.

solo la consistencia y prestancia de los mismos, sino también la variedad de registros y la diversidad: desde las libertades más clásicas —como prensa (art. 20), reunión (art. 21), asociación (art. 22), etc.— hasta derechos de profundo significado social —como el derecho a la educación (art. 27), vivienda (art. 47) o negociación colectiva (art. 37.1)—, o derechos que son testimonio de aspiraciones bien recientes —como el derecho a la protección de la salud (art. 43), el derecho al medio ambiente (art. 45) o a la protección frente a los excesos de la informática (art. 18.3)—. Pero no hay sólo una enumeración cerrada. La relación codificada cuenta a su vez con los mecanismos jurídicos que facilitan y permiten la ampliación del caudal de derechos existente. Lo cual es también muy importante, sobre todo en un mundo dinámico como el nuestro, y donde no escasean las fuerzas agresivas, lo que reclama incesantemente la colocación de nuevos valores en el punto de mira para asegurar su protección.

SEGUNDA PARTE: ¿QUÉ SE HIZO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Hasta aquí la exposición de lo que se logró llevar al texto de la vigente Constitución cuando se hizo hace veinticinco años. En esta segunda parte pasamos a interrogarnos acerca de su dinámica aplicativa: ¿Cómo han funcionado las previsiones? ¿Qué nos ha deparado la experiencia? ¿En qué ha venido a parar tan amplia proclamación? ¿Qué ha resultado especialmente relevante para los juristas al intentar dar cumplimiento a tan señalados compromisos? Es un tema largo de contar, muy rico en contenidos y también en problemas. Pero la cortesía académica me exige sintetizar, por lo que seleccionaré unos cuantos aspectos que a mi me parecen representativos y centraré mis reflexiones en torno a ocho puntos.

Primero. Se puede constatar, ante todo, que las exigencias constitucionales han provocado una ingente movilización para

cumplir los compromisos que suponen los derechos fundamentales, ya de orden normativo (A), ya como protagonismo de quienes han sido llamados a su defensa (B), lo que se tradujo normalmente en actuaciones de corte judicial.

(A) La **respuesta normativa** ha sido, en efecto, muy abundante, dando lugar, a su vez, a textos de diferente significado y funcionalidad.

a) Habrá que fijarse, así, en la larga lista de leyes, ya abordando la regulación genérica de los derechos y libertades fundamentales, por lo que normalmente serán de las Cortes Generales y adoptarán la variante de leyes orgánicas, ya asumiendo la financiación de las actividades inherentes a los derechos, donde cabrá también una activa participación de las Comunidades Autónomas. De entre aquellas, por fijarme sólo en las más recientes, aludiré a las Leyes Orgánicas regulando el Derecho de Petición (L.O. 4/2001, de 12 de noviembre¹¹), el Régimen Jurídico de las Asociaciones (L.O. 1/2002, de 22 de marzo¹²), o la tan actual referente al sistema de Partidos Políticos (L.O. 6/2002, de 27 de junio).

Pero a su vez, junto a la imprescindible tarea de fijar el marco jurídico para el ejercicio de los derechos, una intensa movilización de energía ha reclamado la atención parlamentaria en relación con la financiación de las actividades inherentes a los diversos derechos y libertades, considerada hoy faceta imprescindible¹³. Y aquí, insisto, ha sido muy activa la participación de las Comunidades

11 Vid., F. GONZÁLEZ NAVARRO y J.F. ALENZA GARCÍA, *Derecho de petición. Comentarios a la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre*, Cívitas, Madrid, 2002.

12 Véase los *Comentarios* a la misma a cargo de J. GONZÁLEZ PÉREZ y G. FERNÁNDEZ FARRERES, Cívitas, Madrid, 2002.

13 Sobre la «normalidad» del soporte público, incluso prestacional, para la efectividad de los derechos, aún los de corte más liberal, en línea con las exigencias de la «cláusula de transformación» del art. 9.2, véase Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones*, «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 15 (1999), 19 ss., recogido en el presente volumen como Capítulo 1.

Autónomas, cuyas Asambleas legislativas han multiplicado las respuestas. No hay mas que recordar las partidas tan consistentes destinadas, según los casos, ya por las Cortes Generales ya por las Asambleas autonómicas, a la financiación de los partidos políticos, de los sindicatos, de la Iglesia Católica y de otras organizaciones religiosas, de asociaciones, como las de consumidores o las deportivas, o al fomento de actividades como las culturales, de investigación, de protección del patrimonio histórico y folklórico, o de promoción de jóvenes, de la mujer, de minusválidos, etc., etc. Insisto que la movilización y la respuesta en todos estos campos ha sido ingente y ha representado, por ende la dedicación de cuantiosas energías, no siempre aparatosas o de escaparate, pero decisivas para el buen funcionamiento de los derechos y libertades y, en definitiva, para la mejora de la sociedad.

b) No menos intensa ha sido la respuesta del legislador que quiere defender los derechos fundamentales elaborando normas que desaconsejen conductas contrarias a los mismos, ya por medio de la tipificación de infracciones administrativas (por ejemplo, protección del derecho a la vida con las sanciones en materia de alimentos, de sanidad animal o de tráfico, incluso), ya directamente a través del Código Penal, que ha sido objeto no sólo de la reelaboración de 1995 sino de numerosas reformas.

(B) Pero también en estos años se ha dado lugar a una intensísima **práctica judicial**, de forma que, por decirlo de una manera simple, como bien saben ustedes, los derechos fundamentales han dado mucho trabajo a los jueces. Y ello, desde distintas opciones o alternativas, ya que la imaginación ha resultado fértil a la hora de habilitar cauces procesales.

a) Ante todo, y por referirme a los procedimientos específicos, dejando ahora los cauces ordinarios, la vía judicial cualificada de protección de los derechos fundamentales, inicialmente a través de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona, hoy, en el campo de lo con-

tencioso-administrativo, el procedimiento especial de los artículos 114 y siguientes de la Ley jurisdiccional, versión de 1998.

b) Si la anterior ha dado mucho juego, una carretera muy transitada ha resultado ser la del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, carretera holgada, pronto convertida en un enorme atasco, ahogada en su propio éxito, consecuencia lógica tanto del sistema, como de la creciente recurribilidad que se ha manifestado durante estos años, como de las facilidades e incitaciones que inicialmente dieron los jueces constitucionales.

c) No han sido tan abundantes como en otros países, ni siquiera muy interesantes en su mayoría, pero dan testimonio de otra alternativa eficaz, los casos encaminados al Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴.

Y, d), en el otro camino antes señalado, no les ha faltado trabajo a los jueces de lo penal a la hora de sancionar las conductas contrarias a los derechos fundamentales.

Dos. Se habló del proceso de internacionalización como de algo asumido: no sólo no ha dejado de afianzarse y profundizarse, ha ido claramente a más, sin rodeos ni vacilación. Cada vez evidencia más intensidad, y no ha dejado de incrementarse el número de convenios que van proyectando protección a grupos o sectores necesitados de ella. Con lo que desempeña un papel muy eficaz como puerta abierta al futuro para que penetren nuevos derechos fundamentales, o para reforzar y proyectar los ya reconocidos, sin necesidad de llegar a la reforma constitucional. Insisto sobre esta oportunidad ampliatoria, de tanta trascendencia.

a) Se habló así del CEDH, de 1950, pero este no es un instrumento inmóvil o petrificado, sino que periódicamente se va com-

¹⁴ En el año 2002 hubo tres sentencias del Tribunal de Estrasburgo referentes a España.

pletando a través de «protocolos adicionales». España ratificaría varios de ellos —no todos—, como el Número Uno¹⁵, cuyo artículo primero, de garantía del derecho de propiedad, ya estaría presente en la Constitución a través del artículo 33, pero en cambio, según el sistema interno, la propiedad no es un derecho susceptible del recurso de amparo y ahora sí puede llegar al Tribunal Europeo; o el Número Seis, sobre abolición total de la pena de muerte¹⁶.

b) También resulta de especial interés en esta línea la incidencia del Derecho Comunitario. Como me gusta destacar¹⁷, a diferencia de lo que sucedía en los inicios, desde hace un cierto tiempo el derecho de la Comunidad Europea está salpicado de reglas que tienen que ver con los derechos humanos resultando paradigmático el tan decisivo artículo 6 (en la numeración actual) del Tratado de la Unión Europea, aprobado en Maastricht en 1992. Es este un tema muy rico, sobre el que no voy a insistir ahora, una vez que he dejado constancia del mismo. Pero no puedo por menos de aludir a lo que representa la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ahora además con el dato añadido de constatarse formalmente el deseo de consagrar su más plena efectividad jurídica —al margen de la que ya tuviera¹⁸—, tras la Convención de Bruselas culminada en 2003,

15 De 1952, firmado por España en 1978 y ratificado solo en 1990.

16 Posteriormente, el Protocolo número 13, hecho en Vilna el 3 de mayo de 2002, ha venido a consagrar la abolición *total*, en cualquier circunstancia, es decir, sin que se admita la excepción *para tiempos de guerra*.

17 Véase así mi trabajo *Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, «Revista del Poder Judicial», núm. 57 (2000), 36 ss., recogido en el presente volumen como Capítulo 16.

18 Puede consultarse mi trabajo, *La eficacia de la Carta*, en «Azpilcueta. Cuadernos de Derecho», núm. 17 (2001), 19 ss., recogido en el presente volumen como Capítulo 20.

Recuérdese que, como se advierte en otras páginas de este volumen, tras el fracaso del intento de sacar adelante el Tratado instaurando la Constitución Europea, el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, se ha decantado por una nueva solución, ahora en trámite de ratificación —aun contando con las dificultades añadidas que representa el fracaso del referéndum irlandés—, confirmándose el criterio de que la Carta ha de tener el mismo valor jurídico que los Tratados.

con la idea de llevarla a la Parte II de la nueva Constitución Europea. No me detendré ahora en destacar los méritos de la Carta, donde junto a una reafirmación y codificación del acervo ya existente, haciendo ostensibles los derechos antes dispersos¹⁹, se aprovecha, obviamente, para incorporar aspiraciones nuevas, como, por ejemplo, en el campo de la medicina y la biología (art. 3.2), o en el de la protección de datos de carácter personal (art. 8), en la protección de los ciudadanos frente a la Administración (art. 41), etc.

c) Si los dos anteriores son los supuestos más institucionalizados, o más ostensibles acaso, quiero dejar constancia, aunque excusaré ahora de dar detalles innecesarios para quien maneja habitualmente el «Boletín Oficial del Estado», de que hay un goteo ininterrumpido de elaboración e incorporación al derecho interno español de valiosísimos instrumentos internacionales.

d) De modo que, a través de unas fórmulas u otras, este paraguas internacional servirá para proteger en el ámbito interno muy cualificados valores. Lo concretaré con un ejemplo clave recalando en un pasaje que me llama la atención en la historia de las Constituciones españolas. A diferencia de lo que ha sucedido en otros países —como Estados Unidos, Argentina, México, Colombia, etc.—, por más que fue un tema sangrante entre nosotros, y objeto de muy vivas controversias, ninguno de nuestros textos constitucionales incorporó el mandato, o el simple reconocimiento, de la abolición de la esclavitud, realidad que permaneció en algunos de nuestros territorios hasta hace poco más de cien años. Y que, a pesar de las apariencias, no es sólo un problema del pasado: la variada realidad española, en la que la

¹⁹ Tal era, como se recordará una de las líneas de insistencia del Informe Simitis, el documento *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar*, elaborado por el «Grupo de expertos sobre derechos fundamentales», en el seno de la Comisión Europea, en 1999. Puede verse especialmente la conclusión tercera.

picaresca no es solo un argumento de las novelas del dieciséis o del diecisiete, nos sorprende de vez en cuando con experiencias patéticas en grado sumo. Es verdad que hoy, con el texto de la Constitución en la mano, hay cláusulas de tanta fuerza, como la afirmación de la dignidad de la persona (art. 10.1), o la proclamación de la libertad (arts. 1.1 y 17), que sirven —o deberían servir— para enervar cualquier variante o modalidad de esclavitud. Pero además de eso, la prohibición expresa de la esclavitud ha pasado a incorporarse a nuestro derecho positivo a través de los mecanismos jurídicos a que vengo refiriéndome. Proclamada de forma enérgica en el CEDH, art. 4.1, a través de ese mandato penetra de forma directa en el Derecho español la regla de que «Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre». De ahí, pasa directamente a la Carta, cuyo artículo 5.1 repite literalmente las mismas palabras. Y al margen de ello, por vía de las convenciones singulares España ha revalidado compromisos similares, como los derivados de la «Convención sobre la esclavitud» (BOE de 4 de enero de 1977) o los referidos a la «trata» de personas.

e) Ello me lleva a recalcar de nuevo una idea que juzgo del mayor interés, con la que querría rematar este apartado. Nadie discutiría que la Constitución no soporta que a través de los instrumentos internacionales se introduzcan restricciones en el campo de los derechos fundamentales garantizados. Todos recordamos episodios de algunos países europeos, como Italia y Alemania, en relación con la incidencia del Derecho Comunitario sobre su derecho interno y, en concreto, sobre su Constitución. De ahí la importancia de que la Unión Europea llegara a incorporar en su seno un núcleo consistente en materia de derechos humanos. En el caso concreto de España, aparte de otros argumentos, han de surtir sus efectos las reglas que garantizan la prevalencia de la Constitución como norma, de entre las que resulta determinante la opción a que emplaza el artículo 95: o se renuncia al tratado, o se reforma la

Constitución. Por el contrario, en sentido inverso, entiendo que la Constitución, en principio, sí tolera que por la vía de los tratados se incremente el nivel o el caudal de los derechos fundamentales que habrán de quedar garantizados. Digo «en principio», dado que a veces los derechos fundamentales, o algunas de sus opciones, pueden ser de efecto ambivalente, de modo que lo que para algunos sea incremento o ampliación añadida, en cambio, restricción para otros. Habrá que estar, por eso al caso. Pero, en principio, insisto, nada impide proyectar los efectos positivos, completando así el ordenamiento jurídico. Entiendo que el texto constitucional, desde esta perspectiva, no es un texto completo y excluyente, no se ha querido que fuera así. Para eso están, precisamente, como ya dije, las ventanas abiertas, como las de los artículos 96.1, e, incluso, 93, que tanto juego pueden dar y, de hecho, están dando, aunque sin olvidar que no todo cabe y que hay que contar siempre con el sistema de límites y contenciones inherente.

Tres. La observación de la experiencia de estos veinticinco años me lleva a reafirmar con energía la idea —no por todos reconocida o respetada—, de que los derechos fundamentales no son valores absolutos, no son opciones irrefrenables, sino que tienen unos confines y unos límites que los enmarcan y delimitan y que, en ocasiones, implican la introducción de restricciones. Hay que extremar la atención, por tanto, para saber hasta dónde alcanza la virtualidad de cada derecho o libertad. Bastará con referirse a algunos ejemplos de la realidad cotidiana.

a) Por más que la regla sea la contraria, caben las excepciones: en ocasiones se quebranta la intimidad del domicilio y, aun forzando la voluntad del afectado, se autoriza la entrada de agentes públicos, o, sorprendiendo su confianza, se realizan escuchas telefónicas. Ciertamente que los poderes públicos no son libres para las actuaciones de este tipo: la intromisión se tolera porque hay razones superiores y porque así lo ha estable-

cido la ley, que impone condiciones²⁰ y debe contener unos requisitos claros²¹.

b) Los partidos políticos representan una opción elemental en las sociedades democráticas y habrán de gozar de todas las consideraciones... pero no todo les está permitido ni su reconocimiento es incondicional. No cabe cualquier cosa bajo el pabellón «partido político». Será normal por eso que queden deslegitimados y que sean incluso invalidados si pretenden objetivos incompatibles con el sistema democrático de libertad y participación o si auspician, defienden o practican el uso de medios violentos para la consecución de aquellos. Bien claras, y un serio aviso para algunas prácticas españolas, resultan ser las dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el caso turco del «Partido de la Prosperidad»²².

c) No deberá faltar la mención a la libertad de expresión, uno de los valores consolidados e incuestionables para los sistemas democráticos. Por grande que sea su fuerza, tampoco cabe todo a su amparo. Se ha repetido hasta la saciedad pero no hay que cansarse, por más que sean muchos los recalcitrantes. El sistema europeo en general y, en concreto, el sistema español, nada tienen que ver con el sistema estadounidense, presidido por la impronta de la «Primera Enmienda». Aquí sí que hay límites, lo cual resulta

20 Como que, salvo excepciones, se requiera mandamiento judicial para la entrada en los domicilios.

21 De recordar así, el rigor exigido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que la ley que autorice las escuchas telefónicas sea lo suficientemente precisa como para facilitar la previsibilidad por parte del afectado. He abordado este aspecto en mi reciente trabajo *La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Especial referencia a los casos «Valenzuela Contreras» y «Prado Bugallo», ambos contra España)*, en «Derecho Privado y Constitución», núm. 17 (2003), *Homenaje al profesor Javier Salas*, epígrafes 17 y siguientes.

22 Véase, así, sobre la primera de ellas, mi trabajo *El problema de las aspiraciones religiosas incompatibles con el sistema democrático. ¿Se justifica la disolución de un partido político que las auspicia?* (STEDH «Partido de la Prosperidad y otros c. Turquía», de 31 de julio de 2001), en «Revista Española de Derecho Europeo», núm. 2 (2002), 337 ss.

por otra parte positivo y encomiable, dado que se trata de defender valores superiores²³. Siempre que se respete la ley, no hay por qué acomplejarse de la existencia de posibles restricciones, pues en definitiva el universo de los derechos fundamentales necesita para bien funcionar de un conjunto de contenciones junto a las opciones. Es positivo, repito, que existan unos límites y que se hagan respetar. Se trata sólo de que se cumpla la Constitución —para algunos, es como si no existieran los preceptos que no les convienen, pero ya se sabe que es ley universal la de que los potentes clamen por la desaparición de las reglas jurídicas que suelen defender a los más débiles—, y a este respecto se introdujo, ponderando ciencia y experiencia, un mandato de gran saber:

«Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Lo anterior no es ningún arcano o ninguna sorpresa, es sólo una parte del importante artículo 20 que consagra las opciones de la libertad de expresión, y que marca el necesario equilibrio dentro del conjunto. Ni que decir tiene que es desarrollo directo de una regla básica en materia de derechos fundamentales, precisamente la que abre el Título Primero, el artículo 10.1, donde se proclama la tónica de «respeto» que debe derivar de la dignidad de la persona.

Insisto que se trata de deducciones jurídicas obvias y elementales, pero a veces no está de más remachar lo claro cuando hay quien se dedica intencionadamente a enturbiar las aguas. ¡Todos los apoyos y respetos para la libertad de expresión! Pero ésta, en ocasiones, habrá de respetar otros derechos. Quien se sitúe al margen de la regla, no puede pretender ser amparado pues

23 Para un desarrollo de estas ideas, me remito a mi trabajo, *Libertad artística y de expresión y protección de la infancia y juventud*, en el libro citado, *La Europa de los derechos humanos*, 357 ss.

la libertad no justifica cualquier cosa. Tal es el régimen jurídico vigente.

d) Con fórmulas como las señaladas, el Derecho español no hace sino seguir el criterio de los modelos más solventes en materia de derechos humanos dentro de nuestro ámbito cultural. En efecto, cualquiera puede saber que la solución referida se halla también consagrada, y de manera reiterada, en el CEDH, que lo tomó a su vez de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 29.2. En efecto, el Convenio, como se recordará, en muy cualificados preceptos, incluye un apartado segundo donde se sientan las bases para posibles restricciones, al tratarse, en concreto, del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8), a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión (art. 9), a la libertad de expresión (art. 10), a la de reunión y asociación (art. 11), etcétera²⁴. Y no es ocioso comentar que, en relación con el conjunto de opciones que derivan de la libertad de expresión, el apartado segundo del artículo 10 CEDH se inicia con un recordatorio tan oportuno como exigente: «El ejercicio de estas libertades, *que entrañan deberes y responsabilidades*, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones», etcétera. ¡No está mal como aviso para navegantes!

Insisto sobre ello porque no es de recibo dejarse seducir por el espejismo de sistemas foráneos, como el estadounidense, cuando Europa cuenta, entre los logros más destacados de su legado histórico, con el destacadísimo elemento de *nuestra* cultura de los derechos humanos. De la que debemos estar orgullosos, por lo que vale, y, por ende, prestos a defenderla. Y es que es el mejor testimonio de tantos y tan prolongados trabajos y esfuerzos por la implantación de una sociedad moderna y justa, y, por ende, dedicados a la superación del absolutismo, de todo tipo de tiranías, de

²⁴ Criterio que ahora aparece recogido con carácter general en el art. 52.1 de la Carta de la Unión Europea.

imposiciones y fundamentalismos religiosos de cualquier especie, o de los totalitarismos.

Cuatro. La idea de límites, confines y restricciones me lleva a insistir para poner el acento en un aspecto muy importante, cuanto obvio y elemental, pero cuya evolución en estos años no resulta nada encomiable, antes bien, da testimonio de una falta de madurez, sobre lo que, además, poco se ha dicho, desde ese complejo de quien tiene las cosas poco claras —o de quien tiene mala conciencia—, y teme que le tilden de poco demócrata. Y, a veces, se deja de ser demócrata no por las carencias sino por las demasías. Lo diré en dos palabras: no es la manera más adecuada de practicar los derechos fundamentales la de perjudicar, molestar o hacer sufrir a los demás. Y es que se ha instalado en nuestra sociedad la morbosa idea de que para practicar algunos derechos no sólo hay que hacerse notar —lo cual es obvio y sí forma parte del contenido del derecho—, sino que, por añadidura, hay que ocasionar perjuicios y, tal vez, sufrimiento, no ya a algún destinatario concreto, causante o responsable de la injusticia que se reprocha, sino de forma indiscriminada y toque a quien toque²⁵, como si todo estuviera presidido por una perversa deformación del conocido consejo evangélico, que quedaría en cambio en un «¡molestaos los unos a los otros!».

Acabo de referirme a la idea de respeto a los derechos de los demás, que conlleva los consiguientes límites, que tan claramente luce en preceptos decisivos de nuestro ordenamiento jurídico, como los artículos 10.1, ó, 20.4, de la Constitución, en los citados preceptos del CEDH —o en el artículo 52.1 de la Carta, en la medida en que sea aplicable—. Lo cual no es nada nuevo, por otra parte, sino que se sitúa en la más genuina tradición del Estado constitucional, que tiene una preclara representación en el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,

25 Con la paradójica situación de que casi siempre, si es que puede utilizarse la expresión, «pagarán justos por pecadores».

«El ejercicio de la libertad consiste en hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley».

Viejo precepto, tan cálido y certero, hoy reverdecido y rescatado para el ordenamiento jurídico, en cuanto forma parte ya sea del «bloque de la constitucionalidad» en Francia, ya sea, como me gusta destacar, de las «tradiciones constitucionales comunes» a los Estados miembros de la Unión Europea.

Tónica de respeto a «el otro», ya desde los orígenes, y hoy imprescindible. No se justifica, por eso, la pulsión absoluta de los derechos, el obrar sin miramientos, el no tomar en consideración los perjuicios ajenos. Cualquiera conocerá cientos de ejemplos de la vida cotidiana española. No me resisto por eso a consignar algunos casos.

a) No es correcto ejercer el derecho de manifestación interrumpiendo el tráfico por la carretera, por la autovía o por el ferrocarril.

b) Es terrible que maten a un taxista, pero no por ello están legitimados sus compañeros para colapsar el tráfico y paralizar toda la ciudad.

c) No es correcto impedir, «chafar» o «reventar», el mitin, la manifestación o el acto de culto de los demás. Con frecuencia, los periodistas jalean a los «reventadores» y celebran y sonríen «sus gracias», sobre todo si afectan a conocidos líderes, pero cualquiera sabe que según los cánones democráticos, son actuaciones que no tienen legitimación alguna.

Diría más aún. Forma parte del derecho de reunión o del de manifestación el ser respetado, incluso, el ser dejado solo. Nada impide que, dentro de la ley, uno manifieste las ideas que quiera, pero es necesario que se produzca un reparto de los espacios y de

los tiempos. No caben interferencias. No es legítimo, en absoluto, por tanto, que se sitúen inmediatamente al lado de quienes hacen público un sentimiento, los que, defendiendo lo contrario, están, de hecho, por activa o por pasiva, coartando o increpando a los contrarios. En democracia, el derecho de manifestación no tiene por qué ser un acto de heroísmo. Alguien tiene que amparar y tutelar la normalidad. Insisto en que es decisivo un reparto del tiempo y, en su caso, del espacio. No habrá que prohibir la «contramanifestación», pero sí situarla en otro lugar o a otra hora. Del mismo modo que los manifestantes no pueden pretender ocupar la «plaza del pueblo» o la «plaza mayor», el día de la fiesta, cuando ahí se reúnen habitualmente los ciudadanos en torno a los danzantes, al concierto, al pregón, al desfile cívico, a los gigantes y cabezudos, a la procesión o a la misa, o a cualquiera de las variantes que ofrece la rica realidad social española²⁶.

d) El espacio tiene muchos significados en la vida social y urbana. Por ejemplo, los representantes populares han querido, y así lo han manifestado en la ley —siguiendo una arraigada tradición democrática europea— que no se celebren manifestaciones en las proximidades del Parlamento, como ha estudiado recientemente el profesor Sáinz Moreno²⁷. El significado del Parlamento en el Estado democrático tiene unas connotaciones que hay que respetar, de muy diversas maneras. Los símbolos son los símbolos y merecen un trato deferente. Pues bien, no se entiende en democracia, el juego rupturista, incluso de partidos y de fuerzas genuinamente democráticos, que no tienen otro afán que ir a celebrar su manifestación en el ámbito que se ha querido reservar a lo parlamentario.

e) Con la importancia que tiene la libertad de expresión o de creación artística no es justificable que se manifieste haciendo pin-

26 Por supuesto que ofrezco una remuneración bien contenida porque, con o sin fiestas, todos tenemos en mente cientos de supuestos similares.

27 Fernando SÁINZ MORENO, *Reuniones y manifestaciones ante la sede de los parlamentos*, «Cuadernos de Derecho Público», núm. 15 (2002).

tadas en los edificios o construcciones ajenos, embadurnando incluso con frecuencia lo que son piedras venerables. Se trata de una moda infecta y deleznable que no se entiende por qué goza de amplia tolerancia en algunas ciudades. Insisto, que el que quiera pintar que pinte, pero sin molestar a los demás. Incluso, desde el punto de vista de las ideas políticas, una cosa es pegar carteles, que no deterioran los edificios, y otra muy distinta el borrón de las pintadas. El respeto del patrimonio histórico, del importante valor del ornato ciudadano —la emulación así para que los edificios estén bien pintados o los comercios limpios y preparados—, e, incluso, del derecho de propiedad, introducen aquí limitaciones frente a cuyo desconocimiento habría que ser beligerante. Aunque sólo sea proyectando los gastos de la reparación y una cierta «pecunia doloris» para desaconsejar conductas tales.

f) Una última muestra para cuando declina el día. Salvo para el «patrón», la fiesta del pueblo y cuatro fechas señaladas más, no es correcto organizar las diversiones desconociendo la ordenanza municipal y los preceptos legales correspondientes que regulan el respeto cívico y, en concreto, los niveles de ruido. No se entiende en absoluto la tolerancia que practican algunas autoridades, haciendo gala de sus carencias democráticas.

Porque, habrá que decir con énfasis, la democracia es un sistema de contenciones y de respetos. No cabe la pulsión absoluta en el ejercicio de un derecho ni hay espacio para la práctica española tan genuina de la «real gana». Son los anti demócratas los que auspician demagógicamente y revistiéndose de falsas vestiduras el prescindir del respeto a las barreras indeclinables. No todo está permitido, no todo está permitido en cualquier momento, no todo está permitido en cualquier lugar. La democracia hay que aprenderla y ya se sabe que todo aprendizaje es costoso. Pero vamos, veinticinco años ya son unos cuantos años.

Cinco. Resulta muy interesante en estos años observar el proceso de proyección de contenidos que ha funcionado con largueza.

Se trata de un fenómeno relativamente frecuente en la vida jurídica, que se ha activado también al interpretar los preceptos constitucionales sobre derechos humanos. Consiste, en definitiva, en que a un mismo texto se le van encontrando nuevos contenidos. La adaptación a la realidad social suele contribuir, en efecto, a este positivo fenómeno de alargamiento, acaso insensible en el día a día pero que llama la atención cuando se contempla un cierto lapso temporal. Pondré tres únicos ejemplos que ilustran bien la afirmación que desarrollo.

a) Creo que nadie imaginaría cuando se redactó el artículo 18 que la protección de la inviolabilidad del domicilio y de la intimidad llegaría a ser un argumento decisivo a la hora de protegerse contra el ruido. Hoy es algo incuestionable, como he recalado en varias ocasiones, que, una vez que abrió brecha el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —al interpretar el artículo 8 CEDH, que equivale a nuestro 18—, se refleja con normalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa, en la civil o, incluso, recientemente, en la penal, aparte de en la del Tribunal Constitucional. Así lo acaba de reconocer además de forma expresa la reciente Ley del Ruido de 2003 que destaca ampliamente tal idea en su Exposición de Motivos.

b) Siguiendo también la tónica del Tribunal de Estrasburgo, muy tempranamente el Tribunal Constitucional proyectó la aplicación de las garantías jurisdiccionales del artículo 24 al ámbito de las sanciones administrativas, en concreto la regla de que nadie debería ser sancionado sin haber sido previamente oído (STC 18/1981, de 8 de junio, en el caso de los sindicalistas de Correos, en Barcelona, con ponencia del profesor Gómez-Ferrer Morant).

c) Ni estaba claro que el derecho a la participación del artículo 23 fuera a proyectarse al campo de la función pública, como luego se ha hecho de manera inequívoca²⁸.

²⁸ Planteaba el problema en una ponencia de 1981, *Carrera administrativa y estatus funcional* (*Principios constitucionales sobre la función pública*), recogida en mi libro *Bajo el*

Seis. Otra línea de ampliación, muy interesante igualmente, es la que se refiere a los sujetos obligados. El planteamiento histórico originario de los derechos humanos se dirigía frente a los poderes públicos y se construyó pensando en sus agentes. Cuando se auspiciaba que no hubiera censura, o que no hubiera intromisiones en el domicilio, ni detenciones ilegales, se pensaba fundamentalmente en contener a los agentes públicos. Concepción que hoy queda reflejada a las claras en el artículo 53.1, cuando se consigna que los derechos y libertades «vinculan a todos los poderes públicos». Por supuesto que resulta fundamental ese efecto primario y para nada ha perdido su funcionalidad. No se puede bajar la guardia, en absoluto. Pero, sin mengua de lo anterior, se va a producir un notable salto cualitativo. Hizo fortuna la concepción de *la Constitución como norma*, tan decididamente impulsada por García de Enterría²⁹, con la intención de considerarla como algo que obligaba y forzaba a predeterminedar las conductas, y conforme arraigaba tal criterio, entre las muchas secuelas que derivarían, había una de especial interés para nuestro razonamiento. La Constitución-norma que vincula y obliga, como cualquier norma —al margen de su carácter reforzado—, va a obligar a todos. También a los ciudadanos, a cualquier ciudadano. Y, de hecho, ya lo indica con claridad el artículo 9.1,

«Los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

Sometidos todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, a todo el ordenamiento jurídico, a todo él, también a la Constitución. Es decir, que sus contenidos son normas que obligan: obliga el respeto a la ley, el respeto a las sentencias, el cum-

signo de la Constitución, Madrid 1983, 443 ss. En sentido terminante, puede verse ahora Manuel PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Madrid, 1992.

²⁹ Valga una remisión a su importante libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ed. Cívitas, primera edición de 1981, con varias ulteriores.

plimiento de las cargas tributarias y demás deberes cívicos. Pero, por lo mismo, también obligan los preceptos que sustentan todos y cada uno de los derechos fundamentales. El que los poderes públicos tengan unas cargas especiales no obsta a la situación de obligación de los ciudadanos en aquello que les afecte. Todos y cada uno de los derechos y libertades, o el mandato de la no discriminación, van a traducirse en la necesaria situación de respeto. De modo que el ciudadano, como padre de familia o como miembro de un matrimonio o de una relación de convivencia, como conductor, como trabajador, empleado o funcionario, como empresario, como responsable religioso o como gestor de los servicios público, es decir, en cualquiera de las situaciones de relevancia social, ha de saber que tiene la obligación de respetar los derechos fundamentales y las libertades públicas. Ciertamente que algunos remedios están pensados para ser aplicados de forma concreta en relación con los poderes públicos, lo que significa que posiblemente no puedan ser aplicables a los ciudadanos en general. No importa. Tal exclusión se referirá a ese remedio concreto, pero no por ello se excepciona la situación general de obligación ni el uso de otros remedios que puedan ser utilizables. Lo explicaré con un ejemplo: el que el «habeas corpus» no resulte obviamente operativo frente a una banda de delincuentes chantajistas por medio del secuestro, no implica que no se puedan utilizar los correspondientes preceptos del Código Penal, ni movilizar a la policía y a la opinión pública, o cualesquiera otros medios legítimos.

Resulta así un aspecto sobresaliente de la teoría de los derechos fundamentales el que pasen a convertirse en elemento decisivo de la convivencia cívica, desde la obligación que tienen todos de respetarlos. Lo que significa que habrá que tener muy presente este carácter dual en cuanto a sus destinatarios: por supuesto y ante todo, los poderes públicos, en cuanto los derechos humanos fueron inventados como barreras y escudos frente a los mismos, pero también, sin falta, esa otra vertiente, tan distinta,

que exige hoy el respeto por parte de los ciudadanos. En el complejo mundo de las relaciones sociales, la veta de autoorganización de cada persona habrá de contar necesariamente con esta barrera de respeto a los derechos fundamentales de los demás. Pero dígase lo mismo en el campo de la producción y en el del comercio y en el del mercado: las relaciones laborales, las relaciones con consumidores y clientes³⁰, la mera actividad de publicidad, habrán de partir de la base de que junto a los ámbitos de libertad y libre disposición resulta inexcusable el canon de respeto a los derechos fundamentales de los demás. O, piénsese en lo que representa desde el punto de vista del respeto a la protección de los datos personales: no solo obligados los Poderes Públicos, sin también, sin falta, los particulares y, sobre todo, las grandes empresas. No es preciso recalcar que se trata de una conclusión con grandes implicaciones, que hace aún más sugestiva e interesante la teoría de los derechos humanos. Pero por las limitaciones señaladas, no insistiré ahora en esta línea y me limitaré a traer un mero ejemplo.

Quiero poner el acento en un caso significativo, que tiene que ver con los sujetos obligados y que, en línea con lo que antes se señalaba, nos lleva a constatar como se puede utilizar hoy un texto para algo que inicialmente no se había ni sospechado. Tomemos el famoso mandato del artículo 15 de la prohibición de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes. Se imaginaría inicialmente como pensado para proteger frente a lo exterior, frente a lo ajeno: así, que los agentes públicos, ni en las comisarías, ni en las cárceles, ni en los reformatorios, ni en asilos, ni orfanatos, ni en residencias, ni en cualquier centro de internamiento, ni en los cuarteles, ni en los colegios, etc., incurrieran en tales prácticas. Ahora, sorpresivamente, en vista de las necesidades que hoy afloran de manera tan contundente y patética, se puede proyectar a lo más íntimo, al hogar, a la relación familiar o sentimental. Así, que el varón no se sobrepase con la mujer. Nadie dudará hoy que sea

30 Véase Javier GUILLÉN, *El estatuto de los consumidores*, Cívitas, Madrid, 2002.

ésta una variante de *trato inhumano o degradante*, por lo que el artículo 15 puede desempeñar una nueva funcionalidad. No faltaban, obviamente, otros soportes constitucionales, como el derecho a la vida y a la integridad física, del propio precepto. Pero cuando hay que afrontar con energía una necesidad social que se hace apremiante, buenos son todos los apoyos y argumentos.

Siete. Querría decir, aunque sea muy brevemente, que me parece muy de encomiar la fórmula española, por la que intencionadamente apostó la Constitución, que parte de la existencia de graduaciones para la eficacia, defensa y aplicabilidad de los derechos fundamentales, ese sistema de escalonamiento que en otros lugares he estudiado. Es positivo que haya sensibles diferencias entre unos y otros. Sin duda, todos son compromiso directamente derivado de la Ley Fundamental, todos obligan y tornan inconstitucional cualquier conducta que se aparte de los mismos. Pero está muy bien que sea necesaria la intermediación del legislador para unos cuantos casos, lo que el texto denomina los principios rectores de la política social y económica (del Capítulo tercero). Hay una enorme variedad de supuestos y es bien distinta la situación de los afectados; por otra parte, se impone reflejar la evolución de la sociedad con su dinámica, del mismo modo que las exigencias y aspiraciones pueden alterarse, amortiguarse o conocer ritmos intensísimos, y no queda más remedio que optar, seleccionar, concentrar esfuerzos, marcar criterios y requisitos y, en su caso, señalar preferencias. Cada sociedad cuenta con los medios con los que cuenta —aquí se impone el tan certero y clásico adagio de que «no hay más cera que la que arde»—, y a veces se impone marcar tónicas de reparto o, incluso, de primacía (que suelen ser también de selección y, por ende, de exclusión). La ley deberá ser razonable y proporcionada —y soportar el test de constitucionalidad³¹—, pero

31 Quedando sometida, por ende a los correspondientes controles del Tribunal Constitucional, sin excluir, cuando proceda, el control de la inactividad del legislador, en la línea desarrollada por Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997

es lógico que sea el legislador quien marque y vaya poniendo al día los criterios para orientar la labor de la Administración al ejecutar. Y en caso de conflicto, diría en este sentido, que comulgo con la idea clásica de que la más honrosa tarea del juez es la de ser un leal aplicador de la ley. El tener que inventar, no es tarea cómoda, ni positiva. No es ninguna antigualla defender el principio de separación y contención de poderes, a que me refería al comienzo. Por más que se manejen cifras millonarias, hoy el funcionamiento del Estado es muy complejo, todo tiene implicaciones financieras y presupuestarias, que son controladas y aprobadas por el Parlamento con la significativa iniciativa del Gobierno. Bien sé que hay casos difíciles y que la realidad de las lagunas de la ley puede colocar en situaciones apremiantes. Aparte de los cada vez menos infrecuentes desfases entre la respuesta legal y la necesidad social. Con todo, insisto en el principio: no es bueno que el juez invente. ¡Afortunado el juez que puede vivir como leal aplicador de la ley!

Desde otra perspectiva me parece positiva la graduación entre los derechos fundamentales propia del sistema español: es lógico que no llegue al Tribunal Constitucional cualquier cosa. El recurso de amparo, como tantas veces se ha dicho —al parecer, en vano—, sólo debería ser un remedio excepcional, resultando suficiente con la garantía judicial. Entiendo que los abogados querrían siempre más oportunidades, pero a mí me parece correcto que haya unas reglas de juego claras, con la consiguiente selección. Para que el sistema funcione se requiere una cierta celeridad y no queda más remedio que defenderse frente a la sobrecarga de papel.

Todo lleva a recalcar la mayor profesionalidad posible para el escalón judicial, el esfuerzo por la facilitación de una realidad jurídica tan compleja, así como la necesidad de claridad de reglas. Poco será todo lo que se haga por interesar, y celebro mucho la oportunidad de poder estar esta mañana con ustedes para debatir de estos problemas. Acaso se eche en falta también, en lo que

a los profesores respecta, una labor sistemática de comentario y crítica de la jurisprudencia, pausada y objetiva, cubriendo amplias series, y no el tan frecuente estudio del caso interesado, o el centrado en los supuestos más morbosos o aparatosos.

Por unas razones y otras, entiendo —y bien se que no faltan voces que querrían mezclarlo y revolverlo todo— que la fórmula de graduación que inventó la Constitución es —y ha resultado— pragmática y realista.

Ocho. Se hablaba antes de los derechos fundamentales como ingrediente de la convivencia ciudadana, todos obligados a su respeto, todos vinculados por ellos. Hay por eso una vertiente en la consideración de los derechos fundamentales sobre la que me gusta insistir en cuanto puedo y a la que voy a dedicar ahora los últimos minutos de mi intervención. Empalmamos con la vieja lección histórica de lo importante que resulta que las grandes opciones humanas comiencen a ser inculcadas en la escuela. Los grandes retos de la vida tienen mucho avanzado si hallan un lugar cuándo y dónde se practica la enseñanza. Y me da la impresión de que en este punto la evolución de los veinticinco años deja mucho que desear. Ojalá se tome nota de ello y sea preocupación que aflore con motivo de las celebraciones de los veinticinco años.

Por otra parte, esta preocupación por la vertiente didáctica de los derechos fundamentales ha sido casi connatural a la evolución de los mismos. No es cuestión de hacer historia ahora, pero sí quiero refrescar un par de datos. Sobresaliente me parece el ejemplo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Proclamación que se incluye dentro del Preámbulo, donde se aludirá al,

«...ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades...».

El mensaje resulta inequívoco y no deja lugar a dudas. La solemnidad del documento se vuelca también para reclamar la promoción mediante la enseñanza y la educación. Late, en el fondo, la vieja y sabia filosofía de que no basta con legislar, o con elaborar un texto, como en el caso, sino que lo esencial es propagar los contenidos entre los ciudadanos afectados, y nada más propio que resaltar la conveniencia de la labor docente.

Pero no es sólo cuestión del Preámbulo. Una de las preocupaciones más legítimas de la Declaración es la de generalizar la educación, a todos los niveles, auspiciando que sea gratuita en el nivel elemental. A ello se dedica un importante precepto, el artículo 26. Pues bien, no es sólo la tónica generalizadora, no basta con proclamar el *derecho a la enseñanza*. Se parte de que ésta debe tener contenidos imprescindibles cuyo sentido se quiere marcar. Es así como nos encontramos con el apartado segundo del señalado precepto, muy rico en sustancia, cuyo alcance debe ser recordado:

«La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz».

Es un mensaje —o, mejor, un mandato— de enorme potencia y de alta calidad humana, que no ha perdido ni un ápice de su fuerza en los años transcurridos. Antes bien, ha servido de ejemplo y ha ido inspirando, como inmediatamente expondré, muy preclaros documentos. Pero la lección a extraer ahora es que junto a la generalización de la enseñanza, que representa la consagración del derecho a la educación, llave certera e inexcusable para superar el atraso y la pobreza, el respeto a los derechos humanos debe ser algo propagado y generalizado ya desde la escuela, en unas y otras latitudes. Educar es, junto a la impartición

de los saberes usuales, también la enseñanza del respeto a los derechos humanos.

Quede así este pequeño apunte extraído de uno de los grandes documentos del Siglo XX. Que tendría influencia señera, como dije. En efecto, salto ahora al precepto que la Constitución Española dedicó al tema de la educación que, como se verá, denota la influencia directa de la Declaración Universal. Advierto que se trata de un precepto —el artículo 27— medido y aquilatado hasta el milímetro, fruto granado del «consenso», en tema de capital importancia y con visiones tan enfrentadas. Pues bien, una vez que en el apartado primero se ha reconocido el derecho a la educación, en el segundo se precisará:

«La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

Es decir, fuerza y significado de la educación, pero esta debe incluir necesariamente el aprendizaje en el respeto a los derechos y libertades fundamentales.

Entiendo que se trata de un reto mayúsculo, por más que sea aplicación de la pura letra de la Constitución que tanto se celebra. No es correcto ensalzarla en su conjunto, quedarse en la visión global y pasar por encima de exigencias tan precisas y tan ricas en consecuencias como ésta. ¿Creen ustedes que tan importante previsión se cumple y respeta en todo el territorio nacional? Espero que convendrán conmigo en que es mucho lo que queda por hacer en este terreno. La evolución durante los veinticinco años no ha dado ni con mucho el juego que cabía esperar. Porque además era imaginable una emulación de las Comunidades Autónomas, con tan amplias competencias en materia educativa, cuando incluso todos los Estatutos de Autonomía tienen un precepto similar que recuerda que los ciudadanos de cada una de ella tienen los derechos (y deberes) fundamentales que enumera la Constitución. Uno de los cuales, y sobresaliente, es el del artículo 27.

Entiendo que es éste un problema de primordial interés, de esos que justificaría un amplio debate nacional, una movilización seria de la opinión pública. Pero no pocos líderes políticos no están por la labor. Les debe parecer más rentable la continua huida hacia delante, encubriendo sus limitaciones o falta de proyecto sugestivo, con el movimiento continuo de la reforma estatutaria, o constitucional, si les da por eso. Creen aparentar con ello una grandeza, que no hace más que tapar pequeñas miserias. La profundización en los derechos fundamentales, sí es un solvente programa de futuro. Ojalá no se malbarate tan importante ocasión.

FINAL

Voy a terminar ya. Me agrada esta oportunidad de haber reflexionado ante ustedes sobre la Constitución Española, sus primeros veinticinco años, y uno de sus contenidos más valioso y delicado, los derechos fundamentales. Se trató de su recepción y del desarrollo ulterior, pero hay que ser bien conscientes de que estamos ante un proceso incesante que nunca puede detenerse. Está, ante todo, el empeño de profundización de lo ya proclamado, el que la letra de la ley penetre inequívocamente en los usos sociales. A su vez, la propagación de las fórmulas, el gran reto de nuestra época de la promoción de la igualdad: cada vez se justifican menos los oasis florecientes pero aislados en un mundo como el nuestro, auténtico pañuelo. Pero también la seguridad de que cuando el actual nivel arraigue, se afiance y se propague, surgirán nuevas aspiraciones y emergerán nuevas pretensiones que probablemente adopten la veste de derechos fundamentales. Acaso haya entonces que ajustar la Constitución, bien directamente actuando sobre su texto, bien a través de fórmulas complementarias, alguna de las cuales quedó fielmente reflejada.

De todas maneras, en el actual panorama, es mucho lo que queda por hacer. Es preciso no ser triunfalistas, pero sí constantes y firmes. Y conviene sobre todo no trivializar el rico y trascen-

dente caudal de los derechos humanos, no malbaratar su energía con banalidades, no usarlos para cualquier cosa. Porque cada Declaración de Derechos, cada uno de sus contenidos, tiene algo de ese mundo fascinante de los espirituales negros, tiene mucho de cántico de afirmación y de esperanza, pero ofrece también en el recuerdo la inevitable presencia del dolor, del sufrimiento y de la humillación que se trata de superar³².

32 La redacción del presente trabajo se concluyó en Redes (La Coruña), el 10 de agosto de 2003.

CAPÍTULO 14

REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN (DE SU ELABORACIÓN Y DE SU REFORMA)

Texto escrito de la conferencia que se dictó en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, con motivo del día de la Constitución, y que tuvo lugar el dos de diciembre de 2002, bajo la amable presidencia del Rector Magnífico de la Universidad, profesor don Felipe Petriz, y del Decano de la Facultad, profesor don Fernando López Ramón. Omito ahora las palabras de saludo y agradecimiento, no por usuales, menos sentidas.

Con ligeras adaptaciones volví a repetir la conferencia ante los alumnos del Colegio Universitario de Segovia, el 7 de abril de 2003, si bien omitiendo, como se comprenderá fácilmente, lo que expreso en este primer apartado del texto.

1. Inicio esta intervención con sentimientos encontrados. Ante todo, de emoción, por el recuerdo vivo de mi hermano Sebastián, que ocupaba esta misma tribuna, en similar ocasión, hace ahora justamente un año, vital y feliz, del todo ajeno a la inmisericorde enfermedad que tan súbitamente se le iba a manifestar. Sean así mis primeras palabras de recuerdo al primogénito de una familia numerosa, cinco de cuyos miembros cursaríamos estudios en estas aulas, él el primero obviamente. Pero, en segundo lugar, senti-

mientos de preocupación, pues el tema que he elegido me va a hacer hablar frecuentemente en primera persona, cosa que no suelo, lo que asumiré sin falsas modestias, bien consciente como soy, de una parte, de mis limitaciones, y de otra de que la vida es un tren de casualidades y a uno puede tocarle en ocasiones vivir afortunadas experiencias. Aunque también, en tercer lugar, la satisfacción profunda —y eso ya ensancha el corazón y ayuda a superar emociones— por volver a la Facultad y tener el gusto de estar con ustedes. Porque esta intervención además me trae a la memoria numerosos actos como éste, por estas mismas fechas, aunque ya va haciendo años, glosando la Constitución, cuando aún no estaba tan arraigada, en Institutos de Bachillerato y centros públicos de Zaragoza y su provincia. Y puestos a avivar recuerdos, esta Aula Magna, presidida por Carlos V (o Carlos I, de Aragón, y de España), me evoca muchos actos entrañables, presenciados ya como testigo curioso, a veces como autor, incluso muchas clases dadas, abarrotada el aula, en la época aciaga de la masificación universitaria, a punto ahora, afortunadamente, de ser superada. Creo que la última vez que estuve en ella —no en la Facultad, a la que he vuelto en numerosas ocasiones— fue cuando, íntimamente, hacía mi personal despedida de la Universidad de Zaragoza, al marcharme, un tanto escaldado, después de diecisiete años de estancia, aprovechando la amable invitación de mi buen amigo el profesor Juan Rivero para clausurar el curso en la Escuela de Práctica Jurídica: eso era un 29 de junio de 1988, en que preparé como mejor pude y con todo empeño una disertación sobre la separación de poderes, que terminaría recogiendo en mi último libro¹.

2. El profundo misterio de la enseñanza, la habitual convivencia de distintas generaciones, la transmisión personal de expe-

1 *De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español*, en el libro *Méritos o botín, y otros retos jurídicos de la democracia*, Editorial Aranzadi, 2000, páginas 133 ss., libro que, por cierto, me agrada recordarlo ahora, está dedicado «A la Universidad de Zaragoza y a sus administrativistas, reconocido».

riencias y saberes, nos depara tantas veces el vivo contraste de que lo que para algunos —como para los profesores y otras personas que nos acompañan— fue un acontecimiento vivido y recordado, algo normal y que se asume sin complicaciones, para otros —como los alumnos presentes— sea pura materia de estudio y que sin el esfuerzo adicional del conocimiento *no existiría* para ellos, y es que la cronología no engaña: si conmemoramos el vigésimo cuarto aniversario de la Constitución resulta que la mayoría de alumnos, no es que estuvieran en pañales y nutriéndose de ese sano alimento que es la leche materna, es que eran sólo una esperanza y una ilusión en el pequeño universo de sus padres.

He aceptado por eso muy gustoso el envite de hablar de cerca y en sus orígenes de algo que yo considero muy importante, para los ciudadanos en general, pero también para los miembros de una Facultad de Derecho. Muy importante para los ciudadanos por sus enormes implicaciones políticas, sociales y culturales, y por lo que representa de horizonte de paz en la atormentada historia española, lo que no quería dejar de recordar, aunque no sea éste mi tema de hoy. Me voy a centrar sobre todo en lo que representa para el mundo del Derecho.

Entre los muchos sucesos jurídicos que he conocido a lo largo de mi vida activa, hay dos de especial trascendencia por su impresionante influjo en la conformación de nuestro universo jurídico. Uno es la promulgación de la Constitución de 1978 y el otro, algo de lo que ésta fue requisito *sine qua non*: el ingreso en 1986 en la Comunidad Económica Europea, que vino a trastocar de forma radical, como luego diré, nuestro entero sistema jurídico.

No es preciso gastar energías para demostrar como han sido ingentes las consecuencias jurídicas de la Constitución de 1978. Hoy el esfuerzo se necesita, sobre todo para los más jóvenes, para imaginar como era nuestro Derecho antes de ella. Entre sus resultados, destacaría como ha normalizado y generalizado el atractivo del Derecho Constitucional, esa disciplina tan sugestiva; o, el én-

fasis en el carácter normativo y vinculante de la Constitución, hoy algo asumido y normalizado, pero que resultó muy trabajoso —y es de justicia recordar lo que ayudó la brillante aportación de García de Enterría²—, hubo que luchar mucho porque ser afirmara el criterio del efecto directo e inmediato, nada menos que la ingente operación de depurar el ordenamiento jurídico en su conjunto, invalidando y barriendo todo lo que estuviera en contradicción. El nuevo texto iba a predeterminar así la vida de todas las asignaturas, no sólo las de Derecho Público. Presidiría, por supuesto, el alcance y contenido del Derecho Administrativo, pero también del Civil, Penal, Laboral, no digamos Procesal, y así sucesivamente. Sabida es la ingente movilización jurídica que se iba a producir, a través, sobre todo, de dos mecanismos: a) el impulso para sustituir directamente las normas obsoletas o no adaptadas, y así se toma como motivo y justificación para renovar numerosas normas jurídicas: el Código Penal o la Ley de lo Contencioso, la Ley de Costas o la de Enjuiciamiento Civil, por citar sólo cuatro ejemplos preclaros entre muchísimos; y b), a través de la «cuestión de inconstitucionalidad» del artículo 163: esa oportunidad de que cualquier juez excite al Tribunal Constitucional en tan importante operación de limpieza y de pulido del ordenamiento, que tanto juego ha dado, con cientos de preceptos suprimidos o interpretados —a veces confirmados—, en las regulaciones más inesperadas, y que continúa abierta.

3. Pues bien, ante tal acontecimiento jurídico, es inexcusable que los alumnos de la Facultad sepan que algunos de sus profesores participaron en la elaboración de tan cualificado texto. Fuimos cuatro³, al menos, los profesores de la Facultad que, como

2 El importante trabajo de 1981, *La Constitución como norma*, recogido luego en el libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, varias ediciones en Cívitas, la primera de 1981.

3 No logró escaño, en cambio, otro profesor muy querido, que bien lo merecía y que tanto hubiera disfrutado, quien sería Decano de la Facultad, José Luis Lacruz Berdejo, buen amigo, siempre en la memoria y a quien quiero recordar especialmente ahora.

parlamentarios elegidos por el pueblo zaragozano —muy activo, también, el catedrático de la Facultad de Veterinaria y senador, Isaías Zarazaga—, no sólo votamos, sino que contribuimos en lo que pudimos en la mejora del texto. Profesores además que, como es bueno y positivo, eran de diferentes colores e ideas y podían así representar a diversos sectores de opinión, reflejando, en definitiva, algo tan importante como el pluralismo político. No hubo en absoluto homogeneidad ideológica, logrando por tanto voz un gran abanico de posturas sociales y políticas. Dato que me parece muy interesante de resaltar. De la UCD, el partido de Adolfo Suárez, era el profesor de Economía, Mariano Alierta. Diputado, como el anterior, pero del PSOE, era Ángel Cristóbal Montes, profesor de Derecho Civil. Y había dos senadores⁴. Uno de ellos, Ramón Sainz de Varanda, profesor de Derecho Político, se integraría al fin en el PSOE, y moriría años después, dejando muy buen recuerdo tras una brillante gestión, como alcalde socialista de Zaragoza. Por último, quien les habla, catedrático de Derecho Administrativo como saben, me precio de ser ciudadano comprometido y con sensibilidad política y social, si bien no era ni soy de ningún partido. Figuraría en una «Candidatura Aragonesa de Unidad Democrática» para el Senado, la CAUD, un experimento que en términos similares proliferó por toda España, alcanzando bastante éxito. Hay que entenderlo a la vista de las características de la situación, contando así con la prohibición de los partidos políticos durante tantos años, los partidos, auténticas bestias pardas del sistema de «partido único» del Régimen de Franco. Al advenimiento de la democracia se produjo una impresionante eclosión

4 En la exposición que hice en Segovia, recordaba como habían sido senadores constituyentes uno de los profesores más veteranos del Colegio Universitario, don Julio Nieves Borrego, así como el Director del mismo, profesor José Antonio Escudero, muy activo éste en la Comisión Constitucional. Teniendo presente incluso la adscripción del Colegio a la Universidad Complutense, es grato considerar como, aparte del crecido número de profesores que fueron parlamentarios en la Legislatura Constituyente, lo fueron dos miembros de la famosa «Ponencia Constitucional», don Manuel Fraga Iribarne y don Gregorio Peces Barba.

de partidos, lo que se denominaría la «sopa de letras», donde convivían los viejos y arraigados partidos con muchos otros de nueva creación o invención: el tiempo se encargaría de resituar a todos y de sosegar el mapa político. Pero entonces, ante la convocatoria de elecciones, los partidos no tenían datos para calcular su implantación o aceptación. Para el Congreso de los Diputados la cuestión tenía menos importancia dada la opción por el sistema **proporcional**, introducido utilizando la Regla D'Hont, según criterios que había patrocinado Herrero de Miñón: el que tuviera fuerza e implantación, saldría adelante. La cosa era más complicada, en cambio, para el Senado, cuya elección estaba presidida por el sistema **mayoritario**. Hubo quienes optaron por eso —y la experiencia demostró que con gran acierto— por la agrupación transitoria de fuerzas políticas afines o cercanas, por supuesto como opción para las primeras elecciones hasta que fuera posible conocer la implantación real de cada uno. Es así como surgieron unas candidaturas unitarias de izquierda, experiencia que se propagó por toda España. Me halagó mucho cuando un buen día vinieron a mi despacho del Seminario de Derecho Administrativo, en el entonces nuevo edificio anexo a la Facultad, los representantes de muy señalados partidos que se habían fijado en mí para proponerme como uno de sus candidatos, Emilio Gastón, por el PSA (Partido Socialista de Aragón) —aunque llegaría bastante tarde a la cita—, Vicente Cazcarra, por el Partido Comunista, y Ángel Cristóbal Montes, por el PSOE. Me cogió de sorpresa la propuesta y les pedí unos días para pensarlo. Aparte de lo que representaba el acontecimiento, siempre había practicado en la Universidad la dedicación exclusiva, como opción personal y metodológica. Como es conocido, mi respuesta fue el sí, pues me pareció una ocasión única, consciente de que todos, aun desde nuestras limitaciones, teníamos que colaborar en tan delicados y esperanzadores momentos. Tuve la suerte de formar candidatura, además, con dos compañeros de gran valía, conocidos abogados que habían asumido gustosos causas bien delicadas y comprometidas, los dos, desafortu-

nadamente, tempranamente desaparecidos, pero siempre recordados: Ramón Sainz de Varanda —ya dije que profesor de esta casa— y Antonio García Mateo. Además de los partidos mencionados, logró la candidatura un amplio apoyo y respaldo: muchos y cualificados independientes, otros partidos socialistas y comunistas, Izquierda Democrática, de Ruiz Jiménez, hasta el recién remozado Partido Carlista. Tuvimos la suerte de salir los tres elegidos, muy apoyados y respaldados, en una experiencia que resultó entrañable y gratificante e inolvidable.

En el Senado me integré en el Grupo Parlamentario PSI (Progresistas y Socialistas Independientes), el tercer grupo en importancia numérica de la Cámara, muy activo y participativo —dio origen a que se enhebraran muy entrañables y duraderas amistades— y trabajamos mucho. Era un Senado poco parecido al actual, donde abundaban las personalidades cualificadas, ya por haber sido elegidas o bien a través de una variante irrepetible, como fueron los senadores de designación real: ahí estaban desde el pintor Brickman hasta Camilo José Cela, José Luis Sanpedro, Julián Marías, Fuentes Quintana, Carlos Ollero, don Luis Sánchez Agesta, don José Ortega Spottorno y un largo etcétera. Les diré que aproveché diligentemente los numerosos tiempos de espera para incrementar mi colección de autógrafos —incluso, de diputados, como uno bellísimo que tengo de Rafael Alberti, dibujo incluido—.

4. Como decía, trabajamos mucho. He dejado dos libros recogiendo mis intervenciones. El primero, muy temprano, apareció en Zaragoza en 1979, en Editorial Guara, y el título, «En los albores de la democracia», no dejó de suscitar recelos por lo de los albores, pero yo me defendía diciendo que no por haber aprobado la Constitución, o por haber votado, ya existe una democracia, sino que ésta, es un cuerpo vivo que tiene que afianzarse y echar raíces. Algo más adelante, tras denonados esfuerzos encontré editor para un nuevo libro de título bien indicativo, «Materiales para una Constitución: los trabajos de un profesor en la Comisión Constitu-

cional del Senado», Editorial Akal, 1984, si bien por el mismo nunca recibiría no ya un euro, es que ni una peseta ni un real, y un amigo me acaba de avisar que lo ofrecen de saldo en uno de estos comercios en que se puede hacer de casi todo, desde comer a comprar una barra de pan, o un libro sobre la Constitución.

El Grupo Parlamentario me nombro portavoz para la Comisión Constitucional del Senado, donde nos volcamos todos, y donde tuve ocasión de entablar entrañables lazos con otro amigo también desaparecido, Manuel Villar Arregui, nombrado segundo portavoz y con quién preparamos laboriosamente las numerosas intervenciones y enmiendas.

Tuvimos muchas intervenciones, en efecto, sobre todo una vez que comprobamos que aunque el texto del proyecto estaba ampliamente consensuado, no estaba sin embargo definitivamente cerrado y cabían innovaciones. Presentamos un gran montón de enmiendas, las defendimos y logramos que algunas se incorporaran al texto definitivo.

He dicho que el texto estaba en gran parte consensuado. Hay que recalcar lo que significó la metodología utilizada, fruto del esfuerzo y habilidad de las grandes fuerzas políticas y de los partidos que las representaban. Es, en definitiva, el clima propio de la Transición Política. Pesó para que se afianzara el consenso el recuerdo del frustrante tejer y destejer de la historia constitucional española, cada vencedor con su momentánea solución, inmediatamente desmontada cuando llegaron los otros. Pesó el tener bien aprendida la lección de la anterior Constitución democrática, la republicana de 1931, con ese tensar la cuerda al máximo y el clima de enemigos irreconciliables sin opciones para el encuentro. Afortunadamente, logró imponerse el consenso en la Transición Política, desde la idea de buscar algo común a todos, algo que todos consideraran válido, aunque, por lo mismo, nadie pudiera imponer al cien por cien sus soluciones. Pero que todos asumían y se comprometían a respetar. De forma, que quedara desactivada la

aspiración de revancha, el afán por destruirlo todo para iniciar de nuevo el edificio desde abajo. El consenso, al afirmar el encuentro, quería garantizar, como así ha sucedido, la alternancia, es decir, la normal y pacífica sustitución de unas fuerzas políticas por otras: ha habido gobiernos de UCD (Adolfo Suárez y Leopoldo Calvo Sotelo), del PSOE (Felipe González, primero con mayoría absoluta, luego con apoyo de CIU) y del PP (José María Aznar, con apoyo de CIU y PNV primero, ahora con mayoría absoluta). Algo similar ha sucedido con los gobiernos regionales: recuerden, y no es el caso de entrar en detalles, la cantidad de variantes que ha depurado la gobernación de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Insistiéndoles en que tengan muy presente esta idea del consenso, querría recordarles algunos pasos notables de entre los muchos que caracterizaron a la Transición Política: resultó emocionante, con tantos nombres que ahora no es posible evocar, la vuelta a la Patria de los exiliados políticos; o la ruptura del aislamiento internacional; el ingreso, así, en el Consejo de Europa y en otros organismos, o, en dirección similar, la firma y ulterior ratificación del Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de los dos Pactos de Nueva York, el de Derechos Civiles Políticos y el de Derechos Sociales y Económicos, y tantos otros instrumentos relevantes; o, por concluir, el detalle anecdótico de que los académicos suecos tuvieran el detalle en el otoño del 77 de otorgar el Premio Nobel de Literatura a Vicente Aleixandre.

5. Quiero hacer hincapié en dos pasos importantes que formaron parte de la labor pacificadora y de preparación con que se abordó la Transición Política. Se era consciente de que se estaba ante un proceso muy complejo. No crean que bastaba con promulgar textos legales, había que obrar, con delicadeza y visión amplia, pero con toda decisión, en otras direcciones.

Aludiré, ante todo, a los requisitos para la pacificación social y económica: era muy difícil intentar hacer nada serio con una in-

flación rayana en el treinta por ciento. Hoy estamos preocupados que si el dos, que si el tres, si ha pasado tantas décimas. Imaginen lo que representaba ese casi treinta por ciento en el sistema de pactos y contratos, en las previsiones empresariales, en las inversiones, en el sistema bancario y crediticio, en las retribuciones, obviamente, y, por supuesto, en las reivindicaciones laborales. Es así como se fraguó una importante concertación entre las fuerzas políticas, económicas y sindicales, conocida como los Pactos de la Moncloa, idea directa del Vicepresidente económico del Gobierno, Profesor Fuentes Quintana (cuyo abuelo, por cierto, había nacido en el pueblo oscense de Naval, y de ahí emigraría a Castilla). Con una importante vertiente jurídica también, directamente animada por el Ministro de Justicia don Landelino Lavilla, desde la idea de adaptar nuestro ordenamiento a las exigencias democráticas. No entro en detalles —había un ambicioso y heterogéneo clausulado—, sólo quiero resaltar que operación tan difícil se consiguió, las fuerzas implicadas supieron estar a la altura de las circunstancias, la fórmula funcionó y dio muy buenos resultados.

En segundo lugar he de referirme a una nueva medida de pacificación, ahora política. Se intentó denonadamente y se consiguió, a pesar de las dificultades, promulgar una amplísima amnistía, con la finalidad primordial de que no quedara ni un solo vasco en la cárcel. Si las elecciones fueron en junio del 77, en diciembre se promulgaba la amnistía por la que no quedó ni un solo preso vasco en las cárceles, por muy manchadas en sangre que tuviera las manos. Es decir, se quiso que coincidiera con los inicios del sistema democrático y con la preparación del texto constitucional, esta primera fase, tan consistente, de un auspiciado diálogo. Fue complejo y complicado y hubo que pagar un alto precio —no se podía perdonar a unos sí y a otros no—, pero se consiguió, de modo que la tan repetida frase de «presoak kalera» quedó en absoluto sin sentido alguno desde esta decidida y generosa política de inicio de un diálogo. Les insto a que reflexionen acerca de este paso, no siem-

pre conocido o recordado: ni un solo preso vasco en las cárceles. El resultado lo conocen bien: hoy, por desgracia, son muchos los presos vascos en las cárceles, como son muchos los crímenes que desde entonces se sucedieron. Las páginas del Diario de Sesiones de las Constituyentes están llenas de la descripción de tantos minutos de silencio, ceremonia inicial de demasiados días al comenzar los debates del texto, pequeño homenaje a los numerosos servidores del Estado víctimas de algunos patriotas vascos.

6. Pero volvamos a la Constitución. A los más jóvenes hay que recordarles que las cosas no caen del cielo, que hubo una época en que no existían y hubo que ganarlas y conquistarlas.

Lo más importante de la Constitución ya se había logrado, gracias al consenso, como decía, pero hubo aspectos menores en que fue posible incidir. Estuvimos muy atentos a las sugerencias e ideas que se nos hacían llegar —no se trata en absoluto de alardear de originalidad— y con nuestro trabajo y tesón, algo conseguimos. Les contaré casi con aire anecdótico unos cuantos puntos en que tuve ocasión de trabajar, nueve en concreto.

Primero. Quiero mencionar ante todo, por su gran significado, un punto en el que nuestro tesón, sin protagonismo alguno, se sumó el de otros muchos. Trabajamos fuerte, en efecto, en pro de la **abolición de la pena de muerte**, cosa que no era pacífica del todo —se requirió un amplio y trabajoso proceso de concienciación pues no escaseaban los profesores de Derecho Penal que la seguían defendiendo—. Afortunadamente, había una gran sensibilidad en las fuerzas políticas, y ahí está el artículo 15, no como nos hubiera gustado, pero por fortuna la incidencia luego del Protocolo VI del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la ulterior evolución de la legislación, han conducido a una abolición total, como la que defendíamos.

Segundo. Me volqué en la **defensa de la demanialidad de las playas** que hoy consagra sin excepciones el artículo 132. La se-

sión casi debió parecer una clase de Derecho Administrativo, Parte Especial, con alarde de argumentos históricos y jurisprudenciales, desde las Partidas al Consejo de Estado, pero había que insistir dado que dos conocidos senadores de peso, propietarios, al parecer, de sendas playas «privadas», querían que se introdujera en el texto alguna suerte de reserva, algún «sin perjuicio», cosa que, afortunadamente, no prevaleció. Alguno de ellos mencionaba a García de Enterría, tergiversando sus argumentaciones, claramente inequívocas, «pro domo sua», denominándole «el príncipe de los administrativistas españoles».

Tercero. No hay ninguna constancia escrita pero les aseguro que nos lo ganamos a pulso Villar Arregui y yo, dando la tabarra en los pasillos del Senado al Ministro de Justicia, Landelino Lavilla, tan amable y receptivo, para que se incluyera **la investigación de la paternidad**, que no figuraba en el proyecto y hoy luce, en efecto, en el artículo 39.2.

Cuarto. Me agradó la sensibilidad a la hora de aceptar mi enmienda para que se incluyera **la interdicción de la arbitrariedad de los poderes público**, que hoy figura en el artículo 9.3.

Quinto. Aludiré ahora a una enmienda muy breve de alcance —sólo que se incluyeran dos nuevas palabras—, pero que tenía un cierto significado metodológico, vinculada a la intención que antes describía de afirmar el carácter normativo y la incidencia del carácter vinculante de la Constitución, y que me lleva de nuevo al artículo 9. Al inicio, se hablaba de «estar sujetos a la Constitución y al ordenamiento jurídico». Pues bien, la lectura podía dar a entender que una cosa era la Constitución y otra el ordenamiento jurídico, o que aquella no formaba parte de este. Con el añadido de las dos palabras —«sujetos a la Constitución y **al resto** del ordenamiento jurídico»— yo creo que se ha ganado en claridad interpretativa.

Sexto. No fue difícil convencer, aunque hubo que mantener bastantes conversaciones, como era usual —recuerdo la reticencia

inicial del senador catalán con quién hablé, temiendo perder competencias, pero al final logré explicarle que nada se perdía con el cambio— para que en lugar de usar la expresión **beneficencia**, que traía el Proyecto, que podía interpretarse desde un sentido paternalista, se hablara de **asistencia social** (artículo 148.1.20^a).

Séptimo. El reparto de criterios en todo lo referente a los **aprovechamientos de aguas** (artículos 148.1.10^a, y 149.1.22^a), tema que tanto ha interesado y preocupado siempre entre nosotros, es obra de una enmienda en que no hacía sino incorporar la redacción preparada por mi hermano Sebastián, gran especialista en la materia, como saben.

Octavo. La disposición adicional segunda, aunque no se diga expresamente, es un pequeño homenaje al Derecho Foral Aragonés. Su inclusión fue un episodio apasionante, por más que mínimo, que trabajé con ilusión, dando todos los pasos previos necesarios, arrancando de la sugerencia que se me había hecho llegar de que si a ver si la reforma de la mayoría de edad, para adelantarla, no iba a perjudicar, como había sucedido cuando se adelantó de los 25 a los 21, las situaciones más ventajosas del Derecho Aragonés. Muy cuidado el texto, con todas las reservas y prevenciones para no sacarlo de su sentido, se admitió sin mayores problemas, y ahí está como claro apoyo al Derecho Foral.

Noveno. Una última referencia ya, para no cansarles. Viví muy de cerca el debate en torno al apartado segundo del artículo 10, que no venía en el texto aprobado por el Congreso, y me agrada haber contribuido a que la Constitución mencionara la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, como es bien sabido, uno de los grandes documentos del siglo XX. Fue un momento muy tenso en el debate constitucional, y a punto estuvo de quebrarse el consenso. En el fondo se trataba de una de las cuestiones más delicadas, uno de los grandes problemas subyacentes a todo el debate constitucional, siempre presente, aunque en gran parte no lo hubiera advertido la opinión pública. Era el problema

de lo que en tiempos llamábamos «los colegios de pago», desde la pretensión de la Iglesia Católica de asegurar la financiación de la enseñanza de los colegios religiosos⁵. En el arduo tema de la educación, se había alcanzado una laboriosa y compleja situación de equilibrio con el artículo 27, tan medido, tan sopesados todos sus matices y alternativas. Sería uno de los frutos granados del consenso, ponderando la importancia que unos y otros atribuían a la cuestión educativa, desde posiciones tan distantes. Pues bien, ante las posiciones que afloraron en el Senado, el PSOE temía que con la referencia a las Declaraciones de Derechos que se proponía, se rompiera el equilibrio logrado y la enseñanza de los colegios religiosos pudiera encontrar un título diferente para aspirar a una financiación, al margen de las reglas tan trabajosamente consensuadas. Es decir, se estaría orillando el precepto pacificador. ¿Ruptura del consenso? Eso es lo que sostenían con energía los responsables socialistas, presente en el Senado en la ocasión el máximo responsable del partido para la elaboración constitucional, el luego Vicepresidente Alfonso Guerra.

En ese vivísimo y apasionado debate⁶ yo trabajé a favor de un texto, que no fuera ninguna carta marcada, que no ocultara situaciones espurias de ventaja, ni rompiera el equilibrio y, en cambio, incorporara un compromiso genérico en materia de derechos fundamentales, incluida la mención a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Y no oculto que estoy muy contento de cómo quedó el texto y del tan positivo efecto que ha producido a lo largo de los años de vigencia. No ha servido, en absoluto, para los fines que tantas sospechas levantaban —la enseñanza religiosa ha conseguido amplísima financiación a través de las previsiones del

5 No deja de ser curioso que quien mantenía la disciplina en el Grupo Parlamentario de la UCD, es decir, el Grupo que sostenía al Gobierno, quien pasaba lista y controlaba —es decir, cumplía las funciones de «whip»—, era un religioso, el presidente de la organización de los colegios religiosos de enseñanza.

6 Recuerdo las intervenciones «pacificadoras» de senadores de la UCD, como Fernando Chueca Goitia o José Antonio Escudero.

artículo 27— y, en cambio, ha desempeñado un papel muy positivo. Pero entonces, los amigos del PSOE me consideraron un traidor y se dio el detalle curioso de que los senadores socialistas, en el banco de delante, dejaran de hablarnos al unísono —no se si alguien cursaría instrucciones—, lo que sorprendía dada la fluidez habitual de nuestras relaciones y dado que entre ellos estaba uno de los miembros de mi candidatura zaragozana, Sainz de Varanda, como expliqué. Aunque siempre después de la tempestad viene la calma y el tiempo contribuye inexorablemente a que se aflojen las tensiones.

7. Hasta aquí he hablado de la elaboración de la Constitución, que pronto va a cumplir 25 años y ha demostrado ser instrumento eficazísimo en país tan complicado como España. Pero intermitentemente surgen entre nosotros las preguntas: ¿Cambiar la Constitución? ¿Modificarla?

Incluso, no es infrecuente que se recuerde el dicho tan presente en el proceso de elaboración de la más vieja de las constituciones de texto unitario, la de Estados Unidos de América del Norte —¡qué paradoja!—, de que una generación no debe vincular a las venideras. Es decir, que nadie se sienta atado por la historia, y cada generación se de sus propias respuestas. Hablo de paradoja por la efectiva duración de la Constitución de marras, tan escasamente modificada de forma expresa, si bien la interpretación de la Corte Suprema la haya ido adaptando a las circunstancias⁷. Déjenme decir, ante todo, que si hablamos de generación habrá que ponerse de acuerdo en como se hace el cómputo de las generaciones. Y a lo mejor hoy es imprescindible tomar en consideración la efectiva esperanza de vida. Durante mucho tiempo, el Derecho utilizaba como criterio la que se dice ser la edad de Jesucristo, es decir, 33 años: una generación, 33 años. De donde viene la famosa cifra de la prescripción inmemorial: la memoria se pierde en tres

7 Con un claro reforzamiento de la Unión, como es bien sabido, en detrimento de la competencia efectiva de los Estados.

generaciones, a partir de ahí juega el olvido, y ya puede surtir sus efectos la prescripción, es decir a los 99 años. Eso era antes, cierto, y ha durado mucho tiempo. Pero, ¿qué habrá que decir cuando la esperanza de vida ronda los 80 años? A lo mejor ahora el ritmo de cambio debería reclamar otra medida una vez que las generaciones viven más, sin abandonar por eso el criterio de que sea cada generación la que asuma su protagonismo. Si optamos por ser modernos, acaso no sirvan los relojes viejos.

Bromas aparte, les diré, con total convencimiento pero también con la mayor firmeza, que es posible cambiar la Constitución⁸, que en ocasiones es aconsejable, más aún, que a veces es necesario, y, sobre todo, que de hecho, ya se ha cambiado. Eso sí, mediando un amplio consenso. Porque las preguntas claves van a ser: ¿Qué se quiere con el cambio? ¿Qué funcionalidad se persigue? ¿Quién lo reclama y quién lo apoya?

Conviene destacar con énfasis que la Constitución se ha cambiado, al menos, en dos ocasiones, la segunda de las cuales ha dejado abierto además un proceso continuo de modificación y transformación. Han sido sendas ocasiones muy representativas, cada una además con su significado, aunque en el fondo estén muy próximas una de otra.

El primer caso que quiero mencionar es público y conocido y nos sitúa ante una modificación expresa, directamente asumida, realizada además con enorme sencillez, sin aparato apenas. Ciertamente se trataba de algo muy concreto y de alcance limitado, pero no deja de ser una modificación. Que cuando hizo falta, se realizó, sin ningún problema. Todos recuerdan las circunstancias. Al hacerse en Maastricht, en 1992, el Tratado de la Unión Europea, se abordó el concepto de «ciudadanía europea» —iniciativa española,

8 Sabido es como en los países que tienen resueltos sus grandes problemas estructurales, el cambio constitucional suele ser incluso frecuente. Paradigmático resultaría así el ejemplo de la «Grundgesetz» alemana.

como saben—, una de cuyas secuelas era la de la participación de los ciudadanos comunitarios en las elecciones locales del país en que tuvieran su residencia, tanto desde la perspectiva del sufragio activo como del pasivo: votar, pero, a su vez, poder ser votados. El texto constitucional español tenía una clara previsión al respecto, en cuanto admitía la posibilidad del sufragio activo (artículo 13.2), pero nada había previsto en cuanto al sufragio pasivo. ¿Sería preciso modificar la Constitución? ¿Podría hacerse compatible el texto existente? Hubo cierto debate interno, con disparidad de posiciones. A simple vista, bien podía pensarse que la innovación comunitaria encajaba dentro del texto existente sin mayores problemas. Así pensaba, por ejemplo, el Consejo de Estado. El Tribunal Constitucional, en cambio, fue de opinión contraria. Se hizo uso de la previsión del artículo 95.2, y éste declaró⁹ que había contradicción entre ambas soluciones. Por lo que se estaba de lleno ante la tensión del apartado primero del precepto: si las estipulaciones resultaban contrarias a la Constitución, no había más alternativa, o se optaba por el Tratado, o se optaba por la Constitución, es decir, o se cambiaba el Tratado —o se introducía una reserva—, o se cambiaba la Constitución. Ya saben que se optó por esto último. Con fecha 27 de agosto de 1992, de la forma más simple posible, que quizá pueda sorprender, pero que no provocó contestación alguna, se hizo la reforma, que consistiría en añadir tan solo dos palabras al artículo 13.2 —«y pasivo»—, reforma consensuada, y aprobada prácticamente por unanimidad. La lección es que la operación resultó sumamente fácil y que, por fortuna, nadie acudió a poner dificultades. En este punto concreto no había tensiones o intereses encontrados, aparte de que me imagino que resultó determinante el que se tratara de una exigencia comunitaria, dada la seducción que entonces ofrecía lo europeo, que incitaba a aunar filas y a dejar de lado cualesquiera otras aspiraciones y deseos. Pero el hecho determinante que ahora quiero recalcar es que cuando fue neces-

9 Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992.

rio cambiar la Constitución, se cambió, eso sí, mediando una concurrencia de pareceres prácticamente general. Testimonio, a su vez, de un eficaz liderazgo político, que sabía preparar las decisiones importantes. Es positivo constatar que ningún problema ha habido para cambiar la Constitución cuando se trataba de una aspiración europea. Es como si las posibles diferencias internas se disolvieran al tener que abordar un reto exterior, ofreciendo un frente unitario. Lo cual, por más que parezca lo normal, resulta muy encomiable y digno de ser destacado.

Pero hay un segundo supuesto de modificación constitucional, anterior en el tiempo, menos aparente, hasta el punto de que muchos ni siquiera hablan de él, que resultó en cambio de una enorme trascendencia. Me estoy refiriendo a la profunda mutación constitucional producida con motivo del ingreso de España en la Comunidad Económica Europea, a partir de 1 de enero de 1986. Hablo de «mutación constitucional», utilizando la figura que ha trabajado el profesor Pedro de Vega, porque el texto no se cambió formalmente, ni se añadió ni se suprimió nada, si bien no es difícil convenir que el sistema constitucional quedó radicalmente transformado. Y, obviamente, todo se hizo siguiendo los cauces marcados, y con el más absoluto respeto para con la Constitución. Se dio aplicación al artículo 93, se promulgó la correspondiente Ley Orgánica —la 10/1985, de 2 de agosto—, pudiéndose así atribuir «a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». Y, ¡vaya si se atribuyeron competencias derivadas de la Constitución! He aquí de manera breve dos muestras bien expresivas que entran fácilmente por los ojos: gran parte de nuestro Derecho ya no se hace desde entonces en las Cortes Generales o en las Asambleas Autonómicas, sino en Bruselas. Así de sencillo, pero así de tajante. O, algo tan importante históricamente como expresión de la soberanía, como la moneda, no sólo es que ya no es competencia nuestra, sino que ya no existe «nuestra» moneda (por supuesto, porque he-

mos asumido gustosamente una moneda «común», de lo que estamos muy satisfechos). Se trata de una transformación impresionante que ha repercutido además en todos los intersticios del Estado. Todo ha sido alterado: para ganar y para mejorar, por supuesto, y mucho, pero también, sacrificando funciones o competencias que parecerían intocables. Se ha alterado el Estado, como organización unitaria, pero también esos eslabones del Estado que son las Comunidades Autónomas. Todos han ganado opciones y oportunidades, todos han perdido competencias, en una operación compleja que no se presta a simplismos (ni menos a victimismos). Así, seguro que las Comunidades Autónomas habrán perdido muchas competencias —como también las ha perdido el Poder Central—, pero han ganado cantidades de opciones y posibilidades. De modo que no creo que sea posible intentar cuantificar «pérdidas» o «agravios». Lo cierto es que todos —el Estado como organización, pero también todo lo que lo integra, ya sea el escalón regional, o el local, pero también todo el conjunto de actores operando dentro del Estado (como las Corporaciones Públicas)— han ganado de forma sustancial con el nuevo sistema (si se dejan de lado los aduaneros, quizá los únicos que hayan perdido). No se ha tocado el texto de la Constitución y sin embargo el sistema constitucional ha sido alterado de forma radical. En un proceso que queda abierto además a la mutación continuada, que van revalidando las sucesivas leyes orgánicas ante cada cambio de los Tratados. Pero vaya por delante que la modificación que ahora se refiere ha contado también con un amplísimo apoyo. Ahora no la práctica unanimidad, pues no han faltado los partidos opuestos al ingreso en Europa —¡conviene no olvidarlo, y guardar la memoria histórica!—, pero las opiniones contrarias pesaban muy poco en la balanza frente a un amplio impulso mayoritario.

Es decir, cuando hace falta, la Constitución se cambia sin ningún problema, siempre que lo avale una señalada mayoría. No hay mayores dificultades, insisto. Solo tiene que concurrir la ne-

cesidad o conveniencia general con el concierto amplio de voluntades. De modo que a la pregunta que antes se formulaba —¿cambiar?— hay que responder indudablemente que sí, siempre que convenga o sea necesario y así lo sostenga una mayoría de peso en la sociedad española.

8. He insistido en lo anterior con toda intención porque conviene tener las ideas claras. Sabido es como en España, a diferencia de lo que sucede en los países de nuestro entorno —por eso de que España es diferente—, determinadas élites locales, sin saber estar en el lugar que les corresponde, a falta de otras realizaciones, avivan la idea del cambio constante e incitan al electorado con el acicate de permanentes reformas para trastocar el sistema constitucional. Serían el prototipo de políticos «de culo inquieto», de los que hemos conocido legión, por eso de que estiman muy rentable electoralmente el movimiento continuo. Por supuesto, cuidan bien todos los preparativos para atribuirse un aura de progresistas, adjetivando a los que no comulgan con sus aspiraciones o su filosofía, con descalificaciones mayúsculas. Según ellos —con distinta música, por eso de que cada maestrillo tiene su librillo— habría que ir vaciando incesantemente las competencias del Poder Central, obviamente para que las gestionaran ellos en su instancia regional. Tan satisfechos como estamos de la amplia descentralización que ha propiciado la Constitución de 1978, nos dejan desconcertados con sus propuestas que apuntan directamente contra esta última y la metodología social que la hizo surgir, a la que antes me refería al hablar de la Transición Política y del consenso. ¿Es eso progresista? ¿Es eso lo moderno? Lo dudo. No es mas que electoralismo —en gran parte propiciado por el sistema electoral—, lo más opuesto a «la aproximación de las legislaciones nacionales», que auspicia la Unión Europea (artículo 3.h), del Tratado Constitutivo), nada que ver con la ilusión de asentar «una ciudadanía europea», lo más inoportuno en un tiempo histórico de globalización y en el que las grandes decisiones cada

vez están en menos manos. A nadie se va a discutir que auspicio sus propuestas, pero que no nos cuenten el cuento chino de que ir para atrás en la historia es lo progresista.

Insisto en lo que decía antes: ¿Cambiar la Constitución —o los Estatutos, en definitiva el marco constitucional-? Claro que sí, pero cuando convenga. Por supuesto, para cumplir los grandes objetivos que se consignaron cuando se alcanzó el gran pacto que es la Constitución, como cuando en el Preámbulo se apuesta por *establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien, o para garantizar la convivencia, o para proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, o para promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida*, o, por último, para no alargarme, tomando ahora las palabras del importante artículo 9.2, para *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*.

Habría que ver, en efecto, en esta línea, si situaciones de dificultad que hemos vivido se resuelven de la mejor manera con el actual sistema de reparto de competencias o habría que pensar en introducir alguna rectificación. Pienso en casos como la crisis de las «vacas locas», o la gestión de la «fiebre porcina», o, ahora la acción de los piratas del mar capaces de causar tan graves daños a la vida de nuestros mares. ¿Qué es mejor para resolver los problemas, la instancia regional, la nacional, la cooperación leal entre una y otra? Comprendo que problemas de este tipo nos inciten en ocasiones a razonar para decidir cual sería la mejor fórmula constitucional. Para resolver problemas reales y no inventados es para lo que me parece legítimo modificar la Constitución.

Como defensor y enaltecedor de la Constitución que soy, lo soy también del sistema de descentralización que establece que, salvo disfunciones menores, superables, ha resultado muy positivo. Pero todo el mundo sabe que no se puede estar tensando las cuerdas constantemente, olvidándose sistemáticamente de lo mu-

cho de que se dispone, sembrando a todos los vientos frustración y desasosiego. No se pueden sacar las cosas de quicio y menos por el oportunismo de unos políticos. La responsabilidad, es una virtud muy encomiable —desde los orígenes de la democracia se han ponderado y exigido las «virtudes cívicas»—, complemento inseparable de la libertad¹⁰.

Para ir concluyendo, les expondré una reflexión que me gusta comentar¹¹. Para viajar de mi lugar de trabajo, Madrid, a mi pueblo, Huesca —o para venir esta mañana y poder hablar ahora—, el viaje llevará unas tres horas (en breve, el tren moderno reducirá el viaje en más de la mitad). Pues bien, en tan escaso periodo de tiempo se atraviesan cuatro Comunidades Autónomas, Madrid, Castilla-Mancha, Castilla-León y Aragón. Y surgen las preguntas angustiosas: ¿Formulas distintas para todo? ¿Diferente Derecho para cada cosa en cada sitio? ¿En un mundo de interrelaciones, de libre circulación y sin trabas? ¿En ese espacio amplísimo en el que respiramos jubilosos porque impera una única moneda, contando además con el compromiso de la Unión Europea, que recordaba, de aspirar a aproximar las legislaciones? Entiendo que la simplicidad y la seguridad jurídica son valores que pesan mucho y que constituyen aspiración cotidiana y menesterosa de la sociedad de nuestro tiempo. Se puede entender el regateo de los políticos, al fin y al cabo algunos aspiran a perpetuarse. Pero si uno quiere trascender el día a día, yo me pensaría muy mucho este juego de la dispersión y la diversidad, este juego de la originalidad por la originalidad, esta lujuria de empecinarse en crear diferencias sin afán alguno de buscar concertación, ni de simplificar la vida a los ciudadanos¹².

10 Me remito a lo que he señalado en la Presentación de mi libro, cit., *Méritos o botín*.

11 Véase mi trabajo *El Estatuto de Autonomía: un texto para la ilusión*, en el volumen colectivo, *Aragón de Reino a Comunidad*, Cortes de Aragón, Zaragoza 2002, pág. 103.

12 Me remito a lo dicho en mi libro *La Europa de los derechos humanos*, Madrid, 1998, pág. 54.

9. De forma muy concisa, y para ir terminando ya, les recordaría dos ejemplos de lo que es modificar una Constitución para estar a la altura de los tiempos. Ambos son de la Ley Fundamental del Bonn, la «Grundgesetz», y se puede decir que se acaban de producir. Un sistema constitucional, por cierto, el alemán, frecuentemente propiciado como modelo por tantos líderes que pesan mucho en nuestra política regional. Excluida la mujer de las escalas activas del Ejército, o Fuerzas Armadas, según el texto originario, para asegurar el cumplimiento de una sentencia de Luxemburgo, que estimará el precepto discriminatorio y contrario al Derecho Comunitario, se reformará de forma expresa la Constitución, para dar cabida a la exigencia en el artículo 12.a.4. Otro ejemplo: está muy bien que el Estado sea social y democrático y de derecho, pero se quiere que sea también, «medioambiental». Así, el nuevo artículo 20.a, va a prescribir que «El Estado protegerá, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras, los fundamentos naturales de la vida». Expresión a la que, hace bien pocas semanas, se ha añadido la exigencia de «protección de los animales». Dos muestras de bien diferente alcance, pero que rezuman modernidad. ¡Eso si que es progresismo! ¡Eso si que justifica un cambio constitucional!

10. Y termino ya. Me ha sido muy agradable pasar este rato con ustedes, evocar recuerdos, aunque a veces haya tenido que hablar en primera persona. Les aconsejo que releen el texto de la Constitución de 1978, que reflexionen sobre él, sus orígenes y sus circunstancias. No es perfecto, tiene defectos e inconvenientes, pero, en conjunto, estamos ante un instrumento válido, afianzador y de gran utilidad. Y no me refiero sólo al pasado, a esa necesidad de superar viejos traumas. Creo que es un gran instrumento cara al futuro. Que, por lo mismo, además de que se le conozca, exija respeto y un cierto amor hacia él. Ojalá mis palabras les sirvan para animarles en esta dirección¹³.

13 Se ha cerrado la redacción en Redes, el 17 de abril de 2003.

CAPÍTULO 15

UN PROFESOR DE LA FACULTAD DE DERECHO METIDO A SENADOR

Texto de la conferencia pronunciada en el Palacio de Congresos de Jaca, el 6 de julio de 2007, dentro de los Cursos de Verano de la Universidad de Zaragoza, en curso que reunió a muy cualificados políticos de aquella época, y que fue dirigido por el Catedrático de Derecho Constitucional, profesor don Manuel Contreras. Había cerrado la redacción en Redes (La Coruña), el 18 de julio. Se publicó en el boletín de la «Asociación de Ex-parlamentarios de las Cortes de Aragón», *Los coloquios de la Asociación*, núm. 30, 2007, págs.26-35, así como en la «Revista Aragonesa de Administración Pública», 31, 2007, 201-224.

**Para Eloy Fernández Clemente,
en testimonio de fraternal amistad**

S U M A R I O:

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: ¿CÓMO, POR QUÉ, SE METE A SENADOR UN PROFESOR?— II. ALGUNAS EXPERIENCIAS E IMPRESIONES.— III. LA APUESTA POR LA CONSTITUCIÓN.

Participar en este curso sobre «La recuperación de la democracia», evocando lo que sucedió en España y, en concreto, en Aragón, hace ahora justo treinta años, aquellas primeras elecciones democráticas después de tan larga interrupción, en las que tuve el honor de participar, me sitúa en la tesitura de tener que hablar de mí mismo, cosa que no suelo, y a la que no estoy habituado¹. Espero no ser pedante ni petulante y, comprendiendo por otro lado que se pretendan testimonios personales, lo considero lógico y comprensible, por lo que procuraré cumplir mi tarea sin falsas modestias. Es el misterio de la vida y del sucederse de las generaciones. Lo que para los mayores que me escuchan —no pocos de ellos compañeros de fatigas entonces— son cosas sabidas por vividas, y ahora sólo recordadas, en cambio para la mayoría de ustedes son sólo referencias del mundo histórico, que conocerán por los habituales transmisiones personales o documentales: no en vano, debían estar ustedes entonces en pañales, nutriéndose de ese sano alimento que es la leche y el calor materno, si es que no eran sólo un gozoso proyecto en el universo de sus padres.

Diré sí, que para mí son tiempos idos, tiempos pasados, sin nostalgia ni añoranzas. Admiro las «Coplas a la muerte del maestro don Rodrigo», pero no creo que necesariamente «cualquiera tiempo pasado fue mejor»; cada época, cada periodo tiene su pulso, sus encantos y miserias. Aquel, para mí tiempo excepcional, pasó, y seguí viviendo mi vida con ritmo propio. Al hablar ahora no pretendo hacer idilios, ni comparar con el presente, menos, dar lecciones a nadie. Son, como digo, tiempos idos. Sólo cabe apostillar, ¡misión cumplida!

1 Aparte de en otras publicaciones colaterales, dejé testimonio de mi experiencia en aquella etapa en los dos libros, *En los albores de la democracia*, Guara Editorial, Zaragoza, 1979, y *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Akal Editor, Madrid, 1984. Volví sobre el tema, y algunas de las ideas serán utilizadas ahora en mi conferencia *Reflexiones sobre la Constitución (De su elaboración y de su reforma)*, Revista Aragonesa de Administración Pública, 22 (2003), 11 ss., actual capítulo 14 del presente libro.

Pero puesto que hay que recordar, recordemos. Fueron tiempos muy gratos, pero arduos y duros, donde junto a muchos gestos de apoyo y agradecimiento, no faltaron tensiones y amenazas; tiempos vividos con intensidad junto con mi mujer y una piña de buenos amigos. Fue, sin duda, una experiencia fascinante, insólita por inesperada o imprevisible, que me deparó la oportunidad de ampliar enormemente mis conocimientos de la vida y de enfrentarme con abundantes situaciones nuevas e inimaginables.

He pensado dividir mi intervención en tres partes, para abordar, en primer lugar, a modo de introducción, las preguntas de ¿cómo, por qué, se mete un profesor a senador?; para referir, en segundo lugar, algunas experiencias e impresiones; y cerrar, tercero, con «La apuesta por la Constitución».

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: ¿CÓMO, POR QUÉ, SE METE A SENADOR UN PROFESOR?

He tenido la suerte de poder elegir en la vida lo que me gustaba y ser así profesor, dedicándome de lleno a lo académico. Fue por eso una sorpresa mayúscula cuando un buen día de la primavera de 1977, en vista de que la celebración de elecciones iba en serio, recibí, en mi pequeño despacho del edificio anexo a la Facultad de Derecho de Zaragoza, la visita de los líderes de tres cualificados partidos políticos: Emilio Gastón por el PSA (Partido Socialista de Aragón), el siempre recordado Vicente Cazarra por el PCE (Partido Comunista de España), y Ángel Cristóbal Montes por el PSOE. Venían nada menos que a proponerme ser candidato al Senado. Mi reacción fue pedir unos días para pensármelo antes de dar la contestación. Al fin, acepté complacido, aunque desde la preocupación de *si uno valdría para eso*. Se formaría así una candidatura integrada también por dos conocidos abogados zaragozanos: Ramón Sainz de Varanda (profesor también de la Facultad de Derecho) y Antonio García Mateo —los dos, por desgracia, tempranamente fallecidos—, a la que le pondríamos el nombre de

CAUD: Candidatura Aragonesa de Unidad Democrática. Diré que la referencia expresa a la *unidad* sería un importante señuelo que nos franquearía muchas puertas y nos aportaría muchas simpatías: cuando luego, en el día a día cotidiano, la gente no entendía tantos desencuentros y rivalidades como habían de surgir entre las fuerzas progresistas, el que la CAUD funcionara con espíritu unitario resultaba inequívoco testimonio de solvencia y de seriedad, que muchos consideraban un modelo a seguir sin falta.

Tal es el dato concreto de esa inesperada visita. Pero ahondando un poco más, ¿por qué vinieron? Yo no era de ninguno de los tres partidos aunque mantenía con ellos muy buenas relaciones. En realidad, nunca he sido de ningún partido lo que no impide que me considere un ciudadano muy interesado por lo público, dispuesto siempre a asumir compromisos y responsabilidades. Profesor dedicado, decía, exigente con mis alumnos y conmigo mismo, pero también con preocupaciones cívicas. No en balde considero que una de las vertientes de lo universitario es la de tener muy presente la sociedad en la que se vive. Permitan así que traiga algunos recuerdos de pequeñas *peripecias*. A poco de llegar a mi primera cátedra, Salamanca, fue grato contribuir a organizar en la Facultad de Derecho uno de esos ciclos de conferencias que *desaletargaban*, para conmemorar, en concreto, el primer centenario de la Revolución de 1868 (en las páginas de la Revista de Administración Pública se encontrará publicada la conferencia que entonces pronuncié). Algo después, en el tenso invierno de 1971 —año del «Proceso de Burgos», recuérdese—, organizamos, sobre todo con el querido y recordado Francisco Tomás y Valiente, en apoyo de los patriotas vascos, un ciclo de conferencias sobre problemas del Derecho represivo. Muy cualificados penalistas vinieron así a nuestra Facultad —Antón Oneca, Marino Barbero, Enrique Gimbernat, entre otros— y se habló de los temas más vivos y polémicos: la jurisdicción militar, la pena de muerte, la tortura —una preciosa e incisiva conferencia aunque eso sí muy medida,

¡no se podía decir una palabra de más!, del gran experto en el tema, el profesor Tomás y Valiente (que, por cierto, me la dedicó cuando apareció publicada)—, el indulto, etc. A mí me tocó el honor de pronunciar la conferencia de inauguración —era el 15 de marzo de 1971—, sobre «Sanciones penales y sanciones gubernativas», y luego todos los textos se editaron en un volumen que publicamos en la propia Universidad de Salamanca el mismo 1971, titulado «Problemas Actuales del Derecho Penal y Procesal». Mi segunda cátedra fue Zaragoza y ahí, del mismo modo, una rigurosa dedicación a la Universidad no impedía tampoco otras actividades complementarias, por lo que lo mismo se contribuía a poner en marcha un libro sobre el trasvase del Ebro, en elegante edición que financiaría la Caja de Ahorros de la Inmaculada, y que yo mismo cuidé —me recuerdo seleccionando los hermosos grabados que la ilustran—, que se colaboraba, en lo que uno podía y sabía, en una aventura tan rica y apasionante como «Andalán»; ayudando a poner en marcha ciclos de conferencias en el Colegio Mayor Pignatelli para dejarnos impactar por lo que decían autoridades en sus respectivas materias como don Manuel Jiménez de Parga, don Víctor Fairén y tantos otros —por aquel entonces, paso previo a cada conferencia solía ser la llamada telefónica de aviso de bomba, aunque ya nos tuvimos que acostumbrar a no hacer caso, pues de otra forma no hubiéramos podido celebrar ningún acto—, o, por último, algo más tarde, presidiendo, en un abarrotado Paraninfo de la Facultad de Ciencias, el acto de presentación de la Junta Democrática.

Es decir, a la hora de optar y elegir personas, los partidos se fijaban en algunas señas de identidad. Sucedió en efecto que la dinámica de la «Transición Política» provocó que hiciera su aparición una masa ingente de partidos políticos, lo que se llamaba en términos de la época la «sopa de letras», la mayoría de ellos abocados, por supuesto, a desaparecer en breve. Pero ni aún los partidos de más arraigo —bien por razones históricas bien por su tra-

bajo en la clandestinidad— podían calcular qué apoyo iban a tener en las elecciones. Tratándose del Congreso de los Diputados la apuesta era más sencilla dado que en el Decreto-Ley electoral se había introducido el sistema proporcional, en la variante del criterio de cocientes o fórmula D'Hont (que había propuesto Miguel Herrero de Miñón), con lo que se garantizaba el reparto. En cambio, para el Senado, se impuso el sistema mayoritario, de forma que cada elector apoyaba en su papeleta a tres de los cuatro senadores por provincia: partidos con poca fuerza no iban a tener nada que hacer. Y el caso es que en aquella primera ocasión, nadie sabía cual era su fuerza. De ahí que surgiera la feliz idea de elaborar candidaturas unitarias de la izquierda y de ahí que los partidos recurrieran a personas que tuvieran un cierto significado cívico. Con acierto, la idea se propagó por toda España y es así como abundaron los candidatos abogados, médicos, profesores, etc., de clara sensibilidad democrática, y que no eran miembros de partido alguno. Acierto así, ante todo, de concertarse y unirse los propios partidos políticos. Por ejemplo, nuestra candidatura, junto a muy cualificados independientes, la apoyaron el Partido Socialista de Aragón, el Partido Comunista de España, el PSOE, el Partido Socialista Popular (de Tierno Galván) —aludo a los partidos entonces existentes dado que más adelante algunos de ellos se fusionarían—, el Movimiento Comunista, el Partido del Trabajo, la ORT (Organización Revolucionaria de Trabajadores), la Federación Demócrata Cristiana (de don Joaquín Ruiz Jiménez: recuerdo que con ellos dimos uno de nuestros primeros mítines, en Daroca) e, incluso, en su nuevo «look» —y lo digo porque acaso alguno de Ustedes celebren la «cincomarzada»—, el Partido Carlista. Como ven, un auténtico alarde a la hora de reunir y ensamblar. Por supuesto, pequeños roces y tensiones tuvimos, pero afortunadamente los conjuramos y funcionó la candidatura **unitaria**. La fórmula resultó un éxito en toda España y las urnas confirmaron ampliamente tal propuesta: triunfo total de las candidaturas en Madrid, Barcelona, por supuesto, Zaragoza y en muchas otras

provincias. Nos satisfizo mucho, insisto, que en Zaragoza salimos los tres y así la Candidatura se mantuvo viva y organizada a lo largo de toda la legislatura.

En el Senado propiciamos un grupo parlamentario propio en el que nos integramos los que no fuimos a los grupos parlamentarios que instauraron los partidos —así, Ramón Sainz de Varanda formó parte del Grupo Socialista, en el que, obviamente tuvo mucho menos protagonismo que el que hubiera tenido en el nuestro—. Es así como surgió el Grupo PSI, o de «Progresistas y Socialistas Independientes». Al discutir la denominación gozaba de cierto favor la idea de incluir lo de socialistas, incluso lo de independientes. Pero uno de los miembros, de gran peso político, Joaquín Satrústegui, senador por Madrid, alegó que él no era socialista. Es así como se acordó utilizar los dos sustantivos, progresistas y socialistas. Lo cual suscitó un divertido recelo de uno de los miembros importantes del PSOE: «De modo que no sólo sois socialistas, sino además progresistas». Anécdotas aparte, fuimos el tercer Grupo de la Cámara en orden numérico, muy activos y laboriosos, como luego concretaré, un grupo peculiar, en el que nadie daba órdenes —por algo éramos «independientes»— si bien procurábamos consensuar nuestras decisiones.

Llegados a estas alturas cabe preguntarse: pero, ¿para qué estábamos allí? Era importante haber logrado cotas de poder, que quedara claro que nuestros representados estaban allí presentes, pero eso no es todo: poder, ¿para qué? Me parece la mejor manera de describir lo que queríamos transcribir algo de lo que dije en el discurso de presentación oficial de nuestra Candidatura. Tuvo lugar en el Ateneo de Zaragoza, en el Centro Mercantil, el 24 de mayo de 1977, en acto caluroso, bien organizado, en el que nos encontramos muy bien arropados, presentes en la presidencia, detrás de los tres candidatos, que hablamos por orden alfabético, los representantes de los partidos y grupos que nos apoyaban, corriendo la presentación a cargo del periodista Lisardo de Felipe.

Cuando a mí me tocó intervenir², dije entre otras cosas lo siguiente, expresando líneas de actuación a las que procuré ser fiel en todas mis actuaciones como senador:

«España hace mucho que no ha tenido una Constitución, por eso queremos esforzarnos ahora en conseguirla: Por eso pedimos la colaboración de todos ustedes, por eso nos atrevemos a suplicar su voto. Pero no basta con conseguir una Constitución (...) Por eso hemos de decir que la Constitución que queremos es una Constitución democrática (...).

— Queremos ante todo que la Constitución establezca un Gobierno responsable ante las Cortes. Es decir, que los gobernantes respondan ante los representantes del pueblo.

— Queremos igualmente conseguir que la Constitución establezca el principio democrático, como orientador de la organización del Estado en sus diversos niveles (...).

— Queremos también que se garantice de una forma adecuada la independencia del Poder Judicial (...).

— Queremos también que en el texto constitucional haya un organismo importante como es el Tribunal de Garantías Constitucionales. Es decir, un remedio jurídico que garantice que todo el orden jurídico que se promulgue en el país sea acorde y respetuoso para con el sistema constitucional (...).

— Y he dejado para el final la referencia a los derechos humanos, a los que me voy a referir brevemente, con más énfasis, si cabe, por aquello de que uno debe luchar más por aquello de lo que ha carecido, o no ha podido disfrutar. Queremos, en efecto, que se incorporen a la Constitución los textos más importantes que garantizan y reconocen los derechos humanos, en concreto,

2 A la hora de preparar el acto, los tres candidatos nos habíamos repartido los temas a tratar. Yo opté decididamente por el alcance de la Constitución y lo referente a los derechos humanos.

la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos. Pero no como meros adornos tipográficos, sino rodeados de las cautelas jurídicas necesarias para que estos derechos sean respetados por todos los órganos, poderes y autoridades que actúen en el Estado. Y de entre estos derechos que son de sobras conocidos, no quiero, sin embargo, dejar de hacer referencia a alguno de ellos. Lucharemos así porque se reconozca el derecho al trabajo para todos los españoles, hombres y mujeres. Lucharemos porque se reconozcan todos los partidos políticos sin excepciones, teniendo en cuenta que el reconocimiento de los partidos políticos en una democracia no es algo que dependa del buen humor que un viernes pueda tener el Consejo de Ministros, sino que es algo que objetivamente deriva de la ley. Y ojalá que cuando las Cortes Constituyentes se reúnan no tengamos que seguir clamando, como hacemos, por la vuelta de todos los presos, por una amnistía total. Defenderemos también el reconocimiento claro e inequívoco de la libertad sindical, todavía no conseguida. Queremos que de una vez desaparezca del sistema español ese castigo medieval y envilecedor, provocador de violencia, como es la pena de muerte. En este orden de ideas, procuraremos también la instauración de un sistema penal y penitenciario acorde con la dignidad humana. De forma que las sanciones no sean el cumplimiento de un teológico castigo, de una teológica venganza, sino algo que defienda a la sociedad y regenere a los que hayan incurrido en esas conductas que se quieren prohibir. Teniendo en cuenta, además, que nos esforzaremos por la despenalización, porque desaparezcan de las leyes represivas, una serie de conductas cuya vigencia actualmente en el código Penal o en la Ley de Peligrosidad Social es absolutamente incongruente con las exigencias de los tiempos en que vivimos. Procuraremos igualmente que se proclame en la Constitución el principio de superación de las desigualdades que atenazan a los sectores especialmente oprimidos y marginados de nuestra sociedad, como son, entre otros muchos: el de los campesinos, el de las mujeres, el de

los ancianos y el de los niños. Lucharemos también porque se recoja el principio de un urbanismo humanizado, al servicio de los ciudadanos y no al servicio de los especuladores. Y, por último, insistiré en que queremos que se recoja el respeto más absoluto al legado cultural, artístico y natural o ecológico que nos han transmitido las generaciones anteriores (...)»

He tomado estas palabras de la transcripción que se ofrece en mi libro, «En los albores de la democracia», editado por Guara, en Zaragoza, en 1979, y que titulaba, «Pequeñas intervenciones en el Senado», es decir, una recopilación que preparé con interés de algunas de mis intervenciones en el Senado³. Aunque, cambiando de metodología, el último epígrafe del libro, el 46, lleva por título: «Y para terminar, lo que estaba en los comienzos: discurso al iniciar la campaña electoral» (págs. 212 ss.). Por cierto que dejé previsto que los beneficios que pudiera originar la edición se destinaran a la asociación asistencial ATADES. Me consta que algún beneficio hubo, pero nada recibió, en cambio, la asociación. Son las pequeñas historias de la relación de los autores con los editores. Anécdotas al margen, las palabras transcritas denotan con sinceridad nuestro empeño y compromiso, eso era justamente lo que pretendíamos y con tales pretensiones íbamos. Y, por supuesto, que tratamos de cumplir. La legislatura llegó a ser efectivamente constituyente —cosa que no estaba clara, no era tal el punto de partida— y trabajamos fuerte, propusimos, enmendamos, concertamos, apoyamos y defendimos. Pero al margen del Senado, lo que por cierto nos instaló en una dinámica de viajes continuos, una vez acabadas las sesiones regresábamos normalmente a casa —y el ferrocarril en nada se parecía al AVE actual, ni la carretera tenía nada que ver con la actual autovía, normalmente viajábamos

3 Por cierto, que el libro está dedicado «A los compañeros del que fue Grupo Parlamentario del Senado de «Progresistas y Socialistas Independientes», Grupo inquieto e inconformista, laborioso y batallón, cantador de verdades y solidario, escuela y tribuna de democracia para cada uno de nosotros».

en avión— pues como regla nada teníamos que hacer en Madrid⁴. Pero la Candidatura mantuvo una presencia muy activa en Zaragoza mientras duró la legislatura, ya que nos reclamaban insistentemente para actos cívicos, o de los partidos políticos y de los sindicatos, o para mediar en conflictos, y en principio procurábamos acudir a todo lo que podíamos. Luego vino la puesta en marcha del sistema autonómico, con las Asambleas de Parlamentarios itinerantes, en las que participamos muy activamente y, por supuesto, la campaña en defensa de la Constitución, de la que más adelante hablaré. Recalco que el que la Candidatura fuera de **unidad** resultó ser un señuelo muy certero, de manera muy especial cuando una vez celebradas las elecciones los partidos comenzaron a ir cada uno por su lado.

Desde un punto de vista personal, la experiencia fue una suerte enorme y un auténtico privilegio. Encima de que nos salieron bien muchas cosas, fue muy enriquecedor el contacto con los senadores pues, al margen de las legítimas posiciones políticas de cada uno, abundaban los de gran calidad humana y los de enorme interés personal y cultural. Entre los senadores de designación real estaban, por ejemplo, Camilo José Cela, Julián Marías, José Luis Sampedro, Justino de Azcárate, Antonio Pedrol Rius, el Decano del Colegio de Abogados de Madrid y Presidente de todos los abogados de España (bajo de estatura cuanto enorme de temple: se le recordará siempre encabezando, en primera línea, vestido con la toga y a pecho descubierto —a pesar de las amenazas— el impresionante cortejo del entierro de los abogados laboristas asesinados en su despacho de la calle de Atocha; se dijo que la acertada y responsable organización de tan multitudinaria manifestación fue la reválida que franqueó la puerta para la legalización del Par-

4 Por cierto, que entre las larguísimas sentadas en los incómodos asientos del Senado y los traqueteos de los viajes mi espalda se resintió y más de una vez aparecí literalmente hecho un cuatro. Por fortuna, no faltaban remedios «en botica», me trataron adecuadamente, con mimo, y al final el cuatro se convertía en un uno.

tido Comunista; se dijo también que el Rey contempló desde un helicóptero acto tan emotivo como concurrido, uno de esos acontecimientos que marcan una época); estaban también Martín de Riquer, Luis Sánchez Agesta, Domingo García Sabell, Luis González Seara, Enrique Fuentes Quintana, Landelino Lavilla, Rodolfo Martín Villa —íbamos seguidos en las votaciones y la cola era un buen momento para entablar palique—, o Carlos Ollero. Pero no escaseaban los esclarecidos entre los senadores elegidos: Wenceslao Roces —el traductor de tantos clásicos de la filosofía: vino ex profeso desde México, donde estaba exiliado, aunque la verdad es que no aguantó mucho—, el famoso arquitecto Fernando Chueca Goitia, Alejandro Cirici Pellicer, Antonio Fontán, Mariano Aguilar Navarro —conocido internacionalista: había sido Decano de la Facultad de Derecho de la Complutense—, Luis Miguel Enciso, Rafael Calvo Ortega, Juan María Bandrés, Alberto Ballarín, Miguel Cordero del Campillo —que sería Rector de la Universidad de León—, Enrique Brinkmann —muy interesante pintor, arraigado en Málaga—, José Antonio Escudero, José Vida Soria —sería Rector de la Universidad de Granada—, gente del cine como Pere Portabella —nombre tan vinculado a la famosísima Viridiana de Buñuel—, o, entre otros muchos, políticos históricos como Manuel de Irujo o Valentín Paz Andrade.

Aunque primero estuvimos de prestado en una sala del Palacio del Congreso de los Diputados, enseguida nos trasladamos al viejo edificio del Senado —en cuanto se hicieron las mínimas reformas elementales—, cuyo salón originario —antigua iglesia del convento fundado por doña María de Aragón—, que algunos consideraban incómodo, a mi me parecía tan acogedor. Desde luego fue un espacio muy propicio para relaciones y diálogo.

II. ALGUNAS EXPERIENCIAS E IMPRESIONES

Expondré ahora algunos aspectos, que yo recuerdo con viveza, y que juzgo interesante por eso referírseles.

1. Fuimos, sin duda, **muy activos y laboriosos**. Nos volcamos en mítines y comparencias, nos recorrimos la provincia de pe a pa, acudiendo, si podíamos, allí donde nos llamaban, organizando también encuentros por nuestra propia iniciativa. No fueron pocos los días que hubo que dar varios mítines, sin que fuera extraño, dada la época del año, que en el de la mañana hiciera un sol abrasador, y en el de la tarde estallara la tormenta de verano, con todo el aparato, lluvia incluida. Por supuesto, había que escribir artículos para la prensa, responder a encuestas, atender entrevistas y debates. Muchos mítines propios, aquí y allá, pero acudíamos también a los de los partidos que nos acompañaban, repartiéndonos, si procedía las intervenciones. Estuvimos así en el mitin final del Partido Comunista con Santiago Carrillo, en el del PSOE con Felipe González, en el de la Federación Demócrata Cristiana con don Joaquín Ruiz Jiménez, y querría destacar la apoteosis que representó el que dio Tierno Galván, con la Plaza de Toros de Zaragoza abarrotada —por cierto que ese día me tocó hablar a mí, por supuesto de telonero—, el último día de campaña, el 13 de junio; no quería venir don Enrique, tuvieron que conseguir incluso un avión privado, pero una vez en la tribuna, animado por la receptividad y el calor humano, dio un magistral mitin profesoral, que se alargaba y se alargaba, planteando a los embelesados oyentes exigencias y no demagogias. Tierno, entonces del PSP (Partido Socialista Popular), venía en apoyo del PSA. Hay que reconocer, sin duda, los méritos de este Partido y de su candidato, Emilio Gastón, pero todos convinimos en que la intervención fue decisiva para que dos días después se lograra el escaño.

Como decía, la CAUD se mantuvo activa mientras duró la legislatura de modo que nuestra tarea si fue especialmente espectacular en la campaña electoral, hubo de proyectarse a lo largo de todos los meses que duró aquélla. Pero, por concluir con la primera etapa, querría decir que **la campaña fue muy dura**, y no

sólo en el aspecto físico. Había una gran tensión en el ambiente. Con frecuencia, esa dureza se mezclaba con una **enorme emoción**. Téngase en cuenta que íbamos en el bando de los vencidos en la Guerra Civil, y que si en las ciudades cada uno organiza su vida y las cosas pueden ser bien diferentes, hubimos de visitar numerosos pueblos dónde había sido terrible el enfrentamiento y las tensiones, y los sentimientos se mantenían como congelados, con la consiguiente capa de silencio. Había que decir que los tiempos habían cambiado —eso es lo que queríamos afianzar— y que se podía hablar, que se podían decir las verdades, que se podían defender las ideas propias, que palabras como elecciones, democracia, sindicato, casa del pueblo, partidos políticos, anarquismo, socialismo o, incluso, comunismo, no eran tabúes que hubiera que guardarse. Queríamos que se pudiera hablar, sin por eso tener que escupir a quien no pensara como nosotros. Que queríamos que imperara, en suma, respeto, tolerancia, libertad. De verdad que había que ser fuerte: ¡fue muy dura la campaña, aunque muy gratificante!

2. Homenaje y reparación a las víctimas. Se ha achacado a la Transición Política, y muy especialmente en los últimos tiempos, que hubiera optado por el olvido, algo así como borrón y cuenta nueva de todo lo anterior, poco menos que el abandono de los que habían sufrido y padecido las terribles secuelas del enfrentamiento cívico, de la Guerra Civil, y de lo que luego vino. No es esa en absoluto mi impresión. ¡Radicalmente no a tal interpretación! ¡Siempre estuvieron muy presentes, de unas u otras maneras! Cada uno hizo lo que pudo con la mejor voluntad. He aquí algunos simples datos que me gustaría reflejar:

— Recuerdo mis primeras declaraciones en la mañana del 16 de junio, cuando ya se habían confirmado los resultados de las elecciones —repitiendo lo que había sido un «leit motiv» a lo largo de la campaña— para afirmar el convencimiento de que, por fin, había que considerar concluida la Guerra Civil.

— Fue clara mi primera referencia en la solemne sesión del Pleno del Senado del 31 de octubre de 1978, al consumir el turno de nuestro Grupo en defensa de la Constitución:

«Señor Presidente, señoras y señores Senadores, con gusto, pero con enorme emoción también, comparezco en nombre del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes para sostener este turno en defensa del dictamen de la Constitución, abrumado también por una responsabilidad enorme, pues ocasiones como ésta no se repiten en una vida.

Y quiero antes de nada dedicar un fugaz recuerdo a todos aquellos que empujaron para que este momento de hoy fuera posible. Recordar a los que sufrieron, a los que regresaron con ilusión; recordar, también, especialmente, a los que no pudieron volver. Recordar desde esta placentera perspectiva de hoy que quiere consagrar el estatuto de los derechos y las libertades...»

— Vivimos con enorme alegría la vuelta de los emigrados políticos y les jaleamos cuanto pudimos. Recuerdo, unos años antes ya, actos masivos y emocionantes: yo asistí embelesado junto con mi mujer, tanto en Zaragoza —Ateneo— como en Huesca —salón de la Caja de Ahorros frente al Olimpia—, a la «vuelta a casa» de Ramón J. Sender, un Sender que por cierto ya no era lo que había sido.

— Muy pronto al Colegio Mayor Universitario de Huesca se le dio el nombre de Ramón Acín.

— Fue muy grato poder votar al veterano socialista Ramón Rubial para que fuera Vicepresidente del Senado —de hecho presidiría muchas sesiones—, muy presentes los largos años de prisión a consecuencia de sus ideas⁵.

— Antes aludía a la recopilación de mis pequeñas intervenciones en el Senado que publiqué en Guara Editorial. Creo que vale la pena aludir, aunque sólo sea con el título, a las tres prime-

5 Recuérdese que sería el primer Presidente de la Autonomía Vasca.

ras intervenciones recogidas, que se encuadraban en la primera parte del libro, con la siguiente rúbrica: «Viejas heridas, secuelas actuales».

— Se titulaba la primera, «Devolución de bienes incautados».

— La segunda: «Satisfacción a los mutilados y otros discriminados a consecuencia de la Guerra Civil».

— «El principio de no discriminación a los cementerios», es el rótulo de la tercera. De ésta, diré algo más. Me tomé muy a pecho, la trabajé con intensidad y presenté varias enmiendas, la proposición de ley que sobre los cementerios municipales había presentado el senador Justino de Azcárate, y que se convertiría en la primera ley aprobada a iniciativa del Senado, la 49/1978, de 3 de noviembre. Por eso de la diferencia de edad entre hermanos, aunque pudiera parecer sorprendente, Justino de Azcárate era sobrino carnal de don Gumersindo de Azcárate, importante figura de nuestra historia cultural y prohombre de la Institución Libre de Enseñanza, una especie de mito, por quién yo sentía especial admiración. Recordarán, sin duda, la triste dialéctica que se le presentó, tan bien reflejada en su escrito «Minuta de un testamento»: muy unido y vinculado a su esposa y compañera, como ella era católica y él librepensador, se daba la patética circunstancia de que quienes a lo largo de la vida habían compartido esfuerzos y alegrías, quedarían condenados a que sus cuerpos yacieran separados a la muerte. Tal era el régimen imperante para los cementerios municipales, con una regulación que imponía separación rigurosa, a base de tapias y sin comunicación directa, con lugar distinto para quienes no fueran católicos; es así como de hecho se establecía un lugar socialmente reprobable: allí iban los heterodoxos, los suicidas etc. Sin ir más lejos, recordarán el caso de Joaquín Costa: hoy, aparte de la Ley a que me estoy refiriendo, el incremento de la metrópolis de los muertos hizo que hubiera que ampliar enormemente en Zaragoza el Cementerio de Torrero, y por ende situar más allá las viejas tapias. ¡Pero en su día Joaquín

Costa fue enterrado *fuera* del cementerio, pues a personas como él se les negaba reposar «en sagrado»! Política de separación y discriminación que se había exacerbado incluso tras una ley franquista del periodo de guerra, la de 10 de diciembre de 1938. ¡Hasta tales extremos se llevaba la unión Iglesia-Estado! José Jiménez Lozano ha escrito un libro precioso describiendo la sórdida realidad a que daban lugar aquellas medidas.

Pues bien, el criterio de la ley que se proponía era el de que en los cementerios *municipales* —otra cosa es el régimen de los lugares de sepultura de las organizaciones religiosas—, pero en los cementerios públicos, insisto, no tenía justificación alguna mantener tales criterios discriminatorios y de separación. Debía ser un lugar para todos, independientemente de las ideas y de si se tenían o no creencias religiosas. Por supuesto, cada uno podría disponer para su sepultura que se pusieran las inscripciones y leyendas que tuviera por conveniente. Me preparé a fondo la materia, apoyé decididamente la proposición de Azcárate, presenté algunas enmiendas incluso, y así conseguí que se aceptara mi criterio de fijar a los Ayuntamientos el plazo de un año para que hicieran desaparecer esas tapias humillantes. Recuerdo que en el Ayuntamiento de Zaragoza el concejal responsable de cementerios asumió el criterio inmediatamente para reflejar la nueva realidad democrática que debía llegar también a la ciudad de los muertos. A lo largo de toda España proliferaron las visitas a los cementerios de los responsables políticos para honrar y avivar el recuerdo de los compañeros que habían fallecido trágicamente.

3. Mucha generosidad. Cuando estos días podemos seguir las noticias de cómo recaudan fondos los candidatos a las primarias en los Estados Unidos de América del Norte, resulta entrañable recordar las carencias con que nos movíamos. Hoy, aquí, las elecciones mueven mucho dinero y los partidos se las arreglan —quién mejor, quién peor— para hacerles frente. Nosotros partíamos de cero y lo poco que íbamos consiguiendo había que ad-

ministrarlo con tino. Pero ello no impidió que hiciéramos una campaña que a nosotros nos parecía excelente y, sobre todo, que triunfó. Es así como nos encontramos un derroche de generosidad que hoy me parece muy emocionante. Fue excelente y eficazísimo el apoyo de Luis Marquina, que cogió las riendas de la organización de la Candidatura. Fue también de primera el apoyo luego de Enrique Llovet. Derrocharon generosidad a raudales. En los mítines, íbamos por supuesto a los locales gratuitos que debían poner los ayuntamientos. Y así hablamos en lugares entrañables, en plazas, en parques, en escuelas destartaladas, recuerdo en Cariñena en la Plaza de Toros. El escenario con todo, estaba siempre preparado y muy bien arreglado, sin que faltaran las flores, las pancartas, los adornos: se adelantaba una expedición de amigos y colaboradores —recuerdo cuantas veces lo hizo mi mujer—, y todo estaba perfecto cuando llegábamos. Poco a poco íbamos teniendo más medios, sobre todo después de la victoria. Pero la generosidad fue continua a lo largo de toda la andadura, ya preparando sobres, ya pegando carteles, todos esos miles de tareas que hay que realizar, para las que surgieron amigos y colaboradores sinceros, también algunos partidos nos ayudaban, si no tanto en dinero, al menos con muy decisiva colaboración de militantes. Había una gran ilusión capaz de movilizar energías ingentes. Cierto que fue sólo una vez, y era la primera vez, pero impresiona rememorar aquella solidaridad. Nadie estaba esperando colocarse ni sacar pitanza.

4. Debo hablar también por fuerza del **consenso**, para mí fruto granado, que algunos pretenden hoy olvidar y menospreciar. Sabíamos donde estábamos, sabíamos lo que representábamos y la fuerza que teníamos. Éramos bien conscientes también de la atribulada historia constitucional española, ese permanente tejer y destejar a lo largo de los tiempos, sin que, salvo la excepción de algunos periodos, hubiera soluciones que arraigaran y permitieran la normal gobernabilidad: estaba claro que soluciones sólo de una facción desagradaban a los demás, que estaban esperando por eso

la ocasión para echarlas abajo. Y así, vuelta a empezar. Creo por eso que fue un gran acierto que mentes despejadas y clarividentes convinieran en la utilidad de hallar el espacio de encuentro, la zona de convivencia que pudiera ser apoyada por todos, sabiendo cada uno que nadie impondría globalmente sus propias aspiraciones, pero también, que el resultado sería asumible por todos. Y desapareciera de una vez esa vocación al revanchismo, ese esperar la oportunidad para derribar lo existente e imponer las soluciones propias. Así, se puso en marcha la operación, y así se funcionó, aunando esfuerzos, desde la derecha de Alianza Popular, liderada por Fraga Iribarne, a la izquierda, representada por el Partido Comunista, de Santiago Carrillo, incluyendo por supuesto a todas las fuerzas que cabían entre ambos extremos, concertando también a quienes pretendían una amplia descentralización territorial con los partidarios de una sensibilidad más centralista. Por supuesto que sumamos nuestras escasas fuerzas a tan importante metodología.

Una de las más tempranas y certeras manifestaciones del consenso fueron los llamados «Pactos de la Moncloa», inspirados y paciente y hábilmente dirigidos por el Vicepresidente del Gobierno de Suárez, persona de tantas cualidades como el profesor Fuentes Quintana, recientemente fallecido por desgracia (cuyo abuelo, por cierto, había salido emigrado de Naval y arraigaría en Carrión de los Condes). Con la habilidad de sumar también al concierto a las fuerzas económicas: los sindicatos más representativos, que actuaron con enorme lealtad y responsabilidad, así como la patronal. Y es que había que tomar por fuerza una serie de medidas económicas, por más que resultaran rigurosas, pues con una inflación rayana en el treinta por ciento, como la entonces existente, era muy difícil avanzar en serio. Imagínese lo que representaba tal inestabilidad en relación con los pactos, contratos, salarios, reivindicaciones laborales permanentes, etc. Se convino y se tomaron medidas económicas, que resultaron un acierto, lo mismo que se

acordó un amplio conjunto de medidas democratizadoras, que afectaban decididamente al sistema normativo, entre ellas una importante revisión del Código Penal, para desincriminar conductas que pasaban a considerarse legítimas en una democracia.

Pero donde se manifestó de forma señalada el consenso fue en la elaboración de la Constitución. ¿Tentación de tirar cada uno de la manta, para excluir a los demás? Estaba bien presente el ejemplo de la Segunda República y el desacierto manifiesto de determinados preceptos de la Constitución de 1931, que producían el efecto de excluir directamente del sistema a una significativa parte de la sociedad española. Resultaba claro que no se podían repetir tales errores, ¡que no nos podíamos permitir el lujo de que se repitieran tales errores! Fue ejemplar así el comportamiento de los grandes partidos, que, por supuesto, nosotros seguimos gustosos. Les citaré dos preceptos paradigmáticos, abordando sendos problemas de la mayor entidad, y en los que cada palabra, cada coma, cada acento, están medidos, tasados, sopesados —sendos preceptos que, al parecer, se quieren modificar a través de la polémica reforma de uno de los Estatutos de Autonomía—. Me refiero a los preceptos propios de la fórmula territorial (artículo 2º) y del sistema educativo (artículo 27): no si se tiene presente hoy que el problema educativo —especialmente desde la óptica de la beligerancia de la Iglesia Católica con sus colegios religiosos— era una de las cuestiones más arduas y duras que había que resolver.

Y el consenso funcionó. Es así como se logró una Constitución ampliamente apoyada y, sobre todo, y esto es lo importante, que con normalidad abría la puerta a la alternancia política: ya lo han visto ustedes, con la pacífica sucesión, en una experiencia que va para treinta años —cifra record en la historia constitucional española—, de gobiernos de la UCD, PSOE, PP, de nuevo PSOE, unas veces con mayoría absoluta, otras con el apoyo de otras fuerzas políticas, de ámbito nacional o local. Lo mismo puede decirse de la experiencia en el ámbito regional, donde los Gobiernos de

las Comunidades Autónomas han ofrecido también una significativa presencia de muy variadas fuerzas políticas.

5. Presencia de los ciudadanos y renovación de la clase política. Mi experiencia de entonces, me ha hecho pensar con frecuencia en un aspecto que yo considero sumamente importante, reafirmando mis ideas con la lectura de los clásicos y también en diálogos y conversaciones frecuentes con los buenos amigos. Y es que yo creo que un ingrediente decisivo de la democracia consiste en la participación periódica, coyuntural y renovable de los ciudadanos en la política, así como de la también periódica renovación de los cargos públicos. Considero positivo que se produzca un incesante fenómeno de ósmosis entre la sociedad y la política. Dicho de otra forma y un tanto bruscamente: no me parece beneficioso para la sociedad que se solidifique una clase política que viva sólo de eso, cerrada por ende en la política de partido, cuidadosa más de conservar el puesto que de transformar la realidad social de una manera positiva. Con ese reflejo inevitable de impedir que se aproximen personas valiosas, que podrían hacer la competencia. Es muy positivo formar parte de un partido, pero no vivir de ello; colaborar en el partido trabajando en la propia profesión u oficio; transmitiendo por eso la savia y la frescura de la sociedad; con la riqueza de criterio y, sobre todo, la independencia que da. Creo que sólo los más carismáticos deberían permanecer de forma estable en la política⁶. Pues me parece elemen-

6 Del mismo modo que vengo insistiendo en la idea de que los electos locales sólo muy excepcionalmente deberían tener régimen de dedicación exclusiva y vivir de la política. Se está normalizando el perverso efecto de que pretenden apropiarse de las funciones que deberían ser desempeñadas por los funcionarios, desde su preparación profesional y técnica y desde la objetividad burocrática. El ganar una elección no quiere decir que uno pase a estar habilitado para resolver los mil problemas que plantea el urbanismo municipal, aunque claro, eso dé poder e importancia (y algo más, en algunos casos contados). Hay saberes burocráticos irremplazables y la dirección política que otorga la elección burocrática es sin duda otra cosa. Habrá que seguir insistiendo en la idea en vista de la que está cayendo. Me remito a mi trabajo *¿Méritos o botín? Pervivencias del «Spoil System» en la España actual*, que puede encontrarse ahora en mi libro, *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Aranzadi, 2000, 27 ss.

tal que la política no es un lugar donde colocarse. En el arquetipo idealizado de la sociedad que a uno le gustaría, veo hueco para los maestros, para los médicos, para los conductores de autobuses y los gerentes, para los albañiles, para tantas profesiones y oficios, pero no para los políticos como ocupación permanente, al margen de unos cuantos «animales políticos» que pueden contarse con los dedos de la mano. Habría que animar a los ciudadanos para que sin falta, participaran de vez en cuando en los cargos políticos, pienso así en el papel tan eficaz que desde una leal y generosa dedicación podrían llevar a cabo tantos jubilados o tantas amas de casa, en la política municipal, por ejemplo. El otro día, con motivo de la conmemoración oficial en el Congreso de los treinta años de las elecciones democráticas, se recordaba que un significativo número de personas han ido renovando su escaño desde entonces. ¡Qué tristeza! ¡Qué empobrecimiento para el país! ¡Qué fracaso para la democracia! Por eso a mí me hace especialmente feliz esta experiencia que les estoy narrando esta mañana: un buen día fui llamado como ciudadano a participar en la política, cumplí mi tarea, y luego volví a mi preocupación habitual. Lo que no quiere decir que uno se desinterese por los problemas: hay muchas maneras de defender las ideas y de manifestar y de hacer efectivas las aspiraciones cívicas.

6. También pecamos de ingenuos. Pura ignorancia, en efecto, que nadie advirtió. Me refiero a toda la clase política, pues fue sin duda un pecado colectivo. El cambio que se auspiciaba con las nuevas elecciones, la decisiva tarea de comenzar a cimentar una Constitución, exigía una política de pacificación y concordia. El logro de una amnistía estaba muy presente en las reivindicaciones de no pocas fuerzas políticas, me remito ahora a lo que antes les transcribía del discurso de presentación de nuestra candidatura. Se creía que era inexcusable una amnistía, se luchó por ello y se logró. Una de las primeras cosas que hicieron las nuevas Cortes fue aprobar una amplísima amnistía. Que se planteó de forma

expresa para que no quedara un vasco en la cárcel, por muy manchadas en sangre que tuviera las manos. ¡Ni un solo vasco en la cárcel! Fue una operación muy difícil, pues hay que ponerse en las circunstancias de la época. Y por supuesto, para que la amnistía alcanzara de forma total a los vascos debía ser eso, total, y proyectarse por ende también a otros grupos o personas. Se consiguió la amnistía, que fue aprobada en diciembre. ¡Y las cárceles quedaron vacías! Fue una medida muy muy importante, aunque no siempre se tiene presente. Se esperaba, se confiaba, que iban a cambiar las circunstancias y que se crearía un nuevo clima, desde la idea de construir un sistema democrático en que cupieran todos. Hoy acongoja la cantidad de jóvenes vascos —y no tan jóvenes— que están en la cárcel. Pero un sistema democrático que se precie, sobre todo si auspicia el respeto al derecho a la vida, tiene que contemplar reacciones enérgicas para quienes no respeten ese derecho a la vida. ¡Hay que ver la de crímenes que vinieron después!

Se hizo la amnistía y no cambió en absoluto lo que se esperaba que debía haber cambiado. Todavía hoy causa profunda tristeza recordar con cuanta frecuencia, el inicio de las sesiones de tramitación de la Constitución, había que hacerlo con los consabidos minutos de silencio en recuerdo de leales servidores del Estado, que acababan de perder violentamente su vida a manos de esos políticos vascos. La democracia fue generosa. La buena voluntad de tantos demócratas sinceros resultó flagrantemente burlada. La democracia fue muy generosa, pero también muy ingenua. Nada se había pactado, nada se había convenido acerca de compromisos, entrega de armas, supervisión, y todo lo que hubiera hecho falta. No sirvió para nada. El campo democrático quedó sembrado de muertos y los penales henchidos de asesinos. ¡Y eso que las cárceles quedaron vacías!

III. LA APUESTA POR LA CONSTITUCIÓN

Ya que he hablado de la tramitación de la Constitución, inicio ya mi tercera parte para concluir aludiendo a ella. Fue un ingrediente muy importante de mi experiencia parlamentaria, fue, sin duda, el producto estrella de aquella legislatura, aparte de que dada mi condición de profesor de Derecho, no estará de más que le dediquemos algunos momentos de atención. Las elecciones no eran para Cortes «constituyentes», no fueron convocadas como tales, aunque se consiguió que lo fueran (recuérdese de nuevo lo que decía en el discurso de presentación de la Candidatura). Incluso, algún conocido constitucionalista, como Rubio Llorente, era partidario de dar sólo algunos pasos, ya se continuaría luego progresivamente. Afortunadamente se aprovechó el impulso inicial, el clima político tan ventajoso, y se consiguió una Constitución, completa, amplia y tocando los muchos puntos necesarios.

Hace cinco años, reflexionando en la Facultad de Derecho de Zaragoza sobre la Constitución⁷, me parecía conveniente recordarles a los estudiantes que cuatro profesores de la casa habían participado en la legislatura constituyente. A veces nos parecen lejanos los conceptos y es bueno situar cada cosa en su lugar, tratar de saber también quienes fueron las personas vinculadas al acontecimiento. Cuatro profesores de la Facultad de Zaragoza participaron en la legislatura que elaboró la Constitución y desde luego la votaron en el Parlamento. Y además, un dato enriquecedor, eran de distinta forma de pensar, de distinto color político. Mariano Alierta, profesor de economía, fue diputado en el Congreso, por la UCD, el partido de Adolfo Suárez; Ángel Cristóbal Montes, civilista, fue también diputado, por el PSOE; el profesor de Derecho Político, Ramón Sainz de Varanda, sería senador: no era de ningún partido si bien terminaría integrándose en el PSOE, mori-

⁷ Me remito a mi trabajo citado, *Reflexiones sobre la Constitución (De su elaboración y de su reforma)*, ahora capítulo 14 del presente libro.

ría siendo Alcalde socialista de Zaragoza, siempre se recuerda la gran labor que allí desempeñó; me corresponde a mí la cuarta plaza, a estas alturas de la mañana ya saben algo de mi historia. Hubo también otro catedrático de la Universidad de Zaragoza, Isaías Zarazaga, de Veterinaria, senador por el PAR, muy conciencizado igualmente en el proceso de elaboración de la Constitución.

Como antes señalaba, los miembros de la CAUD participamos muy activamente en la campaña de promoción de la Constitución, que, como se recordará, fue sometida a referéndum. Volvimos así a dar muchos mítines, compareciendo en barrios, escuelas o ante colectivos determinados. Destaco el dato de que la Constitución hubo que defenderla, pues no todo el mundo estaba conforme, unos porque querían más, mientras que otros querían menos. Y no concluyó ahí la tarea, me veo, muchos años después de aprobada, yendo, en general con mi mujer, a colegios o institutos de la capital o de la provincia de Zaragoza —y así recuerdo especialmente la preocupación de los amigos del Instituto de Borja por saber si habríamos regresado a casa sin problemas una noche de niebla bien espesa—, con motivo del día de la Constitución, para hacerles reflexionar a los chicos acerca de su importancia y significado. Incluso un año me invitaron muy amablemente a ir a hablar a los alumnos del Instituto que España tiene en París.

Y quiero terminar mi intervención recordando algunos de los esfuerzos personales, a lo largo de la tramitación, tratando de influir en el texto de la misma. Los compañeros del Grupo Parlamentario PSI tuvieron la amabilidad de designarme primer portavoz del Grupo en la Comisión Constitucional del Senado, lo que me franqueaba la puerta para una participación muy directa en el proceso de debate de la Constitución en el Senado⁸. Fue desig-

8 He contado con detenimiento toda esa experiencia en el segundo de los libros en que reuní mis intervenciones en el Senado, el ya citado volumen *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*. A él me remito globalmente pues están tratados con amplitud los puntos que ahora abreviaré.

nado segundo portavoz Manuel Villar Arregui, compañero querido, tempranamente fallecido también, con quien nos repartimos los papeles. Recuerdo que ese verano del 78 nos encerramos varios días en el chalet de un amigo suyo en Villalba para preparar a fondo el material: el plazo de presentación de enmiendas concluía el lunes siete de agosto. El Grupo PSI fichó también al constitucionalista Santiago Varela —¡cuántos se fueron quedando tan pronto por el camino!— para que nos ayudara y asesorara. Una vez que se vio que más allá del acuerdo entre los grandes partidos, el texto de la Constitución era «mejorable» y se podía actuar sobre él por ende, presentamos muchas enmiendas, bien tempranamente además. De modo que a mí me toco intervenir defendiendo bien enmiendas del Grupo, bien enmiendas personales, aunque ciertamente muchas de mis ideas fueron asumidas por el Grupo y se plasmaron en enmiendas del mismo. Y, por supuesto, tomé postura en muchas de las discusiones que se abrían a propósito de las diferentes enmiendas. Recuerdo así que fue muy activa nuestra participación en el convulso debate sobre la Disposición Adicional Primera, la que se llamó la «enmienda vasca» que, en realidad vino a beneficiar también de forma contundente a los navarros. ¡Trabajamos fuerte ese verano, debatiéndonos entre los intensos calores que suele enviar la madre naturaleza por esa época, y los fríos glaciares con que acostumbran a obsequiarnos los responsables del aire acondicionado! Debo decir que aparte de lo que pensamos y preparamos, estábamos abiertos a ideas y sugerencias. Algunas de las que me llegaron en Zaragoza, como miembro de la CAUD, conseguí incluso que quedaran reflejadas en el texto de la Constitución, como luego indicaré. Por no alargar demasiado, seleccionaré, para referirme a diez puntos de interés en los que me cupo el honor de participar de manera más o menos directa. Y en los que, en general, algo conseguimos entre todos. Tengo interés en insistir en esta forma de actividad, aparte de por otras razones, porque al dirigirme a un público integrado en buena medida por alumnos universitarios bastante jóvenes hay

que recalcar con insistencia que muchas de las cosas que hoy parecen elementales, entonces no lo eran, y en no pocos casos hubo que batallar con intensidad para que penetraran algunos de los derechos y libertades, algunas de las reglas que alguien tendería a pensar que han estado ahí siempre desde que un buen día hubieran caído del cielo. Mis esfuerzos, pequeños sin duda, se unían a otros muchos, para así entre todos ir avanzando en las cotas que nos habíamos propuesto.

a) Trabajamos fuerte en pro de la **abolición de la pena de muerte**. Recuerdo así escritos periodísticos, diálogos y conversaciones, enmiendas y su defensa e, incluso antes de la Constitución, nuestro Grupo intentó, en vano, que fuera tomada en consideración una proposición de ley de abolición. No era en absoluto un tema pacífico y hubo que ganarlo a pulso. Les diré, por ejemplo, que en la propia Facultad de Derecho de Zaragoza había cualificados profesores partidarios de que fuera mantenida. También es cierto que se generalizó una enorme sensibilidad en muchos sectores de la sociedad. Al final, se consiguió, aunque con fórmula poco satisfactoria, en el artículo 15, donde el «queda abolida» se completa con la excepción de lo que digan las leyes «para los tiempos de guerra». Afortunadamente, la integración española en las instituciones europeas, franqueó el terreno para la abolición total. Hoy, uno de los testimonios preclaros de lo que a mí me gusta llamar «la Europa de los derechos humanos»⁹, característica notable de nuestro mundo cultural de la que debemos estar orgullosos, prestos siempre a potenciarla y a defenderla, es la abolición total del castigo capital a lo largo de todo el espacio de la Europa democrática. Han sido decisivos al respecto, los Protocolos número 6 y número 13 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, al que están vinculados los 46 países del Consejo de Europa.

9 Tal es el título de un libro mío (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998), que proviene de la conferencia que pronuncié en Zaragoza, en el salón de actos de la Caja de Ahorros de la Inmaculada, el 17 de mayo de 1995.

¡Hay que ver lo que significa, por ejemplo, que, en medio de tanta zozobra y de demasiadas cosas que no nos gusten, se opte por la abolición en Estados como Turquía o Rusia!

b) Interesado y preocupado por el tema desde hacía tiempo, y al que había dedicado algunos trabajos académicos, me volqué en la defensa de la **demanialidad de las playas**: es decir, que todas las playas fueran públicas y nadie pudiera apropiárselas. Recuérdese que fue una regla que introdujo en el proyecto el representante del Partido Comunista en la famosa Ponencia Constitucional, el profesor Jordi Solé Tura. Hubo un debate muy vivo en el Senado, especialmente dada la presencia de dos senadores —uno de designación real, otro, elegido por La Coruña—, muy beligerantes, que eran propietarios de sendas playas, y pretendían que se admitieran excepciones a la regla general de la demanialidad. Hoy es impecable la fórmula del artículo 132 que consagra el principio sin excusa alguna.

c) No hay ninguna constancia escrita, pero les aseguro que nos lo ganamos a pulso Villar Arregui y yo, dando la tabarra en los pasillos del Senado al Ministro de Justicia y senador —y hombre muy importante en todo el proceso constituyente—, Landelino Lavilla, para que se incluyera **la investigación de la paternidad**. Así luce hoy, en efecto, en el artículo 39.2 regla tan importante para asegurar la justicia y el principio de no discriminación.

d) Me agradó la sensibilidad que encontré en los diversos Grupos a la hora de aceptar mi enmienda, de forma que así figura hoy, en el artículo 9.3, **«la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»**.

e) También fue mía una enmienda, de pequeña apariencia, pero de cierto significado de técnica jurídica. Una de las improntas que ha marcado la Constitución de 1978 es la de resaltar su carácter normativo, desde la idea de superar los viejos planteamientos que veían en las Constituciones un instrumento meramente

programático. Se quería que la nuestra fuera una norma vinculante, inmediatamente operativa. Cuando el artículo 9.1 consagra el principio de sometimiento de todos —«los ciudadanos y los poderes públicos»— a las normas, el texto que llegaba al Senado utilizaba la fórmula de que «están sujetos a la Constitución y al ordenamiento jurídico». Con tal redacción daba la impresión de que Constitución y ordenamiento jurídico eran cosas diferentes, es decir, que podía albergarse la sospecha de que la Constitución no fuera ordenamiento jurídico. Se me ocurrió un remedio sencillo que fue aprobado, y que consistía en decir que «están sujetos a **la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico**». Ya no hay duda de que la Constitución queda plenamente integrada en el depósito de las normas.

f) Fue también interesante poder contribuir a que desapareciera del texto palabra que tenía rancias connotaciones como beneficencia. Fue una de esas sugerencias que recibí, pues vino a verme a Zaragoza la Presidenta de los graduados sociales, que residía en Pamplona. El precepto que hace la enumeración de materias que pueden ser asumidas por los Estatutos de Autonomía como competencia de las Comunidades Autónomas, el actual artículo 148, incluía la referencia a la **beneficencia**. Palabra sin duda arraigada y de gran tradición si bien, como se me hizo ver ciertamente, tenía marcadas connotaciones de paternalismo que no parecían adecuadas para nuestra época. Más correcto parecía hablar de **asistencia social**. Hubo algunos grupos que mostraron reticencias por si el cambio pudiera significar pérdida de oportunidades. Cuando se les convenció de que no era nada que afectara al fondo y era una mera modernización del lenguaje, no hubo ya ninguna dificultad. Por eso el 148.1.20, habla de «asistencia social».

h) Fue también un honor defender y conseguir la fórmula que en el reparto de **competencia sobre las aguas públicas** había ideado el gran especialista en la materia, mi hermano Sebastián.

De ahí que los artículos 148.1.10^a y 149.1.22^a, consagran el criterio, que yo creo certero y justo, de dejar para las Comunidades Autónomas la gestión de las aguas que discurren íntegramente dentro del territorio de la Comunidad, mientras que si están integradas en un río que pasa por diversas Comunidades, la gestión debería corresponder a las autoridades nacionales. Fórmula racional, insisto, y, a la larga, pacificadora, marcando claras reglas de juego. Pero algunos no se resignan con la solución constitucional que incluso, sorprendentemente, ha pretendido ser modificada con la reciente reforma de algunos Estatutos de Autonomía.

i) También fue una sugerencia que recibí, de miembros del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés ahora, la que me llevó a redactar, negociar y conseguir, la disposición adicional segunda, que, si bien preferí formularla en términos genéricos, está escrita pensando en defender directamente algunas peculiaridades del **derecho foral aragonés**, y, en concreto, que el adelanto de la mayoría de edad con carácter general a los 18 años para todos los españoles, no perjudicara, como había sucedido con la reforma de 1943, peculiaridades aragonesas, como la mayoría de edad, por razón de matrimonio, a los 14 años.

j) Viví muy de cerca, y con pasión, el debate del apartado segundo del artículo 10, que se añadió en el Senado. Y me agrada haber contribuido, aunque con mi escasa fuerza, a que figurara en la Constitución la referencia a la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, el gran documento del Siglo XX¹⁰. Sin duda fue un momento muy tenso y a punto estuvo de romperse el consenso. El añadir al precepto que es prácticamente el pórtico del sistema de derechos humanos una referencia a las Declaraciones Internacionales de Derechos, se veía por el PSOE como una maniobra para burlar lo convenido en el artículo 27, el precepto clave sobre

10 Un tratamiento más detallado puede verse en el capítulo *Notas para la historia del apartado segundo del artículo 10 de la Constitución de 1978*, en mi citado libro, *La Europa de los derechos humanos*, 177 ss.

la educación, una de las materias más delicadas en todo el debate constitucional, como dije. Se trataba, en el fondo, de lo que entonces se llamaban «los colegios de pago», es decir, los colegios religiosos, normalmente regentados por órdenes religiosas de la Iglesia Católica. El PSOE sostenía que la materia educativa se había pactado y ya se había resuelto al cerrarse el artículo 27. Ya destaque que era uno de los preceptos claves, y por eso, cada palabra, cada coma, jugaba su papel. En su opinión, se trataría ahora de dar la vuelta a lo convenido y buscar fórmulas para reforzar la financiación pública de los colegios religiosos. A mí el problema me interesaba, y me preocupaba, pero también me importaba sobremanera que luciera en el texto de la Constitución una conexión expresa de nuestro ordenamiento jurídico con los grandes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como había propuesto a mis electores en el discurso de presentación de la Candidatura. Me preparé el tema a fondo y aposté por una solución que, incluyendo la referencia a los instrumentos internacionales, desactivara a la par los temores del PSOE. Manejamos muchos textos y soluciones. Recuerdo gratamente la labor pacificadora realizada por los senadores de UCD José Antonio Escudero y Fernando Chueca Goitia, en esa larga y crispada sesión. A mí, la fórmula que al final salió, me gustaba, la defendí, y estoy muy complacido, como decía, de que nuestra Carta Magna, incorpore la mención expresa a la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como la fórmula que facilita la influencia directa de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre nuestro sistema jurídico. Más aún, como estudioso de los derechos humanos, me siento muy satisfecho del juego que ha dado y sigue dando este famoso apartado segundo del artículo 10. Ningún peligro se ha derivado, solo ventajas se han producido. Pero entonces, la reacción fue de otro cariz. Los hasta entonces amigos del PSOE pasaron a considerarme un traidor, y de hecho dejaron de hablarme. Fue curioso que, sentados en el banco de delante—de la Comisión Constitucional—, los senadores del PSOE, como

Ramón Sainz de Varanda, compañero de candidatura, y José Vida Soria, amigo también y compañero de tantas cosas, no me dirían la palabra, cuando lo normal era que estuviéramos siempre intercambiando opiniones. Claro que fue una tormenta en un vaso de agua, que no tardaría en pasar, por más que, a la vista de alguna reacción, ya mucho después, me diera la impresión de que sí se tenían en cuenta algunas conductas pasadas.

k) Una última referencia, ahora sí con cierta nostalgia, para mencionar una intervención, que corrió a cargo de Villar Arregui, pero que la habíamos discutido y preparado mucho, incluso que intentamos negociarla con cierto interés. Se trataba, en concreto, de que en la **sucesión a la Monarquía**, se superara el criterio tradicional, y pasara a reinar el primogénito del Rey, fuera mujer o fuera varón. Aunque eso sí, se incluía una cláusula transitoria: dado que a don Felipe se le venía considerando ya como heredero, como Príncipe de Asturias, la propuesta preveía que la regla que se postulaba no se aplicara en el primer caso de sucesión que se produjera. Hablaba de nostalgia: de haberse dado al artículo 57.1 la redacción que proponíamos —o cualquier otra similar— se hubieran evitado ahora no pocas complicaciones (y gastos).

* * *

Será ya hora de terminar. He ahí esas pequeñas experiencias, bien consciente de su escaso peso y significado, pero firme también en la creencia de que las cosas serias han de hacerse con muchos pequeños apoyos. Sin falsas modestias, me congratulo de haber podido vivir esa oportunidad, pero como les decía antes, son tiempos idos, ¡misión cumplida! Yo volví a mi profesión, en la que por fortuna continúo, muy sensible siempre a mis preocupaciones cívicas. Hoy se exigen otras respuestas y bueno es que sean otros los protagonistas. Sólo les diré una cosa. Cuando yo publiqué mi libro «En los albores de la democracia», algunos me recriminaron por eso de *albores*: «¿Es que no estamos ya en la democracia?», de-

cían. Las cosas importantes y serias, la incidencia efectiva en la realidad social, no es cosa de un día, y reclama continuos e ininterrumpidos esfuerzos. Concluiré por eso leyéndoles el tramo final de mi discurso ante el Pleno del Senado en defensa de la Constitución, el 31 de octubre de 1978, cuyo inicio les trasmitía antes:

«y voy a terminar, porque el tiempo apremia, recalcando que, a pesar de los pesares, a pesar de las víctimas inocentes, este último día de octubre, que es hoy, debe ser un día gozoso, ya que representa un gran paso adelante; pero la historia no se mide en días, sino en años, en décadas o aun en siglos. Queremos comenzar una nueva etapa y esta de hoy, aunque importante, es un paso más. Las Constituciones, una vez elaboradas, deben ser rellenas de contenido, y ésa es la etapa que a todos se nos abre ahora. Nos aguarda ahora el ingente esfuerzo de dar cumplimiento a las posibilidades, a las muchas posibilidades que abre el texto que queremos aprobar.

Como sea el esfuerzo venidero, así será el resultado. El país real debe moldear la Constitución escrita. Por eso a los demócratas, a los que creen en el futuro, a los que creen que debe cesar la explotación del hombre por el hombre, a los que creen que hay que restablecer el pacto entre el hombre y la naturaleza, a los que sostienen que hay un futuro en el que los hombres han de poder entenderse sin privilegios, a todos los que en nuestra Patria han estado comprometidos en la lucha contra la tiranía, en la lucha por el restablecimiento de los derechos y libertades, a todos debe quedar nos muy claro que este texto que ahora venimos a aprobar no nos libera de ningún esfuerzo, sino que nos emplaza a seguir con paciencia, con tesón, esta incipiente lucha por la liberación del hombre para que pueda realizarse, en definitiva, esa utopía-compromiso que canta el poeta de mi tierra cuando pregona: «Habrá un día en que todos, al levantar la vista, veremos una tierra en que ponga libertad»¹¹.

De modo que ¡animo!, y a no dormirse en los laureles.

11 El texto, que puede consultarse en el *Diario de Sesiones del Senado*, lo recogía yo en mi citado libro *Materiales para una Constitución*, 445.

TERCERA PARTE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA
UNIÓN EUROPEA

CAPÍTULO 16

PARA UNA AFIRMACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Publicado en «Revista del Poder Judicial», 57, 2000,
31-49.

Conforme las organizaciones de significado público se hacen más complejas y se incrementan sus poderes y competencias se deja sentir el ansia de controles y supervisiones y se auspician con energía fórmulas de garantía. En esta corriente hay que insertar el peso de las expectativas sobre los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. Recuérdese el valor prácticamente intercambiable que el tantas veces citado artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la gran pieza de la Revolución Francesa cuya vigencia e influencia ha reverdecido al cabo de los siglos, otorga al reconocimiento de los derechos del hombre y al establecimiento de la división de poderes. Resulta así apasionante la evolución que los derechos fundamentales vienen ofreciendo en el ámbito de la Unión Europea, que es la organización sobre la que ahora voy a centrar mis consideraciones. Recuérdese lo poco que hace que, como bien destacaron los especialistas, prácticamente la única referencia a derechos fundamentales en el ámbito de la Comunidad Económica Europea, la constituía la afirmación, que ahora luce en el artículo

141.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE, citando siempre por el Texto Refundido, tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam), de que «cada Estado garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor». La no discriminación en el salario a causa del sexo, algo tan vinculado a lo que en sus orígenes había surgido como un «mercado común». Pero, a partir de ahí, el incremento ha resultado espectacular. Numerosísimas han sido las tomas de postura de los diversos órganos comunitarios. Y están puestas las bases para que se continúe profundizando en dicha dirección. De alguno de los pasos más recientes quiero dar cuenta ahora precisamente. Pero bueno será proceder gradualmente, recalcando antes, aunque sea de manera muy sumaria, algunas ideas previas para mejor enmarcar la exposición.

A) Me gusta recordar siempre que trato de derechos fundamentales la doble vertiente que en este campo se observa. Con características y virtualidades propias pero bien conscientes también de la unidad del problema. Conviene advertir, en efecto, la faceta de lo simbólico, de una parte, y la de la efectividad jurídica, de otra. Pesa mucho lo simbólico, las grandes ideas y representaciones, la fuerza así de las Declaraciones de Derechos. Los ciudadanos, los pueblos, necesitan de testimonios aparentes y gráficos, de símbolos. Son las referencias hondas y solemnes, a veces simplificadas, que tanto llegan a significar. Aunque, obviamente, haya que destacar que lo simbólico solo no sirve, que hay que descender al terreno de la efectividad donde se requerirán las respuestas positivas y los cauces y remedios jurídicos.

B) De destacar también, en la evolución histórica y social de los derechos fundamentales, el señero papel que han desempeñado unas cuantas Declaraciones de Derechos. No hará falta detenerse ahora para glosar su significado —en muchas ocasiones,

se ha hecho (me remito así genéricamente, para muchas de las afirmaciones que en estas páginas se contienen, a los diversos trabajos recogidos en mi libro *La Europa de los Derechos Humanos*. CEC, Madrid, 1998)— pero piénsese en lo que han representado textos, por aludir tan sólo a tres de ellos, como la citada Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, documento de un gran prestigio histórico y simbólico pero, hoy, a la par, sin duda, formando parte del «bloque de la constitucionalidad» en Francia. E, incluso, me aventuro a afirmar, penetrando de lleno en el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE, en adelante, advirtiéndolo que cito también por el Texto Refundido). Siglo y medio después, en 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas elabora la Declaración Universal de Derechos Humanos, a buen seguro, una de las grandes creaciones del siglo XX. Ocupa lugar primordial en el cosmos de lo simbólico, pero no ha sido exigua su fuerza en el terreno de la efectividad jurídica (como yo mismo he tenido ocasión de comentar). Aunque conviene no olvidar sus circunstancias, al contrario, hacerlas muy presentes para conocimiento de las nuevas generaciones que se incorporan, pues como regla las grandes afirmaciones en el terreno de los derechos humanos son reacciones frente a situaciones de menesterosidad que se intentan superar. La Declaración Universal apareció, en efecto, en medio del clima espiritual que sigue a la Segunda Guerra Mundial —profundizando una línea que ya había reflejado la Carta de Naciones Unidas, de San Francisco, 1945— buscando apoyo en los derechos humanos a modo de un «nunca jamás», frente a la barbarie desencadenada en la contienda y frente a la sinrazón de que hicieron gala con absoluta impunidad los Estados totalitarios que a ella condujeron. Como reacción, los derechos humanos se erigen en fundamento de la organización social y política, reclamados como remedio de lesa humanidad. Es importante tenerlo siempre en cuenta, frente a los trivializadores o a los que imaginan que se pueden utilizar como simples piezas retóricas.

La Declaración Universal lograría pronto un aventajado desarrollo para el ámbito regional europeo con la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, hecha en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH, en adelante). Es el tercer documento al que quería referirme. No será preciso ponderar el abundantísimo juego a que ha dado lugar. Recordaré sólo, porque, como digo, también los aspectos simbólicos tienen su peso en la vida de las sociedades, que este año 2000 se cumplen cincuenta desde que fue promulgada.

Documentos como los indicados resultan decisivos para la historia de los derechos fundamentales y para su virtualidad.

C) En la ya larga evolución de la Comunidad Económica Europea, ahora Unión Europea, creo que en el momento presente se atraviesa por una auténtica crisis de crecimiento. En el más biológico sentido de las palabras, y sin ápice alguno de connotación negativa, al menos en mi intención. ¿Se profundizan las responsabilidades comunes o se reclama una nueva contención, más subsidiariedad y más autonomismo de los Estados? Y, desde otra perspectiva, ¿fortalecimiento antes y afinamiento de las reglas de juego, o proceso de ampliación de nuevos socios? Y en este caso, ¿cuántos? ¿A qué ritmo? En efecto, no son pocos los interrogantes suscitados en el *impasse* que ahora nos toca vivir. Cobra así especial sentido el afianzamiento de los elementos comunes. El euro, por ejemplo, como moneda única, más allá de su alta funcionalidad, resulta un factor aglutinante de primera magnitud que desencadena a su vez, incesantemente, sucesivos nuevos pasos.

En este proceso de afianzamiento de elementos comunes, los derechos fundamentales aparecen como valiosísimo factor de afirmación. Pensemos en el prestigio de las grandes Declaraciones, como antes se razonaba, y la resonancia que adquieren allí donde se afirman. Activan una enorme fuerza de cohesión. O las ventajas de su influencia centralizadora: resulta muy positiva la acepta-

ción de soluciones supranacionales en materia tan delicada y a la que tan sensibles son nuestras sociedades (al margen de episodios vergonzantes, siempre minoritarios, o, incluso, también por ello mismo). El peso tan positivo de la internacionalización, que históricamente ha resultado decisiva para superar situaciones de desarreglo bien arraigadas en los territorios. La fuerza, así, de la emulación y los movimientos para aceptar de buen grado el imperio de un canon centralizado. Derechos fundamentales, no pocos de los cuales tienen que ver con el sistema de mercado —libertad, respeto de la propiedad, libertad de empresa, libertad de la ciencia, libre acceso a las informaciones y libertad de expresión, etc.—, incluso con la defensa y mantenimiento de sus reglas de juego —protección de la intimidad, del domicilio o lugar social, así como de los datos, derechos sindicales, no discriminación, etc.—. Eso sin contar con que la Comunidad está abocada a ser, y de hecho ya lo es, mucho más que un mercado. Donde se hacen especialmente sensibles nuevos valores jurídicos a proteger.

D) Añádase el dinamismo de nuestras sociedades, característica tan presente, que no será preciso dedicarle mayor atención. A la par que se producen innovaciones, fórmulas y remedios tan insospechados, de forma tan acelerada, se van a dejar nuevos flancos descubiertos que han de reclamar atención perentoria. No queda más remedio, por eso, que incrementar la lista de derechos fundamentales, otorgando a lo que se añada el mismo mérito y la misma consideración. Decía que se cumplen ahora cincuenta años del CEDH. Y el clima social y espiritual ha conocido también mutaciones notables en dicho período. No han faltado respuestas actualizadoras muy perfiladas en el campo de los derechos fundamentales a través de instrumentos supranacionales, ya bilaterales, ya plurilaterales y con vocación de generalidad. El propio CEDH se ha ido poniendo al día a través de los Protocolos Adicionales que han incorporado nuevos derechos y libertades, ello sin contar con la tensión innovadora de que ha hecho gala el Tribunal

Europeo de Derechos Humanos en algunos fallos especialmente cualificados. Pero no basta todo esto. El tiempo no transcurre en balde —50 años son cincuenta años—, y hoy se deja sentir con fuerza una aspiración a respuestas claras y simples, fácilmente reconocibles. La materia de derechos humanos es enormemente popular —incluso en el sentido de interesar a mucha gente pues, por propia definición, afecta a las más diversas capas de la sociedad—, lo que avala este deseo de fórmulas alcanzables, esta búsqueda de instrumentos que sean muchos los que los tengan como algo propio. Que debe aunar por eso el rigor a la simplicidad, con soluciones que sean fácilmente asequibles. Siempre presente el factor simbólico al que antes se aludía.

E) A todo esto, lo que nos preocupa es el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea. Algo bien diferente es el ordenamiento interno de cada uno de los Estados miembros los 15 que actualmente la integran. En este plano, ninguna duda hay de que, sin olvidar que todo es mejorable, y sin ápice de triunfalismo, pues siempre hay huecos, carencias o inobservancias, los ordenamientos de los Estados miembros ofrecen un alto estándar de reconocimiento de los derechos fundamentales. Dejemos de lado, incluso, el problema de la aplicabilidad y de la efectividad. Las Constituciones y documentos que hacen las veces o completan la estructura jurídica de cada Estado son el resultado de una larga evolución que ha sido muy sensible a logros que repercuten directamente en el nivel de reconocimiento de los derechos fundamentales. Los 15 Estados, en concreto, por dar una muestra, forman parte del sistema del CEDH, y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sirve de acicate y custodia para cuando las vías internas de garantía no han funcionado. No será ocioso advertir que dicha jurisprudencia viene imponiendo rectificaciones de bulto prácticamente en todos los Estados, incluidos los de mayor solera democrática. En otro orden de cosas, pero para abundar en el argumento, se puede notar cómo Inglaterra ha traspuesto recientemente

a su ordenamiento, promulgando la correspondiente ley, el contenido del Convenio, de forma que ya no le vincula sólo, como antes, un compromiso internacional, cuyos resultados debían ser asumidos casuísticamente, sino que se cuenta ya con una norma vinculante para los operadores internos.

Conviene diferenciar ambos planos. La sensación de carencia a que antes me refería tiene que ver sobre todo con el plano europeo, que hoy, sin duda, marca un horizonte para los ciudadanos de los países integrantes de la Unión. En este sentido, es una constante la idea de ir a más, y de intentar aprovechar los avances en el ámbito europeo, para proyectarlos al propio país. Pero más allá de dicho efecto reflejo, hay que recalcar que es en el escalón europeo —y no en el de los respectivos Estados miembros—, donde más sensibles resultan las carencias. En suma, donde se espera una solución que cubra por elevación las aspiraciones de avance incesante, ocupándose a su vez de las dos vertientes que apuntaba al comienzo, la de lo simbólico, pero también la de la efectividad jurídica.

F) Con todo, a fuer de precisión, habrá que dejar constancia de algo que parece incuestionable. Sin perjuicio de que enseguida se aluda a muy sólidos pasos e intentos, en la línea de avance en los derechos fundamentales, hay que constatar, como paso previo, que no es poco ni despreciable lo ya disponible: el acervo de respuestas que ofrecen los Tratados en que se funda la Unión Europea es, a estas alturas, consistente y de peso. Es legítimo auspiciar más, como deseable clarificar y facilitar la expresión, pero, a veces, es un ejercicio saludable el detenerse a apreciar lo que se tiene: lo cierto es que hoy los Tratados traslucen una auténtica preocupación que ha plasmado ya en numerosas reglas. Es interesante seguir el curso a la evolución de los mismos para comprobar como aspiraciones no logradas en el Acta Única, de 1986, se acogerán en cambio en 1992, en el Tratado de la Unión, que abre nuevas vías, y como, limitaciones y trabas entonces insuperables ha sido des-

pejadas por el Tratado de Amsterdam, que incorpora a su vez sustanciosas aportaciones. Aunque se refleja aquí, una vez más, lo que con frecuencia sucede con el Derecho Europeo, que los datos incorporados lo son de manera dispersa, dificultando cualquier localización fácil, y haciendo bien difíciles los intentos de sistema. Los ciudadanos no tienen facilitada la tarea a la hora de encontrar apoyos, como que casi es una opción para especialistas, reservada a los más hábiles escrutadores. Y, aparte de dispersas, de desigual peso y consideración, un poco lo que sucede en las recientes sistematizaciones de derechos fundamentales, como pueda ser la Constitución Española de 1978, donde junto a los derechos fundamentales firmes y operativos se encuentran también reglas de política que van a exigir luego la intermediación del legislador para hacerse efectivas, como es el caso de los denominados principios rectores de la política social y económica. Para evidenciar esta consistente presencia, yo mismo me entretuve en elaborar un a modo de informe denominado «Derechos humanos y libertades fundamentales en los Tratados sobre los que se funda la Unión Europea», que consiste sólo en una yuxtaposición de textos de los Tratados, a la que se ha dotado de un cierto orden. Lo contemplaba algo así como «sepan los ciudadanos de la Unión», es decir, reunir y concentrar lo que habitualmente figura disperso pero de incuestionable presencia. Me remito a dicho trabajo —que se ofrece a continuación, como *anexo* a este capítulo—, lo que me exonera de insistir en la idea, si bien vale la pena refrescar dos ejemplos, de sobra conocidos, pues los recuerdan todos los especialistas.

Hay que tener presente, ante todo, el doble énfasis que marcan los dos apartados iniciales del artículo 6 del TUE. Según el primero de ellos, «La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros». Regla tan destacada, frontispicio que preside toda la construcción, a su innegable funcionalidad, añade

otros efectos de gran consideración asimismo. El de que si un nuevo Estado pretende entrar en la Unión Europea tiene que acreditar que respeta los principios enunciados. Pero, en sentido inverso, y es tema bien actual, si se constata en uno de los Estados miembros una violación grave y persistente de los principios contemplados, está abierta la posible reacción que puede conducir a privarle de alguno de sus derechos (TUE, 7. 1.2).

De no menos enjundia resulta el apartado segundo: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario». Sin comentarios.

La vía de los principios generales es un camino fértil, como acredita la experiencia de muy señalados Tribunales, por más que no esté exento de algunos problemas que no son del caso. Al valor de la norma hay que sumar la importante labor interpretativa que viene realizando el Tribunal de Justicia en la línea de garantía de los derechos fundamentales.

El segundo ejemplo a recordar tiene mucho que ver con lo anterior. La cláusula de contención jurisdiccional que se introdujo en el artículo L del Tratado de la Unión, a consecuencia de la presión británica, ha sido derogada por el Tratado de Ámsterdam, por lo que no hay ya obstáculo alguno a la normal aplicabilidad de los preceptos recordados por parte del Tribunal de Justicia.

Pero, insisto, no he querido aportar más que algún ejemplo testimonial. La realidad es que en los propios Tratados —prescindiendo ahora del derecho derivado— encontramos una consistente partida que oportuno será tener en cuenta.

G) Aunque también resulte legítimo aspirar a más y buscar siempre la respuesta que esté a la altura de los tiempos. En este

sentido, me parece oportuno referir una iniciativa paralela, excelente testimonio de cómo hay aspiraciones que son reclamadas desde muy diversos flancos. En efecto, en 1998, con motivo del cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Ayuntamiento de Barcelona se concertó con otras municipalidades para poner en marcha un proyecto de «Carta Europea de las Ciudades por los Derechos Humanos». El proyecto, en alguna de cuyas fases he tenido el honor de participar, va a buena marcha, recibiendo en estos momentos las últimas sugerencias antes de cerrar el texto, habiendo reunido ya la adhesión de numerosas ciudades, entre ellas no pocas importantes. No entraré ahora en detalles, me remito a la redacción del texto a punto de ser cerrada y publicada, pero indicaré sí que se trata de un documento expresivo de los derechos fundamentales más próximos al ciudadano y en los que la labor municipal puede ser muy eficaz, y que queda abierto al compromiso de los propios municipios. No tiene por tanto vocación de dirigirse y vincular inmediatamente a los Estados, como sucede con otras Declaraciones de Derechos, alguna de las cuales se han considerado antes, aún sin desconocer que el compromiso asumido por un Estado es normal que se proyecte luego a quienes operan en su seno. Para el caso, se ha pensado en un instrumento de autovinculación de las ciudades, acaso redundante en alguno de sus contenidos —pues, como digo, pueden estar en documentos asumidos por el Estado y que obligan, por ende, a todos los poderes públicos—, pero que pretende recordar y reforzar el compromiso del escalón municipal, con una nueva llamada a la sensibilización por los derechos fundamentales. Y, sin duda, que, de quererse, es mucho lo que puede hacerse desde la proximidad al ciudadano, característica de ese eslabón del Estado que es la organización municipal. La iniciativa, aún desde sus limitaciones, es un nuevo testimonio de esta especie de convocatoria general, toque de llamada y movilización para la puesta en efectivo de los derechos fundamentales. La Carta de las Ciudades tiene pretensiones y funcionalidad bien diferentes a las que vengo

refiriéndome a lo largo de este escrito. En tal sentido debe tomarse. Pero entiendo que es inmejorable señal de este generalizado deseo de avanzar en la esfera de los derechos fundamentales.

H) Tornemos de nuevo al ámbito de la Unión Europea, con la problemática que nos es familiar: de una parte, es necesario incrementar el caudal de respuesta en lo concerniente a derechos fundamentales, pero de otra, hay que alumbrarlo y sacarlo a flor de tierra y hay que canalizarlo, en lugar de que discurra ramificado, subterráneo o disperso. Nada nuevo, por otra parte, en cuanto a los instrumentos jurídicos de la Unión Europea, pero un reto de la mayor entidad: Esa lucha por facilitar su labor a los ciudadanos —también a los operadores jurídicos—, que conduce a la difícil tarea de ordenar, sistematizar, e, incluso, auspiciablemente, codificar. Algo que se dice muy pronto pero que entraña enormes dificultades. No hay más que ver lo que cuesta dar cualquier paso en la dirección apuntada.

Proyectada dicha filosofía al campo de los derechos fundamentales hay que evocar, en efecto, la de pasos e intentos emprendidos y que, por lo mismo, han ido preparando el terreno. No pretendo hacer un elenco exhaustivo, con tantas intervenciones del Parlamento o de los otros órganos comunitarios, que podrá consultarse en los repertorios, sino sólo aludir a algunos momentos determinantes.

En 1994 circuló, con cierta intensidad, un proyecto de Constitución que luego, por diversas circunstancias, no salió adelante. No era fácil lo que tenía por delante. Con esta salvedad hay que destacar que el intento, desde la perspectiva que examinamos, abordaba dos de los aspectos pendientes de solución. De una parte, ofrecía una codificación de los derechos y libertades, como suele ser usual en las constituciones recientes, con lo que se cubría el flanco de la necesidad de reunir y concentrar. Pero también, y es un dato jurídico de trascendencia, situaba en la máxima altura normativa la codificación de los derechos. Que es, en efecto, uno de

los problemas pendientes, dado el complejo sistema de fuentes del derecho en la evolución de la Comunidad Europea.

Un nuevo paso memorable se produce en 1996 al publicarse el Informe del Comité de Sabios, también llamado Informe Pintasilgo, «Por una Europa de los derechos cívicos y sociales». Un comité de altos expertos —7—, equilibrado en cuanto a países de origen o sexo, presidido por la antigua primer ministro de Portugal, señora María de Lourdes Pintasilgo —del mismo formó parte el profesor García de Enterría—, elaboró un documento muy rico en contenido, que fue ampliamente difundido, alcanzó notable eco en la opinión pública y consiguió que aspectos centrales de sus propuestas se recibieran en el Tratado de Ámsterdam. Se apostaba así por «reforzar la ciudadanía y la democracia en la Unión tratando de manera indivisible los derechos cívicos y los derechos sociales». Se recomendaba también un sustancioso reforzamiento de los derechos sociales, profundizando en numerosos contenidos propio de los mismos. Se marcaba igualmente el destino de incluir «en los Tratados un conjunto básico de derechos cívicos y sociales (*Bill of Rights*), especificando aquellos que gozan de una protección jurisdiccional inmediata y aquellos que tienen un carácter más programático y se profundizarán en una segunda etapa». Se insistía especialmente en poner énfasis en la superación de toda discriminación y, entre otras muchas sugerencias, se proponía reforzar el papel del Tribunal de Justicia para actuar en defensa de los derechos fundamentales, levantándose, sin falta, las restricciones que había introducido el artículo L del Tratado de la Unión.

El informe Pintasilgo ha sido objeto de amplia atención —y publicado en diversos medios bien asequibles— por lo que no voy a insistir en este momento en sus contenidos y logros.

He de recalcar sólo una idea. Al Tratado de Ámsterdam le ha envuelto un cierto halo negativo en cuanto que, por ejemplo, no resolvió la cuestión de los mecanismos representativos, lo que era

sin duda bien ardua tarea, pero hay que poner énfasis para decir —el profesor García de Enterría ha insistido recientemente en varias ocasiones—, que se dieron pasos bien importantes en materia de derechos fundamentales y en la asunción de políticas sociales. Por citar sólo alguna muestra destacaré que el artículo L, que mermaba la justiciabilidad, fue suprimido, como se dijo, asumiendo de forma inequívoca la propuesta del Comité de Sabios, del mismo modo que la prohibición de discriminación recibió un palmario refrendo, incorporándose fórmulas muy claras y contundentes.

I) En ese panorama se inserta el nuevo paso a que he de referirme, fruto del deseo de avance y profundización que se observa inequívocamente en la Comisión, lo mismo que en otros órganos europeos. Tras los resultados del Tratado de Ámsterdam, puesta la vista siempre en preparar las actuaciones futuras, se piensa en una nueva convocatoria al objeto de determinar la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea y las posibles salidas. Es así como la Comisión Europea, a través de la Dirección General V, sobre Empleo, Relaciones Laborales y Asuntos Sociales, nombra un «Grupo de expertos sobre derechos fundamentales» que comienza a reunirse a partir de marzo de 1998, y al que se le encarga que fije cuál es la situación de los derechos fundamentales en los Tratados a raíz de las reformas introducidas en Ámsterdam, cuáles son los problemas jurídicos y constitucionales inherentes, así como que prepare los materiales para lograr una posible Declaración de Derechos —¡ese ansia por alcanzar un *Bill of Rights* a la altura de nuestro tiempo!—, con vistas todo ello a la siguiente revisión de los Tratados. Se optó por un grupo de 8 especialistas en derechos fundamentales, nombrados a título personal —y no a propuesta de los Estados—, si bien se procuró, como es habitual en las cosas de la Unión Europea, asegurar un cierto reparto territorial y procurar un equilibrio entre los sexos. Inicialmente se pensó que presidiera el Grupo el Profesor Jochen Frowein Director del Max

Planck Institut y Catedrático de Derecho Público en la Universidad de Heidelberg, que fuera muchos años Vicepresidente de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el órgano del Consejo de Europa que acaba de desaparecer, al encomendar el Protocolo XI al Tribunal de Estrasburgo en exclusiva —al margen de la alta vigilancia del Comité de Ministros— la garantía del CEDH; pero Frowein, en año sabático en Estados Unidos, no pudo asumir la presidencia, si bien se incorporaría algo más adelante al Grupo. Pasaría a ser Presidente el Profesor Spiros Simitis, griego —su hermano acaba de ser afianzado de nuevo como Primer Ministro en las recientes elecciones griegas celebradas en abril—, si bien afincado en Alemania, de cuya Universidad de Frankfurt es Catedrático de Derecho Civil y Derecho del Trabajo, donde aparte de su especialización, es cualificado experto en materia de protección de datos, responsable del centro que en su Universidad investiga ese sector. Como es usual, al Grupo y al Informe que concluiría elaborando se les conocerá como Grupo o Informe Simitis. El resto de miembros del Grupo, por estricto orden alfabético, sería el siguiente: Sra. Christina Bell, Directora del Centro de Derecho Internacional y Comparado de los Derechos Humanos, de la Queen's University, de Belfast, Irlanda del Norte; Sra. Lammy Betten, Catedrática de Derecho Europeo y Directora del Centro de Estudios Jurídicos de la Universidad inglesa de Exeter; el Profesor Frowein, ya aludido; la Profesora Pirkko K. Koshinen, finlandesa, que ha sido Profesora de Derecho del Trabajo en la Universidad de Laponia y Vicedefensora del Pueblo; quien firma estas líneas, con el gusto de representar, por así decir, la cuota española; el profesor Alessandro Pizzorusso, conocido constitucionalista de Pisa; y el catedrático francés de Derecho Público, Sr. Jean Rossetto, de la Universidad de Tours, responsable del Grupo de Investigación sobre la cooperación internacional europea, en el seno del Instituto de Derecho Europeo de su Universidad.

El Grupo, tras 6 sesiones de trabajo —cada una con la preparación consiguiente—, y habiendo tenido ocasión de debatir con representantes de la plataforma de organizaciones no gubernamentales europeas del sector social y también con representantes de los interlocutores sociales europeos, en febrero de 1999 presentaría su informe con un documento titulado «Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar». La edición se distribuiría en las 12 lenguas comunitarias, un folleto de tamaño amplio (17,6 por 25 cm), que alcanza 29 páginas en la versión en español. Tras un cuerpo minucioso con las consideraciones más relevantes, se cierra con diez recomendaciones. No voy a hacer una exposición minuciosa, remitiéndome para quien tenga interés al texto, que no es demasiado largo, limitándome ahora a desarrollar algunas de las ideas centrales que dan cuerpo a la reflexión.

Junto a la existencia real y efectiva de un consolidado acervo de derechos fundamentales que resulten eficaces, preocupa de manera esencial su presencia y fácil localización, lo que podemos denominar ostensibilidad. Hago esta pequeña precisión terminológica con toda intención: se trabajó, sobre el texto en inglés. Las versiones en las demás lenguas son por eso responsabilidad del servicio de traductores de la Comunidad. En la versión española se utiliza al efecto el término «visibilidad». Que, por supuesto se entiende. Aunque para mí tiene algunas connotaciones que no son oportunas, como cuando se habla de visibilidad en la carretera o en el aeropuerto a consecuencia de la niebla, o de la lluvia. Yo habría preferido el término ostensibilidad, que me parece más directo y con menos equívocos. Por eso es la palabra que yo voy a utilizar. Aunque lo importante sea, sobre todo, la idea. Pues bien, al insistir en la ostensibilidad, se quiere recalcar algo que se echa en falta tantas veces en la forma de proceder de la Comunidad. Cierto que es muy complicado hacer las normas que van siendo con frecuencia el resultado de superposiciones y adiciones, con el

consiguiente desfase temporal, pero producto, también, de criterios diferentes, que tratan de aunarse o cuando menos reunirse. Hay, ya lo veíamos, una amplia suma de respuestas a lo largo de los Tratados. Pero ese laberinto, de innegable presencia para especialistas y operadores, no sirve en cambio pensando en los ciudadanos en general. Bien poca funcionalidad ofrece desde esta perspectiva de facilitar la certeza y ofrecer también un símbolo del que puedan jactarse los ciudadanos. Por eso es oportuno reclamar que los derechos fundamentales sean ostensibles, palpables, si se quiere.

Se glosaba antes el artículo 6.2 TUE, con su remisión a los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio de Roma. Llegar a eso ha representado un avance importante cuyos esfuerzos hay que valorar. Pero el documento estima que eso no es suficiente, que la meta hoy debe abarcar un horizonte más nítido. Se recomienda por eso el «reconocimiento explícito», nominatim, de cada uno de los derechos. Pormenorización por tanto de la lista de derechos del CEDH, así como de aquéllos de los Protocolos Adicionales en que hay un grado de consenso. Pero compromiso también de pensar en incorporar otros nuevos. De esta manera se insiste, en la necesidad de redactar un *Bill of Rights* —los traductores de la versión española se empeñan, no sé por qué, en poner en femenino tal expresión, cuando se cuenta con un uso arraigadísimo en la literatura de Derecho Público—, propio de la Unión Europea. Algo que sea suyo inequívocamente, sin perjuicio de la vocación que tienen documentos tales a ser apropiados por quienquiera, de la forma más inesperada a veces. Algo que sucedió con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y con otros instrumentos similares. Y es que, en efecto, estas creaciones tienen una aspiración a entrar en el dominio público, sin que valga para ellos el derecho de propiedad intelectual.

Desde esta filosofía, el informe se detiene en exigir la mención expresa de los derechos y libertades incluidos en los artícu-

los 2 a 13, ambos inclusive, del Convenio de Roma, que yo no voy a repetir ahora, más el derecho a la propiedad, el derecho al voto y el derecho a la libre circulación, tributos éstos a los Protocolos Adicionales. ¿Todos los derechos del Convenio de Roma? ¿No habrá algunos que resulten anticuados? Se debatió así si había que seguir manteniendo el contenido del artículo 4.º, en cuanto la abolición de la esclavitud parece recordar grandes enfrentamientos del siglo XIX, que aparentemente estarían hoy superados. ¿Necesario esto en Europa, hoy? ¿No será cosa de países del sur, de lejanas tierras? Pero no había alternativa y la opinión fue contundente y clara en el sentido de que, también en la culta y opulenta Europa de comienzos del siglo XXI, había que seguir reclamando la mencionada garantía. No faltan por desgracia ciudadanos u organizaciones desaprensivos, trayendo aquí a Europa mujeres de alguna isla caribeña para prostituir las en condiciones degradantes; o trayendo ciudadanos del Lejano Oriente que aquí serán encerrados y forzados a trabajar en condiciones infrahumanas; o, por seguir con los ejemplos, conduciendo ciudadanos del África Subsahariana a los que explotarán y engañarán de la manera más vil, y que abocarán a unas condiciones de trabajo que recuerdan las de las novelas antiesclavistas. También el contenido del artículo 4.º tenía que ser recordado sin falta en esta Europa de la opulencia, muy presente además la idea de que, porque se trata de garantizar «un mercado», no cabe cualquier cosa en las reglas de juego de ese mercado. Antes, al contrario, debe estar muy claro que el mercado que se trata de afirmar es radicalmente incompatible con según qué tipo de comportamientos.

Si los contenidos del CEDH ofrecían un sustrato ya asumido y consolidado, gozando de amplio consenso, y, por ende, de inexcusable reflejo inmediato, se aludía también a nuevos valores, hoy muy sensibles en la opinión pública, a los que habría que ir prestando atención tratando de incorporarlos cuando se pudiera. Se menciona así, en primer lugar, una cláusula antidiscriminato-

ria, con la redacción modernizada que, en parte, se ofrece ya en algún pasaje de los Tratados (como el art. 13 TCE), con la particularidad de que aunque mucho está ya contenido en el artículo 14 CEDH, en este caso no se trata de algo autónomo y con fuerza propia, como sucede en cambio con el artículo 14 de la Constitución Española, sino, como es bien sabido, de la no discriminación en relación con el ejercicio de los derechos y libertades del propio Convenio. Por eso se insiste en incorporar, como algo específico y novedoso, «el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, sin ninguna distinción basada en la raza, el color, el origen étnico, nacional o social, la cultura o la lengua, la religión, la conciencia, las creencias, las opiniones políticas, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, la orientación sexual, la edad o la discapacidad». En este paquete se van a incluir también, entre los ejemplos, la libertad de elección de empleo, el derecho a limitar el uso de los datos personales, el derecho a la reagrupación familiar, el derecho a la negociación colectiva, y a recurrir a la acción colectiva en caso de conflicto de intereses, y el derecho a la información, la consulta y la participación, por lo que se refiere a decisiones que afectan a los intereses de los trabajadores.

Parte el documento de la convicción de que el proceso de codificación de los derechos fundamentales es un proceso abierto que ha de tener en cuenta las posibilidades, aspiraciones y necesidades de una sociedad marcada por cambios constantes. En este sentido se insta a madurar reflexiones en la idea de que, sin falta, habrá que dar acogida también a los derechos referidos a la protección del medio ambiente y a los efectos de la biotecnología.

Un problema jurídico complejo en el ámbito de la Comunidad Europea ha venido siendo el de las fuentes del Derecho y su posible jerarquía, de bien difícil resolución a la vista de las peculiaridades de la organización. Pues bien, el documento apuesta, y es la última de las Recomendaciones, porque se dé a la respuesta en materia de derechos fundamentales el más alto rango norma-

tivo. Por eso se propone que figure en los Tratados. Sin concretar en cuál de ellos, ni dónde, pero de manera reunida, conjunta y unitaria, deseablemente, «en una parte especial o en un título particular». Se considera la importancia del «dónde», tanto desde la línea de lo simbólico como desde la eficacia. Por eso, el Informe se cierra con estas palabras: «El lugar elegido debería ilustrar claramente la importancia primordial de los derechos fundamentales e indicar sin lugar a dudas que las actividades de la Unión Europea deben guiarse siempre, y en cualquier circunstancia, por el respeto a estos derechos».

Una última idea quiero destacar de entre las amplias referencias del documento que no han podido ser recogidas aquí. Se parte, por supuesto, de la importancia de la garantía jurisdiccional de los derechos, una garantía general y no contenida, que aparezca así ante cualquier actividad de la Unión, sin sectores o pilares excluidos. Pero dando por sentado este paso, y una vez que se ha insistido sobre él, se entra a delimitar otros compromisos de gran trascendencia para la vida real de los derechos fundamentales. Se insiste así en la necesidad de medidas específicas y de políticas concretas. Lo que además de la necesaria acción ejecutiva, constante y permanente, va a reclamar del mismo modo la respuesta de los órganos encargados de elaborar las normas. Y se aportan ejemplos concretos que son por demás ilustradores: la lucha contra la discriminación, la mejora del entorno del trabajo para proteger la salud y seguridad de los trabajadores, o la incorporación al trabajo de los disminuidos. La acción judicial puede romper algunas situaciones concretas de flagrante injusticia, pero si quiere avanzarse en la línea que tales derechos representan, se requiere de políticas específicas que adopten una visión de conjunto, que incorporen los medios necesarios y que se apoyen en la necesaria cobertura normativa.

En cuanto a la protección jurisdiccional, se parte de la idea de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE,

en adelante) ha de reforzar su papel en este campo, partiendo de su jurisprudencia pionera, lo que se facilitará una vez que se reúnan las normas dispersas, contando además con que el control es un control integral que debe cubrir también el segundo y el tercer pilar. Se reconoce el alto papel que desempeña el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que al garantizar el Convenio de Roma tan sensible resulta al Derecho de la Unión Europea, que cada vez aparece más en las páginas de sus repertorios. En cuanto al delicado problema, que ya planteó a lo vivo el Informe del Comité de Sabios, se conviene en que por el momento, y mientras no medien grandes cambios, en lo referente a las relaciones entre Luxemburgo y Estrasburgo, «deben mantener las jurisdicciones claramente independientes». No se descartan otras alternativas pero, por el momento, se estima más adecuado no alterar la situación existente. Si bien, se puntualiza: «No obstante debería proseguirse e intensificarse la cooperación informal entre el TJCE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos existente desde hace muchos años».

Con esta toma de postura, sobre punto tan significativo para el imperio real de los derechos fundamentales, concluyo con las referencias al Documento del Comité Simitis, que halló muy favorable acogida en los subsiguientes Consejos, el de Colonia y el de Tampere.

J) La última etapa, por el momento, de la apasionante serie que se ha tratado de describir, y entramos ya en el futuro, la representan los trabajos del llamado «Grupo de los 62», en marcha cuando se redactan estas páginas. Cada paso anterior servía para dar uno nuevo. La buena acogida del documento que se acaba de describir, que encontró abonado terreno, hizo que tras los Consejos de Colonia (3-4 de junio de 1999) y, sobre todo, Tampere (15-16 de octubre de 1999), correspondientes a las respectivas presidencias alemana y finlandesa, se optara por crear una nueva comisión, de amplio espectro representativo, en la que ya sea las institucio-

nes, ya los Estados miembros, jugaran un papel destacado. Fórmula ahora de una comisión amplia, con presencia activa de las líneas políticas y a la que se le iba a recomendar transparencia a la hora de elaborar sus trabajos. Objetivo: nada menos que elaborar una Carta de Derechos —el auspiciado *Bill of Rights*—, representativa del clima espiritual de nuestro tiempo, de las aspiraciones y necesidades actuales, de modo que pudiera redactarse con tiempo suficiente pensando en que estuviese lista para el Consejo que ha de cerrar las actuaciones del siglo XX, el que ha de celebrarse en Niza, bajo la presidencia francesa, obviamente, a finales de 2000. Con el detalle añadido, que no le habrá pasado por alto al lector, de que va a culminarse así justo cuando se cumplen los 50 años del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención de Roma.

¿De dónde proviene la cifra de 62 que da nombre al grupo? Es algo muy medido y pensado, que quiere dar cabida a los circuitos representativos e interesar a las diversas instituciones. Hay, así, 15 personalidades de prestigio designados por cada uno de los 15 Estados miembros. Alemania, por ejemplo, llamó al ex presidente de la República, Hergoz, que es quien ha sido elegido por los 62 como Presidente del Grupo. Por este turno, Francia designó a Guy Braibant, del que nada habrá que decir, pues resulta bien conocido en los ambientes españoles del Derecho Público. Por su parte, el Presidente del Gobierno español seleccionó al anterior Presidente del Tribunal Constitucional, Profesor Rodríguez-Bereijo. Pero también, los órganos de la Unión; hay, así, un representante de la Comisión y 16 Diputados del Parlamento Europeo. De este modo, además de la representación institucional y de la presencia consistente del Parlamento, hay una nueva opción para que llegue la voz de los Estados a través de los parlamentarios europeos. Un dato significativo es que se ha querido dar participación también a los Parlamentos nacionales. Tal presencia quiere representar nuevos apoyos comprometiendo de alguna manera a la opi-

nión pública de cada una de las naciones. Entran por este turno 30 miembros de los Parlamentos nacionales, dos por cada uno de los Estados. Cifra que permite además un nuevo juego, teniendo en cuenta lo que importa lograr un amplio consenso a la hora de edificar un instrumento que se quiere importante: el hecho de que haya dos parlamentarios da cabida en cada Estado al juego de mayorías-minorías o, desde otra perspectiva, a la presencia de la fuerza gubernamental y a la de la oposición. Así, en lo que respecto a España, han sido designados los parlamentarios, señores Gabriel Cisneros y Jordi Solé Tura, como bien sabido es, del Partido Popular y del Partido Socialista, respectivamente. En este juego de efectos combinados es curioso constatar que Solé Tura, que era diputado cuando se realizó la designación, es ahora senador. Se manifiestan así estos flujos para la presencia e integración de las diversas peculiaridades representativas, Congreso y Senado, en el caso. O dos ámbitos territoriales con sensibilidades diferentes, en el caso de las Comunidades Autónomas de origen de ambos parlamentarios. Y aún hay un último dato significativo, que quizá el lector habrá cogido y que bueno será resaltarlo en todo caso: a la hora de construir un documento que se espera de gran valor se ha tenido el buen sentido de seleccionar a quienes fueron miembros de la famosa Ponencia Constitucional, que había elaborado el borrador que condujo directamente al gran paso de la Constitución Española de 1978.

Al Grupo de los 62, tan cuidadosamente diseñado, se incorporan además 4 observadores, cuya mera mención acredita de nuevo el cuidado por incorporar de alguna manera a las instituciones que tienen que ver con los derechos fundamentales. Desde este estatus de observador se llama, en efecto, a 2 representantes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y a 2 del Consejo de Europa, uno de ellos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De modo que, Consejo de Europa pionero en la materia de los derechos fundamentales, señaladamente desde el

relevante papel que representa el TEDH, pero, también, el TJCE, responsable jurisdiccional de la garantía del Derecho de la Unión, y también, por ende, de los contenidos de la Carta que ilusionadamente se espera.

Desde estos planteamientos, inteligentes y bien pensados, se trabaja ahora para alcanzar el nuevo paso que se auspicia. Por mi parte, nada puedo adelantar de su contenido. Soy bien consciente de que se trata de una labor ardua e ímproba, cuyas dificultades producen incluso un cierto vértigo. Pero hay que confiar en el acierto y desear un buen trabajo a quienes protagonizan esta esforzada travesía.

ANEXO

**LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS
LIBERTADES FUNDAMENTALES SEGÚN
LOS TRATADOS EN QUE SE BASA LA
UNIÓN EUROPEA**

Habiendo dado cuenta en el anterior trabajo de mi participación en el «Grupo de expertos», que se reunió en Bruselas, en el seno de la Unión Europea, bajo la presidencia del Catedrático de Frankfurt, profesor Spiros Simitis, y que concluiría con la presentación, en febrero de 2009, del Informe «Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea», me es muy grato ofrecer ahora uno de los documentos que preparé en aquella ocasión. Era importante aspirar a conseguir una *declaración* completa y exclusiva, desde la preocupación por la ostensibilidad y por lograr un instrumento operativo y eficaz y fácilmente manejable, es decir, al alcance de cualquier ciudadano. Pero me pareció del mayor interés, en esos trabajos preparatorios, recalcar que en el Derecho Comunitario ya vigente, es decir, en los Tratados, si bien de manera dispersa y con muy diferente densidad jurídica, había un acervo muy consistente de provisiones directamente relacionadas con lo que llamamos los derechos fundamentales. Era una especie de ajuste de cuentas con quienes desde la superficialidad —o la ignorancia— clamaban proclamando la ausencia de sensibilidad de la Unión Europea para con los derechos fundamentales. De hecho, no deja de ser ilustrativo refle-

xionar, hoy que se cuenta ya con la Carta de Derechos Fundamentales, para constatar en que gran medida ya existía lo que ella ha venido a codificar. Me agrada por eso ofrecer este texto que, como explico, no es más que algo así como una operación de recortar —para luego colocar ordenadamente— lo que ya estaba contenido en los Tratados, un a modo de «cortar y pegar». Como se comprenderá fácilmente, el documento que entonces preparé no tenía más pretensión que la de aportar materiales de reflexión para el trabajo colectivo, y de ahí que haya permanecido inédito. Sólo he conservado un ejemplar en francés, que ahora traduciré, pues es bien fácil acudir al texto de los Tratados, y que lleva la fecha de 11 de junio de 1998. Me tomo la molestia, al editarlo ahora, de indicar por nota cual sería la enumeración de los preceptos correspondientes según la versión de los Tratados que hoy se maneja, la que podemos llamar la enumeración actual, es decir, la anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

La legítima aspiración a consolidar una Unión Europea cada vez más próxima a los ciudadanos y más democrática,

El deseo de reforzar y de enriquecer el patrimonio común europeo en el ámbito de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, lo que a buen seguro constituye una de las aspiraciones más intensas de nuestra época,

La búsqueda de mecanismos jurídicos adecuados para garantizar su eficacia y respeto general, esforzándose en esa línea por consolidar vías de recurso accesibles a los ciudadanos afectados,

El hecho de que en el campo de los derechos humanos, como bien se deduce de las más recientes Constituciones de los Estados miembros, existan grados, niveles y escalones, lo que fuerza a seleccionar y a elegir, implicando, incluso, en ocasiones, la necesi-

dad de poner en práctica las políticas adecuadas que permitan hacer efectivas las aspiraciones,

La constancia del importante papel que está llamado a desempeñar tan frecuentemente el Tribunal de Justicia; la función, también, en su ámbito, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como igualmente el juego de los órganos judiciales de los Estados miembros en la medida en que, de acuerdo con las previsiones constitucionales de cada uno de los Estados, aplican el Derecho comunitario, considerando, por tanto, en todos los casos, el peso de las jurisprudencias respectivas,

Todos estos elementos ayudan a destacar claramente que, en su actual redacción, los Tratados en los que se basa la Unión Europea contienen ya un amplio conjunto de disposiciones concernientes a ese patrimonio común de los derechos humanos y de las libertades públicas. Lo que conviene destacar para que lo sepan los ciudadanos de la Unión y otros posibles lectores.

* * *

Las páginas que siguen son, de hecho, una mera selección, que se esfuerza por mantener la mayor fidelidad posible al texto de los Tratados, aunque ciertamente se altera el orden de exposición y algunas afirmaciones pueden aparecer fuera de contexto. Conviene advertir también, en relación con los párrafos tomados del Tratado de Ámsterdam, que este no había entrado en vigor al momento de redactar el presente informe. Aquellas partes del trabajo que no sean reproducción literal de preceptos de los Tratados irán entre paréntesis, del mismo modo que el autor ha procedido con gran libertad a la hora de disponer los títulos.

* * *

I. PREÁMBULO: MOTIVOS

(Los representantes de los Estados miembros:)

— CONFIRMANDO su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho,

— CONFIRMANDO su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989,

— RESUELTOS a crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países,

— RESUELTOS a facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos, mediante el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia¹,

— DECIDIDOS a promover el desarrollo del nivel de conocimientos más elevado posible para sus pueblos mediante un amplio acceso a la educación y mediante su continua actualización².

II. OBJETIVOS GENERALES

— La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros³.

(Tales exigencias conllevan dos corolarios importantes:

A. Todo nuevo Estado que pretenda adherirse a la Unión Europea deberá respetar los principios enunciados.

1 TUE, Preámbulo.

2 TCE, Preámbulo.

3 TUE, 6.1.

B. A la inversa, si se constata una violación grave y persistente de los principios señalados, por parte de un Estado miembro, éste podrá ver como se suspenden algunos de sus derechos⁴.)

— La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario⁵.

(Entre las importantes consecuencias que derivan del anterior precepto hay que contar el compromiso directo de la Unión con los derechos y libertades reconocidos por el Convenio de Roma, a saber: derecho a la vida, prohibición de la tortura, de la esclavitud y del trabajo forzado, derecho a la libertad y a la seguridad, derecho a un proceso justo, «no hay pena sin previa ley», derecho al respeto de la vida privada y familiar, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de expresión, libertad de reunión y de asociación, derecho a contraer matrimonio, derecho a un recurso efectivo y prohibición de la discriminación. A los que hay que añadir, los incluidos en los Protocolos Adicionales, como el derecho de propiedad, el derecho a la educación, el derecho a la participación a través de elecciones periódicas, etc. Sin olvidar la interpretación expansiva tan rica que practica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, a la hora de aplicar los anteriores derechos y libertades).

— (En el mismo terreno, se puede evocar, a modo de símbolo importante para la cultura europea de los derechos humanos la Primera de las Declaraciones adoptadas por la Conferencia Intergubernamental y que figuran como anejas al Acta Final del Tratado de Ámsterdam, en el sentido de que) la Conferencia recuerda que el Protocolo número 6 del Convenio Europeo para la Protec-

4 Deducido de TUE, 7.

5 TUE, 6.2.

ción de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que ha sido firmado y ratificado por una amplia mayoría de Estados miembros, prevé la abolición de la pena de muerte.

En este contexto, la Conferencia observa que tras la firma de dicho Protocolo el 28 de abril de 1983, la pena de muerte ha sido abolida en la mayoría de los Estados miembros de la Unión y que no ha sido aplicada en ninguno de ellos.

— La Unión definirá y realizará una política exterior y de seguridad común, que abarcará todos los ámbitos de la política exterior y de seguridad y cuyos objetivos serán (entre otros) los siguientes:

a) el mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, con los principios del Acta final de Helsinki y con los objetivos de la Carta de París, incluidos los relativos a las fronteras exteriores.

b) El desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁶.

— La política de la Comunidad (en el ámbito de la *cooperación al desarrollo*) contribuirá al objetivo general de desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como al objetivo de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁷.

— Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción común entre los Estados miem-

6 TUE, 11.

7 TCE, 177.2.

bros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude (...)⁸.

III. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

— La Unión tendrá por objetivo, entre otros, el de reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión⁹.

— Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la soberanía nacional¹⁰.

IV. LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

— El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar decisiones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicción, discapacidad, edad u orientación sexual¹¹.

— Se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad (en el ámbito del Derecho comunitario)¹².

8 TUE, 29.

9 TUE, 2.

10 TCE, 17.

11 TCE, 13.

12 TCE, 12.

— Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales, la protección de las personas, así como el disfrute y la tutela de sus derechos, en las condiciones reconocidas por cada Estado a sus propios nacionales (...)¹³.

V. EN PARTICULAR, EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DEL SEXO

— La Comunidad tendrá por misión (entre otras) la de promover la igualdad entre el hombre y la mujer¹⁴.

— En todas las actividades contempladas (en la amplia enumeración de fines), la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad¹⁵.

— (En particular, y desde la perspectiva de los derechos sociales de los trabajadores) la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros (entre otros) en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y el trato en el trabajo¹⁶.

— Cada Estado garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor¹⁷.

— El Consejo (...) adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor¹⁸.

13 TCE, 293.

14 TCE, 2.

15 TCE, 3.2.

16 TCE, 137.1.i).

17 TCE, 141.1.

18 TCE, 141.3.

— Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar y compensar desventajas en sus carreras profesionales¹⁹.

VI. DEFENSOR DEL PUEBLO

— El Parlamento Europeo nombrará un Defensor del Pueblo, que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales²⁰.

VII. DERECHO DE VOTO

— Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado²¹.

— Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado²².

19 TCE, 141.4.

20 TCE, 195.1.

21 TCE, 19.1.

22 TCE, 19.2.

VIII. DERECHO DE PETICIÓN

— Cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar al Parlamento Europeo, así como a las demás instituciones y órganos de la Comunidad, individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Comunidad que le afecte directamente²³.

IX. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

— Los actos comunitarios relativos a la protección de las personas respecto del tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos serán de aplicación a las instituciones y organismos establecidos por el Tratado Constitutivo de la Comunidad o sobre la base del mismo²⁴.

— El Consejo establecerá un organismo de vigilancia independiente, responsable de controlar la aplicación de dichos actos comunitarios a las instituciones y organismos de la Comunidad y adoptará, en su caso, cualesquiera otras disposiciones pertinentes²⁵.

— Los miembros de las instituciones de la Comunidad, los miembros de los comités, así como los funcionarios y agentes de la Comunidad estarán obligados, incluso después de haber cesado en sus cargos, a no divulgar las informaciones que, por su naturaleza, estén amparadas por el secreto profesional y, en especial, los datos relativos a las empresas y que se refieran a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes²⁶.

23 TCE, 194.

24 TCE, 286.1.

25 TCE, 286.2.

26 TCE, 287.

— La acción en común en el ámbito de la cooperación policial incluirá (entre otros) la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente (...) con sujeción a las disposiciones correspondientes en materia de protección de daños personales²⁷.

X. LAS CUATRO LIBERTADES COMUNITARIAS

— La acción de la Comunidad para atender a sus objetivos implicará un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales²⁸.

XI. DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN Y DE LIBRE ESTABLECIMIENTO. EN PARTICULAR, LA NO DISCRIMINACIÓN EN RELACIÓN CON LOS TRABAJADORES

— Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación²⁹.

— Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad³⁰.

— La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo³¹.

27 TUE, 30.b).

28 TCE, 3.1.c).

29 TCE, 18.1.

30 TCE, 39.1.

31 TCE, 39.2.

— En el marco de las disposiciones (previstas), quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro³².

— Los Estados miembros facilitarán, en el marco de un programa común, el intercambio de trabajadores jóvenes³³.

— El Consejo adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam medidas encaminadas a garantizar la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países³⁴.

XII. EMPLEO, POLÍTICA SOCIAL Y SEGURIDAD SOCIAL

— Teniendo en cuenta las prácticas nacionales relativas a las responsabilidades de los interlocutores sociales, los Estados miembros considerarán el fomento del empleo como un asunto de interés común y coordinarán sus actuaciones al respecto en el seno del Consejo³⁵.

— La Comunidad contribuirá a un alto nivel de empleo mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros, así como apoyando y, en caso necesario, complementando sus respectivas actuaciones. Al hacerlo, se respetarán las competencias de los Estados miembros³⁶.

32 TCE, 43.

33 TCE, 41.

34 TCE, 62.1.

35 TCE, 126.2.

36 TCE, 127.1.

— Al formular y aplicar las políticas y medidas comunitarias deberá tenerse en cuenta el objetivo de un alto nivel de empleo³⁷.

— La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones³⁸.

— Para la consecución de los objetivos señalados, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros, entre otros, en el ámbito de la mejora, en concreto, del entorno de trabajo para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores así como las condiciones de trabajo³⁹.

— La Comisión tendrá como cometido fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel comunitario y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando porque ambas partes reciban un apoyo equilibrado⁴⁰.

— Para alcanzar los fines previstos, la acción de la Comunidad, implicará, entre otras, la política en el ámbito social que incluya un Fondo Social Europeo⁴¹.

— Para mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores en el mercado interior y contribuir así a la elevación del nivel de vida, se crea, un Fondo Social Europeo destinado a fomen-

37 TCE, 127.2.

38 TCE, 136.

39 TCE, 137.1.a) y b).

40 TCE, 138.

41 TCE, 3.1.j).

tar, dentro de la Comunidad, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, así como a facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales⁴².

— El Consejo adoptará, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes:

a) la acumulación de todos los periodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas;

b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros⁴³.

XIII. CULTURA

— La Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común⁴⁴.

XIV. EDUCACIÓN

— La acción de la Comunidad implicará, entre otras, una contribución a una enseñanza y a una formación de calidad, así como al desarrollo de las culturas de los Estados miembros⁴⁵.

42 TCE, 146.

43 TCE, 42.

44 TCE, 151.1.

45 TCE, 3.1.q).

— La Comunidad contribuirá al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando y completando la acción de éstos en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística⁴⁶.

— La Comunidad desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación⁴⁷.

XV. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

— La acción de la Comunidad implicará, entre otras, una contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud⁴⁸.

— Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana⁴⁹.

— La acción de la Comunidad, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud humana. Dicha acción abarcará la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, así como la información y la educación sanitarias⁵⁰.

46 TCE, 149.1

47 TCE, 150.1.

48 TCE, 3.1.p).

49 TCE, 152.1.1°

50 TCE, 152.1.2°.

XVI. PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

— La acción de la comunidad implicará, entre otras, una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores⁵¹.

— Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses⁵².

XVII. MEDIO AMBIENTE

— La Comunidad tendrá por misión promover, entre otros, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente⁵³.

— La acción de la Comunidad implicará, entre otras, una política en el ámbito del medio ambiente⁵⁴.

— La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga⁵⁵.

XVIII. APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES

— La Comisión en sus propuestas referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protec-

51 TCE, 3.1.7).

52 TCE, 153.1).

53 TCE, 2).

54 TCE, 3.1.1).

55 TCE, 174.2).

ción del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos. En el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo⁵⁶.

XIX. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros⁵⁷.

56 TCE, 95.3).

57 TCE, 288.2°).

CAPÍTULO 17

EL ORDEN EUROPEO E INTERNO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

Texto de la conferencia pronunciada en Madrid, en la mañana del lunes 14 de junio de 2004, en el Congreso sobre «Justicia Administrativa y Unión Europea», organizado por el Consejo General del Poder Judicial, dentro de su programa de «Formación continua de Jueces y Magistrados». Recuérdese que la víspera se habían celebrado las «Elecciones Europeas». Resulta muy grato añadir a posteriori algo que sin duda tendrá en cuenta el lector y es que, con fecha 18 de junio de 2004, en el Consejo de Bruselas, se aprobaría el texto de la Constitución Europea. Hoy bien sabemos que el proyecto de Tratado que pretendía introducir la Constitución no salió adelante, pendiente ahora la Unión Europea de que se ratifique por los Estados miembros el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, que vino a sustituir al anterior. Publicado en la «Revista de Administración Pública», 165, 2004, 7-27.

1. Por varias razones, que enseguida expondré, parece muy oportuna la fecha escogida para reflexionar sobre los derechos fundamentales, tanto desde la vertiente nacional como desde la europea, y de su protección jurisdiccional. Nos preocupa obvia-

mente —para eso me han llamado para que les hablara a ustedes— el aspecto aplicativo, es decir, la situación del Juez que desde los diversos órganos jurisdiccionales tiene que intervenir en un conflicto en el que están en juego pretensiones relacionadas con alguno de los derechos fundamentales. Se abrirá una pluralidad de opciones derivadas del mandato contenido en el artículo 7 LOPJ, que encomienda a Jueces y Tribunales la común garantía de los derechos y libertades del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución —en adelante, CE—, tanto los de la Sección segunda, como «en especial» —según dice el citado artículo 7 en su apartado segundo— los de la Sección primera, es decir, los más cualificados, los que con esta finalidad resultan mencionados en el artículo 53.2 CE. Sin dejar de advertir, por lo que luego se dirá al hablar del «recurso judicial efectivo», que no se agota en ellos la lista de «derechos fundamentales» que reconoce efectivamente la Constitución.

2. Es que, en efecto, desde que se elaboró ese gran documento que es la Declaración Universal de Derechos Humanos —en adelante, DUDH—, solemnemente promulgada por las Naciones Unidas en 1948, se ha codificado y generalizado la vieja aspiración, tan bien argumentada por Hans Kelsen, y que alguna respuesta casuística había logrado, de que en cualquier sistema de protección de los derechos fundamentales, resulta inexcusable la existencia de un **recurso jurisdiccional efectivo** frente a cualquier violación de los derechos fundamentales consagrados: ¡siempre una instancia judicial factible a la disposición del agraviado! Como dice su artículo 8,

«Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley».

Se trata, como se ve, de disposición de gran calado que fuerza a trastocar y adaptar las redes jurisdiccionales de los Estados, es-

casamente preparados en aquel momento para tan ambiciosa encomienda. La idea se expandiría pronto y eficazmente. Cuando el inicialmente reducido club de Estados miembros del Consejo de Europa, decididos a profundizar en el respeto y fuerza efectiva de la DUDH, hicieron en Roma, el 4 de noviembre de 1950 el Convenio para la Protección y Salvaguarda de los Derechos y Libertades Fundamentales —en adelante, CEDH—, en su artículo 13 aparece inequívoca la idea del «derecho a un recurso efectivo». Sabido es como hoy la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, TEDH—, garante cualificado de la citada Declaración de Derechos, ha reforzado con acierto dicha exigencia, vigilando celosamente que los Estados respeten tal compromiso. Con el dato añadido de que el reducido núcleo de Estados que fundaron el Consejo de Europa hoy se ha multiplicado hasta rebasar los cuarenta, superando con mucho los confines territoriales inicialmente previstos. Pero la Historia no se detiene: no habría de faltar la regla en la más reciente de las «Declaraciones de Derechos», la que hizo la Unión Europea —Niza 2000— con motivo del inicio-final de siglo y de milenio, la llamada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —que denominaremos en adelante, la Carta—, cuyo artículo 47.1 asume el criterio con toda lógica.

3. España no sería menos, cuando se hizo en 1978 la Constitución. Me gusta recalcar que hay en la misma tres opciones jurisdiccionales diferentes que deben ser distinguidas¹. Una cosa es el derecho a **un proceso equitativo**, es decir, la serie de garantías, que se iniciaron históricamente en torno al proceso penal pero que luego se han generalizado a todos los procesos, tratando de garantizar el equilibrio y la justicia de los procesos. Es decir, lo

1 Me remito a mi trabajo, *La defensa de los derechos fundamentales: tres diferentes cauces jurisdiccionales en la Constitución española*, en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, I, Madrid, 2002, 365 ss., y recogido en el presente volumen como Capítulo 3.

que está en el artículo 24, con su referencia al «derecho a la tutela judicial efectiva», al que tanto juego se le ha sacado. Otra cosa bien distinta es que al diseñar las reglas de relación y separación entre los poderes², en claro contraste con la fórmula adoptada antaño por los revolucionarios franceses, se optara por el criterio del **control judicial de las Administraciones Públicas**, a lo que está dedicado el artículo 106.1 CE, opción que ha resultado también muy aparatosa en la práctica. Y la tercera variante, la referida en concreto al «recurso efectivo», halla cabida, en cambio, con carácter general, en el artículo 53, sin perjuicio de alguna concreción, como la contenida en el artículo 17.4, que pretende reforzar la garantía de la libertad con la opción del procedimiento de «habeas corpus». En el bien entendido de que se ha seleccionado, se ha apostado con especial intensidad por los derechos más cualificados, cuando sabemos que, en puridad, el recurso efectivo debe estar al servicio de **todos** los derechos fundamentales y libertades públicas. Lo que fuerza a que el legislador complete la previsión y, aunque no sea con la misma intensidad, complete la sincronización de la red jurisdiccional para generalizar la alternativa de garantía.

Dada la diversidad y amplitud de los derechos fundamentales, así como de los posibles sujetos transgresores de los mismos, el esquema para esta protección jurisdiccional ha de resultar por fuerza igualmente amplio y variado. Pensando que las violaciones de los derechos provengan de las Administraciones Públicas, el fuero normal nos llevaría a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, punto de partida obvio y elemental y muy importante en la práctica, con la conocida especialización procedimental para los derechos más cualificados, consagrada ahora en los artículos 114 y siguientes de la vigente Ley de la Jurisdic-

2 Vid., Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español*, en el volumen, *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Editorial Aranzadi, 2000, 133 ss.

ción, la 29/1998, trasunto fiel de lo que fue antes la Ley 62/1978. Aparecen así una serie de reglas cualificadas, que responden al criterio constitucional de asegurar «los principios de preferencia y sumariedad», como el acortamiento de los plazos, el carácter preferente, la generalización de las apelaciones o de la casación, etc., sobre los que no insistiré porque son de sobras conocidos, si bien no dejen de plantear interesantes problemas en la práctica. Ya digo, que no se agota en ellos la lista de derechos fundamentales, que alguna atención habrán de merecer. Pero, además, a veces también comparecen las Administraciones Públicas ante la Jurisdicción Civil, o ante la de lo Social, aparte de que los titulares de los órganos pueden ser llevados ante la Jurisdicción Penal. Téngase en cuenta, por otro lado, que las Administraciones no agotan la lista de Poderes Públicos que podrían incidir sobre los derechos fundamentales de los particulares, puesto que entre éstos hay que incluir también a los órganos judiciales, a los parlamentarios, etcétera. Aparte de que, si es cierto que el sistema de garantía de los derechos fundamentales se ha construido en su origen como una coraza frente a los Poderes Públicos, hoy se conviene con carácter general —desde luego, tal es mi opinión decididamente— que dicho sistema debe comprender también la protección frente a actuaciones de particulares. Los particulares, en efecto, pueden violar o desconocer los derechos fundamentales ajenos. Todo ello me lleva a la constatación simple, pero importante, de que a efectos del «recurso efectivo» hay que contar con todos los órdenes jurisdiccionales, cada uno en su lugar, o según sus características, dentro de una realidad ciertamente compleja y escasamente ordenada.

4. Esta constatación de la necesaria existencia de una vía jurisdiccional de reacción frente a la violación de cualquier derecho fundamental, me lleva a otra consideración tan vinculada a ella y sumamente importante desde un punto de vista dogmático, para dejar aclarados los conceptos y los instrumentos con

que tenemos que manejanos. Se ha resaltado de forma satisfactoria³ el proceso de consideración de la Constitución como una norma jurídica, con las enormes implicaciones que ello acarrea para los juristas (lo que se predica hablando en concreto de la vigente Constitución española pero también con carácter general, como tendencia dentro del Derecho constitucional contemporáneo). La obviedad de la afirmación me exime ahora de tener que insistir más sobre el argumento.

Pues bien, lo que quería destacar ahora es que, de modo similar y paralelo —en un fenómeno a veces confluyente— se puede observar igualmente el proceso de progresiva conversión en normas de las Declaraciones de Derechos, fenómeno que tan certeramente notara el maestro Pérez Serrano⁴. Algo así —y perdón por los barbarismos— como una «normativización», o «juridificación» de dichas Declaraciones, que añaden a su valor simbólico e ideológico nada menos pero nada más que su valor como normas jurídicas. No serán sólo meros proyectos o programas —con toda la importancia que ha tenido esa fase— sino que al ser consideradas

3 Bastará con remitirse al importante trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma*, en su libro, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, primera edición, Madrid, Cívitas, 1981, con numerosas ediciones ulteriores.

4 Véase Nicolás PÉREZ SERRANO, *La evolución de las declaraciones de derechos*, en su libro, *Escritos de Derecho Político*, I, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, 453 ss. Congratula comprobar que la apertura del curso académico 1950-1951 se hacía en la entonces Universidad Central con tan importante, claro y comprometido discurso. Afirmaba así, en concreto, en relación con la idea que desarrollo: «[las Declaraciones de Derechos...] no necesitan exhibir sus títulos que nadie discute. Item más: no se trata ya de verdades que convenga recordar, ni de dogmas que importe revivir; son preceptos jurídicos, con toda la sequedad, casi castrense, de las modernas normas imperativas. El aliento semirreligioso se ha disipado para dejar paso a las órdenes tajantes del Derecho contemporáneo. Esta ausencia de inspiración filosófica expresa, esta desvinculación de postulados trascendentales, esta deliberada sequedad, sin patetismos emocionados, deriva hacia rumbos de mayor precisión en la virtualidad jurídica del articulado. No interesa tanto enunciar verdades o dogmas como asegurar libertades y derechos (...) En una palabra, el antiguo tenor de las Declaraciones podía servir como expresión doctrinal o programa de escuela; las últimas Declaraciones aspiran a ser breves Códigos de acusado perfil jurídico, cuyos artículos puedan invocarse ante el Pretorio» (pág. 473).

auténticas normas añadirán una amplia serie de efectos jurídicos. Uno de los cuales consistirá en el de ser consideradas soporte de pretensiones jurídicas, con la consiguiente opción jurisdiccional inherente. Recuérdese, por ejemplo, el vivo debate que ha surgido y se sigue manteniendo en torno al valor de la DUDH⁵. O, desde esta óptica, se explica la reticencia de algunos países —como Inglaterra, en concreto— para con la Carta de la UE⁶, incluso aún con la falta de concreción o con la amplia remisión a lo que establezca la legislación interna, que se plasmó en tantos de sus preceptos, al simple objeto de que pudiera alcanzarse el necesario y deseable consenso que su aprobación exigía, lo mismo que explica que no se llegara a una promulgación formal, este dejar el documento como en el limbo, lo que, con todo, entiendo⁷, no le priva de significativos efectos jurídicos. Tensión que sigue muy viva, precisamente en estos momentos finales en que se dan los últimos toques al proyecto de Constitución Europea, una vez que se convino que la Carta se integraría como «Parte segunda» de tan importante instrumento. De forma que si se aprueba la Constitución, la Carta pasaría, inequívocamente, a formar parte del sistema constitucional de la Unión. Lo que explicaría, incluso, una nueva «rebaja» que se ha introducido en el proceso, desde ese temor de Inglaterra al valor vinculante y al posible activismo judicial. En efecto, en el Preámbulo de la Carta, tal como figura en el proyecto de Constitución, se ha añadido una novedad que no deja de ser significativa y que es expresión del carácter pactista de todos los pasos importantes dentro de la Unión, exigencia, en concreto, en este caso del Reino Unido. Se ha añadido, así, en el párrafo cuarto

5 Me remito, así, a mi trabajo *La efectiva aplicabilidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el sistema jurídico español*, «RAP» 153 (2000), 41 ss., recogido como Capítulo 2 en el presente volumen.

6 Lo que, al parecer, como se dice a continuación, va a traducirse, en reducir los efectos jurídicos de la Carta en relación con el Reino Unido, como contrapartida para que Inglaterra acepte la Constitución Europea.

7 Vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La eficacia de la Carta*, «Azpilcueta» (San Sebastián), 17 (2001) 19 ss., recogido como Capítulo 20 en el presente volumen.

(que era el quinto en la redacción originaria), tras la enumeración de las fuentes de donde se han tomado los materiales para la Carta, la siguiente afirmación, que tiene una decidida vocación de contención:

«En este contexto, los Tribunales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta».

Es este un debate vivo, aún no concluido, ¡veremos como acaba! En el fondo se entiende que los Estados quieren saber a qué se comprometen, cuales son sus posibles obligaciones y que implicaciones pueden derivar. Pero más allá de este ejemplo, tan próximo a nuestro tema de reflexión, lo que pretendía resaltar en este punto es la idea del carácter normativo que se ha superpuesto hoy al valor y significado de las Declaraciones de Derechos. A veces, éstas, están insertas en la propia Constitución, como es el caso de la española. Por eso hablaba antes de fenómeno confluyente. Pero en no pocas ocasiones la Declaración es un texto separado y autónomo, de ahí el significado de que se vaya afianzando la tendencia señalada.

5. También querría decir dos palabras sobre otro fenómeno propio de los sistemas jurídicos contemporáneos, que va a exigir por lo mismo, especial atención a los aplicadores del Derecho, con reflejos inequívocos en lo que tiene que ver con los derechos fundamentales. Vengo desarrollando la idea de que el mundo del Derecho se caracteriza hoy, en los Estados de nuestro entorno cultural, por la nota que podía denominarse de *la interconexión de los ordenamientos jurídicos*⁸. Si hasta hace poco era propio de los Estados que se rigieran mayoritariamente, y con muy escasas excepciones, por el Derecho que ellos mismos habían elaborado, hoy se

8 Me remito a mi libro, titulado, precisamente, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004.

observa, en cambio, la abundante presencia, que está vinculando constantemente a los aplicadores jurídicos, de normas que, sin que se pueda decir que son ajenas, no son propias al cien por cien, no han sido elaboradas en el seno del Estado en cuestión. Muchas veces, ni siquiera han aparecido publicadas en su propio diario oficial, el «Boletín Oficial del Estado», en nuestro caso. No se trata de ningún supuesto de imposición exterior —como en los ejemplos de las conquistas y dominaciones de antaño—, sino que han sido libre y gustosamente asumidas por el Estado, porque le convenía y porque así lo ha decidido. Pero es una situación que trastoca no pocos de los hábitos jurídicos habituales. Siempre presente, además, el importante cuanto complejo problema de qué norma prevalece, cuál debe considerarse desplazada, en los frecuentes roces que se producen. Me gusta decir que el artículo primero del Código civil, con su exposición de las fuentes del derecho vigentes en España, es un precepto que refleja una situación bucólica y pastoril, pero que no es ya el reflejo verídico de la realidad. Y es que, en efecto, cuando se hizo la vigente Constitución de 1978 se la dotó, intencionadamente, de, al menos, tres válvulas o ventanas, que permiten y legitiman una intensa penetración de derecho desde fuera. El artículo 96 sirve para dar entrada a los instrumentos internacionales e incorporarlos a nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 93 abre las puertas para que penetre, de par en par, el derecho de las Comunidades Europeas, hoy la Unión Europea. El artículo 10.2, entre otras opciones, nos vincula, por ejemplo, a través de un mecanismo que no es este el momento de pormenorizar, con la interpretación que haga el TEDH de los contenidos del CEDH. Éste fue un texto ratificado por España —y pesado y medido por nuestros legisladores, podríamos decir, en cuanto a su alcance y contenido—, lo mismo que han sido ratificados algunos de sus «Protocolos Adicionales», pero, más allá del texto, como ha sido suficientemente notado, el TEDH practica una clara línea abierta de jurisprudencia evolutiva, lo que significa en la práctica que España se considera vinculada al CEDH —y cuando

digo España digo sus diversos Poderes Públicos: Parlamento, Tribunales, Ejecutivo, Comunidades Autónomas Administraciones Públicas, etc.— tal y como lo va interpretando en cada momento la jurisprudencia de Estrasburgo. Que ciertamente y sin lugar a dudas no extrae hoy de cada precepto las mismas consecuencias que extraía cuando el Convenio se hizo o, incluso, cuando España lo ratificó.

De modo que esta situación de interconexión de ordenamientos fuerza al intérprete —por supuesto, al Juez, en concreto— a buscar, a discernir, a seleccionar una regla jurídica que ni siquiera se habrá publicado a veces en nuestro diario oficial —aunque sí la hallará en castellano en el «DOCE», si proviene de ese origen—, pero que si está contenida en una sentencia del Tribunal de Estrasburgo acaso no la halle mas que en francés o en inglés.

6. Cuando se habla de «orden europeo», como es el caso de esta conferencia, habría que hacer una precisión, si bien sea cierto que todas nuestras reflexiones están presididas por el tema general de este Congreso, centrado en «Justicia administrativa y Unión Europea». Porque cuando, en general, se habla de Europa, hay que resolverse ante todo un problema previo: ¿De qué Europa estamos hablando? Porque resulta obvio que hay, al menos, dos Europas, como organización, cada una con su especialización, con sus funcionalidades, en una especie de bien previsto reparto de papeles y, lo que es más importante desde un punto de vista jurídico, cada una con su propio ordenamiento jurídico, aunque, como enseguida se dirá, haya también interconexión de los ordenamientos jurídicos, con las lógicas consecuencias inherentes.

Surgió, de una parte, la Europa del Consejo de Europa, con sus organismos propios, su especialización en temas, de entre los cuales cobró significativo relieve el sistema de protección de los derechos fundamentales instaurado por el CEDH que tuvo el acierto, auténticamente revolucionario, de incorporar un conjunto de órganos para la garantía del Convenio, entre los que ha pasado

a ocupar un relevante papel el TEDH. Una Europa con 44 Estados incorporados que, al incluir tempranamente a Turquía abría nuevas perspectivas culturales y que, al dar cabida recientemente a Rusia ha producido la paradoja de situar los confines de esa Europa prácticamente en el Océano Pacífico y a bien pocos kilómetros de las tierras de Estados Unidos de América del Norte (Alaska).

En otra dirección, con clara vocación económica y con marcada especialización por temas fueron surgiendo las «Comunidades», fruto después de un intenso proceso de integración, con neta ampliación de sus fines y de sus medios, que a través de la modificación de sus Tratados iría abocando a la Comunidad Europea y a la Unión Europea. Parte importante de su organización sería un propio ordenamiento jurídico, el Derecho comunitario o el «acervo comunitario», que se distingue tanto del de sus Estados miembros como del del Consejo de Europa. La inicial especialización económica hizo que durante un cierto tiempo en general, y salvo alguna excepción muy concreta, la materia de los derechos fundamentales le fuera ajena, si bien la situación evolucionaría hasta el punto de incluir hoy significativos instrumentos en la materia, aparte de una interesante aproximación al Convenio de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Club de quince miembros hasta hace pocos días, desde primero de mayo son veinticinco los Estados que se integran en la Unión.

Pues bien, por definición se va a hablar de esta Europa, del sistema de derechos humanos de la Unión Europea, si bien, como veremos, no es posible prescindir del sistema de derechos humanos del Consejo de Europa, por más que se trate de ordenamientos jurídicos diferentes.

7. Será en parte coincidencia fortuita, pero no quiero dejar de considerar que tocar el tema que estamos tocando tal día como hoy, resulta oportuno por una serie de razones confluyentes.

a) Ante todo, no deja de ser curioso que la sesión vaya a celebrarse el día siguiente a las *elecciones europeas*, que no sabemos

que sorpresas puedan deparar, acaso la sorpresa de que no haya sorpresas.

b) Sí quiero destacar especialmente que la sesión está prevista para una semana después de la solemne conmemoración de los sesenta años del «Día D», el inicio del desembarco aliado en Normandía, costosísima operación en vidas humanas pero necesaria, al parecer, para poner en marcha el declive del Imperio Nazi y poder llegar al final de la Segunda Guerra Mundial. Me gusta destacar que la profunda crisis espiritual que se produce en esos momentos, al asumir el clima de barbarie que había llegado a imponerse, va a conducir directamente a reclamar el imperio de los derechos humanos, que penetran así en decisivos documentos de la época, a modo de «nunca más» en relación con tan denigrantes experiencias.

c) En cambio, para dentro de pocos días está prevista —y habrá que tocar madera!— la culminación y aprobación de la Constitución Europea, iniciando así su luego largo proceso de implantación, tanto por lo que significa como tal, como por lo que representa en concreto desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Y, d), para tener muy presente que nunca puede bajarse la guardia en materia de derechos fundamentales, necesarias siempre todas las cautelas para evitar que se produzcan desfallecimientos, bien asumido que el universo de los derechos fundamentales no se agota con el «derecho a la tutela judicial efectiva», en los términos en que lo consagra el artículo 24 CE, auténtico maná, del que incluso abusan no pocos abogados desaprensivos, todo ello, ciertamente, fomentado por tantas disfuncionalidades institucionales de nuestro sistema jurisdiccional, que no acaba de encontrar el necesario empuje —ya sé que arduo y difícil— para normalizarse y ponerse a la altura de nuestros tiempos. En efecto, los derechos fundamentales concitan también otras preocupaciones. En estos momentos, uno no puede sino evocar ese documento señero en «nuestra» historia cultural, por supuesto en la historia de los derechos fundamentales, cual es la «Declaración de derechos del

buen pueblo de Virginia», de 12 de junio de 1776, en cuyo artículo IX se proclamaba aquello de que no «se infligirán castigos crueles o inusitados», proclamación que llegaría directamente a la Enmienda Novena a la Constitución de los Estados Unidos de América —en vigor, al menos en teoría, desde 1791— a cuyo tenor, «nor cruel and unusual punishments [shall be] inflicted», lo que complementa la previsión, dentro del mismo texto, de la Enmienda Cuarta, afianzando que no sería violado «The right of the people to be secure in their persons...».

Sin que sea ocioso recordar, aunque sea muy en síntesis, que el CEDH dedica uno de sus primeros artículos, el 3, a la «Prohibición de la tortura», afirmando en términos tan simples como omnicomprendibles que «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos y degradantes» —fórmula que repetirá literalmente el artículo 4 de la Carta y que, por su parte, aparece incluida en el artículo 15 de la Constitución española— y que ha dado lugar a una jurisprudencia abundante, rica y contundente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se inició con el caso «Irlanda c. Inglaterra», de 18 de enero de 1978, en el que ésta última fue condenada por lo que suponían los tratos de las llamadas «cinco prácticas», que se practicaban con algunos detenidos por la policía, en un momento de viva tensión en Irlanda del Norte en que se había llegado a declarar el estado de excepción. La sentencia debió servir de aviso ante tan repugnantes como humillantes prácticas. Después, se ha deslegitimado cualquier modalidad de «castigo corporal», sea en el ámbito de la Justicia, sea en el ámbito de la disciplina en los colegios o, incluso, la inexistencia de una respuesta penal efectiva frente a los castigos domésticos excesivos⁹. Pero más allá de la violencia física inmediata, se ha dado cabida

9 Véase, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *¿Castigo razonable o malos tratos? (La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 1998, en el caso «A contra Reino Unido: una nueva página en la defensa y protección de los niños»)*, «Repertorio Aranzadi del TC», marzo 2000, núm. 22, 15 ss.

en el precepto a significativos supuestos de violencia moral o psicológica. Muy ilustrativa resulta así la sentencia «Soering», también contra Inglaterra, de 1989, referente a un caso de extradición de quien se arriesgaba a ser ejecutado: el hecho de tener que padecer el llamado «corredor de la muerte» durante los habituales siete u ocho años, sería ya en sí mismo un trato inhumano. A partir de «Soering» han proliferado los asuntos referentes a extradición o expulsión de extranjeros, por supuesto en situaciones extremas y no con carácter general. Y otra corriente significativa tiene que ver con la no realización de una investigación adecuada en situaciones de violencia, incluso de desaparición de personas. A falta de otras concreciones, el que el Estado no haya investigado adecuadamente los hechos, sería ya constitutivo de un trato inhumano o degradante (así, recientemente, la sentencia «Kmetty c. Hungría», de 16 de diciembre de 2003, en un caso de maltratos policiales); o el haber tenido que presenciar impotente como un grupo de soldados, por represalias políticas, prendía fuego a la propia vivienda («Altun c. Turquía», de 1 de junio de 2004). Así las cosas y desde esa línea de evolución progresiva, el Tribunal de Estrasburgo cargó las tintas en el bien conocido caso «Selmouni c. Francia», de 28 de julio de 1999, cuando se comprobó que en una comisaría de policía, Selmouni había sido objeto de muy severas y humillantes agresiones. El Tribunal no se anduvo con rodeos, condenó estimando por unanimidad —es decir, con el voto también del juez francés— que había habido **tortura**, recriminando severamente a Francia y condenando a una importante compensación en concepto de daños morales, supuesto a raíz del cual serían condenados penalmente cuatro policías.

En suma, que no se puede bajar la guardia en materia de derechos humanos y que hay que estar vigilantes para abortar cualquier posible desfallecimiento. De ahí la oportunidad de seguir hablando hoy de este tema. [Este epígrafe, que acaso pueda resultarle extraño al lector actual, responde a que se acababan de ha-

cer públicas —con estremecedores fotografías incluso— los bochornosos tratos que recibían algunos prisioneros de la cárcel irakí de «Abu Ghraib», responsabilidad directa de las autoridades militares de Estados Unidos de América del Norte.]

8. La especialización en el seno de la Comunidad Económica Europea hizo que inicialmente se prestara escasa atención a los derechos fundamentales, más allá de las famosas y sabidas cuatro libertades comunitarias, que enumera hoy el artículo 14.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE): libre circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales, así como la no discriminación por razón de nacionalidad (artículo 12 TCE). Se ha destacado, en efecto, que durante mucho tiempo, y al margen de lo anterior, casi la única respuesta que se ofrecía en el campo de los derechos fundamentales era el «principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo», que prescribía el que ahora es artículo 141.1 TCE. Si bien la cosa iría cambiando paulatinamente. Y es que el buen funcionamiento de un mercado reclama también unos valores que pueden llegar a tener la consideración de derechos fundamentales: protección de los consumidores, derecho de propiedad y garantía frente a los daños ilegítimos, protección de los datos personales, etcétera. Ello al margen de que la organización fuera cada vez a más y superara con creces las líneas propias de un mercado común. El caso es que en una larga evolución, ya gracias a la sensibilidad del Tribunal de Justicia, ya a golpe de reforma de los Tratados, la atención a los derechos fundamentales iría penetrando en el sistema jurídico de las Comunidades.

En este sentido hay un precepto paradigmático sobre el que me gusta llamar la atención siempre que puedo. Me refiero al ahora artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), en sus dos primeros apartados:

«1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamen-

tales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

Sin insistir ahora en la compleja historia de este artículo, con todos sus avatares —incluido el problema de su justiciabilidad o no—, lo que es evidente es que el precepto es símbolo de un radical cambio de panorama: no son sólo las reglas de la economía las que preocupan sino que nos vamos acercando a «la Europa de los derechos humanos»¹⁰. Se retrata una clara toma de postura, a alguna de cuyas líneas de desarrollo enseguida me referiré. Pero antes quiero rememorar uno de los contenidos valiosos que nos depara el precepto referido.

Va a ser, en el ámbito de los derechos fundamentales precisamente, un claro reflejo de la situación de interconexión de ordenamientos jurídicos. Es un precepto, obviamente, de y para el ordenamiento comunitario. Se ordena, en efecto, lo que debe hacer «la Unión» y cómo, con qué criterios y con que reglas jurídicas debe actuar. Pero no se tiene empacho en tomar a préstamo elementos de otros ordenamientos jurídicos. Así, Derecho de los Estados miembros: muy importantes «principios» que son comunes a ellos, junto a, también de gran peso, «tradiciones constitucionales», igualmente comunes a ellos. Enmarcada la operación en la amplia habilitación que se otorga implícitamente al Tribunal de Justicia, que habrá de plasmar —como de hecho venía haciendo— los correspondientes «principios generales del Derecho comunitario». Tenemos, por tanto, un segundo plano, junto al del ordena-

10 Véase mi libro, *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, especialmente, pp. 36 ss.

miento comunitario, que se desdobra y penetra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Pero aún hay un tercer elemento de confluencia. También queda convocado a la cita el Convenio Europeo de Derechos Humanos que, como se dijo, forma parte del ordenamiento del Consejo de Europa, y que a su vez ha penetrado en los ordenamientos de los Estados miembros. Se produce así un notable acopio de materiales jurídicos heterogéneos, por más que versando todos sobre el tema de los derechos fundamentales que estamos estudiando. En definitiva, que a la hora de aplicar el Derecho comunitario habrá que tener en cuenta tan variados elementos. Muy presente siempre, en lontananza, la idea de que el Juez nacional es, sin duda, también Juez del Derecho comunitario.

9. El artículo 6 estudiado era, como decía, el símbolo de una nueva mentalidad. En efecto, poco a poco y aprovechando el momento oportuno, se van incorporando a los Tratados preocupaciones que tienen que ver, directa o indirectamente, con el universo de los derechos fundamentales. No es una respuesta homogénea, insisto, y lo que se reclama ha de tener alcance muy distinto, aparte de que cada cosa estará en su lugar, en una situación de evidente dispersión, pero lo cierto es que se han llevado al texto de los Tratados numerosas reglas que contribuyen a ir haciendo acopio de materiales para un posible sistema de derechos fundamentales.

Partiendo de la preocupación para que no se discriminara en cuanto al salario, el tema de la igualdad entre varón y mujer, ha sido una de las preocupaciones más vivamente sentidas, de lo que hay reflejo en numerosos preceptos¹¹, como los tan importantes artículos primero y segundo TCE. La preocupación por la protección de datos personales se refleja así en el artículo 286 del mismo Tratado. La ciudadanía de la Unión, se consagra en el 17. El compromiso en relación con la protección de la salud hallará cabida

11 Sigo muy de cerca mi trabajo, *Para una afirmación de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, «Revista del Poder Judicial», 57 (2000), 41 ss., y recogido en el presente volumen como Capítulo 16.

en el 152. De los consumidores se ocupa el precepto siguiente, el 153. La atención por el medio ambiente ocupa destacada atención, señaladamente los artículos 2 y, sobre todo, el 6, pero también otros, como el 174. Y así, muchos otros supuestos. No era una presencia concentrada, ni ostensible, pero al fin y al cabo, presencia sí que era y se iba incrementando paulatinamente, contando también con la sensibilidad del Tribunal de Justicia. Aunque, a veces, en la historia de las instituciones se produce el salto cualitativo.

10. En efecto, tras significativos pasos preparatorios, como el famoso «Informe Pintasilgo», del Comité de Sabios, de 1996, o luego el «Informe Simitis», de 1999, se trataría de colmar el vacío, de superar la dispersión, y de dar cuerpo y sentido a un documento que pudiera desempeñar dignamente el papel de «Declaración de Derechos» de nuestra época. Es así como se llega, tras un encomiable proceso de elaboración, a la Carta, que sería aprobada en el Consejo de Niza de 2000, aprovechando la Presidencia francesa, con todo el carácter simbólico de querer dar respuesta al reto de final y principio de siglo y de milenio. No se detendré sobre la Carta, sobre la que se cuenta ya con abundante bibliografía¹², pero hay que destacar sin falta que tras los numerosos intentos y tanteos se optara decididamente por superar las carencias existentes y empezar a resolver el problema con la redacción de la Carta, cuyo proceso de elaboración ya fue modélico. La propia Carta, dentro de la tónica de transparencia que la caracterizó, nos da la clave de cuales han sido los materiales utilizados para componerla. Dato que tiene un significado especial por lo que enseguida se dirá. Resulta oportuno así retener lo que se afirma en el párrafo quinto del Preámbulo:

«La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad, así como el principio de subsidiariedad,

12 Yo mismo me he ocupado de ella en diversas ocasiones; así, aparte de en el trabajo antes citado, véase mi estudio *Dos notas sobre la Carta*, en el volumen colectivo dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Cívitas, Madrid, 2002, 183 ss., trabajo recogido en el presente volumen como capítulo 21.

los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Es decir, que estamos ante un texto nuevo, dotado de unidad y de sistema, pero un texto que reconoce ser algo así como la culminación de un rompecabezas, una vez ensambladas las tan diferentes piezas reunidas. La descripción recogida pone ante los ojos el variado conjunto de reglas jurídicas que venían aplicándose, donde están presentes, por derecho propio, los Tratados o el Convenio de Roma, pero donde, junto a otras normas, se reconoce el peso decisivo que viene jugando la jurisprudencia de los dos cualificados Tribunales Europeos, el de Luxemburgo y de Estrasburgo, lo que representa, de hecho, también, siguiendo una arraigada tradición de significativos países, el destacado protagonismo de la jurisprudencia principal.

En esta línea retomo también otra idea que antes exponía, cuando destacaba cómo habían ido penetrando en los Tratados reglas referentes al mundo de los derechos fundamentales. Pues bien, todos los ejemplos que entonces ponía, de una manera o de otra —puesto que una de las características de la Carta es que no ofrece una prosa homogénea: a veces, muy directa e inequívoca, otras, en cambio, amplias remisiones necesitadas de ulterior complemento—, han hallado reflejo expreso en la Carta: a la igualdad de los sexos se refiere, entre otros, el artículo 23; el 8 proclama la protección de los datos de carácter personal; el 35 y el 38 se dedican, respectivamente, a la protección de la salud y a los consumidores; entre medio, el medio ambiente se contempla en el artículo 38; etcétera. En suma, no tendrá la plenitud de efectos que cabría esperar, pero no se puede afirmar que sea un documento sin consecuencias.

11. Es así como llegamos a la última etapa, que se está viviendo en estos momentos, la de la puesta en marcha del proyecto de Constitución Europea (en adelante, CEur), de la mayor actualidad por tanto. Dentro de pocos días se han de tomar grandes decisiones, tampoco aquí me aventuro a adelantar resultados, aunque si la prensa se suele fijar en aspectos muy concretos, referentes normalmente, a las claves del reparto de poder, no se oculta que queda por delante un azaroso proceso de tramitación y aprobación, en un club con 25 socios que se afirman soberanos, en alguno de los cuales el euroescepticismo, por llamarlo de alguna manera, es mas que manifiesto. En lo que a España se refiere recordaré que se había adelantado que de haber sido aprobada la CEur en el Consejo de Roma, ahora se hubiera celebrado un referéndum sobre la misma. Tampoco me siento firme para adelantar el futuro al respecto, no estando dotado de virtudes adivinatorias.

Una novedad muy destacada de la fórmula que ahora se está tramitando es que, en relación con la Carta, se ha decidido, al parecer, coger el toro por los cuernos y, dentro de las varias hipótesis que se manejaban, se ha optado por darle rango constitucional, integrándola en efecto en el nuevo instrumento, convirtiéndola así en la Parte II de la nueva Constitución. Cuando la operación culmine, se habrán disipado las dudas acerca de su naturaleza y efectos, sin perjuicio del posible debate doctrinal siempre rico y abierto. Me coloco dialécticamente en esa situación y de hecho cuando cite en adelante los preceptos de la Carta lo haré como corresponde a la nueva enumeración, es decir anteponiendo en cada caso el dos romano.

12. Se ha ordenado la CEur en tres partes distintas, cada una con su funcionalidad, intentando distribuir materias, en la medida en que ello es posible. La Carta, como digo, integra la Parte II. Esta fórmula, que tiene su lógica, nos fuerza sin embargo a estar muy atentos cuando nos ocupemos de los derechos fundamentales. Porque además de en la Carta vamos a encontrar numerosas

referencias a los derechos fundamentales, de una forma u otra y con variada densidad e intensidad, tanto en la Parte I, sobre los grandes principios, como en la Parte III, que codifica los preceptos de los Tratados referentes a las políticas y al funcionamiento de la Unión.

La Carta será un extracto, una esencia, pero, por ejemplo, muchos de los preceptos que se llevaron a la Carta desde la regulación de las políticas en el TCE, han pasado ahora a la Parte III. Ahí está ahora, por ejemplo, la regulación del medio ambiente, la de la protección de los consumidores o la de la protección de la salud. Otro ejemplo curioso: la Carta incluyó en su seno al regular el «Derecho a una buena administración», la que podemos denominar responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (II.41.3), que se tomaba directamente del artículo 288 TCE. Este pasa ahora a ser el III.337, con lo que la figura estará en los dos sitios, aquí y en el espacio reservado a la Carta.

13. Por otro lado, no son escasas las referencias a los derechos fundamentales a lo largo de la Parte I, donde se incluye incluso un Título, el II, con este significativo rótulo: «De los derechos fundamentales y de la ciudadanía de la Unión». El artículo 7 que lo abre, es práctico trasunto del 6 TUE, que antes glosamos, con lo que tiene de reconocimiento de la interconexión de los ordenamientos, aunque incorpora una nueva previsión de peso, que intenta zanjar viejas disputas: la posibilidad de que la Unión se adhiera al CEDH. O sea, que se mantiene el criterio de incorporar como Derecho comunitario al Convenio de Roma como instrumento jurídico completo, es decir, tal y como es interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Con la particularidad de que, si no al revés, es cierto que todos los países miembros de la Unión Europea lo son también del sistema del CEDH.

Pero no sólo en ese título ad hoc: a lo largo de toda la Parte I encontramos referencias muy significativas a los derechos fundamentales: al enumerarse los valores de la Unión (artículo 2), al

describirse los objetivos (3), al plasmar la libertades comunitarias (4), o en el Título VI al tratar «De la vida democrática de la Unión», con referencias a la participación (45), al Defensor del Pueblo Europeo (48), a la protección de datos (50), etcétera.

En definitiva, que por más que la Carta resulte ser el documento señero, o la referencia preferente, la atención a los derechos fundamentales se expande a todo lo largo de la estructura constitucional comunitaria. Se hablaba de la necesidad de ordenar y codificar las grandes reglas del Derecho comunitario, tan dispersas y asistemáticas a consecuencia del carácter casuístico y pactista de los Tratados. Mucho es lo que se logra con la Constitución Europea, pero aún así, fijándonos sólo en el cuerpo de los derechos fundamentales, no puede por menos de advertirse reiteraciones, redundancias y fórmulas diversas no siempre coincidentes.

Por lo mismo, asoma aquí otro problema importante que no quiero mas que apuntar: el de la posible diferencia o, incluso, contradicción entre diversas normas constitucionales comunitarias. Ardua tarea que no es éste el momento de abordar y que me lleva a remitirme a las técnicas jurídicas de interpretación y aplicación del Derecho.

En todo caso, habrá que dejar constancia de otra particularidad añadida: todo será Derecho comunitario a efectos de las relaciones con los ordenamientos internos (muy presentes siempre las exigencias del principio de primacía).

14. Se ha expuesto a grandes rasgos el estado de la cuestión en el Derecho comunitario, sobre todo desde su perspectiva global, prescindiendo de contenidos. Nos va a preocupar ahora el problema de las relaciones con el Derecho interno y señaladamente, el del papel del Juez nacional. Hay, ante todo, una constatación que me parece clara y de gran trascendencia: las ventanas antes referidas de los artículos 96, 93, y 10.2 CE no pueden servir para cerceñar o amenguar el nivel de derechos fundamentales afianzado por

la Constitución. El sistema no toleraría la inconstitucionalidad. Pero sí pueden servir, en cambio —de hecho, están sirviendo—, para aumentar el caudal de derechos fundamentales e incrementarlo. Algún ejemplo podría ser de utilidad, si nos centramos en la redacción de la Carta. Pensemos así en las opciones «en el marco de la medicina y la biología», que se consagran en el artículo II.3.2, que no estaban en los repertorios cuando en 1978 se hizo la Constitución española. Otro ejemplo lo proporciona la protección de datos de carácter personal, variante autónoma reforzada en el texto (II.8), si bien es cierto que entre nosotros, aunque se mantiene abierto un vivo problema doctrinal, no ha habido dificultades para su admisión con apoyo en el artículo 18 constitucional, ya sea su apartado cuarto, ya sea el precepto en su conjunto.

De modo que contamos con instrumentos adecuados para que penetren en **nuestro** ordenamiento innovaciones significativas.

15. Cuando se hizo la Carta, como instrumento separado «a se stante» y sin saber mucho que camino institucional le aguardaba —y vuelvo ahora a la redacción originaria—, se abordó expresamente el delicado problema del «Ámbito de aplicación». En efecto, según el artículo 51.1, incluido dentro de las «Disposiciones generales» del final,

«Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias».

Es decir, en principio, un texto para vincular a la organización comunitaria, de modo que cuando las instituciones comunitarias actuaran en ejercicio de sus competencias, se impondría la vinculación a la Carta y por ende la fuerza efectiva de sus disposiciones. Pero esta previsión inicial contaba con un importante complemento, limitado en apariencia, pero de incalculables efectos:

destinatarios también los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión». Pero el Derecho de la Unión ha ido creciendo desafortunadamente en cantidad, de una parte. Y de otra, va a resultar también que se entremezcla en abundancia con el derecho interno, de forma que no pocas instituciones, no pocas regulaciones, son una mezcla, no siempre distinguible, de Derecho español y de Derecho comunitario. Porque el Derecho comunitario, aparte de los Tratados y de los Reglamentos, con vocación aparente de mantener su estructura y su identidad, queda integrado también por las Directivas y las opciones que se integran en lo que se ha venido a denominar el «soft law», cuyo destino es ya la mezcla ya la adaptación, con lo que se dificulta el separar tajantemente lo que sea Derecho comunitario y lo que sea Derecho nacional. En el caso concreto de España, pienso, como ejemplo, en dos leyes recientes, vehículo de transposición de directivas ámbas, pero donde afloran también las fórmulas españolas más o menos arraigadas. Me refiero al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 2000 (con reformas posteriores) o a la Ley del Ruido, de 2003: ambas, Derecho español, sin duda, pero, a la vez, Derecho comunitario, en su mayor parte. No es fácil, en absoluto separar los contornos, con el dato adicional de que habrá que contar sin falta con la fuerza expansiva de las «Declaraciones de Derechos», siempre con decidida vocación a la larga, que tardará más o menos en manifestarse, de ir proyectando sus soluciones, de forma que las soluciones más justas y beneficiosas se van contagiando.

Y a estas, el Juez español es, también, sin duda, Juez del Derecho Comunitario. Tampoco desarrollaré ahora esta idea, obvia y asumida, pero de enormes consecuencias. Que fuerza por ende a nuestros órganos jurisdiccionales a incluir en el conjunto normativo a su disposición el texto de referencia.

16. Pero la Carta no ha quedado como un texto aislado y autónomo. Va a ser como hemos visto —si se cumple la hipótesis que

manejamos— un fragmento más del sistema constitucional de la Unión, junto al Convenio de Roma, y junto a los demás preceptos en materia de derechos fundamentales, y a los principios y a las tradiciones constitucionales comunes, a que antes me refería. Doy por resuelto, o de posible solución, el problema de determinar la norma de preferencia, en el hipotético supuesto de conflicto, como antes razonable. Pero al ser todo eso Derecho comunitario, ha penetrado en nuestro sistema jurídico, al cumplirse los efectos del artículo 93 CE, con la energía y suficiencia que le otorga además el **efecto de primacía**, sobre el que yo no debo extenderme ahora. En caso de duda resolverá Luxemburgo, pero la consecuencia decisiva es que se trata de derecho que debe aplicar con normalidad el Juez español. Por supuesto, el Juez de lo Contencioso-Administrativo, como nos preocupa especialmente en este Congreso, pero también el Juez de lo Social, de lo Civil o de lo Penal.

Terminaría, con una observación que puede parecer paradójica, pero que no es más que expresión del tan diferente mundo en que vivimos. El título de esta conferencia parece querer contraponer dialécticamente el orden europeo y el orden interno, tal es la denominación que se me ha sugerido. Ciertamente, hay un Derecho que se habrá hecho aquí —aunque no debemos olvidar qué elementos lo integran, acaso muchos son Derecho comunitario, Directivas o, incluso, fragmentos de los Tratados—, lo mismo que hay un Derecho que se habrá hecho fuera (en Bruselas o en Estrasburgo, por ejemplo) —sin olvidar que España, como tal, o representantes de los ciudadanos españoles, habrán participado en su elaboración—. Pero los españoles sabemos —como los demás— que hemos dado los pasos institucionales, porque hemos querido, porque nos convenía, para que ese otro Derecho fuera en puridad **nuestro Derecho**: ha penetrado en nuestro ordenamiento jurídico con fuerza y autoridad para desplazar cualquier norma contraria. Lo mismo que el CEDH, por otro camino, penetró directamente en el ordenamiento español (96.1 CE) y hoy sus pre-

visiones son **nuestras** reglas jurídicas, no tan sólo como se leen en el Convenio, sino en los términos que lo viene interpretando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Nuestro Derecho, que el Juez español aplicará por ende con toda normalidad y que se hará presente en los más diversos casos que tenga que resolver. Es decir, que tiende a difuminarse la contraposición dialéctica entre un orden «interno» y un orden «europeo».

Huerrios (Huesca), 11 de junio de 2004.

CAPÍTULO 18

EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Texto de la conferencia pronunciada en Bogotá, en la Universidad Externado de Colombia, el 27 de julio de 2007, en el seno del «VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo» y de las «VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo», con una evidente vocación de acercar la realidad europea a los estudiosos americanos. Publicado, desde esa misma preocupación, en Brasil, en la prestigiosa «Revista de Direito do Estado», n° 8, 2007, 3-18 (encantados los editores, por supuesto, en que apareciera el texto en español), así como en España, en «Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid», 17, diciembre de 2007, 3-19.

1. A lo largo de 2007 están teniendo lugar a lo largo de toda Europa una serie de actos con que conmemorar los cincuenta años del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que había sido firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Se instituía entonces la CEE, la Comunidad Económica Europea, una de esas fórmulas tan hábilmente diseñadas con que superar enfrentamientos, desgarrones y traumas que habían dado lugar a la Segunda Guerra Mundial. Pensando razonablemente en adelantarse para erradicar cual-

quier tentación futura, se había iniciado el proceso de construcción europea¹, de una parte, y muy tempranamente, con la puesta en marcha del sistema de protección de derechos fundamentales que con tanto acierto impulsó el Consejo de Europa al elaborar en 1950 (Roma, 4 de noviembre) el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (habitualmente denominado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o, el Convenio de Roma); pero, de otra parte, y en otros terrenos, y con organización del todo diversa, al iniciarse dicha construcción de manera sectorial y separadamente: el carbón y el acero, primero (Tratado CECA —Comunidad Europea del Carbón y del Acero—, de 1951); en 1957 se llevaría a cabo una enérgica ampliación, siempre en sectores especialmente significativos: la energía atómica y el sistema económico con el fin de lograr un mercado común², muy presente siempre la intención de enervar tensiones entre los Estados y entre los ciudadanos, esas viejas querellas tan pasionales, que tantos desastres habían producido. A partir de allí, tras una larga y zigzagueante evolución, creciendo constantemente, se llegaría a la actual Unión Europea (UE): una organización de muy amplio calado y extensión —de los seis países originarios a los 27 Estados actuales, y no faltan los aspirantes a entrar, como Turquía o Croacia—, con un cualificado nivel de prosperidad económica, con destacada eficacia, con muy positivos efectos para los ciudadanos, y, sin perjuicio de la vitalidad de cada uno de los Estados, que siguen conservando atribuciones irrenunciables —por más que hayan hecho importantes cesiones en su soberanía, como es por ejemplo el caso de la moneda única, el euro, asumido por

1 Para una síntesis del sistema comunitario, de su evolución, de sus instituciones y de sus reglas jurídicas, me remito al interesante libro del profesor Ricardo ALONSO GARCÍA *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 2007, con muy cuidada bibliografía y selección jurisprudencial.

2 Para la documentación, puede verse Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Antonio TIZZANO y Ricardo ALONSO GARCÍA, *Código de la Unión Europea*, tercera edición, Civitas, 2007; Luis MARTÍN REBOLLO, *Código de la Unión Europea*, Aranzadi, 2002.

una cualificada mayoría, en proceso de ampliación (con la próxima incorporación de los dos pequeños Estados de Malta y Chipre)—, así mismo con un intenso sistema de integración jurídica. También en 2007, y bien recientemente, como un paso más de esa larga evolución, como culminación del semestre alemán, en el correspondiente Consejo Europeo, celebrado en Bruselas del 23 al 26 de junio de 2007, se ha alcanzado un importante principio de acuerdo, uno de cuyos contenidos incide directamente en lo concerniente a la codificación de los derechos fundamentales, último intento por el momento, que da la impresión ha de conseguir efectos positivos. Analicemos sumariamente la evolución que se ha producido entre uno y otro paso.

2. El arraigo de un sistema económico, sobre todo cuando se pretende que logre intensa y efectiva incidencia sobre una diversidad de Estados soberanos, necesita por fuerza el apoyo de una espesa y compleja estructura jurídica que lo sustente y fortalezca. Como juristas —y prescindiendo ahora de la importante vertiente económica— nos va a interesar así constatar la vitalidad y firmeza que ha logrado adquirir el Derecho Comunitario Europeo. Y dentro de su consistente papel, hay que resaltar por fuerza el protagonismo inicial del Derecho Económico. Eran ante todo los aspectos del Derecho Económico los que interesaban: reglas de la competencia, correcto funcionamiento del mercado, sistema de contratos, exclusión de subvenciones y tratos de favor, atención a los consumidores, más tarde, etc. Pero cuando se avanza en un intento tan ambicioso como ese, por fuerza va a tener que hacer su aparición otra problemática jurídica. Es así como el Derecho Comunitario se va a caracterizar por una decidida vocación de ir penetrando en los más diversos ámbitos jurídicos: no se puede poner puertas al campo. Y así, desde esa tensión expansiva, el Comunitario irá penetrando en las más diversas parcelas jurídicas, del Civil y Mercantil al Administrativo, Financiero y Tributario y Laboral, llegando incluso hasta el Derecho Penal y, por su-

puesto, al Derecho Constitucional. Se trata de un imparable proceso de profundización del sistema, con ritmos muy variados, tan pronto acelerones consistentes como reflexión y disminución de la velocidad, o vuelta a recuperar el ritmo.

3. Conforme se aglutine el sistema, hará su aparición una solución contundente, reflejo de las opciones que se han asumido: si los Estados ingresan en las Comunidades, si asumen sus reglas de juego, va a derivar, casi como secuela natural, el principio de tanto significado —rejón incuestionable en la soberanía que había venido rigiendo la vida de los Estados— de que el Derecho Comunitario habrá de imponerse al Derecho de cada Estado, desplazándolo en caso de contradicción. Regla de enormes efectos, hoy, en general, y a salvo de pequeños roces, asumida con entera normalidad. Y hay que decir que, como tantas construcciones del Derecho Comunitario, es un descubrimiento afianzado paso a paso por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Para lo cual ha resultado de enorme utilidad la introducción en el sistema judicial de la llamada «cuestión», consagrada por el artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE): muy eficaz, en efecto, esa invitación a los jueces nacionales, de cualquier orden que fueran, y ocupen el lugar que ocupen en la escala jurisdiccional, para dirigirse directamente en consulta al TJCE cuando tuvieran duda a cerca de si a la hora de resolver algún conflicto debería prevalecer la solución ofrecida por el Derecho nacional o la resultante del Derecho Comunitario. Con lo cual, a su vez, se producía el efecto sobresaliente de que el juez nacional, cualquier juez —o tribunal— nacional, se convertía en juez del Derecho Comunitario. Dentro de una muy amplia serie de decisiones, se puede recordar el alcance de la sentencia «Simmenthal», de 9 de marzo de 1978, en la que el TJCE, ante la consulta que le había formulado un pretor italiano, le requiere a éste a que él mismo aplique el Derecho Comunitario, «dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contra-

ria a aquél»³. Hoy es, por consiguiente, planteamiento asumido con todas sus consecuencias —sin que hayan faltado roces y dificultades—, y al que se han ido habituando los órganos jurisdiccionales de los Estados. Incluso, el Proyecto de Constitución Europea, de que luego se hablará, lo codificaba de forma expresa en su artículo 6, en estos términos: «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas primarán sobre el Derecho de los Estados miembros».

4. Pero el proceso de incorporación del principio, tan trascendental y de tantas consecuencias, no ha dejado de ofrecer resistencias. Aludiré sumariamente —es ya agua pasada— a la reacción, tanto de la Corte Constitucional Federal Alemana, como de la Corte Constitucional Italiana. Por ejemplo, aquélla, en la jurisprudencia «Solange»⁴ ponía reparos al criterio de primacía del Derecho Comunitario si éste pudiera afectar a la protección de los derechos fundamentales, tal y como están configurados en la Constitución Alemana (la «Grundgesetz» o Ley Fundamental de Bonn)⁵. Es decir, entraba de lleno la preocupación, sin duda lógica, por la garantía de los derechos fundamentales, con reticencias desde el derecho interno, a la vista de la escasa atención que les dedicaba el Derecho Comunitario. Esta es una de las causas, entre otras mu-

3 Puede verse recogida en Ricardo ALONSO GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Civitas, 2007.

4 Me remito a lo que he señalado en mi libro *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Cuadernos Civitas, 2004, 103.

5 En lo que concierne a España, es interesante notar que en la reforma constitucional que planteaba el actual Gobierno Zapatero, uno de los puntos que aparecía era el de si sería preciso modificar la Constitución Española de 1978 para incorporar a la misma el principio de primacía del Derecho Comunitario. Dicha reforma no ha seguido adelante. Desde mi punto de vista personal, esta modificación no era necesaria: el Constituyente de 1978 era bien consciente de a qué se comprometía, cuando apostaba decididamente, si bien de forma velada, por el ingreso en las instituciones europeas. De hecho, la sentencia «Simmenthal», que acabo de citar, era anterior a la Constitución de 1978. Destaco el especial interés del Informe que elaboró el Consejo de Estado sobre dicho proyecto de reforma constitucional, que lleva fecha de 16 de febrero de 2006.

chas, que avivarían el interés por los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea. Quede ahí esa nota. Es curioso que tras la larga evolución que se ha producido, y a la que voy a referirme seguidamente, pueda terminar resultando que el Derecho Comunitario resulte mejor garante de los derechos fundamentales que el Derecho Constitucional interno. Hay un caso paradigmático, concerniente precisamente a Alemania, el asunto Kreil, de 10 de enero de 2000. La señora Kreil se encuentra con que, en su redacción originaria, el artículo 12, a. (4), *in fine*, de la Constitución alemana, no permitía a las mujeres formar parte de la oficialidad en las Fuerzas Armadas. Y ella a lo que aspira es a llegar a ser oficial del Ejército. Podían sí acceder a la escala sanitaria, a las bandas de música, etc., pero no a la oficialidad. Se va a estimar, en cambio, que tal regla resulta contraria a la regulación comunitaria, muy cuidadosa en el intento de evitar discriminaciones que pudieran estar basadas en el sexo, a la hora de acceder a los puestos de trabajo, incluso en las Fuerzas Armadas. Planteada la correspondiente «cuestión», así lo estimó el TJCE, dando de lleno la razón a Kreil. Será obligado destacar que muy diligentemente Alemania modificó en breve su Constitución para erradicar esa cláusula discriminatoria⁶.

5. Por tanto, obvias carencias iniciales en el ámbito de los derechos fundamentales. Pero la regulación jurídica de un sistema económico, a poco que se vaya integrando, por muy centrado que se halle en los problemas de la economía, tiene que asumir, sin falta, la presencia de algunos derechos fundamentales, cuya presencia se requerirá puntualmente para ir abordando los problemas concretos que van apareciendo. Piénsese, por ejemplo, en la no discriminación, entre varones y mujeres, o entre nacionales y extranjeros, en relación con las opciones laborales, o con la retribución; en el derecho de propiedad y, en general en la garantía y

6 Véase sobre esta problemática, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, cit., 101 ss.

respeto de los bienes y titularidades (por ejemplo, en relación con la expropiación forzosa o, incluso, frente a posibles nacionalizaciones); en la posible responsabilidad patrimonial de las instituciones comunitarias por los daños causados; en el derecho a la libre circulación de personas, mercancías y servicios; en la protección del domicilio de las empresas; etc. Por muy apegado que esté un sistema a la economía —y sabido es como la Unión Europea iría agrandando progresivamente sus empeños, sus competencias y funciones—, la seguridad jurídica va a reclamar la solidez que representan reglas jurídicas como las referentes a los derechos fundamentales que se han mencionado. Y es que en el rico universo de los derechos fundamentales hay algunos de ellos especialmente próximos al campo de lo económico. El caso es que se iniciaría un largo y duradero proceso de formalización de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea⁷. De nuevo hay que atribuirle el mérito inicial al Tribunal de Justicia, que comenzaría «inventando» los derechos fundamentales en el sistema comunitario, como «principios generales» extraídos de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. No será preciso recordar ahora —lo ha destacado unánimemente la doctrina—, el peso que en la jurisprudencia del Tribunal adquieren las decisiones «principialistas». Significado así de los principios generales en el sistema de fuentes del Derecho Comunitario, modalidad de la mayor utilidad en un ordenamiento jurídico tan asistemático, tan abundante en lagunas y disfuncionalidades. Lo que nos recuerda la larga evolución del Derecho Administrativo Francés y el señero papel desempeñado por el Consejo de Estado, poniendo orden en

7 En relación con esta evolución, véase, por todos, Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, *La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas*, capítulo XVIII del volumen colectivo, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, II, Civitas, Madrid, 1986; Ricardo ALONSO GARCÍA, *Derechos fundamentales y Comunidades Europeas*, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, II, Civitas, Madrid 1991, 799 ss.; Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Para una afirmación de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, «Revista del Poder Judicial», 57 (2000), 31 ss., recogido en el presente volumen como Capítulo 16.

la caótica legislación, y recurriendo con frecuencia a los principios generales del derecho, y, prácticamente, inventando el moderno Derecho Administrativo. Algo similar en el Derecho Comunitario: al margen de que jueguen su papel, y reflejen los equilibrios de poder, no son pocas las críticas a la escasa calidad de tantas normas comunitarias. Es uno de los argumentos recurrentes de la doctrina, y empeño, el de la mejora, periódicamente anunciado, si bien de muy difícil realización. De ahí la utilidad de la metodología «principal» que ha colaborado a resolver tantos problemas. Pero lo que me interesaba destacar en este punto es el proceso de progresiva aparición de derechos fundamentales.

6. Aludiré a otra característica que se superpone, en parte derivada de algo que ya se ha dicho. Era necesario y elemental, por supuesto, algo querido y asumido, y sin duda, de efectos muy positivos, pero a los juristas se nos ha complicado sobremanera nuestro oficio. Aunque por ello, el reto de los estudiosos consista en hacer patentes los problemas y tratar de buscarles solución. Me gusta recalcar, en efecto, que vivimos tiempos de «interconexión de ordenamientos jurídicos»⁸. Y resulta así inevitable el contraste con la «placidez» tradicional, el «bucólico» panorama de antaño. Por más que siempre hayan surgido problemas en el momento de la aplicación del derecho, la unidad de origen de las normas, el saber que uno tenía que centrarse, en principio, en aquello que había aparecido en la Gaceta, o el Boletín Oficial del Estado, como se designa ahora al diario oficial español, era antes un elemento de tranquilidad y de certeza. Hoy, en cambio, vivimos en el sobresalto de constatar que acaso se van a imponer normas o, incluso, soluciones jurisprudenciales, que vienen de lejos, vienen de fuera, y de las que hemos perdido el control, por más que participemos de alguna manera en su elaboración. El Derecho Comunitario en concreto, como

8 Me remito a mi citado libro, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos*, escrito para la grata ocasión de mi discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

se dijo, desplaza al derecho de los Estados, o, dígase lo mismo de la normativa de la Organización Internacional del Comercio, aspecto que no analizaré ahora. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desempeña un gran papel a la hora de modular cómo sea en efecto ese Derecho que se va a imponer. Pero aparte del que llamamos Derecho Comunitario (el propio de la Unión Europea, heredera de las anteriores «Comunidades»), como algo bien diferenciado, y recalando la necesidad de no confundir organizaciones y fórmulas, existe el Consejo de Europa, en cuyo seno ocupa un lugar destacado y muy activo el sistema de derechos fundamentales propiciado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y con el que nuestros Estados se han comprometido también. A similitud de vuestro Pacto de San José, el que llamamos sistema de Estrasburgo, complementa la fuerza del contenido sustantivo del Convenio —instrumento internacional que los Estados han asumido voluntariamente, y con el que se han comprometido, por ende— con la eficacia y activismo del Tribunal garante del mismo, el Europeo de Derechos Humanos, llamado habitualmente Tribunal de Estrasburgo, por ser esa ciudad francesa la sede del mismo. Es autor de una abundante y rica jurisprudencia —en constante evolución, además— que no sólo se impone a los Estados sino que ofrece también la virtualidad de desplazar al derecho interno que esté en contradicción con la misma.

Lo que fuerza a estar muy atentos a toda esa legislación, pero también a la ingente jurisprudencia aplicativa, no siempre disponible con facilidad y cuyo manejo a veces resulta complicado: he destacado así en otros lugares como las sentencias del Tribunal de Estrasburgo se publican oficialmente sólo en francés o en inglés, sin que falten ocasiones en que no sea fácil disponer de versión en español.

7. En este sentido, situándonos en la perspectiva que hoy día podemos contemplar, teniendo muy presente esa realidad de la

interconexión de ordenamientos jurídicos, tan viva, y tan contundente, la observación de nuestros sistemas jurídicos, me lleva a una nueva constatación, en la que vengo insistiendo recientemente⁹, que va a permitir hablar de una «triple vía» para la defensa de los derechos fundamentales. Tres fórmulas, muy próximas en su alcance, contenido y funcionalidad —cincelada cada una de ellas teniendo muy presentes a las otras y siempre con recíprocas influencias—, pero que formalmente son diferentes, ofrecen peculiaridades propias y, en ocasiones, van a suscitar problemas de roces y tensiones.

a) Hay que tener en cuenta, ante todo, que los Estados, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial —ejemplos, así, del Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, de la Constitución Italiana de 1947, luego de la «Grundgesetz» Alemana, etc.—, aun contando con notables precedentes, se han preocupado por llevar al texto de sus Constituciones un significativo paquete de disposiciones referentes a los derechos fundamentales y sus fórmulas de garantía, en un proceso ininterrumpido —pienso en el dato algo posterior de las Constituciones de Portugal, de España o de Colombia— y por el momento, imparable —a recordar así las recientes Constituciones, tan numerosas, de los Estados del Este de Europa—. Recordaré, por ejemplo, que, en el caso de España, el Tribunal Constitucional tiene que dedicar gran parte de su tiempo a resolver los «recursos de amparo», pieza señera en el ámbito interno para la garantía de los derechos fundamentales, en un proceso desbordante, que una reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, intenta racionalizar, evitando recursos intrascendentes o duplicaciones innecesarias

b) Desde otra perspectiva, está el otro sistema ya referido del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el activo protago-

9 Me remito a mi libro, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas*, Cuadernos Civitas, 2006.

nismo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o Tribunal de Estrasburgo, sistema que ha sido aceptado por todos los Estados que integran la Unión Europea. En este nivel, hay que constatar la desbordante tarea que viene realizando el Tribunal de Estrasburgo, prueba de la confianza que suscita. Les diré que en general, y salvo excepciones, los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados están muy pendientes de las líneas que marca la jurisprudencia de Estrasburgo. Por centrarme de nuevo en el caso de España, es fácil constatar lo atento que está el Tribunal Constitucional a las directrices que introduce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su cotidiana labor de resolver los casos. Pero, no sólo España. Es igualmente ejemplar, por dar otra muestra, la respuesta del Reino Unido que con su Ley de Derechos Humanos (Human Rights Act, de 1998) ha transpuesto al sistema británico los contenidos centrales del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Admira el grado de respeto de las instituciones británicas para con las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, el cuidado contraste que lleva a cabo el Parlamento a la hora de elaborar cada nueva ley, como destacaba recientemente Omar Bouazza Ariño¹⁰.

c) Vías a las que hay que sumar el camino propio de la Unión Europea. Aludía antes al proceso de penetración de la sensibilidad por los derechos fundamentales a través de una larga evolución, algunos de cuyos pasos más destacados describiré enseguida.

Es así como nos vamos a encontrar con esta triple vía para la protección de los derechos fundamentales. Refuerzo consistente para su defensa, aunque, en ocasiones, esta abundancia origine roces y conflictos, que han de reclamar por fuerza la atención de los especialistas.

10 Omar BOUAZZA ARIÑO, *La elaboración y el examen de las leyes británicas a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, «Revista de las Cortes Generales», 61 (2004), 45-82; desde otra perspectiva, véase, también, del mismo autor, *El impacto de la jurisprudencia de Estrasburgo en materia de planificación y domicilio en el Derecho inglés*, «Revista de Administración Pública», 164 (2004), 407-434.

9. Largo proceso, en efecto, de formalización en la Unión Europea de compromisos referentes a los derechos fundamentales. No es fácil avanzar, dado el creciente número de socios, muy presente también que cada reconocimiento marca una serie de exigencias y obligaciones para cada uno de los Estados. Pero el avance ha sido constante e imparable, incesante¹¹. Un testimonio preclaro es el que se consigue cuando en 1992 se hace en Maastricht (Holanda) el Tratado de La Unión Europea¹². Se va a incluir así en el primer escalón jurídico un precepto, el artículo 6 en la numeración actualizada, que se inicia con las siguientes afirmaciones:

«1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario».

La simple lectura del texto impresiona ya por lo que representa, con afirmaciones que, por una serie de razones, han ido ganando consistencia al ir siendo reforzadas posteriormente. Nótese la especial referencia a la técnica de los principios generales del derecho, que implica una destacada codificación de la forma de proceder del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El «basarse en», y el «respetar», es ya un cierto grado de compromiso, con el conjunto tan amplio de valores que se enu-

11 Me remito para más detalles a Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, cit., 31 ss.

12 Véase, por todos, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Maastricht*, Universidad de Bolonia, SPISA, Bologna, 1992.

mera. Aquí hay que insertar una doble reflexión. El grado de compromiso, de una parte, puede ser mucho más intenso. Pero, de otra, una cosa es remitirse a instrumentos, por así decir ajenos, y otra bien distinta, elaborar instrumentos propios, incorporados de lleno al sistema jurídico comunitario. En esta doble dirección se ha pretendido avanzar, y de hecho, se ha avanzado un gran trecho.

10. Así las cosas, tras los sucesivos pasos de maduración y preparación, después de muchos esfuerzos, fracasos e insistencias¹³, la Unión Europea elaborará un texto propio, aspirando alcanzar una moderna *declaración de derechos*, y es así como se da el avance decisivo de llegar a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se presentó al Consejo Europeo de Biarritz los días 13 y 14 de octubre de 2000, hecha en Niza en el Consejo Europeo de 7 de diciembre de 2000, donde sería solemnemente proclamada —y destaco lo de «proclamada»—, por los tres órganos de gobierno de la UE, el Parlamento Europeo, presidido a la sazón por la señora Nicole Fontaine, el Consejo, encabezado por el Presidente de la República Francesa, Mr. Chirac, y la Comisión,

13 Me remito de nuevo a lo estudiado en mi citado trabajo, *Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea*.

En 1994 se ponía en marcha así un proyecto de Constitución Europea, que albergaba una amplia lista de derechos fundamentales.

Especial peso y significado logró en tan intenso proceso el llamado «Informe Pintasilgo», «Por una Europa de los derechos cívicos y sociales», de 1996, elaborado por el «comité de sabios», presidido para la que fuera Jefe del Gobierno de Portugal, María Lourdes Pintasilgo, que dio así su nombre al documento —comité del que formó parte uno de sus más brillantes expositores luego, el profesor García de Enterría—, poniendo el acento en la necesidad de incorporar los derechos fundamentales al acervo comunitario, y de dar cabida, sin excusa, a los llamados derechos sociales.

Tuve el honor de participar en el «Informe Simitis», de 1998, que insistiría en la conveniencia de codificar y hacer ostensibles los derechos fundamentales, con lo que se iba preparando el terreno para llegar a la Carta, de que se va a hablar a continuación.

Pero, insisto, fueron numerosos los pasos que propugnaban una profundización del alcance de los derechos fundamentales en lo que ahora llamamos la Unión Europea, con postura muy activa de los estudiosos y, en ocasiones, del Parlamento o de la propia Comisión.

dirigida entonces por el señor Romano Prodi, actual Jefe del Gobierno de Italia¹⁴.

No hay nada nuevo bajo la tierra: debo destacar así que se trata de un texto de síntesis, que se nutre del consistente caudal existente en materia de derechos fundamentales, si bien va a innovar y a añadir relevantes aportaciones con que situarse a la altura de nuestros tiempos. Ese afán de utilizar lo ya existente ha quedado reflejado con toda claridad en el párrafo quinto del Preámbulo, que se expresa en estos términos:

«La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Tributo justo a un muy rico material, que forzoso resultaba aprovechar: en definitiva es el resultado de ingentes esfuerzos. Es así como hallarían cabida los derechos y libertades que podemos denominar tradicionales, desde, entre otros, el derecho a la vida, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión, o la superación de discriminaciones entre varones y mujeres. Pero, como digo, el respeto a la tradición, no es

14 Véase, tempranamente, la lección inaugural del curso académico en la Universidad Autónoma de Madrid, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, 2000, a cargo del profesor Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, que fue uno de los redactores de la misma, nombrado a propuesta del Presidente del Gobierno de España; recientemente, con muy amplia documentación, Ricardo ALONSO GARCÍA y Daniel SARMIENTO, *La Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, Concordancias, Jurisprudencia*, Civitas, 2006.

obstáculo para incorporar igualmente un buen número de reglas jurídicas que las exigencias de nuestro tiempo reclaman, como la protección de datos personales (artículo 8), el derecho a disfrutar de la propiedad «de los bienes adquiridos legalmente» (artículo 17), la no discriminación por razón de la «orientación sexual» (artículo 21.1) —intento de resolver fenómeno tan emocional, tratado históricamente de manera tan injusta y que hoy se conviene en Europa que debe ser normalizado con entera naturalidad—, o, por ejemplo, en el ámbito de la medicina y la biología: el apartado segundo del artículo 3 (Derecho a la integridad de la persona), queda así redactado:

«En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

- el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley;
- la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular de las que tienen por finalidad la selección de las personas;
- la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;
- la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos».

En lo que concierne a los derechos sociales, encontramos una muy amplia y destacada presencia, sobre todo en el capítulo IV, dedicado a «Solidaridad», aunque ciertamente se suelen plantear enmarcados en «lo que disponga la Ley» —es decir, que el juez no pueda inventar o añadir por sí mismo, desde una cierta prevención al «activismo judicial»—: seguridad social y ayuda social (artículo 34), derecho de negociación y de acción colectiva (artículo 28), derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (artículo 27), protección en caso de despido injustificado (artículo 30), etc.

11. La Carta se apoya en significativos elementos simbólicos, lo cual parece connatural a cualquier declaración de derechos, y

fue objeto de una elaboración ejemplar en lo concerniente a la participación, acudiéndose así a la fórmula de que fuera redactada por una «Convención», lo cual forma parte ya de ese reforzamiento de lo simbólico.

Quería hacerse un gran documento de la Unión Europea aprovechando el significado que se le dio a ese momento del principio y final del siglo y del milenio, y se pensó además que así se conmemoraban los cincuenta años de la promulgación en Roma, el 4 de noviembre de 1950, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que papel tan trascendental había representado y sigue desempeñando.

En esta línea se optó porque en lugar de un documento preparado por funcionarios, como suele ser habitual, actuara una amplia asamblea, a la que expresamente se denominó Convención —con todas las implicaciones que evoca el término—, integrada por 15 representantes de los Presidentes de Gobierno de los países de la Unión, muy cuidadosamente seleccionados —uno por cada Estado, que entonces eran 15—, 30 de los Parlamentos de cada Estado, 16 del Parlamento Europeo, y uno de la Comisión Europea, contando con cualificados observadores, entre otros, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Consejo de Europa o del Defensor del Pueblo europeo.

Celebró su sesión constitutiva el 17 de diciembre de 1999 y eligió Presidente al conocido jurista Roman Herzog, que había sido Presidente de la República Federal de Alemania (y, antes, de su Tribunal Constitucional Federal), actuando como Vicepresidente jurista de tanta calidad como Guy Braibant, tan vinculado al Consejo de Estado Francés. La Convención, tras arduas discusiones y debates, que pudieron seguirse por Internet, que sirvió también como cauce para enviar sugerencias, con lo que quedó asegurada ampliamente la participación, adoptaría el texto, el 2 de octubre de 2000.

12. Quiero resaltar, que entre las novedades que se incorporan a la Carta, en una vertiente menor, si se quiere, y junto a aspectos de gran trascendencia, hay algo que a mí como administrativista me interesa especialmente, y es que se dedica señalada atención a la Administración Pública. Y no sólo de forma indirecta o refleja —a consecuencia de las cargas y limitaciones que derivan habitualmente de los derechos y libertades garantizados—, sino de manera directa, apuntando, entre otras cosas, a su forma de ser y proceder. En varios preceptos se aborda la manera de actuar de la Administración, pero merece especial interés el artículo 41, en el que se consagra el «Derecho a una buena administración»¹⁵, en una línea que tuvo una formulación pionera en la Constitución Italiana de 1947, con su referencia al «buon andamento dell'amministrazione», que luego se ha expandido con generosidad, y que podemos encontrar así, entre otros, en el Derecho colombiano. Está redactado así:

«1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

— el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente;

— el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

— la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el

15 Aspecto que he abordado en mi trabajo *Dos notas sobre la Carta*, en el seminario dirigido por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, editado por Civitas, Madrid, 2002, 183 ss., recogido como Capítulo 21 en el presente volumen.

ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua».

Adviértase que a estas reglas se las engloba ahora dentro de un derecho fundamental —recuérdese el vivo debate acerca de qué puedan considerarse derechos fundamentales—, con la secuela, obvia, de que haya de disponerse de un «recurso judicial efectivo» a la hora de defenderse frente a posibles violaciones.

Destacaré en qué gran medida la redacción que se ha dado al precepto implica un traslado al orden del procedimiento administrativo de lo que eran peculiaridades que habían ido arraigando en el sistema procesal, en relación con las actuaciones ante los tribunales de justicia.

13. Mi opinión es decididamente positiva respecto a la elaboración de la Carta y a su contenido. Fue una operación compleja, que ofreció muchas dificultades, para cuya consecución hubo que pactar y negociar, de ahí que junto a preceptos taxativos y lineales, de inequívoca virtualidad —en general los derechos y libertades más arraigados, como el derecho a la vida, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, etc.—, en otros casos los artículos ofrecen salvedades y distinguos, no siendo rara la reserva a lo que dispongan las leyes nacionales —metodología que se observa en algunos de los derechos sociales de más moderna implantación—. Fruto de estas diferencias es el resultado final en cuanto a la virtualidad de la Carta. Destacaba antes que había sido «proclamada». En efecto, y lo fue solemnemente. Pero nunca fue promulgada como una norma jurídica, nunca se le dotó del marchamo jurídico que la hiciera inequívocamente vinculante. La firma solemne por la Presidenta del Parlamento, y por los Presidentes del Consejo y de la Comisión, implica que estos tres órganos se consideran vinculados por la Carta. Más aún, la Comisión ha re-

calcado de manera especial que cualquier norma que provenga de ella ha de ser contrastada expresamente con el contenido de la Carta, para asegurar su correcta adecuación. De recordar así la «Comunicación de la Comisión», de 27 de abril de 2005, sobre el «Respeto de la Carta de Derechos Fundamentales en las propuestas legislativas de la Comisión. Metodología para un control sistemático y riguroso». Pero la realidad es que no ha sido formalmente declarada como norma. ¿Quiere esto decir que no surte efectos jurídicos? Se ha entablado, en efecto, un vivo debate a cerca de la eficacia de la Carta¹⁶. Es curioso, porque cualificados Tribunales la mencionan especialmente a la hora de fundamentar sus argumentaciones, desde el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, o el Tribunal de Primera Instancia, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, u otros, como, y muy tempranamente, el Tribunal Constitucional Español. Lo que, por otro lado, me recuerda el proceso de propagación de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de los revolucionarios franceses, de 1789: el significado así de la temprana traducción de Nariño, aquí en Bogotá (de la que tan duras secuelas se le seguirían); o la de Picornell en Caracas; Declaración que, por cierto, hoy forma parte del «bloque de la constitucionalidad» en Francia, y a mi me gusta recalcar que ha penetrado de lleno en el Derecho Comunitario, a través de la referencia que se hace a las «tradiciones constitucionales de los Estados miembros»¹⁷.

14. El panorama cambió radicalmente cuando a partir de 2004 apareció el Proyecto de Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa, o simplemente denominado, Constitución Europea, que ha representado una amplísima movilización de la opinión pública así como de la atención de los estudiosos. La introducción con toda intención del nombre de Constitución era ya

16 Me remito así a mi trabajo, *La eficacia de la Carta*, «Azpilcueta», 17 (2001), 19 ss., recogido en el presente volumen como capítulo 20.

17 Me remito a mi citado trabajo, *Dos notas sobre la Carta*, 186 ss.

un paso destacable. El texto innovaba sobre todo en los mecanismos de toma de decisión —el peliagudo tema del quórum en una organización, ahora con 27 socios—, en la idea de superar el carácter itinerante, el famoso relevo cada semestre —albergando el Estado correspondiente la celebración de los consejos especialmente relevantes—, lo que nos recordaba un poco el ejemplo de las Cortes itinerantes en la Edad Media europea, así como el fortalecimiento de un responsable de la política exterior. Pero, al margen de unos cuantos problemas vitales, la propuesta consistía sobre todo en una codificación de lo ya existente, tratando de racionalizar un tanto el complejísimo entramado normativo de la Unión Europea. De modo, que no eran demasiadas las novedades. Donde sí se producía un salto cualitativo era en relación con la Carta: se transcribía íntegramente —Preámbulo incluido—, con muy ligeros ajustes y alguna cláusula de salvedad¹⁸, pasando a formar la Parte Segunda del texto de la Constitución. Lo que significa que adquiría relevancia de norma constitucional, cobrando así pleno valor normativo. De manera que, tal y como estaba redactado el Proyecto, se solventaba de forma expresa el problema de su eficacia.

La Constitución suscitó esperanzas e ilusiones, muy presente, como digo, en el debate jurídico de los últimos meses —se le han dedicado abundantísimas páginas, congresos, seminarios, conferencias, etc.— y fueron muchos los que la acogieron con alborozo. Varios países, como España, la aprobaron por referéndum de la Nación, mientras otros lo hicieron por simple refrendo del Parlamento. También suscitó rechazos, por ejemplo en los llamados «euroescépticos», los partidarios de no aumentar los poderes de la organización europea. En esta tesitura, el globo se deshinchó, creo que de manera coyuntural y excepcional, a consecuencia del referéndum francés, que resultó fallido. En mi opinión, influyó deci-

18 Sobre los matices y salvedades introducidos, véase Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Vías concurrentes para la defensa de los derechos humanos*, cit., 120 ss.

didamente el acre debate en el seno del Partido Socialista francés, que había sido siempre decidido partidario del sistema europeo, que había apoyado con fuerza desde el comienzo. Influyó también el debate sobre la «Directiva de Servicios», desde el temor de que pudiera afectar a derechos laborales consolidados (luego, la Directiva se ha aprobado, sin que se confirmaran tales temores). El no francés influyó sin duda en el referéndum holandés, y el resultado fue también negativo en ésta segunda ocasión. El Reino Unido, desde sus conocidas reticencias, había quedado a la espera, pero a la vista de los dos fracasos reseñados, quedó demorada la decisión británica.

15. Se ha vivido así un periodo de incertidumbre, un auténtico *impasse*, barajándose todo tipo de hipótesis, desde la de esperar y repetir el referéndum en dichos países, confiando en una situación más propicia, hasta la de acortar de forma radical el proyecto. Unos y otros estadistas se han mostrado muy activos en la búsqueda de fórmulas que permitieran la superación del problema. Muy laboriosa así la Canciller de Alemania, la señora Ángela Merkel, decidida a hallar una solución a lo largo del «semestre alemán» —el primero de 2007—, en que ella presidía el Consejo. Y en efecto, en el último Consejo del semestre, celebrado en Bruselas desde el pasado 23 de junio, tras laboriosas y arduas negociaciones, se alcanzó el acuerdo, como suele ser habitual en la historia de la evolución de la organización europea. Por de pronto, se desecha el nombre de Constitución, también con todo lo que tiene de simbólico, y se opta por introducir las novedades modificando el Tratado de la Unión Europea, con lo que se desarman algunas de las reacciones¹⁹. Fueron muy vivas las discusiones

19 El proceso de codificación seguirá así su curso con las peculiaridades que se vienen indicando. Cada nueva etapa resulta trabajosa. Pero se afianza como incuestionable el propósito de la Unión Europea de seguir avanzando por la senda de los derechos fundamentales. Un excelente ejemplo lo constituye el dato de que se acaba de acordar la creación de una «Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», a través del Reglamento número 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, que apareció en el «Diario

acerca de los criterios referentes a la toma de decisiones y acuerdos, superándose la dura postura de Polonia, con un alargamiento del plazo para la entrada en vigor de tales disposiciones. Desaparecen algunas de las novedades que introducía la Constitución, señaladamente en materia de símbolos. Va a producirse una intensa refundición de los Tratados hoy vigentes, desde esa idea recurrente de simplificar el panorama normativo y hacerlo más inteligible y funcional. Y he dejado para el final, para ir concluyendo ya, lo referente a la Carta de Derechos Fundamentales, objeto también de la atención de los negociadores. La respuesta ha resultado claramente positiva en este punto, no obstante algunas serias reticencias. Se ha convenido en que había que dar carácter vinculante a la Carta, proclamando de manera expresa su vigencia y carácter obligatorio. En este sentido, se ha acordado promulgarla expresamente y afirmar su operatividad jurídica. Se trata por consiguiente del gran paso que no logró darse cuando se elaboró en el 2000. Se desbloquea así el problema, con carácter general. Eso sí, como resulta frecuente en la evolución del sistema comunitario, habrá algún párrafo específico para satisfacer las exigencias, por ejemplo del Reino Unido, estableciendo algunas matizaciones. Del resto, normal operatividad y eficacia de la Carta. Precisamente, cuando yo salía de Europa, comenzaba sus sesiones en Bruselas la Conferencia Intergubernamental (CIG) encargada de dar cuerpo

Oficial de la Unión Europea», el 22 de febrero de este mismo año de 2007. El Preámbulo pone énfasis en el compromiso de la Unión Europea —y, por tanto, de toda su organización, así como de todos los que tengan que aplicar el Derecho Comunitario (es decir, los Estados)— con los derechos fundamentales. No falta ciertamente la referencia a la Carta. La creación de la «Agencia» apunta directamente al reforzamiento de la garantía y efectividad de los derechos fundamentales, para lo que se prevén variadas modalidades de actuación: supervisar puntualmente el grado de respeto por las diversas organizaciones de la UE y por los diversos Estados y denunciar los incumplimientos; preparar datos y estudios; elaborar conclusiones y dictámenes; fomentar el diálogo con la sociedad civil y sensibilizar a la opinión pública; elaborar propuestas, etc.

Es decir, que no basta con codificar normas: se da un paso más y se aspira a consolidar un organismo independiente desde el cual irradiar mensajes positivos, pero también vigilar y sopesar, desde la pretensión de alcanzar resultados efectivos.

y de redactar los acuerdos tomados en el Consejo Europeo. La Conferencia Intergubernamental se ha reunido, en efecto, los días 23 y 24 de julio de 2007 y, actuando con toda diligencia, ha dado a conocer ya el texto —que yo he podido consultar en Internet— de lo que se va a reformar en el Tratado de la Unión Europea, así como otros instrumentos. Entre ellos, las «Declaraciones», la undécima de las cuales contempla que la Carta será solemnemente proclamada por el Parlamento Europeo, por el Consejo y por la Comisión²⁰. Se está pendiente, por tanto, de que se lleven a cabo los pasos que acaban de ser acordados. Desde el punto de vista del contenido de esta ponencia, el colofón consiste, en que se refuerza la idea de codificar los derechos fundamentales, dando vida plena a este instrumento de la Unión, para la Unión²¹. Debo de-

20 Otro problema pendiente en la Unión Europea es el de las relaciones del Derecho Comunitario con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el gran texto del Consejo de Europa. Para superar pasadas dificultades —así, el informe negativo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 28 de marzo de 1996—, se había convenido en que el proyecto de Constitución, que acaba de decaer, contemplara de forma expresa la adhesión de la Unión Europea al Convenio. Por su parte, el Consejo de Europa —auténtico dominus del Convenio—, había contemplado de manera formal tal posibilidad, al incluir una cláusula ad hoc en el Protocolo Adicional número 14 al Convenio. Con lo cual, un Convenio pensado inicialmente para vincular a los Estados se abriría también ahora a esta peculiar organización internacional que es la Unión Europea. Pues bien, la Primera de las declaraciones que la Conferencia Intergubernamental ha aprobado el 23 de julio de 2007, retoma dicha opción, si bien precisando que la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos habrá de hacerse con las modalidades que permitan conservar las especialidades del orden jurídico de la Unión. Debo añadir por mi cuenta que ahí late sin duda, entre otros problemas, el de la relación entre los dos Tribunales Europeos, el de Luxemburgo y el de Estrasburgo, o, dicho en otras palabras, el de la Unión Europea, integrado solo por jueces de los países de la Unión Europea, y el del Consejo de Europa, del que forman parte también jueces que no pertenecen a Estados de la Unión Europea.

21 Por cierto, que ha causado sorpresa que las noticias que informan de la puesta en funcionamiento de la Comisión Intergubernamental y del inicio de sus trabajos anuncian también que Polonia, sorpresivamente, habría cambiado de opinión con posterioridad al Consejo, y no estaría dispuesta ahora a comprometerse con la Carta. Sería un nuevo testimonio del proceso que antes refería de lo complicado que resulta tomar acuerdos en un club con tantos socios, y más cuando puedan derivar compromisos vinculantes, en esa sucesiva acumulación de avances, de acelerones, también de frenazos, y de los esfuerzos para lograr el desbloqueo. A estas alturas, no puedo conocer en absoluto cual vaya a ser el alcance efectivo de estas reticencias, aparte de que mis informaciones son, por el momento, muy limi-

cir que el interés de autores y estudiosos por la Carta y su problemática continua en alza, muy abiertos los ojos a ver como se conjugan los problemas que suscita esa triple vía para la defensa de los derechos fundamentales, a que antes me refería, y a cómo hayan de resolverse²².

tadas. Pero creo puede partirse de la seguridad de que eventuales incidentes como éste no van a impedir la puesta en marcha de la efectividad de la Carta, acaso den lugar a alguna reserva o a la formalización de alguna excepción.

22 Cierro la redacción de este trabajo en Redes (La Coruña), el 3 de agosto de 2007, si bien, al corregir pruebas, puedo puntualizar que los pasos previstos se han ido cumpliendo, habiéndose producido la decisiva aprobación del instrumento llamado a ocupar el espacio que antes se atribuía a la Constitución Europea. En efecto, el 13 de diciembre de 2007 se logró el nuevo Tratado de Lisboa, que ya ha comenzado a ser ratificado y, sin perjuicio del bache del fracaso del referéndum irlandés, de hecho ya han sido varios los Estados que han dado los pasos necesarios según su propio ordenamiento constitucional, entre ellos España que, si había aprobado por referéndum el proyecto de Tratado para instaurar la Constitución, y que daría lugar a la Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo, ahora se ha limitado a la ratificación a través de la Ley Orgánica 1/2008. Según el Tratado de Lisboa se apuesta decididamente por considerar vinculante y dar plenitud de efectos jurídicos a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En efecto, según la nueva redacción que se da al artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, la Carta «tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». Y el mismo precepto, en el apartado 3, determina que «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». Con todo, y fruto de la metodología habitual de la toma de decisiones, que es lo que permite que la Unión Europea vaya profundizándose, se ha sido sensible, en relación con la aplicación de la Carta, a las reservas manifestadas por el Reino Unido y por Polonia —de bien diferente funcionalidad en uno y otro caso— y, de hecho, en los protocolos anejos al Tratado de Lisboa hay uno «Sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido», por el que se reconocen algunas especialidades a la hora de la aplicación a estos dos países. Pero lo que cuenta es el seguir avanzando. En definitiva, la apasionante aventura de la codificación de los derechos fundamentales, con pretensión de hacerlos efectivos, sigue su curso, por más que se sea consciente de que es un empeño que exige paciencia, habilidad y tesón, y saber tomarse el tiempo necesario.

ANEXO

SIGNIFICADO DE LA LEY ORGÁNICA 1/2008, DE 30 DE JULIO, POR LA QUE SE AUTORIZA LA RATIFICACIÓN DEL TRATADO DE LISBOA, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2007, Y SU DOBLE FUNCIONALIDAD

Se ofrece el epígrafe V del trabajo «Los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea y su incidencia en España (Con especial referencia a la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007)». Se trata de una conferencia pronunciada en Zaragoza, en el Palacio de la Aljafería, el 28 de octubre de 2008, en el Curso de Perfeccionamiento de Jueces y Magistrados, «Derecho Administrativo y Derecho Europeo», organizado por las Cortes de Aragón y el Consejo General del Poder Judicial. Va a aparecer publicada en la «Revista Aragonesa de Administración Pública».

Cuando el Tratado de Lisboa entre en vigor —decía—, logrará la Carta plena virtualidad. O sea, que lo primero es que el Tratado se ratifique por todos los Estados y pueda así culminar su trayectoria. Cuando había decidida voluntad de resolver la crisis anterior y avanzar hacia las nuevas fórmulas consensuadas, fue

un severo contratiempo el fracaso del referéndum en la República de Irlanda. Pero los líderes europeos en este caso parecieron no inmutarse, y seguir adelante como si nada, confiando en que no tarde en producirse ocasión propicia para enmendar el entuerto irlandés. De hecho, las ratificaciones han ido produciéndose a buen ritmo, habiéndose producido sin problemas la ratificación inglesa, que pasaba por ser una de las problemáticas (está claro que Protocolos como el antes referido pueden producir efectos taumatúrgicos). También España ha actuado diligentemente. Merece por eso la pena dedicar cierta atención a la Ley Orgánica por la que las Cortes Generales han autorizado la ratificación, la 1/2008, de 30 de julio (BOE de 31 de julio), que ofrece además algunas especialidades en que vale la pena detenerse.

Si la consecuencia más importante de la nueva Ley Orgánica es dar pie a la ratificación del Tratado de Lisboa, hay en ella algo más, lo que me lleva a hablar del *doble efecto*, o de la doble funcionalidad. Nos va deparar también, por cierto, una curiosa aplicación del artículo 10.2 de la Constitución que pretende incrementar el significado de la Carta. Veamos separadamente ambos aspectos.

A. LA NORMAL FUNCIONALIDAD PARA QUE ENTRE EN VIGOR UN TRATADO

La Ley, es, sobre todo, una Ley para autorizar la ratificación de un tratado internacional y para autorizar el cese del ejercicio de competencias constitucionales a una organización internacional, la Unión Europea. En cumplimiento de las previsiones de los artículos 93 y 96 de la Constitución, y como ha sucedido siempre que se han ido modificando los Tratados comunitarios, estamos ante el procedimiento para que España, como el resto de los Estados miembros, apruebe las modificaciones y pueda así entrar en vigor el texto. Cuando los «veintisiete», hayan evacuado el correspondiente trámite, previsto por su sistema constitucional, entonces podrá entrar

en vigor el Tratado. Y formando parte de la misma operación, adquirirá plena virtualidad jurídica la Carta. Insisto, aunque sea algo obvio: solo tras la ratificación por todos los Estados Miembros, entrará en vigor el Tratado de Lisboa y, por ende, la Carta. La parte de la Ley que a ello se dedica es muy sencilla y simple: el artículo 1 contiene la clásica forma de autorización —que, por lo mismo ni vale la pena reproducir—. Hay una disposición final única, sobre «Entrada en vigor», que para salirse del sistema común del Código civil establece expresamente que la Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación. Sorprende un poco «la prisa», pues hasta que no lo ratifiquen todos los Estados —los 27—, contando con que se halle una fórmula para que Irlanda lo haga, no habría nada que hacer. Teniendo en cuenta, además, que ni estaba a punto de terminar la Legislatura, ni había visto de que se disolvieran adelantadamente las Cortes Generales, ni parecía probable tampoco que el Presidente del Gobierno perdiera la confianza. ¿A qué se debe este interés en adelantar la vigencia de la Ley? Dejemos planteado el interrogante, luego habrá ocasión de volver sobre él.

El clima hoy en la Unión Europea es el de funcionar como si fuera cosa hecha la aprobación del Tratado, contando con que Irlanda ha de hallar la manera para superar el impasse, preparándose, por eso, para la nueva fase. Dejaremos de lado nuestros recelos, a la vista de las reiteradas demoras que ha ido sufriendo la Carta, y lo mejor será, en efecto, prepararse diligentemente pensando que pronto haya de entrar en vigor. Y aquí viene la pregunta que a nosotros puede interesarnos especialmente: ¿En qué medida afectará al Juez español la entrada en vigor de la Carta? Vale la pena, en efecto, enfrentarse con el reto que plantea el interrogante.

1. Como declaración de derechos *de la Unión Europea*, se diría que, obviamente, la Carta afecta a la Unión Europea, es decir, señaladamente, a sus órganos e instituciones. Ello es cierto, pero es sólo parte de la verdad. En efecto, el título último de la Carta, el VII, el que contiene las «Disposiciones generales», aborda en el pri-

mero de sus artículos, el 51, el problema del «Ámbito de aplicación». Son claras sus primeras palabras: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión». Por de pronto queda consignado el efecto obvio, de manera que todos los derechos, libertades o principios proclamados estarán vinculando a toda la organización interna del gran complejo europeo, ya sea el Parlamento o el Tribunal de Justicia, ya el Consejo y la Comisión —o quienes ocupen sus veces—, pero lo mismo las Agencias o cualesquiera instituciones, tanto como organizaciones, como a las personas titulares de las mismas en cuanto actúen a ese título. Tal sería el efecto normal, que por lo mismo no debería ofrecer mayores particularidades, aunque sin duda sea un compromiso que haya de requerir esfuerzos. Pero ya indicamos, al aludir antes a la Comunicación de la Comisión, que algunas de las instituciones ya asumían el compromiso de respeto para con la Carta.

2. Pero la cosa no queda ahí, y ahora vendría lo que más puede interesarnos. Porque el artículo 51.1 citado, indica algo más. Será lo mejor transcribir el apartado íntegro:

«Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución».

Es de destacar la referencia expresa a los Estados miembros. Paso así a comentar la incidencia que se incluye para los Estados miembros.

3. Pero ante todo, permitan que haga un pequeño inciso para lamentarme de un desliz injustificable, que no puedo entender como se le ha colado a las Cortes Generales. Aclararé que estoy

tomando el texto de la Carta de la transcripción que hace —como enseguida precisaré con más detalle— la Ley Orgánica 1/2008, que vengo comentando. Cuando tantas voces están clamando por que se hagan bien las leyes, cuando se insiste reiteradamente en la exigencia de la calidad de las leyes —y recordaré así la labor pionera e incesante del profesor Fernando Sainz Moreno²³—, no se puede entender que en Ley tan importante como ésta, se haya cometido este lamentable error²⁴. Porque un error injustificable es hablar ahora en este lugar de «la Constitución». Esto valía cuando el texto de la Carta figuraba como Parte Segunda del Proyecto de Constitución Europea. Pero aquel Proyecto decayó, como dijimos. Hoy habría que hablar en puridad, de las demás Partes «de los Tratados». Lo malo es, además, que el error aparece, al menos en otras dos ocasiones: en el apartado segundo del propio artículo 51 y en el apartado segundo del artículo 52. Insisto que me parece lamentable, no sé lo que harán para corregir el entuerto, que habrá que corregir, ni si se habrá derivado alguna responsabilidad de la falta de supervisión. Pero dejemos ahora lo que es un problema marginal a nuestra línea de razonamiento.

4. El caso es que la obligación de respetar la Carta se proyecta también a los Estados miembros. Lo cual es un dato de enorme significado, que conviene destacar, que nos concierne de lleno, y para el que hay que estar preparados. Los Estados habrán de aplicar la Carta, es decir, deberán sentirse vinculados por ella, «cuando apliquen el Derecho de la Unión». De hecho, se está auspiciando una proyección enorme para la Carta.

23 Yo mismo he dedicado un trabajo a recalcar la importancia que atribuye al problema el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: véase *La calidad de la Ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, «Derecho Privado y Constitución» (número homenaje a Javier Salas), 17, 2003, 377 y sigs.

24 Acerca del significado del bien hacer en el proceso de elaboración de las leyes —y también, en concreto, de la calidad de las leyes— para una correcta y efectiva presencia del Parlamento en la sociedad, véase recientemente el interesante libro de José TUDELA ARANDA *El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el sig lo XXI*, Congreso de los Diputados, 2008, 150 y sigs. Con abundante bibliografía puesta al día.

Se parte del dato obvio de que, en principio, el sistema comunitario no tiene órganos periféricos de aplicación, de modo que son los agentes de los Estados quienes deben dar aplicación al Derecho Comunitario, del mismo modo que se asume que los Jueces y Tribunales internos son también Jueces del Derecho Comunitario: aquéllos están haciendo uso constantemente del Derecho comunitario, lo mismo que éstos lo reflejan con gran frecuencia en sus decisiones. De modo, que unos y otros, habrán de tomar inexcusablemente la Carta como motivo de referencia —cuando entre en vigor—, en cuanto estén dando aplicación al Derecho Comunitario.

Entiendo que cabe hacer aquí unas consideraciones acerca del interesante problema de qué haya que entender por Derecho Comunitario o, con más precisión, cuando estará un Estado —sus autoridades, sus funcionarios o sus jueces— «aplicando el Derecho de la Unión», como dice con precisión el texto de la Carta. Consideraciones que dan por sentado el criterio metodológico, al que al principio me refería, de que, en el hoy y aquí, vivimos en un sistema de «interconexión de ordenamientos jurídicos»²⁵. Hay una espesa red, de forma que a la hora de aplicar las normas jurídicas, se mezclan las nacionales genuinas con las que provienen de ordenamientos supranacionales o extranjeros, pero que cada uno de los Estados —como España, en nuestro caso—, han asumido libremente.

Se estará aplicando el Derecho de la Unión, sin duda en una serie de supuestos en los que no parece difícil convenir. Así, cuando cualquier operador jurídico de un Estado —pongamos por caso España—, en las circunstancias que sean, esté dando cumplimiento a las disposiciones de cualquiera de los Tratados. Por ejemplo, un Tribunal Español que haya planteado «la cuestión» del artículo 234 TCE al Tribunal de Luxemburgo. Sin duda también cuando se

25 Me remito de nuevo a mi citado libro, *La interconexión de los ordenamientos*.

trate del cumplimiento de reglamentos comunitarios. Ante las directivas, el problema es ya algo más complejo. Pero, por de pronto, en los supuestos, sin duda excepcionales, en que no haya habido transposición y haya que dar aplicación inmediata a la directiva, estaríamos también en el caso.

Especialmente interesante resulta el supuesto en que la directiva haya sido transpuesta: se tratará, sin duda, de Derecho español, normalmente la ley correspondiente, elaborada por las Cortes Generales o, en su caso, por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Pero el caso es que, en tales supuestos la norma española está conteniendo, sin falta, Derecho Comunitario. Lo que exigirá, por tanto, que aquélla tenga que ser respetuosa para con la Carta. Y, por lo mismo, permitirá el control a la luz de la Carta. Este supuesto va a abrir un sinfín de oportunidades y de hecho, va a representar, una intensísima incidencia de la Carta. Y va a forzar igualmente a estar atentos a la hora de determinar si una norma española está en realidad incorporando una directiva comunitaria. Puede tenerse muy presente en un momento determinado que tal ley es respuesta directa a exigencias comunitarias. Pero una vez que la norma arraigue, la rutina de la vida cotidiana puede hacer que se olvide el origen comunitario. É l caso es que en la realidad son numerosísimas las normas españolas cuyo contenido es inequívocamente —al menos en su gran mayoría— Derecho Comunitario. Y esa gran mayoría de Derecho Comunitario puede estar mezclada con normas genuinas de Derecho español, con una clara tendencia a la simbiosis, o a la creación de zonas de mezcla, con la consecuencia de una poderosa atracción a la hora de dar aplicación a las exigencias de la Carta. Sin salir del ámbito del Derecho administrativo, pienso en la intensísima presencia cotidiana —con todo tipo de litigiosidad en torno— de la legislación de contratos administrativos, lo que ahora, desde una mayor incidencia, contempla la Ley de Contratos del Sector Público, la 30/2007, de 30 de octu-

bre²⁶. Dígase lo mismo de tantas de las normas que jalonan el ordenamiento del medio ambiente, desde la evaluación de impacto, la prevención y control integrados de la contaminación, la responsabilidad medioambiental, la información y transparencia, a la regulación del medio ambiente sonoro, la que se conoce como Ley del Ruido, la 37/2003, de 17 de noviembre²⁷. Sin duda, el Derecho ambiental *español* —lo mismo que muchos otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico— van a ser, en su inmensa mayoría, Derecho Comunitario. O pienso, como último ejemplo, en la incidencia que ha de tener en nuestro Derecho sobre el procedimiento administrativo la famosa «Directiva de Servicios», sobre cuya recepción parece se está trabajando.

26 Especialmente significativos me parecen los dos párrafos iniciales de la Exposición de Motivos de dicha Ley: «Desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido el referente obligado de nuestra legislación de contratos públicos, de tal forma que, en los últimos veinte años, las sucesivas reformas que han llevado desde el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Ley de Contratos del Estado hasta el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas han tenido como una de sus principales justificaciones la necesidad de adaptar esta legislación a los requerimientos de las directivas comunitarias.

Esta Ley de Contratos del Sector Público también ha encontrado en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria en la materia el impulso primordial para su elaboración. Las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, han sido sustituidas recientemente por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, disposición que, al tiempo que refunde las anteriores, introduce numerosos y transcendentales cambios en esta regulación, suponiendo un avance cualitativo en la normativa europea de contratos».

Estamos, en efecto, ante un reconocimiento paladino de que la Ley española está incorporando las exigencias comunitarias.

27 También en la Exposición de Motivos de la Ley del Ruido se justifica con holgura su vinculación a la normativa comunitaria, señaladamente a la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, la abreviadamente denominada «Directiva sobre Ruido Ambiental».

En definitiva, que por unas vías u otras, va a haber una gran copia de supuestos en los que responsables españoles *estén aplicando el Derecho de la Unión*, lo que conllevará la incidencia inmediata de los preceptos de la Carta que sean de aplicación en tales supuestos.

B. EL COMPROMISO ADICIONAL QUE REPRESENTA LA REFERENCIA EXPRESA A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN

Pero la Ley no se ha limitado a aportar la fórmula para que se lleve a cabo la ratificación del Tratado de Lisboa. Va algo más allá, al incluir una previsión cuya presencia y contenido no dejan de sorprender a primera vista. Ello me lleva al artículo segundo, con rúbrica «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», cuyo contenido, al menos en su párrafo primero, con vendrá retener:

«A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación: ...»

En efecto, el precepto incorpora en su seno el texto íntegro de la Carta. Quiero expresar con mis palabras que no hay una remisión a la Declaración, o que ésta no va como anexo o apéndice, ni siquiera en los artículos últimos de la Ley, sino que tiene cabida expresa dentro del espacio del artículo segundo. Que, no se olvide, forma parte de un conjunto normativo que la propia Ley declara que entra inmediatamente en vigor, como se deduce de la disposición final última a la que antes me refería.

El legislador ha explicado, en parte, en el párrafo último de la Exposición de Motivos de la Ley, qué se pretende con la incorporación expresa del texto íntegro de la Declaración de derechos. Vale la pena considerar lo que se dice:

«Por último debe resaltarse con especial énfasis que, según el Tratado de Lisboa, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual, proclama, tendrá el mismo valor jurídico que los tratados. Se trata de un avance de considerable valor político, además de jurídico, en el proceso de construcción de la Unión y de la ciudadanía europea. Por ello, y porque se considera conveniente desde el punto de vista de la transparencia y de la proximidad al ciudadano, se reproduce en el artículo segundo de esta Ley Orgánica el texto íntegro de la citada Carta, tal y como ha sido publicado en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007».

La razón que se da apunta directamente a la transparencia y al acercamiento al ciudadano (que no es que suela ser un apasionado lector de nuestro diario oficial), sin perjuicio del resto de afirmaciones, que no vienen a decir nada especial desde el punto de vista de la fuerza del precepto. Es decir, es como si se quisiera que la Carta tenga la mayor proyección posible y por eso se la airea en el «Boletín Oficial del Estado» incluyéndola en una ley. Pero, en cambio, la Exposición de Motivos nada dice acerca de la referencia al artículo 10.2 de la Constitución, que ocupa espacio señalado en el precepto que comentamos y que, a simple vista, podría sugerir significativas consecuencias. ¿Qué significa en realidad este precepto? ¿Es un mero formalismo con vocación propagandística o de facilitación del conocimiento, o tiene, pretendiéndolo o no, mayor alcance? Jurídicamente hablando, ¿añade algo este artículo? Su estudio me sugiere una serie de consideraciones, aunque conviene dejar claro dos posibles líneas de incidencia: una sería la de la normal vigencia de la Carta, como texto directamente aplicable,

y otra, la de los efectos interpretativos a que convoca el artículo 10.2 de la Constitución. ¿Cabría separar el momento de comienzo de ambas alternativas o habrán de producirse simultáneamente?

1. Partimos de la idea de que el Tratado de Lisboa va a cumplir su curso adecuadamente y los 27 Estados procederán a su aprobación. Una vez que ello se produzca, automáticamente entrará en vigor la Carta y, en lo que a nosotros afecta, incidirá en el sistema jurídico español en los términos que antes se exponían, que no son despreciables en absoluto. Tendrá sin duda efectos jurídicos plenos, como norma constitucional o primaria del Derecho Comunitario, con todas las consecuencias, a la hora de determinar conductas, por ejemplo, y con todas las características inherentes, como la de la primacía.

2. En tal supuesto, surtirá sus efectos igualmente de manera automática el plus que representa el artículo 10.2 de la Constitución española²⁸. Sin duda, la Carta, en cuanto instrumento atípico de la Unión, no *es* en sí un tratado internacional, pero el Derecho constitucional de la Unión Europea, es decir, la redacción que se da al artículo 6 del Tratado de la Unión —tal y como habría sido aprobado por todos los socios comunitarios—, se cuida de afirmar que «tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». De modo que hay una equiparación explícita y deseada: todos los que aprobaran el Tratado de Lisboa, estaban también aprobando esa consecuencia. Dado que la Carta está equiparada a un tratado internacional y versa sobre la materia de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la Constitución, como norma abierta, comienza a proyectar automáticamente los efectos del artículo 10.2 también sobre la Carta.

3. A la vista de lo anterior, ¿tenía sentido traer a colación en la nueva Ley el artículo 10.2 de la Constitución? ¿Se trata de una

²⁸ Acerca del significado del artículo 10.2, me remito a mi trabajo, *Notas para la historia del apartado segundo del artículo 10 de la Constitución*, en mi libro, *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, 177 y sigs.

mera redundancia, o de un mero recordatorio, que no añadiría efecto jurídico alguno? Sorprende de alguna manera el adverbio «también» que ha incorporado el precepto. Es decir, el juez español, por ejemplo, toma como elemento interpretativo, hasta ahora, La Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Nueva York, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, etc. El que «también» haya de utilizarse la Carta, es, como decimos, algo obvio y de efectos automáticos.

4. Incluso me viene en mente la doctrina que el Tribunal Constitucional formuló con energía, a partir de la sentencia de la LOAPA, la 76/1983, de 5 de agosto, en el sentido de que el Legislador no era quién para interpretar la Constitución, que esa función le estaba reservada a él en exclusiva.

5. Surge un interrogante, desde el punto de vista de la vigencia de la Carta. Cuando más arriba me refería a la recepción inicial de la Carta y sus primeros efectos, señalaba su vocación de convertirse en *documento de referencia*, a disposición de quien quisiera utilizarla o comprometerse con ella. Y, de hecho, señalados órganos jurisdiccionales —variados y dispersos— comenzaron a servirse de ella. ¿Podría pensarse que estamos ahora en una situación parecida? El hecho de que el Parlamento español la incluya en una Ley, cuya vigencia inmediata se determina, ¿significa que, por su propia decisión, la incorpora al ordenamiento jurídico español, y adelanta su vigencia aún antes de que ese efecto se produzca con normalidad, cuando se haya culminado el proceso de ratificación y de aprobación en curso?

Sin duda, suscita reparos el hecho de integrar en el ordenamiento jurídico interno algo que no ha sido aprobado como norma, que en puridad no es un texto normativo, por más que sí produzca algunos efectos jurídicos de relevancia, como ya se indicó.

El texto de la Ley, en concreto, el artículo 2 al reproducir el texto de la Carta, no es ni claro ni expreso, ante bien resulta, ciertamente equívoco, como para dar pié a diversas interpretaciones.

6. Si reparamos en los detalles del artículo 10.2 de la Constitución —y venimos a la otra dirección señalada, la del refuerzo que representa la Carta a efectos interpretativos—, España sí habría ratificado el instrumento —para ello se hizo la Ley—, aunque, en cambio, éste no es todavía un tratado o acuerdo internacional, pues aún no se ha culminado el proceso de aprobación. De modo que el Legislador en esto no puede corregirle la plana a la Constitución, que es inequívoca en la expresión de los requisitos. Es decir, no pueden *adelantarse* los efectos interpretativos de la Carta que todavía no es un tratado internacional.

7. Pero, sin perjuicio de que no encaje ese efecto interpretativo reforzado, la Ley favorece el equívoco en cuanto un lector no muy atento de la misma lo que constata a primera vista es que el texto de la Carta se ha incorporado al articulado de una Ley que ha entrado en vigor, incluso, cuya vigencia se ha adelantado advirtiendo expresamente que no encaja el canon habitual del Código civil de los veinte días. Y podría aparecer la duda de si el Legislador español habrá pensado en adelantar para España la vigencia de la Carta. Ésta, por la libre decisión del Legislador español, se vería dotada de plena vigencia normativa desde el momento de la Ley, aunque para el exclusivo ámbito del Derecho español. Pero ante un efecto de tanto significado sorprende que nada se diga en la Exposición de Motivos al respecto.

8. Sin duda, la de la Ley, es una fórmula atípica, y yo creo que incorrecta²⁹, en cuya elaboración no se ha tenido en cuenta el res-

29 No sé si se quiere jugar al ser más que nadie, pero soy de la opinión que Ley tan importante no está bien hecha. Y no son sólo los inexplicables errores a que antes me refería, o la fórmula tan equívoca que vengo comentando en el texto. Me parece injustificable —e, incluso, indignante— que el Legislador español afirme en la Exposición de Motivos que «la Unión precisa mayores dosis de legitimidad», como se afirma en el párrafo tercero. Dice, en concreto, ese párrafo, que vale la pena transcribir íntegro: «En primer lugar, la Unión precisa mayores dosis de legitimidad. De ahí que muchas de las reformas que introduce el nuevo Tratado estén presididas por una firme voluntad de acercar la Unión a los ciudadanos y de garantizar que sirve a sus intereses». Es encomiable, en efecto, *acercar* la Unión a los ciudadanos, tarea en la cual los políticos nacionales tienen mucho que hacer —y no siempre ha-

peto que se merecen los ciudadanos destinatarios de la norma, sabiendo que siempre son pocos todos los cuidados que se adopten en cuanto a la metodología de la legislación, al darse lugar al equívoco que vengo señalando, y mezclarse la vertiente publicitaria de la publicación del texto íntegro de la Carta con la inclusión de la innecesaria referencia al 10.2. Desde el punto de vista de la interpretación sistemática, la propia estructura de la Ley y la lógica hacen pensar que la funcionalidad de la norma queda vinculada y limitada al proceso de aprobación del Tratado de Lisboa, haciéndose para eso una Ley «por la que se autoriza la ratificación». Desde luego, la exposición de motivos de la Ley nada dice acerca *del adelanto* de la entrada en vigor de la Carta, nada acerca del inicio de los efectos interpretativos de la Carta. *Todo* lo que la Ley venga a suponer, y, por tanto, también el artículo segundo, quedaría demorado, por ende a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Pero no siempre quienes van a aplicar una norma se toman la molestia de leer la Exposición de Motivos, cuando lo directo y lo cómodo es leer el articulado e, incluso, aquélla ni siquiera se suele recoger en no pocas ediciones de textos legales.

9. Y es que, sin duda, la redacción del artículo 2 puede inducir a equívoco. Hay que contar también con la laxitud con que hoy se manejan entre nosotros los conceptos jurídicos, la falta de rigor dogmático y conceptual que caracteriza nuestra vida jurídica actual³⁰, la frecuente emulación y esa tan presente apuesta por la

cen—, dada, sin duda la complejidad de lo comunitario. Pero de ahí a proclamar la falta de legitimidad de la Unión tercia una enorme distancia. ¿Nos damos cuenta de la irresponsabilidad que representa que el Parlamento Español haga tal afirmación en una ley orgánica? Los responsables de esta Ley, que aparentemente quiere ser más europeísta que nadir, caen inconscientemente en la forma de comportarse de los euroescépticos. Es complejo para los ciudadanos entender lo europeo —como lo es entender cualquier sistema jurídico moderno ¡no digamos entender el derecho interno o el sistema autonómico español!— pero eso no es argumento para reconocer que falte legitimidad, que es lo que se establece cuando se formula la citada frase de que «precisa mayores dosis de legitimidad». ¡Lo que sí precisa el ciudadano español es que se hagan mejor las leyes!

30 Me remito a lo que señalaba en mi trabajo, *De mi jornada*, recogido ahora en mi libro, *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Aranzadi, 2000, pág. 315.

creencia de que todo vale, sin que nadie ose poner coto a tales caracterizaciones. ¡Sería reaccionario defender los conceptos y categorías, sus límites y exigencias! ¿Consecuencias en el caso? Como todo vale, como no hay topes sociales que impidan tirar por el camino más corto, estoy seguro que no tardarán en aparecer abogados que aleguen la Carta en sus pleitos, si les conviene. Y estoy seguro que no tardarán en aparecer sentencias que apliquen o tomen la Carta como referencia. De modo que, probablemente, se abrirá un proceso similar al de los primeros momentos de la Carta, pendientes todos a ver que Juez o Tribunal comienza a hacer uso de la Carta en sus argumentaciones³¹.

31 ¿Y si alguien hubiera pensado que poder echar mano de la Carta resultara de utilidad para apoyar el punto de vista del Gobierno en la defensa de la constitucionalidad de una polémica ley tocante al alcance efectivo del matrimonio, sobre cuya corrección ha de pronunciarse en breve el Tribunal Constitucional? No lo creo —aparte de que tampoco está tan claro el hipotético apoyo—, pero, tal y como se hacen las cosas, ¡quién sabe!

CUARTA PARTE
EN ESPECIAL, LA CARTA EUROPEA DE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO 19

LA NUEVA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Publicado en *UNIÓN PROFESIONAL, Memoria 1996-2000*, Madrid, 2001, 10 ss.

Las páginas del «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» del 18 de diciembre de 2000, con la confirmación solemne de las firmas del Presidente del Consejo, del de la Comisión y del Parlamento, dan cuenta institucional de un muy importante documento europeo, la «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Dados los primeros pasos en los semestres alemán y finlandés —Consejos de Colonia y Tampere, respectivamente—, consecuencia de un largo período de concienciación y maduración, al final, granaría el documento, ostentando Francia la presidencia, y se confirmaría en el Consejo de Niza (diciembre de 2000).

Fructificó el interés por lograr dar pasos destacados desde un punto de vista simbólico, pesó la consideración del final y comienzo de siglo y milenio, como pesó el detalle conmemorativo del aniversario del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, que el Consejo de Europa había llevado a buen término en Roma en 1950. Maduros ya los tiempos para superponer a las reglas del comercio, del mercado y de la economía, decisivas como punto de partida de una empresa de tanto fuste, una nueva etapa en la vieja

tradición de las cartas de derechos del hombre, que pudiera ser expresión sintética de las necesidades y aspiraciones de los seres humanos de nuestro tiempo. Se dio intencionadamente —y bien se aprecia el influjo francés—, el nombre de Convención a la asamblea cualificadamente representativa designada para elaborar el documento. Lo que se hizo es una delicada síntesis, resultado y lugar de encuentro entre muy variadas pretensiones y puntos de vista, propios del rico mundo y de las diferentes posturas de los 15 Estados que integran por el momento la Unión Europea, con tanta diversidad de aspiraciones, lo que se tradujo en acelerones, frenos, vetos, rodeos, compromisos y consensos, que un lector minucioso advertirá en el documento alcanzado. Algo que, debido a los procedimientos técnicos de que hoy se dispone, pudo ser objeto de un debate transparente, y abierto a la toma en consideración de multitud de propuestas y sugerencias que, además de las oficiales e institucionales, provinieron de todo tipo de interesados y organizaciones representativas.

Documento avocado, más allá de su carácter simbólico, a diversas opciones y alternativas desde el punto de vista de reforzar su fuerza jurídica: posible inicio para una ausplicable Constitución Europea, núcleo a incluir en algún lugar cualificado de los Tratados, Declaración de derechos con fuerza reforzada, entre otras variantes. No se ha alcanzado acuerdo a este respecto, demorándose la decisión al 2004; queda el texto sin valor jurídico formal por el momento, pero ello no empece su significado —sabido es como en organizaciones como la Unión Europea cada paso lleva su tiempo y requiere su preparación—, y pasa a convertirse en un destacado elemento de referencia que para todos nos resulta muy útil (y que ha accedido ya a integrarse, por ejemplo, en la argumentación jurídica del Abogado General ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, o en la del Tribunal Constitucional Español, como en la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, sobre la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos).

Es de destacar algo que intencionadamente se ha intentado: que se trata de un documento breve y conciso, claro, sencillo e inteligible, como corresponde a la mejor tradición de declaraciones de derechos. Algo, al alcance de cualquier ciudadano, y que, desde otro punto de vista, ocupa bien poco lugar. La Carta, en gran medida, es un documento de acarreo: sin perjuicio de dar cabida a soluciones jurisprudenciales y de aportar otras innovaciones, reúne y sintetiza textos de muy cualificados instrumentos como los propios Tratados, en el ámbito de la Unión, el Convenio de Derechos Humanos de Roma, o las Cartas Sociales, entre otros. Se advierte la intención de mantener en cuanto sea posible la redacción de los textos originarios. Sin que sea ocioso recordar que aunque no se haya dotado a la Carta de virtualidad jurídica, la mayor parte de su contenido la tiene, e inequívoca, en cuanto formando parte de los instrumentos originarios (es decir, lo que está en el Convenio de Roma, lo que está en el Tratado de la Unión, el peso de la jurisprudencia de Estrasburgo o de Luxemburgo, etcétera, etcétera.)

El texto ha sido elaborado pensando en que las disposiciones de la Carta sean de aplicación, como indica el artículo 51.1, a las instituciones y órganos de la Unión, y a los Estados miembros en cuanto apliquen el Derecho de aquella. Pero creo que se puede dar por descontada la intención de que no se detenga allí y proyecte su eficacia, a modo de efecto dominó, y ya sean los Estados u otras organizaciones, se reclamen de la misma. Y de hecho, no pocos de los derechos codificados no responden a los actuales cometidos de la Unión, sino que serían expresión de las aspiraciones ideales de los ciudadanos de la sociedad de nuestro tiempo.

Los 54 artículos de la Carta se organizan por capítulos, agrupados por contenidos. El último de ellos, el VII, incluye las disposiciones aplicativas, donde se insistirá, por ejemplo, en que los derechos fundamentales no son ilimitados— sino que deben respetar ciertas barreras (artículo 52). La serie de contenidos sustan-

tivos es la siguiente, según las rúbricas establecidas: Dignidad (I), Libertades (II), Igualdad (III), Solidaridad (IV), Ciudadanía (V) y Justicia (VI). Destaco que el reparto es solo por materias, no implica que haya escalonamientos o graduaciones que pretendieran dar distinta valencia a los derechos enumerados.

La Carta es, por el momento, en el panorama general de los Derechos Fundamentales la respuesta más reciente. Ello implica, si se ven las cosas desde la historia del constitucionalismo, que está en condiciones de reflejar las aportaciones más novedosas. Se hará eco, así, de exigencias que no pudieron tener acceso a textos más vetustos. Incluye por eso el que podría considerarse corpus arraigado de derechos y libertades, los cívicos por antonomasia, consistentes en opciones de libertad, de las que se intenta erradicar las interferencias nocivas de los poderes públicos. Pero se da acogida también, bien que con grados de intensidad diversos y con fórmulas en cierto modo abiertas que reclaman ulterior concreción, a opciones de alcance social llamadas a traducirse en prestaciones, que se incluyen sobre todo en el capítulo referente a «Solidaridad». De destacar, de entre ello, las referencias a aspectos relacionados con el mundo del trabajo: derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (artículo 27), negociación y acción colectiva, incluida la huelga (artículo 28), condiciones de trabajo justas (artículo 31), seguridad social y ayuda social (artículo 34), protección en caso de despido injustificado (artículo 30), etc., etc.

No pretenderé hacer una enumeración exhaustiva de unas y otras respuestas, no sería el caso en la presente ocasión, sino que me limitaré a destacar aquellas que puedan ofrecer mayor interés en este foro desde la preocupación por lo profesional.

La libertad profesional es, en efecto —tal sería la rúbrica del artículo 15, que se refiere igualmente al derecho a trabajar— una de las opciones consagradas de forma expresa —dentro del capítulo sobre «Libertades»—, reconocida como «derecho a ejercer una

profesión libremente elegida o aceptada». Se formula conjuntamente al derecho a trabajar y el precepto, concretando una de las aspiraciones de la Comunidad Económica desde sus orígenes, insistirá en la libertad de establecimiento y de prestar servicios en cualquiera de los Estados miembros, opción de enorme trascendencia, que, obviamente, implica compromisos recíprocos. Y que resulta muy próxima a la libertad de circulación» y residencia a lo largo de todo el territorio de los Estados miembros, que se formula a favor de los ciudadanos de los mismos (artículo 45). Este último dato me lleva a señalar que hay determinados derechos y libertades que se reconocen expresamente para los «ciudadanos de la Unión», sin perjuicio de que puedan extenderse «a los nacionales de terceros países que residen legalmente» (artículo 45.2). Otros derechos se reconocen, en cambio, sin ningún distingo, a todos, o a «toda persona», como dice la fórmula generalizada, o proyectando las prohibiciones, para que «nadie» resulte afectado (así, nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes —artículo 4—, o, nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre —artículo 5—). Destacaré a este respecto de entre las proposiciones en las que el nadie juega un especial papel, la que se refiere a la prohibición del castigo capital: «Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado». Merece resaltarse esta breve y contundente afirmación del artículo 2.2, porque es una de las cotas más significativas de la cultura europea de los derechos humanos. Y merece recordarse especialmente si se tiene en cuenta que muy poderosos países de entre el concierto de las naciones desconocen olímpicamente tan importante cota de humanidad y de progreso.

Hay avisos característicos para una sociedad superactiva y en la que, según algunos, podría valer todo. Se pone por eso el acento en la protección de la salud —la prevención y la atención sanitaria, con la preocupación por garantizar «un alto nivel de protección de la salud humana» (artículo 35)—, en la protección del

medio ambiente y mejora de su calidad (artículo 37), así como en la protección de los consumidores (artículo 38), con lo que todo ello, pero, sin falta, también, esto último, implica sobre la concepción del mercado y sus reglas de juego. Y si se garantiza la libertad de la investigación, junto al respeto a la libertad de cátedra (artículo 13), resalta el aspecto novedoso de exigir que en el campo de la medicina y de la biología impere «la prohibición de las prácticas eugenésicas, y, en particular, las que tienen por finalidad la selección de personas», «la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro», así como «la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos». Del mismo modo que se prescribe también, en el mismo ámbito, el consentimiento libre e informado de la persona. Todo ello desde la óptica del derecho de las personas a su integridad física y psíquica (artículo 3).

Si los anteriores postulados resultan decisivos para científicos y en especial biólogos y miembros de las profesiones sanitarias, destacado relieve alcanza para los miembros de las profesiones jurídicas el completo capítulo VI dedicado a «Justicia». Tienen allí cabida el derecho a un proceso *equitativo*, así como el derecho a un recurso eficaz para cuando se violen los derechos fundamentales (artículo 47), pero también otros derechos de la defensa, así como la presunción de inocencia (artículo 48), y el principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas (artículo 49). Se ha llevado incluso la regla del «non bis in ídem», el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (artículo 50).

De gran significado para todos resulta asimismo el canon de correcto funcionamiento de la Administración Pública que se auspicia en el artículo 41. Se prescribe ahí, de acuerdo con el constitucionalismo más exigente y recibiendo en parte lo que son garantías aquilatadas en el campo judicial, el «derecho a una buena administración», que se desdobra luego en una serie de exigen-

cias concretas: derecho a que los asuntos sean tratados de forma imparcial y equitativa y dentro de un plazo razonable (con lo que quiere excluirse el «silencio administrativo» como excusa para el no pronunciamiento: es muy importante esta equiparación con lo judicial, recibándose la prohibición del «non liquet»); el ciudadano debe ser oído antes de que se tome una medida individual que le afecte desfavorablemente; la Administración debe motivar sus decisiones; debe responder de los daños causados, es decir, que se codifica como derecho fundamental la responsabilidad patrimonial, etc. Pesa mucho, insisto, el que todas estas reglas asuman la consideración de derechos fundamentales. Lo mismo que la exigencia de transparencia que se recibe cuando se propugna de la manera más amplia el derecho de acceso a los documentos del Parlamento, del Consejo y de la Comisión (artículo 42).

De entre la lista de los derechos clásicos y consolidados, sobre los que no es este el momento de insistir —recordaré solo que al incluirse el derecho de propiedad se recalca la protección de la «propiedad intelectual», artículo 17—, quiero destacar uno sobre el que hay que poner especial énfasis en una sociedad tan desahogada y fisgona como la nuestra, el de que «toda persona —y dice «toda persona», sin excepciones— tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones» (artículo 7). Tal formulación de la «privacidad» es, como se sabe, la trascripción mínimamente adaptada del artículo 8.1 del Convenio de Roma, y creo que no se puede decir tanto con tan pocas palabras. Pero habrá que insistir una y otra vez, pues buena falta hace.

Pero estamos ante valores que acostumbran a ofrecer una doble perspectiva. Si los profesionales, como ciudadanos, son titulares de todos los derechos fundamentales, y se benefician de sus reglas de garantía, también habrán de ser especialmente cuidadosos para que en el ejercicio de sus profesiones y oficios se respeten al máximo los derechos de clientes, usuarios, pacientes y, en

general, destinatarios de sus servicios y actividades. Esta nueva perspectiva resulta determinante en nuestro tiempo: no es solo el Poder Público el vinculado por los derechos fundamentales sino que se advierte una vocación de generalidad. Todos resultan obligados, a respetarlos. Aquí encaja la alternativa de amplia proyección de la Carta a que antes me refería.

De destacar, así, por ejemplo, la cuidadosa atención que habrá que poner para alcanzar la debida protección de los datos de carácter personal (artículo 8). O, el trato delicado que habrá que procurar en relación con determinados grupos: personas discapacitadas, intentando su integración (artículo 26), menores (artículo 24), personas mayores (artículo 25), respeto a las diversidades —cultural, religiosa, lingüística, etc.— (artículo 22), y, en general, no discriminación (artículo 21), con especial atención a la búsqueda de igualdad de oportunidades entre varones y mujeres (artículo 23). Aspiración esta última en la que, como se sabe, se está insistiendo últimamente con especial énfasis en la Unión Europea.

He aquí una visión escueta, obviamente extractada y selectiva de lo que es un pequeño gran documento. Creo que habrá que esforzarse por conocerlo y asimilarlo y aprovechar cualquier oportunidad para propagarlo y darle publicidad. Sería muy oportuno que los Colegios, los Consejos y demás organizaciones e instituciones asumieran la tarea de reproducirlo y difundirlo con largueza. Para así poder asimilar su espíritu y sus exigencias. La Carta no tendrá todavía valor jurídico vinculante por sí misma —por más que muchos de sus contenidos sí lo tengan, como se dijo, aunque estén dispersos—, pero, como documento de referencia, ofrece un programa de mínimos muy sugerente que ojalá dejara sentir su influjo en nuestra sociedad. Celebro así esta oportunidad para contribuir a propagar su conocimiento, desde el convencimiento de que lo que importa es que se asimilen realmente los valores ordenados de forma tan precisa y clara.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Muy abundante ya la literatura extranjera sobre la Carta. Señalaría en España los siguientes trabajos: Para los antecedentes y fase preparatoria, véase Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, *Para una afirmación de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, en «Revista del Poder Judicial», n° 57 (2000). La «lección inaugural» del curso académico en la Universidad Autónoma de Madrid la dictó el 27 de septiembre de 2000, bajo el título de *La Carta de Derechos Fundamentales* de la Unión Europea, el profesor Álvaro RODRÍGUEZ-BEREIJO, uno de los redactores de la Carta, miembro de la Convención en cuanto designado por el Presidente del Gobierno (en esa fecha, todavía no había sido aprobado formalmente el proyecto, pero ya estaba cerrado el texto). Está editada por la propia Universidad en volumen separado. Véase también, Ricardo ALONSO GARCÍA, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en «Gaceta Jurídica de la Unión Europea», n° 209, sept.-oct. 2000, págs. 3 ss.

CAPÍTULO 20

LA EFICACIA DE LA CARTA

Conferencia pronunciada en San Sebastián y aparecida en la revista «Azpilcueta. Cuadernos de Derecho», 17, 2001, 19-27

1. Me da la impresión de que a lo largo del proceso de elaboración de la Carta planeaba siempre la duda de cual había de ser la eficacia del documento que se estaba preparando. Hay que pensar que tantas soluciones de compromiso como refleja el articulado eran a modo de tributo previo que había que ofrecer para que el documento pudiera llegar a buen término. El resultado es claro, el documento se realizó y se concluyó, lo aprobaron los miembros de la Convención e, incluso, lo hicieron suyo, con la solemne firma y promulgación, en Niza el 7 de diciembre de 2000, los presidentes de las tres instituciones más características de la Unión Europea. Es de gran nota, en efecto, que la publicación de la Carta en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» del día 18 de diciembre de 2000 venga avalada por la firma del Presidente del Consejo —a la sazón, el Presidente de la República Francesa, monsieur Jacques Chirac—, el Presidente de la Comisión, el onorevole Romano Prodi, así como la Presidenta del Parlamento Europeo, madame Nicole Fontaine. Pero, con todo, eso sería una fórmula de compromiso que no resolvía el acuerdo. Era algo así como una especie de pantalla para ocultar un hueco que no se había podido rellenar. A falta de acuerdo se convino, en efecto, que la deci-

sión acerca de la eficacia quedaba demorada al año 2004. Al razonar acerca de esta idea conviene tener presente, paralelamente, otra cuestión del mayor interés, la de a quien se pretende obligar con el contenido de la Carta. Es lo que el artículo 51 expresa con la rúbrica «Ámbito de aplicación», y que se perfila en los términos siguientes: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión...»

En suma, un texto de la Unión, para la Unión. El propio título del documento quiere expresar la misma idea cuando acota que se trata de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2. La importante constatación de la presencia y prestancia de diversos ordenamientos jurídicos, así como de las intensas interrelaciones entre los mismos, me lleva a precisar otra observación de interés: se quiso, para asegurar la mayor legitimidad, que en la Convención que había de redactar el documento, aparte de la delegación del Parlamento Europeo y de los representantes de la Comisión, hubiera representantes de los Parlamentos nacionales así como representantes personales de los Jefes de Gobierno (o de Estado) de los Estados miembros, aparte de observadores del Consejo de Europa (y otros). Se puede convenir en que fue un gran acierto este carácter heterogéneo de la asamblea. En todo caso esto era un encargo de la Unión, para la Unión, aunque quisiera sumar otras voces.

3. La organización europea no cuenta, en general, con lo que podríamos denominar órganos periféricos de aplicación y ya se sabe que son los Estados —según las características de la estructura constitucional de cada uno de ellos— los encargados de llevar a término las exigencias del Derecho Comunitario en su territorio. De ahí que se diga ante todo, como es lógico, que las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones y ór-

ganos de la Unión. No es cuestión de entretenerse ahora en su enumeración, nótese que la referencia tiene una vocación de generalidad y amplitud. Aun contando con eso, la determinación de carácter orgánico que la fórmula implica, facilita la aclaración de la solución en cuanto a este espacio. Pero luego, viene la proyección, que implica un importante salto, también a los Estados miembros. La fórmula introduce complicaciones notables que hay que asumir. En no pocas ocasiones, el Derecho de la Unión no es un producto fácilmente identificable, no es un texto como de acero, claro e inmutable, sino que puede aparecer mezclado con, y diluido en, el derecho nacional: hay una inequívoca predisposición a aleaciones y mixturas. Con lo cual no es difícil imaginar que sean frecuentes los supuestos en los que no esté claro que haya una barrera firme que señale la demarcación de penetración de la Carta. Será normal que se deje sentir la tendencia a que la carta penetre en los Derechos Nacionales, en aquellas zonas limítrofes, aledañas y complementarias con el Derecho de la Unión. Por supuesto que el Tribunal de Luxemburgo está llamado a desempeñar el papel crucial en la interpretación de la Carta como Derecho de la Unión, pero también los diversos tribunales nacionales, como jueces que son del Derecho Comunitario, han de asumir una destacada tarea de aplicación de la Carta cuando conozcan de litigios que tengan que ver con la aplicación del Derecho Comunitario por los diversos órganos del Estado. Y, en este sentido, desde luego, el orden constitucional de cada Estado predetermina cuales hayan de ser los órganos del mismo destinados a aplicar Derecho Comunitario. Lo que, en el caso concreto de España, puede implicar a los órganos de la Administración General del Estado, centrales o periféricos (lo mismo que a las Cortes Generales o a los órganos del Poder Judicial), pero también a órganos de Comunidades Autónomas (Administración o Asambleas), a los entes locales, pero también, eventualmente, a las demás Administraciones Públicas o sector público en general (cuando, por ejemplo, apliquen las reglas de la contratación de inequívoco origen comunitario).

4. Hasta aquí lo que la Carta determina, dentro de lo que la Carta puede predeterminar, diría. Pero yo me atrevo a aventurar otra hipótesis que bien podría deducirse de todo el contexto que ha rodeado a la Carta. Desde la coordenada de lo simbólico, pensando en el solemne logro que se alcanza como signo del fin y comienzo del siglo y del milenio, no está excluida la opción o, mejor diría, se da por sentada la alternativa, de que se convierta en un documento de referencia general que unos y otros aspiren a considerar como propio. Y cuando digo unos y otros quiero dar un sentido amplio a la expresión. Por de pronto, caben allí los Estados y —en la medida en que lo permita la estructura constitucional— otras organizaciones estatales, como regiones, provincias, municipios, etc. Pero, más allá, cabe que el compromiso sea recibido por la variada gama imaginable de organizaciones sociales, partidos políticos, sindicatos, clubes de opinión, asociaciones cívicas, no digamos los grupos que postulan el respeto de los derechos fundamentales o que ponen énfasis en aquellos que consideran más menesterosos. Pienso así que cabe considerar a la Carta como un documento que hubiera podido ser pieza de referencia para abolicionistas —de la esclavitud y de la pena de muerte—, sufragistas, buscadores de la libertad de conciencia, luchadores contra las discriminaciones, o las mutilaciones, defensores de las minorías, campeadores por la igualdad de oportunidades, protectores de la naturaleza, y tantos otros, que han sido, son o serán, decididos a superar las injusticias históricas. Pero no están excluidas las variantes organizativas de profesionales o empresarios. Piénsese como cambiaría el panorama si todos los que desarrollan su actividad en el sector de la prensa, o si todos los que militan en organizaciones políticas, por poner algunos ejemplos, llegaran a actuar presididos por el canon de vigencia y respeto de las exigencias de la Carta. Ya sé que me veo caminando, al decir esto, por los territorios de la utopía. Pero hay aspiraciones que pueden despegar una enorme energía. Aparte de que los hombres a lo largo de su devenir, y no digamos en materia de derechos fundamen-

tales, han procedido en tantas ocasiones que han resultado históricas, generalizando y arraigando los remedios a las aspiraciones más menesterosas.

Si la Carta logra alcanzar un papel relevante y pasa a ser considerada como señal de las aspiraciones de nuestro tiempo, su proyección, su incidencia, sus mismos efectos, pueden expandirse a campos bien diferentes del originario de las instituciones de la Unión Europea. Esta no tiene ya su propiedad intelectual, ha entrado en el dominio público, y cualquiera puede apropiársela. Por estas vías, bien puede penetrar en otros ordenamientos jurídicos.

5. Diría incluso que si se analizan con detenimiento los contenidos de la Carta, a consecuencia del origen heterogéneo de la misma, como luego recalcaré, no pocos de ellos no parecen aplicables a la Unión Europea, resultan aparentemente más propios de otras organizaciones. Piénsese, como ejemplo, en la prohibición de la pena de muerte (artículo 2.2), en la prohibición de la tortura (artículo 4) o de la esclavitud (artículo 5.1), etcétera. O, como he desarrollado en otra ocasión, no deja de sorprender la insistencia de la Carta a la hora de referirse a la ley, o al principio de legalidad, en momentos culminantes —por ejemplo, garantías penales (artículo 49), o cuando se contemplan los límites de derechos y libertades (artículo 52.1)— si se tiene en cuenta la especialidad del sistema de fuentes en el ámbito comunitario —no encajan las fórmulas habituales de la separación de poderes—, y si se considera, en concreto, que no existe en la Unión un instrumento que se conozca con el nombre de «ley», ley que en pasajes como los señalados habría de ser interpretada con carácter riguroso y en sentido formal.

6. Pero tornemos al argumento del valor jurídico de la Carta como instrumento de la Unión Europea. A la hora de razonar acerca de su naturaleza jurídica cabía imaginar diversas alternativas. Una de ellas, propuesta desde varias instancias, era la de hacerle un hueco en los Tratados: tras la puesta en marcha del correspon-

diente procedimiento de reforma, incluir el texto, así reunido, en un espacio señalado de los mismos, con lo que se empapara de su misma fuerza jurídica.

Otra variante, más complicada desde un punto de vista técnico y no digamos político —pero no olvidemos que el debate está abierto (no faltan las tomas de postura de los más cualificados políticos) y algún día habrá que decidir—, era la de asumir la necesidad de una Constitución Europea, y considerar a la Carta como un fragmento inicial de la misma, abordando, obviamente, el problema de la supralegalidad.

O, con carácter autónomo, aun sin predeterminedar un futuro constitucional, y pensando en la riquísima tradición de «Declaraciones de Derechos», haber buscado una fórmula para darle valor jurídico: la Carta como tal, instrumento «a se stante», nuevo paso en la gloriosa historia de las Declaraciones de Derechos, dotada de fuerza vinculante.

En suma, que son imaginables muchas fórmulas, ya utilizando los mecanismos institucionales existentes, ya introduciendo reformas, sobre todo desde la idea de garantizar una supralegalidad. No se oculta lo complejo del proceso, sobre todo cuando, como juristas, sabemos que hay que hacer las cosas bien. Manipular las fuentes del Derecho es siempre una operación complicada. Aunque, si se quiere, siempre hay soluciones y la historia de la Unión Europea es una sucesión de respuestas ajustadas a bien intrincados problemas. Más difícil resulta, por eso, el concierto político. Concertar a quince socios, con visiones e intereses contrapuestos, en un documento de tanta trascendencia, cuyas secuelas y consecuencias son además imprevisibles, es una operación de enorme entidad. Por eso ha quedado demorada la respuesta. Se ha alcanzado sí la proclamación solemne —dando por sentada la ausencia de consecuencias jurídicas—, posponiéndose la toma de postura, pensando en que se pueda decidir en 2004 (en este sentido, de entre las Declaraciones Anejas al Acta Final de Niza, la número

23, relativa «al futuro de la Unión», párrafos 5, 6 y 7, donde se insiste en que habrá que abordar, entre otras cuestiones, «el estatuto» de la Carta). De modo que, en principio, el instrumento que han aprobado las instituciones más señaladas de la Unión y que, por lo mismo, promulgaron solemnemente los respectivos presidentes, con toda la fuerza simbólica que se le ha querido dar, aparece, en principio, como tal, desprovisto de vinculatoriedad jurídica. «En principio», «como tal», son matizaciones que introduzco intencionadamente, por lo que ahora voy a decir a continuación.

7. No pocas de las críticas, recelos o suspicacias que suscita la Carta tienen que ver con su tan recordada ausencia de fuerza jurídica. Pero profundizando en el discurso no queda más remedio que plantearse, con cierta energía, el interrogante que permita salir del «impasse». ¿Quiere decirse que la Carta es un papel mojado, algo que se lleva el viento, lo mismo que decía Ferdinand Lasalle de las Constituciones que no reflejaran el poder real de cada sociedad?

Sin dejar de desconocer que la Carta es lo que es, mi juicio, aun en cuanto a su fuerza jurídica, no es descalificatorio, ni siquiera negativo, dado que hay que dar el debido valor a algunos factores que van a pesar mucho. Porque, tras su consideración, habrá que pensarse muy mucho cualquier descalificación que pretendiera hacerse alegando la ausencia de fuerza vinculante. Me fijaría en dos órdenes de ideas, de distinto valor y alcance, pero ambas con peso destacado.

A) Ante todo, me parece indudable que por su modernidad, por el halo simbólico de que se ha rodeado, la Carta está llamada a convertirse en un *documento de referencia* de gran utilidad. Que está puesto a la disposición de quien quiera comprometerse con él, o quiera utilizarlo, en línea con lo que hace un momento señalaba.

La respuesta a este respecto puede ser muy variada y seguro que en cuanto transcurra algo de tiempo hemos de encontrarnos

con formas de proceder bien diversas y singulares. Ya lo es la que ha deparado el Tribunal Constitucional Español de la forma más inesperada. En efecto, en la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley de Protección de Datos, hallamos una prueba por demás interesante, dejando ahora cualquier posible crítica desde unas perspectivas jurídicas formales. A la hora de construir la argumentación jurídica en que ha de apoyarse el fallo, al traerse a colación textos internacionales, con apoyo expreso en el artículo 10.2 de la Constitución, y tras utilizarse textos de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, se dirá en el párrafo segundo del fundamento jurídico 8: *«Por último, otro tanto ocurre en el ámbito comunitario, con la Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la libre Circulación de estos datos, así como con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo artículo 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto. Pues todos estos textos internacionales coinciden en el establecimiento de un régimen jurídico para la protección de datos personales en el que se regula el ejercicio de este derecho fundamental en cuanto a la recogida de tales datos, la información de los interesados sobre su origen y destino, la facultad de rectificación y cancelación así como el consentimiento respectivo para su uso o cesión. Esto es, como antes se ha visto, un haz de garantías cuyo contenido hace posible el respeto de este derecho fundamental».*

Es decir, la referencia a la Carta es una más entre muchas, y sin duda no es determinante para el caso, pero tal vez ahí radique el mérito en lo que ahora nos interesa: el Tribunal Constitucional la equipara a los textos con vigencia consolidada. Es como si ya estuviera en vigor (y eso que en la fecha de la sentencia se habían producido aprobaciones sectoriales, estando ya fijado el texto definitivo, pero aún faltaban por cubrirse los últimos pasos). En el mismo sentido cabe esperar otras aportaciones parecidas y,

señaladamente, la de ver cuando y como se produce la primera referencia a la Carta del Tribunal de Justicia de las Comunidades, una vez que ya la han utilizado en sus argumentaciones, al parecer, los defensores de partes o el propio Abogado General.

B) Pero, junto al anterior, fáctico y casuístico y, por fuerza, de limitado alcance, hay otro camino, mucho más evidente, sobre el que creo que, en cambio, no se ha reparado demasiado. Suele ser muy humano el que a veces no se ve lo que más a la vista está. Creo, en efecto, que hay truco encerrado y el que no quiera verlo es que es corto de vista.

Hay que partir de la base de que la Carta es un documento formado, en su mayor parte, por aglomeración y yuxtaposición de muy variados elementos existentes: muy diversos materiales quedan reunidos en la Carta, que ofrece así una unidad de ordenación (con todas las tensiones internas de los sistemas), pero que permite seguir distinguiendo los elementos agregados. Cuando transcurra un cierto tiempo será normal que se olvide este origen que hoy en cambio lo tenemos muy presente. Muy expresivo de la metodología de agregación utilizada resulta del párrafo quinto del Preámbulo: *«La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».*

Se desvela así cual va a ser el contenido de la Carta para lo que resulta muy valiosa esta enumeración ofrecida. Vale la pena detenerse a reflexionar sobre tal clave e intentar sacar consecuencias. La consideración de cada uno de sus elementos va a proporcionarnos pistas útiles, aunque no pretendo ahora llevar a cabo

un estudio sistemático del conjunto sino solo aportar algún ejemplo que sirva de muestra para apoyar la tesis que estoy desarrollando y en la que quiero poner un cierto énfasis. Pero antes de nada insistiré en una constatación obvia por demás: lo que reproduce el párrafo transcrito es, en gran medida, algo que ya está en los Tratados pues es, ni más ni menos (en su mayor parte, insisto), una manera de referir, a toda potencia, lo que está dicho en el trascendental artículo 6.2 del Tratado de la Unión, de cuyo riquísimo contenido me he ocupado en otras ocasiones. Recuérdese, en efecto, que ahí se sella el compromiso de la Unión de respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. La Carta va a resultar así a modo de amalgama de todo esto.

En efecto, la Carta va a ser, ante todo, un trasvase del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de aquellos de sus Protocolos que han alcanzado mayor aceptación, observándose el esfuerzo por mantener, en la medida de lo posible, la redacción originaria (así, por ejemplo, y como simple muestra, pueden contrastarse los artículos 3, 4.1 y 4.2 de la Carta con los correspondientes del Convenio, o constatar la coincidencia del artículo 2.2 de aquella con el Protocolo Adicional número seis).

Desde otra perspectiva, resulta fácil observar como la Carta incorpora contenidos muy cualificados de los Tratados comunitarios. No se trata tampoco aquí de llevar a cabo un estudio minucioso, pero cualquier conocedor del Derecho Comunitario deducirá las claras connotaciones que ofrecen —por dar tan solo una muestra— los siguientes artículos de la Carta: artículo 35 sobre protección de la salud, artículo 37 sobre protección del medio ambiente, artículo 38 sobre protección de los consumidores, artículo 41.3 sobre responsabilidad patrimonial, artículo 43 sobre el Defensor del Pueblo, o artículos 39 y 40 sobre derecho de voto y concurrencia a elecciones.

Pasemos a otro apartado: de la Carta Social Europea o de la Carta Comunitaria de Derechos sociales de los Trabajadores hallamos claras transcripciones, así en los artículos 27 y siguientes.

Pero también, otros textos internacionales y de mayor proyección territorial: el artículo primero de la Carta es fiel reflejo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, con lo cual se produce este abrazo con el gran texto de Naciones Unidas, uno de los grandes testimonios del Siglo XX y que ha dado pie a tan importantes desarrollos en materia de derechos humanos.

Pero no solo normas escritas extraídas de los grandes textos, en una realidad jurídica en que pesa tanto lo normativo. Se discutirán alcances y se reclamarán seguridades pero forma parte también del paisaje jurídico de nuestro tiempo el peso de lo principal, con el protagonismo que suele implicar para los más cualificados Tribunales. A destacar, por eso, igualmente, el aporte jurisprudencial y los materiales extraídos de las tradiciones constitucionales de los países miembros (argumento sobre el que tan lúcidamente acaba de reflexionar el profesor Franck Moderne). Las reglas de buena administración que codifica el artículo 41 provienen inmediatamente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (al margen de su plasmación en textos constitucionales, de forma pionera en el italiano). Es, en cambio, puro reflejo de la jurisprudencia de Estrasburgo la regla de la asistencia jurídica gratuita (artículo 47.3), o la protección a los extranjeros en caso de expulsión incorrecta así como las garantías para la extradición (artículo 19.2). La proporcionalidad de las penas (artículo 49.3) es un hallazgo obvio extraído sin dificultad de las tradiciones constitucionales comunes. Lo mismo que la regla básica de la igualdad ante la ley (artículo 20), a la que por tal razón el Tribunal de Luxemburgo considera como uno de los principios generales del Derecho Comunitario.

8. He aquí esta pequeña indagación que bien podría alargarse. Me he movido con ejemplos escuetos pues no he pretendido llevar a cabo un estudio exhaustivo. Estoy convencido de que con la

muestra es suficiente y que estamos en condiciones de sacar conclusiones que yo aventuraría son de gran peso.

En efecto, frente a lo que con demasiada frecuencia se hace, creo que no se puede exagerar el argumento de la falta de valor jurídico de la Carta. Como tal instrumento, y en su conjunto, habrá que estar a lo que se ha dicho antes, señaladamente en A). Pero si separamos los fragmentos, si despiezamos la Carta, la mayor parte de los preceptos tomados de forma aislada tienen, en general, fuerza jurídica incuestionable. Forman parte, como acabo de señalar, de instrumentos de vigencia innegable: los Tratados, la Convención, la Declaración Universal o, aunque solo sea, la jurisprudencia consolidada. Aparte del gusto por la reflexión ello conlleva destacadas secuelas prácticas: si se quiere buscar defensa para algún problema concreto —a la hora de auspiciar y propiciar alguna solución—, dado que suele ser común que baste el apoyo de solo algunos preceptos, acaso uno único, habrá que considerar esta especie de carácter dual, pues además de en la Carta será fácil que estén en otro texto afianzado y de valor indiscutible. Tal es el truco a que antes me refería, tal es la secuela innegable que hay que deducir con énfasis. La Carta añade el plus de la ostensibilidad —al ofrecer reunidos los fragmentos dispersos— aparte de lo que representa su unidad como sistema; ello es indudable y todo lo que se avance en esta dirección que sea bienvenido. Pero aunque tales pasos se demoren, conviene tener muy claro este argumento de la inequívoca fuerza jurídica de buena parte de los fragmentos que integran el texto. Desiguales y con las matizaciones inherentes, en cada caso según la fuerza que le atribuyan los instrumentos originarios (entre lo que hay que incluir sin falta, insistiré, el peso efectivo de la jurisprudencia, ya de Luxemburgo, ya de Estrasburgo), es grato llegar a la conclusión de cómo, dando este rodeo, buena parte de los contenidos de la Carta van a estar dotados de un peso jurídico que tal vez no se sospecharía a simple vista. No se puede trivializar, por ende, recreándose en la crítica de la falta de eficacia de la Carta.

CAPÍTULO 21

DOS NOTAS SOBRE LA CARTA

Ponencia sostenida en el «Seminario Internacional organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2001», y recogida en el volumen correspondiente, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, del que fue director el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas, Madrid, 2002, 183-197.

S U M A R I O:

I. LA EFICACIA DE LA CARTA Y EL PROCESO DE PROGRESIVA JURIDIFICACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS.— II. ESPECIAL ATENCIÓN RESPECTO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 1. Los reflejos de la descentralización del Estado. 2. Una autoridad independiente para la protección de datos personales. 3. El acceso a los servicios de interés económico personal. 4. Derecho a una buena administración.

Partimos de que hay que prepararse para la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos a celebrar en el año 2004, donde habrá que abordar, entre otras cosas, «el estatuto de la Carta», en los términos de la «Declaración relativa al Futuro de la Unión», la número 23 de las aprobadas en Niza, el 26 de febrero de 2001. Habrá que sopesar todos los instrumentos jurídicos y, a

su vez, habrá que interesar a la opinión pública, en una línea de actuación dual, cada una de cuyas vertientes resulta no menos interesante y trascendente. Hay que preparar el futuro, pero hay que calibrar también aquello con lo que ya contamos.

Como contribución personal al debate de esta tarde en torno a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, «la Carta»), propondría dos puntos de reflexión de distinto alcance y significado.

Quiero así llamar la atención acerca de algunos de sus contenidos a los que tal vez no se ha prestado demasiada atención por el momento, acaso porque no se trate de esas aspiraciones trascendentales que históricamente han conmovido a la Humanidad cuando se ha pretendido plasmar los grandes documentos. Me referiré a la atención dedicada a la Administración Pública, aspecto menor, pero no sin importancia en un mundo de tanta presencia del Estado.

Pero antes querría terciar en el vivo debate acerca del valor y trascendencia de la Carta, abordado a veces de forma un tanto simplista y con criterios un tanto tajantes. Confío además que alguna de las ideas que desarrolle en este primer tramo hallen confirmación suficiente con la segunda reflexión. En la esperanza de que el intento de valoración de lo ya dado nos permita también abrir alguna ventana hacia el futuro.

I. LA EFICACIA DE LA CARTA Y EL PROCESO DE PROGRESIVA JURIDIFICACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

Partimos de la constatación obvia de que la Carta no es un documento normativo que tenga valor vinculante inmediato y directo. De ahí la necesidad de abordar su «estatuto» dentro de tres años. Pero ello no le priva de tener cierta fuerza y de surtir determinados efectos.

Con frecuencia he insistido en el valor simbólico de la Carta, cuyo alcance y consecuencias no pueden ser pasados por alto. Significado, así, en el mundo de los símbolos y representaciones, de un texto conciso, claro, inteligible y al alcance de los ciudadanos.

Se ha destacado también como el hecho de la «proclamación solemne» por quienes estaban al frente de las tres instituciones más cualificadas de la Unión —el Presidente del Consejo, la Presidenta del Parlamento y el Presidente de la Comisión—, de alguna manera representa la aceptación por parte de dichas instituciones, con lo que tiene de auto vinculación. Obviamente, como es de rigor, no estaba el Presidente del Tribunal de Justicia, a quien le compete garantizar «el respeto del Derecho, tal y como se ofrece en el Tratado» (artículo 220 TCE), partiendo, como partimos, del dato de que la Carta no se ha incorporado al Tratado ni ha sido objeto de cualquier consagración cualificada. Pero ello no es óbice, insisto, a predicar determinados efectos y consecuencias de la Carta. Ante todo, ofrecen indudable interés las noticias que llegan en el sentido de que alguna de las tres instituciones mencionadas asumen, antes de tomar decisiones, la preocupación de contrastar si lo que se propone y tramita resulta compatible con las exigencias de la Carta. Se instauraría, así, una sensibilidad tratando de auspiciar el respeto a la Carta.

Hay otro aspecto que yo estimo muy relevante y que ya lo he desarrollado en alguna otra ocasión. Si como tal declaración, en su conjunto, la Carta como totalidad no ha alcanzado el estatus normativo deseable, no puede decirse lo mismo de la mayor parte de sus contenidos, tomados fragmentariamente. Ciertamente que la Carta innova, añade y sistematiza, pero también es verdad que en gran medida la Carta es el resultado de la suma de diversos elementos ya existentes. Y muchos de estos elementos sí gozaban de vigencia jurídica indudable. Aisladamente considerados, no pocos de los elementos de la Carta, en un nivel u otro, con unos u otros destinatarios, estaban dotados de innegable fuerza vinculante.

Hay que pensar bien lo que esto significa. No todo es homogéneo y se advierten diferencias y matizaciones, pero no es menos cierto el peso, en unos u otros términos, como fragmentos jurídicamente vinculantes de no pocos de los elementos que se integran en la Carta.

Es así como, a la vista de todo lo que vengo señalando, se abre un proceso de espera enormemente estimulante, con la atención puesta en las tomas de postura que se vayan produciendo.

Se ha comentado reiteradamente el dato de la mención expresa de la Carta que de forma tan temprana hizo el Tribunal Constitucional español en su sentencia 292/2000, de 30 de noviembre. Jurídicamente eso no añade nada, se dirá acaso desde un punto de vista estrictamente formal, e incluso alguno considere dicho paso como una conducta improcedente y sin fundamento. No pensaría yo lo mismo, el mundo jurídico es mucho más sutil y complejo y no son buenas las simplificaciones.

En cada nuevo seminario o sesión de estudio sobre la Carta suele ser normal que alguien ofrezca, puesta al día, la lista creciente de casos en que el Abogado General incluye la referencia a la Carta entre sus argumentaciones. Y habría una cierta expectativa, ilusionada diría incluso, por ver cuando alguno de los dos Tribunales europeos, el de Luxemburgo o el de Estrasburgo, hace la primera mención a la Carta, y por ver en que forma y en que términos la hace.

El de las Comunidades o el de Derechos Humanos, o cualquier otro Tribunal de orden interno, sea constitucional o pertenezca a la Justicia ordinaria. Y es que hay otro dato ínsito en la filosofía de la Carta. Es ésta un texto de la Unión Europea para la Unión Europea, como claramente se deduce, aparte de su nombre y de su origen, de lo que ha venido a señalar el artículo 51. Pero éste, al consagrar tal postura, abre una alternativa de la que no se sabe que caminos pueden derivar. Están dirigidas, las disposiciones de la Carta, a las instituciones y órganos de la Unión y tam-

bién a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de aquella. El Derecho de la Unión, a veces neto y distinguible, a veces entremezclado con el Derecho nacional. Y en esta secuencia, el juez nacional, cada juez nacional, es también juez del Derecho comunitario. Es decir, que se abre la puerta a inesperados protagonismos, con pasos y consecuencias no fáciles de predecir.

Con otra variante, además. Estamos, aun con lo dicho, ante un texto de la Unión para la Unión. Es indudable, con la matización que acabo de señalar. Pero, a renglón seguido, hay algo nuevo que añadir. No lo va a decir el texto, ni lo van a decir seguramente sus autores, pero cualquiera puede imaginar aquí otras posibilidades. El valor simbólico de la Carta, el que se convierta en un documento referencial, su halo de modernidad al filo del final-inicio del siglo y del milenio, puede hacer que se convierta en un señuelo atractivo para que otras organizaciones lo consideren como propio. Organizaciones ¡quién sabe de que tipo y con que consecuencias! No se si los Estados, las Regiones o Municipios, u otras entidades no gubernamentales, como partidos, sindicatos o asociaciones del tan poblado universo de la defensa y reivindicación de los derechos humanos. Son muchas las oportunidades que se abren, de modo que más allá de la Unión Europea —aunque acaso en el ámbito territorial que comprende—, pueden surgir variadas fórmulas, ya de apropiación, ya de auto vinculación o, simplemente, de utilización como modelo o ideario. Al igual que ha sucedido históricamente con otras Declaraciones de Derechos, como por ejemplo, la revolucionaria de 1789, que ejerció señera influencia en otros territorios, más allá de la propia Francia, como en algunas de las Colonias españolas de América, según me gusta recordar. O como algunas Constituciones, que de pronto eran introducidas en territorios ajenos y acaso lejanos, recuérdese así el caso, a modo de ejemplo, de la Constitución española de Cádiz de 1812 incorporada a algunos territorios de lo que hoy es la República de Italia. La figura de la propiedad intelectual no rige con

tales textos: cualquiera puede apropiárselos, sin que sea fácil adivinar las consecuencias que puedan derivarse.

La mención a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 me lleva a otra idea que quiero exponer sin falta por más que haya de ser de forma esquemática. A veces la historia, con su compleja e inimaginable evolución, nos depara un curioso proceso de juridificación de documentos que llegan a producir unas consecuencias bien difíciles de predecir cuando fueron elaborados. Entre otras cosas, porque los conceptos y técnicas jurídicas evolucionan. Pero a veces, porque conviene, se hace jugar a un instrumento un papel que antes no había desempeñado. Ha habido de todo y, como digo, la historia no está escrita, no es posible predecir lo que va a suceder, no se trata tampoco de una evolución necesaria. Pero quiero referirme ahora a dos casos especialmente ilustrativos, que constituyen ejemplo inmejorable de cómo pueden llegar a hacerse operativas las Declaraciones de Derechos. Aludiré primero a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, para fijarme a continuación en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ambas, sin duda, textos señeros dentro de una importante evolución histórica.

La temprana y esplendorosa aprobación en agosto de 1789 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano no debe hacernos olvidar que no es un texto completo. Quedó inconcluso. Eso sí, dos años después, y gracias al parecer a la iniciativa de La Fayette, se incorporaría como Preámbulo a la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791. Pero en el 93 hay ya otra Constitución, con su propia Declaración de Derechos. No vamos ahora a seguir todos los pasos a la de 1789, baste decir que durante muchos años permanece como aletargada, más allá de su preclaro significado como texto histórico. Hasta que de pronto se produce un giro radical. En la ola de afianzamiento de los derechos fundamentales que surge como reacción a la barbarie de la Segunda Guerra Mundial y de las circunstancias que la hicieron posible, el

Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946 llevará a cabo su solemne resurrección. Una resurrección, podríamos decir, más triunfante que la del ave fénix. Y que resultaría confirmada de nuevo en el Preámbulo de la vigente Constitución de 1958. Y fortalecida al potenciarse la función del Consejo Constitucional, con el resultado, incuestionable hoy, de su plena integración en el «bloque de la constitucionalidad». Lo que la ha convertido en canon de referencia obligado, y como tal inequívocamente reconocida. No será preciso entrar en detalles ni ofrecer datos que son de sobras conocidos. ¿Sorpriente como historia, no? Son los inescrutables caminos del curso de los tiempos.

Con un detalle añadido además que refuerza extraordinariamente sus valencias y abre puertas a un espacio jurídico más amplio que el francés, al que en principio estaría circunscrita. Hoy desempeñan un importante papel en la Unión Europea «las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros», reconocidas por el artículo 6.2 TUE, afianzadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, y a las que la propia Carta se remite (así, el citado párrafo 5 del Preámbulo). Pues bien, me parece indudable que si algún contenido efectivo tiene esa categoría —y lo tiene, como sabemos y evidencia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con el respaldo de los comentaristas—, el viejo y reverdecido texto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano está llamado a ocupar allí un lugar señero.

Otro ejemplo paradigmático, aunque sea de forma muy escueta también. Pasemos ahora a la Declaración Universal de Derechos Humanos, hecha por Naciones Unidas en 1948, uno de los grandes documentos del siglo XX. Conocidas son las discusiones entabladas entre los juristas acerca de su naturaleza jurídica y de su efectiva fuerza jurídica [sobre el tema reflexionaba yo mismo recientemente en el número 153 de la «Revista de Administración Pública», trabajo al que ahora me remito y que puede encontrarse como Capítulo 2 del presente volumen]. Pero obsérvese de que

manera los acontecimientos sobrevenidos van a incidir sobre su fuerza y efectividad. De pronto, algunas Constituciones deciden remitirse a ella expresamente, haciéndola penetrar así en el respectivo sistema jurídico. Tal es lo que sucedió, por ejemplo, con tan escasa diferencia de tiempo, con la Constitución Portuguesa de 1976 y la Española de 1978.

O, desde otra perspectiva, cuando la Declaración Universal se vierte y desarrolla en los Pactos de Nueva York de 1966, la ratificación por los Estados de tales convenios implica ya dar entrada a un grado significativo de vinculación. Que además puede quedar reforzada para los Estados que hayan asumido el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y hayan reconocido la competencia del «Comité de Derechos Humanos».

Aún habría una tercera variante, muy en línea con la anterior, como cuando nada más constituirse el Consejo de Europa, los países socios del mismo deciden «tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal», y, al promulgar el 4 de noviembre de 1950 el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), ponen en marcha una impresionante fórmula, que tan excelentes resultados ha producido, con la ingente novedad de erigir un Tribunal (en adelante, TEDH), que supervisara la efectividad del sistema.

En fin, que los caminos de la historia son inextricables.

II. ESPECIAL ATENCIÓN RESPECTO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Desde una perspectiva histórica general podemos pensar que toda Declaración de Derechos lleva implícita la correspondiente constricción del Poder Político, lo que traducido al lenguaje de nuestros usos constitucionales equivale aproximadamente a una limitación del Ejecutivo —cuando menos— y, por ende, de la Ad-

ministración Pública. Es algo obvio: al afianzarse unas opciones se están limitando las posibles actuaciones cercenadoras de las mismas. De modo que, aunque a veces no se diga de manera expresa, resulta implícito a la Declaración el limitar y, por ende, controlar las actuaciones administrativas. En mis explicaciones sobre el sistema del CEDH, si abandonamos las elucubraciones filosóficas y descendemos ahora al terreno de lo concreto, me gusta destacar que no se hace en él referencia alguna a la Administración Pública sin que ello sea obstáculo para que la jurisprudencia de Estrasburgo nos ofrezca notables supuestos de control y supervisión de la Administración. Hay un dato más: cuando el artículo 6, sobre el derecho a la justicia, tan utilizado, refiere a que ámbitos van a proyectarse las garantías jurisdiccionales, no se alude al ámbito de lo administrativo en cuanto que la fórmula se circunscribe a los «litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil» y también a los penales. Pero esta falta de mención a lo administrativo no ha impedido que también a este campo se extendieran las garantías del proceso equitativo. Una inteligente y, sin duda, correcta interpretación ampliatoria del Tribunal ha permitido con naturalidad que también a los litigios que enfrentan a los ciudadanos con la Administración se aplicaran las numerosas exigencias para que un proceso pueda calificarse de justo. Uno y otro aspecto queda sobradamente reflejado en la jurisprudencia de Estrasburgo. Puede contarse con una consolidada y ejemplar corriente jurisprudencial muy ilustrativa desde el punto de vista de la supervisión administrativa, que me gusta por eso referir a mis alumnos.

Cuando se enjuicia si es correcto el haber suspendido la proyección de una película, el no haber autorizado la puesta en circulación de un vídeo, o el no haber dado permiso para la instalación de determinadas emisoras de radio o televisión; cuando se verifica si se interfiere la correspondencia que mantiene un recluso con su abogado, o si ha sido correcto no autorizar un partido político o, incluso, si no se ha protegido adecuadamente una

reunión pública o una manifestación; en todos estos casos —que corresponden a conocidas sentencias del TEDH— resulta patente que desde el prisma del respeto a una libertad se está controlando a la Administración Pública. Va de suyo, insisto, que el reconocimiento de los derechos y libertades implica las correspondientes limitaciones a la Administración y, por ende, el Tribunal, al analizar la demanda del recurrente, enjuicia y determina si la Administración ha actuado correctamente. De modo que, vistas las cosas desde esta perspectiva, resulta *natural* que el sistema de Estrasburgo, aunque para nada se mencione a la Administración en el Convenio, represente una cualificada variante de control de la correspondiente Administración Pública.

Ya se señaló como, en gran medida, la Carta ha recibido el contenido sustantivo del CEDH (e, incluso, de alguno de los Protocolos Adicionales, se puede añadir ahora). Por lo mismo, se puede seguir manteniendo la apreciación que se ha hecho: al consagrarse derechos y libertades se penetra oblicuamente en el ámbito administrativo, aunque no se diga abiertamente, para marcar límites y barreras que no deben traspasar los órganos gubernamentales. Señalaré incidentalmente que, desde el punto de vista del contenido sustantivo, se ha producido un significativo incremento: el originario artículo 10 CEDH se ha desdoblado ahora para añadir, en el artículo 13 de la Carta, la referencia a la libertad artística así como a la de investigación científica, con la proclamación expresa de que «Se respeta la libertad de cátedra», lo que implica, como es obvio, una muy notable restricción administrativa: la Administración deberá no interferir en un terreno tan sensible y que tantos recuerdos históricos suscita. Aunque esta innovación había logrado ya carta de naturaleza en el panorama constitucional europeo. Valgan, como ejemplo, las referencias al artículo 5.3 de la «Grundgesetz» alemana, o al artículo 20.1 de la Constitución española, en sus apartados b) y c), con la mención expresa, en este último caso a la «libertad de cátedra». Aunque también se puede

notar que el propio Tribunal de Estrasburgo había avalado decididamente una interpretación ampliatoria del artículo 10, de forma que las garantías ofrecidas genéricamente para la libertad de expresión pudieran cubrir las distintas alternativas, como, en concreto, la libertad de creación artística (así, sin lugar a dudas, en el conocido caso Müller y otros contra Suiza, de 1988). De modo que nos movemos entre las tradiciones constitucionales comunes y la interpretación que del CEDH ha hecho el Tribunal de Estrasburgo. En definitiva, por volver con el argumento reiterado, que la Carta en este punto asume algo que, en su ámbito, estaba ya dotado de fuerza vinculante.

Retomando el hilo, lo que quiero destacar en este momento, es el dato novedoso de que esta Declaración del siglo y del milenio incorpore significativas referencias que constituyen tomas de postura expresa en relación con la Administración y lo administrativo, incluso, aludiendo específicamente.

El dato más relevante lo constituye el hecho de que en el capítulo dedicado a «Ciudadanía» haya todo un precepto destinado a consagrar el «derecho a una buena administración», el artículo 41.

Se marca el contraste con las Declaraciones tradicionales que no profundizaban a este nivel. No se si, sobre todo las primeras, y lo dejo ahora insinuado sin detenerme en ello, porque partían del presupuesto de que el Estado debía ser escaso y de limitada presencia, «ilusión» que habría que abandonar irremediabilmente dada la empecinada evolución histórica (como bien certeramente destacó García de Enterría en su sugestivo estudio sobre la Revolución Francesa y la Administración contemporánea).

Lo cierto es que en los últimos años el terreno estaba bien preparado. La eclosión del «Estado social» —y me refiero ahora al Estado social «de derecho»—, había incrementado de forma considerable la presencia pública. Y de hecho, por lo mismo, las «tradiciones constitucionales» habían sido sensibles a ese aumento re-

forzando, desde Weimar y, sobre todo, desde la segunda posguerra, la atención al fenómeno. Porque más Estado, reclama inexorablemente, como equilibrio, exigencias en relación con los tan presentes gestores públicos. Resultaría así paradigmática la famosa mención de la Constitución Italiana de 1947 a la necesidad de asegurar «il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione» (artículo 97), con las consiguientes previsiones de carácter organizativo (al margen ello, de las determinaciones desde la óptica del control, como las contenidas en el artículo 103). Cuando 30 años después se hace la Constitución Española, es ya mucho más lo que se dice, porque el ambiente europeo ha ido madurando esas respuestas. Piénsese así en el amplísimo contenido del artículo 103 español. A lo que hay que añadir, además de las amplias previsiones de control (ejemplo, artículos 106 y 153), la reiterada atención al principio de legalidad, o las previsiones sobre el procedimiento administrativo y la previa audiencia (artículo 105.c), sobre las sanciones administrativas (ejemplo, artículo 25.1 y 3), o sobre el principio de participación de los ciudadanos en la elaboración de las disposiciones generales (artículo 105.a).

Recordemos también como la Administración comunitaria había sido objeto de especial atención por la doctrina —destaquemos entre todas, como símbolo, la obra señera de Jürgen Schwarze—, con su interés por lo procedimental y por las garantías.

En suma, y sin insistir más sobre algo de sobras conocido, que el campo estaba preparado. Pero no será solo este artículo 41 que, sin duda, pesa mucho. Hallamos también en la Carta otras referencias interesantes que conciernen a nuevos aspectos relativos a las Administraciones Públicas.

Se trasluce así el interés por la organización descentralizada del Estado. Encontramos también la preocupación porque la gestión de determinada encomienda especialmente delicada se encargue a una Administración «independiente». Está presente incluso la importante por más que polémica categoría del «servicio pú-

blico», que se abordará desde la óptica de garantizar el acceso. Y se acoge, del mismo modo, el sugestivo pero delicado derecho de acceso a los documentos públicos (artículo 42, contando con que jugarán los límites previstos con carácter general por el artículo 52). Prescindiré, en cambio, de esta última alternativa, dadas las necesarias limitaciones de esta intervención. Pero abordaré antes las otras tres que acabo de mencionar dejando para el final la consideración del artículo 41.

1. LOS REFLEJOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN DEL ESTADO

La Carta afirma partir del respeto «de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local» (Preámbulo, 3). Nada se prejuzga pero se asume lo que es también «tradición constitucional» de diversos Estados miembros, acentuada, como se sabe, tras la Segunda Guerra Mundial. Recuérdese, asimismo, la preocupación del Consejo de Europa por la «autonomía local», que culminaría en la elaboración de la correspondiente Carta de 1985, pero no es menos intensa la atención de la Unión Europea por los problemas de la descentralización. Entre las muchas citas posibles, evocaría ahora el papel otorgado al Comité de las Regiones (artículos 263 ss., TCE), «compuesto por representantes de los entes regionales y locales...».

Pues bien, en la Carta vamos a encontrar la garantía para una opción tan significativa como el derecho que cualquier ciudadano de la Unión tiene a ser elector y elegible en las elecciones para el municipio en que resida (independientemente de la nacionalidad, por supuesto). Así se declara en el artículo 40. Opción de interés, como es sabido, de enorme contenido simbólico, pero también, expresión de la Europa real. Opción que no deja de ofrecer sus dificultades o que, por ejemplo, ha forzado, como se recordará a que hubiera de modificarse de forma expresa la Constitución Española.

No he de insistir ahora acerca de su contenido, dado que no es un problema nuevo y que ha suscitado ya abundantes comentarios. Pero advierto que topamos aquí de lleno con la idea que antes subrayaba: la Carta no hace sino asumir lo que está en el 19.1 TCE, que había sido introducido en Maastricht al incorporarse la ciudadanía de la Unión.

Opción destacable, por tanto, que se entroniza en la Carta, pero que ya era Derecho comunitario. En definitiva, peso de la alternativa de un Estado descentralizado en el que estarán presentes diversos escalones. Uno de ellos es el municipal, organización estatal, sin duda, pero la más próxima a los ciudadanos y ampliamente participada por éstos.

2. UNA «AUTORIDAD INDEPENDIENTE» PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

Otra respuesta curiosa contiene la Carta desde el punto de vista del sistema administrativo, que a más de uno producirá sorpresa. Impensable, sin duda, bajo otras mentalidades —no se llegaba a eso, o, hubiera parecido innecesario alcanzar un nivel tal de concreción—, pero del todo normal hoy, a la vista de la evolución que se ha producido, y a la que antes me refería. Hay un ambiente constitucional que considera normal que se aborden expresamente determinadas soluciones administrativas, ya en los aspectos organizativos, ya en los procedimentales, porque se cree en su significado desde una perspectiva de control, de eficacia y de garantía.

Llegamos así, dentro de la regulación de las «Libertades», a las previsiones del artículo 8 sobre la «Protección de datos de carácter personal». Por cierto, que en la historia de las Declaraciones de Derechos, la inclusión de esta garantía es una de las novedades destacables de la Carta. Los nuevos textos suelen aprovechar para incorporar las aportaciones de los nuevos tiempos. Contando

así con que la protección de datos personales era aspiración que había ido jalonando las Constituciones más recientes, como la Española de 1978.

En cambio, desde la perspectiva de la virtualidad y efectividad de la Carta, hay que hacer hincapié para apreciar de nuevo la idea que antes se razonaba: el principio de la protección de los datos personales así como la vinculación al mismo de las instituciones comunitarias, era algo que ya estaba en los Tratados —artículo 286 TCE— desde que fue introducido en 1997 por el Tratado de Ámsterdam, de modo que era ya norma superior en el sistema comunitario, objeto ya de notable desarrollo por el derecho derivado, con rigurosas exigencias, traspuestas ya a los Derechos nacionales.

Pues bien, lo que me interesa recalcar especialmente en este momento, es que se ha llevado a la Carta la fórmula organizativa concreta pensada para mejor garantizar el buen funcionamiento del sistema normativo previsto. El precepto se entretiene en reclamar al respecto la figura de lo que se llama genéricamente una «Administración independiente», figura acerca de la cual tanto ha debatido recientemente la doctrina (y añadiré aún, que no están del todo claras las cosas, que quedan cabos sueltos y que hay argumentos para todos los gustos). El precepto, una vez que en los dos primeros párrafos explaya el contenido del «derecho a la protección de los datos de carácter personal», en el apartado tercero puntualizará que «El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente».

Puede sorprender, insisto, esta concreción, no se sabe todavía si moda pasajera o bien fórmula ya consolidada. Pero el hecho es que ahí está y que, además, es la solución que ha ido consagrándose en los diversos Estados. Y aquí, habrá que volver de nuevo a la idea antes señalada: lo que establece la Carta era ya previsión expresa de los Tratados, en concreto del citado artículo 286 TCE, en cuyo apartado segundo se conminaba al Consejo a

que estableciera «un organismo de vigilancia independiente, responsable de controlar la aplicación...».

Fórmula de autoridad independiente que, no será preciso insistir, se halla representada para el Derecho interno español por la «Agencia de Protección de Datos». Por cierto, y a modo de inciso, ante el bochorno de lo que se está viendo ahora en España en relación con la autoridad «independiente» encargada de supervisar el sistema bursátil y de inversiones, habrá que recordar que autoridad independiente quiere decir, en efecto, que la autoridad debe ser independiente. Nada más que eso, aunque, nada menos, por lo que se ve. E independiente, como dicen los académicos con fórmula escueta, en el Diccionario, significa «que no tiene dependencia, que no depende de otro», o, incluso, «dícese de la persona que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena». ¡Que a veces en el mundo de la Administración resulta muy útil conocer no se si la gimnasia pero al menos sí la gramática y la filología!

Cerremos este punto. De modo que opción expresa por una «Administración» o «Autoridad independiente», trasponiendo una innovación que ya había sido introducida por el Tratado de Ámsterdam.

3. EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

Se ha puesto énfasis en el significado de haber llevado a la Carta, junto a los derechos y libertades de más arraigo, el conjunto de contenidos de marcado carácter social que se aglutinan en el capítulo IV en torno a la idea de solidaridad. No entraré en el debate general. Solo quiero resaltar ahora el que se ha dado cabida allí a la vieja y polémica pero decisiva técnica del servicio público, que tan importante espacio ha ocupado en la dogmática del Derecho Administrativo, por la sencilla razón de que era el engarce inmejorable para abordar un crecido número de problemas cívicos.

La noción de servicio público ha resultado central como instrumento utilizado por los Estados nacionales para generalizar prestaciones y oportunidades que solo determinadas capas de población o muy concretos territorios podían alcanzar. Ha sido inmejorable mecanismo de generalización de oportunidades, partiendo del sólido compromiso que asume el Estado moderno de afianzar la igualdad y de superar discriminaciones.

Muy interesante resulta, y zigzagueante, el debate en torno a la noción de servicio público en la Unión Europea. Pero no es este el momento de entrar en el mismo, me remitiré globalmente a la importante obra de Muñoz Machado, que ofrece una visión moderna y de conjunto. Recordaré solo que el artículo 73 TCE admite, en determinadas condiciones, la posibilidad de excepción a las reglas generales de financiación para atender «obligaciones inherentes a la noción de servicio público».

Tampoco insistiré en el decisivo compromiso asumido por la Comunidad de alcanzar un «desarrollo armonioso, equilibrado y sostenido de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad» (artículo 2 TCE), lo que se traducirá, entre otros, en el empuje que se quiere dar a la «Cohesión económica y social» (Título XVII, de la Tercera Parte, TCE), con las significativas implicaciones que representa. En definitiva, la no discriminación, o la superación de las discriminaciones existentes —otro de los empeños de la Comunidad-Unión— va a reclamar la adopción de políticas públicas en las que queda reservado un papel señalado a la facilitación en condiciones especiales de determinados servicios públicos, o servicios de interés económico general, tal y como se les tiende a denominar.

Pues bien, dentro de esta línea es de destacar que se incluya en la Carta la preocupación por asegurar el acceso a tales opciones, a lo que se destina el artículo 36. Es un precepto lleno de matizaciones, tratando de asegurar el respeto a lo que dispone el Tratado Constitutivo y de remitirse después a lo establecido por las

legislaciones y prácticas nacionales. Pero dicho eso, es de destacar esta idea de llevar a la Carta de Derechos la garantía del acceso a los citados servicios de interés económico general. No se si buscando apoyo, cosa que realmente no necesitaba, o, desde una perspectiva didáctica, la última frase deja constancia de la teleología del precepto: «con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión», es como concluye. Una pieza más, por consiguiente —de la que me he ocupado con mayor detenimiento en un trabajo que se ofrece como Capítulo siguiente de este libro—, en esa lucha por la búsqueda de la cohesión económica y social, indispensable para que el desarrollo resulte armonioso y equilibrado. Que también esto, insisto, forma parte de los objetivos de la organización.

Para concluir con este punto, he de volver una vez más a la idea central que antes apuntaba: tampoco aquí innova la Carta, sino que, como expresamente se señala en las «Explicaciones» oficiales, se está siguiendo el contenido del artículo 16TCE. Pero es muy importante que esto se lleve a la Carta de Derechos.

4. DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Llegamos así al precepto central en lo que a la Administración se refiere, el artículo 41, donde se codifica un sintomático conjunto de reglas tendentes a garantizar el mejor funcionamiento de la Administración.

Lo primero que sorprende, una vez que traspasando el umbral del sonoro rótulo se entra en el precepto y se lee el apartado primero, es comprobar como se trasladan al ámbito de la Administración lo que son garantías hace tiempo consolidadas en relación con la Justicia. Es como si se tratara del derecho a un proceso equitativo, tal y como, entre otros textos, se consagra en el artículo 6 CEDH: derecho a que se traten, y, por consiguiente, no al silencio como fórmula; pero han de tratarse imparcial y equitativamente;

la expresión que se utiliza, «dentro de un plazo razonable», está también en el citado artículo 6.1. El derecho a ser oído o a conocer la documentación manejada, formaría también parte de las reglas necesarias para que el proceso sea equitativo. Por último, la motivación sería en el Estado moderno connatural a la sentencia, dado que la decisión judicial debe incluir siempre los argumentos que la apoyan.

De este modo, lo que es natural al orden judicial, y tan arraigado, lo proyecta ahora el precepto a las actuaciones administrativas, introduciendo así un giro garantista de enormes efectos y que se nos antoja imprescindible en una Administración que quiera estar a la altura de los tiempos. Debiendo tratar, por eso, a los ciudadanos como auténticos ciudadanos.

A este respecto uno no puede sino tener muy presente la decidida línea jurisprudencial del TEDH al extender al ámbito administrativo o, más correctamente, de lo sancionatorio administrativo (o disciplinario), las mayores garantías propias del proceso penal. Recuérdesse el significado de la tan temprana sentencia en el caso Engel y otros contra Holanda, de 8 de junio de 1976, y que luego continuarían muchos otros fallos, entre los que se puede recordar Öztürk contra Alemania, de 21 de febrero de 1984. Línea jurisprudencial que obviamente alcanzaría un gran eco iluminando a muchas instancias judiciales a lo largo de toda Europa. Por ceñirme al caso de España, recordaré que fue tempranamente asumida por el Tribunal Constitucional en la decimoctava de sus sentencias, la de 8 de junio de 1981, en el famoso amparo de los sindicalistas de Correos de Barcelona. Está entre las 20 primeras sentencias, pero quizá sería más preciso decir que surgió en la primera ocasión que se presentó (pues los 17 casos anteriores iban en dirección bien distinta).

Esta tendencia hoy se codifica y se lleva a la Carta de Derechos. He pensado muchas veces en la vieja afirmación del profesor Martín Rebollo de por qué si el derecho de propiedad se con-

sidera uno de los derechos fundamentales, no alcanza el mismo trato a la institución de la responsabilidad de la Administración, donde lo que está en juego con gran frecuencia es el derecho de propiedad (o, incluso, bienes de mayor significado, como el derecho a la vida, a la integridad o a la salud). Pues bien, en línea con esta intuición, el apartado tercero hace ascender al pináculo de los derechos fundamentales las pretensiones referentes a la reparación por la Comunidad de los daños causados. Es de notar el cambio de expresión que introduce la Carta. En realidad la regla proviene directamente, como es notorio, del artículo 288.2 TCE. Pero este precepto habla de que «la Comunidad deberá reparar los daños». En cambio, a la Carta, la fórmula se lleva afirmando el protagonismo de los ciudadanos, disponiendo así que «Toda persona *tiene derecho* a la reparación por la Comunidad de los daños causados...», etc., manteniéndose la referencia, como criterio ordenador, a «los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».

A la Administración se le requiere para que esté especialmente advertida, al ciudadano se le habilita para defenderse. Importancia, así, de que la Administración sea imparcial y no se demore indebidamente, de que se oiga a los ciudadanos afectados, de que los expedientes puedan ser conocidos por los interesados o, de la necesidad de motivación en todo caso. Y si hay daños, reparación de los mismos. Debiendo saber el ciudadano que a la hora de dirigirse a las instituciones de la Unión, podrá utilizar cualquiera de las lenguas de los Tratados, por el momento, la lengua oficial de cada Estado.

No sin ponderar el nuevo paso que el artículo 41 representa, aunque no haya tiempo para entrar en mayores comentarios acerca del contenido sustantivo de cada una de las alternativas que se acaban de enumerar, suficientemente claras, por otro lado, para los especialistas, terminaré abundando en lo que se decía al relacionar el apartado 3 del artículo 41 con el artículo 288.2 del TCE.

En efecto, de todo el artículo 41 puede decirse que, en principio, y salvo matices de expresión, como se indicaba hace un momento, el precepto no innova sino que se convierte en soporte de Derecho ya existente (por cierto, que lo mismo puede decirse del artículo 42, que hemos dejado de lado, fiel reflejo del 255 TCE). O bien se trata de principios afianzados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o del de Primera Instancia (además de las aportaciones del TEDH), o nos encontramos con reglas que ya estaban en el Tratado, el TCE, en concreto. En este último sentido, la obligación de motivar proviene del artículo 253 que, por cierto, no se refiere solo a las decisiones administrativas sino también a los instrumentos normativos. Ya hablamos de la relación entre el apartado 3 y el artículo 288.2, y, por último, el uso de las lenguas —apartado 4, y último, del artículo 41— está incluido en el artículo 21.3 del Tratado.

Destacados contenidos, en suma, significado de que todo eso se lleve a la Carta, pero si alguien quiere rebajar el alcance del precepto apoyándose en la falta de valor vinculante de la Carta, que no olvide que, en este caso concreto —como en tantos otros, según se indicó—, nos topamos con lo que es Derecho comunitario vigente, o bien porque esté en el Tratado o bien porque el Tribunal de Justicia lo haya reconocido como principios generales.

Madrid, 13 de octubre de 2001

CAPÍTULO 22

**EL DERECHO DE ACCESO A LOS
SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO
GENERAL**

**(El artículo 36 de la Carta de los Derechos
Fundamentales de la Unión Europea)**

Publicado en *Estudios de Derecho Público Económico*.
Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo,
Civitas, Madrid, 2003, 493-523.

S U M A R I O:

I. INTRODUCCIÓN.– II. LA APARICIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN LOS TEXTOS DE LAS CONSTITUCIONES. 1. El contraste entre las dos últimas Constituciones españolas del siglo XIX y la primera del siglo XX. 2. La novedosa impronta de la Constitución de México de 1917. 3. La Constitución de Weimar de 1919. 4. La Constitución española de 1931. 5. La vigente Constitución española.– III. EXIGENCIAS DE PRESTACIÓN E INCIDENCIA SOCIAL EN LAS DECLARACIONES DE DERECHOS. 1. Algún precedente histórico. 2. La Declaración Universal de Derechos Humanos. 3. La Carta de la Unión Europea.– IV. EL SERVICIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN SOCIAL Y TERRITORIAL.– V. ORIGEN, SIGNIFICADO Y CONTENIDO DEL ARTÍCULO 36 DE LA CARTA. 1. Pasos previos: el significado de los servicios públicos en la Comunidad Económica Europea. 2. El Tratado de Ámsterdam. 3. Del nuevo artículo 16 TCE al artículo 36 de la Carta. 4. Principales características. ANEXO.

**Dilectissimo fratri,
magna cum admiratione, affectu ac spe**

« Se trata, en síntesis, que actividades que han venido considerándose públicas se remiten ahora al ámbito privado. Quedan al margen, evidentemente, aquellas funciones que habitualmente giran y han girado en torno a idea tan polémica como la de soberanía —Justicia, Defensa, Relaciones Exteriores, Moneda, Orden Público, etc.—. Ahora bien, junto a éstos hay también una serie de cometidos que la propia Administración ha venido acumulando de modo progresivo como propios y, a veces, como exclusivos, y cuya realización y puesta en práctica, al margen de valoraciones coyunturales, hace que constituyan auténticos cometidos públicos que, además, una conciencia social creciente demanda en toda su extensión. La actividad administrativa en materias tales como la Enseñanza, Sanidad, Transportes, Comunicaciones, Cultura, Seguridad y Asistencia Social, y tantos y tantos otros sectores, resulta incuestionable y necesaria. La cuestión a dilucidar ahora no es sino la de que, privatizada la actividad, o parte de ella, las prestaciones se mantengan con carácter universal para todos los ciudadanos, en condiciones de acceso también igual para todos, y con el correspondiente grado de calidad. Es aquí donde precisamente hay que hacer hincapié; y ello con toda radicalidad: que estos últimos objetivos tengan el debido cumplimiento».

(Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años, «Revista de Administración Pública», 150 (1999), pág. 271).

I. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de estas páginas lo constituye el hecho novedoso y significativo de que la más reciente *declaración de derechos*, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 8 de diciembre de 2000 («Diario Oficial de las Comunidades Europeas», 18 de diciembre), el solemne compromiso de la Unión Europea con motivo del cambio de siglo y de milenio, haya dedicado un precepto a garantizar el «Acceso a los servicios de

interés económico general», que tal es el rótulo del artículo en cuestión, el 36.

Sin exagerar su alcance y consecuencias, creo que se trata de una novedad importante que merece la pena estudiar, para situarla e intentar fijar su contenido y sus posibilidades. Y eso que no faltan los interrogantes incómodos y desasosegante: ¿Nuevas páginas sobre el servicio público? ¿Habrá quien no haya escrito todavía sobre el servicio público en la vasta república de los profesores de Derecho Público?¹ ¿Se puede tener la audacia de intentar decir algo nuevo? Lo cierto es que el legislador ofrece incesante provocación, puesto que quienes toman las grandes decisiones sociales, de forma intensiva desde hace varios años, vienen incidiendo, en un sentido o en otro, sobre el tema en cuestión, ya desde perspectivas globales, ya en respuestas específicas o sectoriales. Lo que se reflejará en los más diversos instrumentos jurídicos. A alguno de ellos, de entre los de más relieve, voy a dedicar mi atención.

Sin perjuicio de precedentes siempre valiosos y que algún punto de interés suelen encerrar, no es infrecuente que las más recientes declaraciones de derechos incluyan el compromiso de asegurar, con carácter general, en ciertos casos, prestaciones, de variado sentido y alcance, a quienes estén en la situación que contempla la ley en cada caso. Independientemente de que se use el rótulo «servicio público» o cualquier otro parecido o de que no se use ninguno. Independientemente de que pueda observarse o no una homogeneidad en cuanto a su fuerza vinculante, que lo normal es que no se de tal homogeneidad, soliendo ser muy diferente su eficacia según los casos. Será por eso interesante aso-

¹ En uno de los trabajos más recientes sobre nuestro tema, la minuciosa ojeada que Franck MODERNE ha dedicado a la noción de servicio público en España —aunque, quién sabe cuantos trabajos nuevos habrán aparecido cuando estas páginas vean la luz—, se encontrará una cuidada referencia bibliográfica, a la que me remito. Vid. *La notion de service public (servicio público) en Espagne*, en el volumen colectivo que el propio F. Moderne ha codirigido, *L'idée de service public dans le droit des états de l'Union Européenne*, L'Harmattan, París 2001, págs. 313-363.

marse a estos compromisos *serviciales* de algunas destacadas declaraciones de derechos (III).

En sentido similar, resulta asimismo aleccionador constatar como a partir de determinados momentos las constituciones comienzan a hablar del servicio público, aunque también desde la diferencia de significados propia de la expresión, siempre presente no obstante la idea de asegurar compromisos prestacionales para determinados supuestos. Me propongo por eso pasar revista también a algunos textos (II).

Todo ello contando con el aliciente que genera el vivo debate que se ha entablado en los últimos años sobre los servicios públicos en el ámbito de la Comunidad Económica Europea, partiendo de la tensión entre un mercado lo más abierto posible, pero también de la arraigada tradición de los Estados europeos de asegurar la universalidad de unas prestaciones que se consideran imprescindibles a la vista de las aspiraciones de la sociedad en el momento presente, cuya consecución no se alcanzaría con el exclusivo juego de las reglas del mercado.

II. LA APARICIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN LOS TEXTOS DE LAS CONSTITUCIONES

De pronto, la noción de servicio Público comenzó a aparecer en las constituciones, y no sólo en su significado de presencia o actuación genérica del sector público, no tampoco como una referencia finalista, en el sentido de aludir al interés último de la colectividad, sino como una de las formas cualificadas de la actuación de la Administración Pública, caracterizada por un claro tono prestacional, desde una oferta que quiere garantizar la generalidad en el disfrute, con la consiguiente búsqueda de opciones de igualdad. En suma, un sentido restringido, que es el que, dentro de la polisemia del término, va a interesarnos sobre todo en las presentes reflexiones.

1. EL CONTRASTE ENTRE LAS DOS ÚLTIMAS CONSTITUCIONES ESPAÑOLAS DEL SIGLO XIX Y LA PRIMERA DEL SIGLO XX

Es un tópico y no descubrimos ningún mediterráneo, pero no ha dejado de sorprenderme la constatación que he realizado precisamente para preparar esas páginas. Tengo muy claro también que a los textos constitucionales no hay que darles mayor valor del que tienen, distinto a su vez según tiempos y circunstancias. En unas ocasiones, son espejo de la realidad, pero en otras quieren adelantarse y contribuir a transformar. O, desde otra perspectiva, habrán sido el solemne programa, la convocatoria a la realización —la ilusionada utopía de grupos bien intencionados—, o habrán asumido el criterio de norma vinculante, con la idea de predeterminar las respuestas de los agentes políticos y de los operadores jurídicos. Prescindo de todo esto, sin intentar hacer medición o valoraciones de ningún tipo. Quede, aunque solo sea, el significado y contenido de los textos, recordando que la historia de la prosa constitucional tiene también un valor destacado, cuenta como aportación al enriquecimiento de los sustratos sociales, lo que no nos impide apreciar que su mérito será menor si no ha contribuido a que se alcancen otros objetivos.

Resulta impresionante, en efecto, la comparación, dentro de la evolución constitucional española, entre los dos últimos textos del siglo XIX y el primero del XX, es decir, la «septembrina» de 1 de junio de 1869, o la «canovista» de 30 de junio de 1876, de una parte, y la «republicana» de 9 de diciembre de 1931. Y no es, en absoluto, el paso de lo monárquico a lo republicano, ni el distinto impulso descentralizador —tan intenso en la de 1931—, factores que tienen, sin duda, su trascendencia. Es que, en ese poco más de medio siglo —62, o, 55 años, según se tome el arco máximo o mínimo— se ha producido una aceleración intensísima en cuanto al reflejo en la constitución de lo que sean compromisos del Estado para con la sociedad. La constitución refleja que el Estado ha comenzado a hacerse «social», por usar el término consagrado que

hoy nos parece connatural, aunque hay siempre que tener muy presente las enormes diferencias de contenido que puede ofrecer el adjetivo, así como su carácter lábil y oscilante: es muy difícil determinar cual sea el canon para calificar de social a un Estado, con la duda, incluso, de si el adjetivo tenga alguna utilidad, pero no voy a entrar ahora en estos problemas, sobre los que algo se razonará más adelante. Lo que quería expresar es ese brusco contraste entre los textos, en la dirección apuntada.

Las dos Constituciones decimonónicas, con sus diferencias, obviamente, van a expresar sobre todo el macro juego político, desde la idea de los grandes órganos del Estado, reflejando incluso muy escasa «presencia administrativa» y, por supuesto, apenas Administración prestacional. Sí es de destacar en cada caso el aporte de las libertades y derechos cívicos, aspiración de peso en su momento, si bien se trata de una lista contenida y clásica, en el sentido de «opciones de dejar hacer». Lo que incidirá sobre la Administración, más bien desde una tónica de no entrometerse que como protagonista. Se auspiciaban parcelas de libertad frente a la presencia administrativa —omnipresencia, desde esta perspectiva, se podría decir—, al objeto de amenguar o impedir intervenciones y controles, y no tanto asegurar prestaciones. El texto de 1869, cuyo Título I se dedica *a los españoles y a sus derechos*, si cuidadoso en asegurar la libertad para fundar establecimientos de instrucción (art. 24), no llega a incluir el «derecho a» la educación. Nada hay a lo largo de todo el articulado que haga pensar en servicios públicos de responsabilidad de la Administración, ni se utiliza la fórmula (al abordarse la *división de poderes* habrá un título, el VII dedicado al *Poder Judicial*, donde se marcan las grandes líneas para la Justicia, sobre todo de carácter organizativo).

Poco más al respecto, dentro de sus sensibles diferencias, en la Constitución de 1876 (y recalco que me estoy centrando exclusivamente en «la prosa» constitucional, por lo que dejo de lado el alcance de los textos legales y reglamentarios así como el de la

praxis administrativa). Ninguna referencia expresa a servicios públicos o a algo parecido a lo largo de todo el documento, con solo la alusión en el artículo 12, tras la consagración de que todo español pueda fundar establecimientos de instrucción o de educación «con arreglo a las leyes», pero sin que se proclame el derecho a la educación, de que «una ley especial determinará los deberes de los profesores y las reglas a que ha de someterse la enseñanza en los establecimientos de instrucción pública costeados por el Estado, las provincias o los pueblos». Sin tono obligatorio alguno, pareciendo preocupar más lo disciplinario referente a los profesores, aparece un atisbo significativo, bien que muy reducido, de previsión prestacional, a partir de esos «establecimientos de instrucción pública costeados por el Estado, las provincias o los pueblos» (expresión constitucional que no refleja la mayor amplitud que tenía en la realidad: recuérdese el alcance de la «Ley Moyano» y de la praxis administrativa consiguiente). Desde otra perspectiva, se aborda también lo judicial, en un breve Título IX, no ya como Poder Judicial, sino como «Administración de Justicia». Destacando igualmente la escasa atención para con lo administrativo y la nula preocupación por el alcance de sus actividades.

No estoy haciendo ahora crítica sino solo constatando los datos que ofrecía la realidad constitucional del momento. Desde la perspectiva estudiada, las cosas van a cambiar de manera radical en el siguiente paso. El lapso de tiempo transcurrido, al que antes me refería, ha conocido mutaciones de envergadura en la realidad social, que van a afectar considerablemente a las respuestas del Estado y que se reflejarán por ende en ese espejo que es el articulado de la constitución.

2. LA NOVEDOSA IMPRONTA DE LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO DE 1917

Pero, como suele ser habitual, no se trata de un fenómeno aislado, de algo genuino español, sino de tensiones de amplio al-

cance que expanden su influencia allí donde hay ambiente receptivo. Si se leen seguidos los textos, se observan innovaciones de peso en la Constitución de 1931 que evocan un mundo de aspiraciones y realidades muy diferente al que subyacía en los documentos de 1869 y 1876 (sin fijarme ahora en el dato de lo republicano o en la pretensión de afirmar la laicidad del Estado que son algunas de las novedades de bulto). Por eso, antes de exponer los datos de esta nueva etapa he de dedicar breve atención a dos textos constitucionales valorados unánimemente como pioneros de la nueva situación, cuya influencia había de ser grande. Expresan de manera ejemplar cómo estaban cambiando las cosas e influirían decisivamente sobre el movimiento constitucional posterior. Es general el reconocimiento de su influjo sobre quienes redactaron la Constitución española de 1931, lo que se infiere con claridad de una simple lectura contrastada. Me estoy refiriendo a la Constitución de México de 5 de febrero de 1917 y a la Constitución del Imperio Alemán de 11 de agosto de 1919, la llamada Constitución de Weimar, ambas, por cierto, republicanas. No será preciso recalcar de nuevo que me ciño ahora a un simple análisis textual, sin que tenga sentido entrar a verificar, por ejemplo, en que medida se hicieron realidad las previsiones de la Constitución mexicana, o las dificultades que tuvo que afrontar la Constitución de Weimar. Me centro en unas fórmulas que, de una manera u otra, irían expandiéndose vertiginosamente y que, con el tiempo, alcanzarían sin duda un alto índice de efectividad. No deja de ser curioso, con todo, que la Constitución mexicana siga en vigor, aun tras sufrir numerosas y sustanciosas enmiendas, y que la Constitución de Weimar, no pocos de cuyos contenidos sociales serían recibidos y readaptados por la *Grundgesetz* de Bonn, mantenga aún en vigor determinados preceptos, por expresa remisión de esta última.

Pues bien, se produjo el cambio de paradigma y, como decía, la noción de servicio público comenzó a aparecer en las constitu-

ciones. En efecto, desde esta óptica del análisis textual, no ha dejado de llamarme la atención, al leerla con detenimiento, la de referencias al servicio público que contiene la fórmula mexicana —aunque con muy distintos significados, dada la anfibología del término—, y la de supuestos en que se prevé que el Estado responda asegurando prestaciones. Se trata de un cambio radical que puede apreciarse sin dificultades con la simple lectura.

Dentro de esa riqueza de significados del término, voy a extraer unas cuantas citas para describir la nueva tendencia, aun sin pretender un análisis exhaustivo, lo que me llevará en primer lugar (a) al concepto restringido de corte claramente prestacional. También se utiliza (b) en el sentido amplio de «giro o tráfico» de la Administración. En ocasiones, la fórmula sirve para designar los deberes o cargas de los ciudadanos (c). Por último (d), están presentes claros compromisos de acción, aunque no se utilice para ello el rótulo².

(a) Especial atención se dedica a la enseñanza, con abundancia de aspiraciones muy laudables, entre las que destacaría la preocupación por que sea obligatoria —cuando el art. 31 enumera los deberes de los mexicanos, el primero que se incluye es el de cuidar que los niños vayan a la escuela—, por que inculquen valores cívicos ejemplares (respeto a la dignidad de la persona, solidaridad, convivencia, fraternidad, etc., art. 3.1), por que sea gratuita, y por que no sea utilizada para adoctrinar religiosamente. Pues bien, dentro de este reiterado afán —y es de destacar lo que podríamos denominar el apremio por abordar el tema: una vez que en el artículo 2º se asegura la abolición de la esclavitud, va a dedicarse ya el 3º a la educación—, la fórmula de la enseñanza como servicio público es algo que podría darse por descontado: «El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la

² Utilizo el texto de la Constitución de México de 5 de febrero de 1917, ofrecido en el volumen *Constituciones Españolas y Extranjeras*, II, Edición de Jorge de ESTEBAN, 2ª ed., 1979, Taurus Ed., Madrid, págs. 43 ss.

educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los Estados y los Municipios, a fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese *servicio público...*» (art. 3.8). Y, en sentido similar, al enumerarse las «facultades» del Congreso, y al abordarse la responsabilidad en relación con toda clase de escuelas, museos, bibliotecas y demás, se vuelve a calificar la actividad de servicio público (artículo 37.25).

La noción reaparece al tratarse de la energía eléctrica, con fórmula cerrada, además, señalándose que es función que «corresponde exclusivamente a la Nación», y se recalca incluso que «en esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares» (art. 27.7).

También se habla de *servicio* al tratarse de la Justicia, con la nota de que será gratuito (art. 17).

En la minuciosa y exigente regulación de la propiedad, muy restrictiva para los no mexicanos, se advertirá que los diversos entes públicos (Estados, Municipios, etc.) «tendrán plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos» (art. 76.6). Fórmula amplia, en la que encaja sin duda el significado prestacional de la expresión pero que, del mismo modo, sirve para referirse a todo lo que tenga que ver con la gestión administrativa en el más amplio sentido, a la que me refiero luego en (b).

Desde otra perspectiva, se intenta proteger la competencia y evitar concentraciones, fijándose especialmente en los «empresarios de transportes o de algún otro servicio» y, en general de los «servicios al público» (art. 28.2).

Al enumerarse las facultades del Congreso, en un largo precepto que ya se mencionó, no falta la cita al establecimiento de contribuciones, que entre las diversas partidas sobre las que versarán, incluye sin falta las referentes a «servicios públicos

concesionales o explotados directamente por la Federación» (art. 73.29.4°).

Uno de los logros más celebrados de la Constitución Mexicana fue la atención dedicada al *trabajo*, novedosa como minuciosa y amplia. Pues bien, al regularse el derecho de huelga se hacen presentes ya —y es un aspecto que quiero recalcar—, especiales precauciones en relación con los *servicios públicos* (art. 123.A.18). Otra previsión contigua será la de que «el servicio para la colocación de los trabajadores será gratuito para éstos, ya se efectúe por oficias municipales, bolsas de trabajo o por cualquier otra institución oficial o particular».

(b) Hay un cierto regusto por aludir a la actividad administrativa en su conjunto con la expresión *servicio público*, aun con matices diversos. Por ejemplo, cuando antes se aludía al reconocimiento de la plena capacidad de los entes públicos a la hora de adquirir y poseer los bienes raíces necesarios para los servicios públicos (art. 27.6).

Se apostaba en 1917 por una radical desamortización de los bienes de las organizaciones religiosas, que debían pasar «al dominio directo de la Nación para destinarse exclusivamente a los servicios públicos» (art. 27.2).

Una nueva variante desde la titularidad de los bienes públicos: «Los fuertes, los cuarteles, almacenes de depósito y demás bienes inmuebles destinados por el Gobierno de la Unión al servicio público o al uso común, estarán sujetos a la jurisdicción de los Poderes Federales...», se señala en el artículo 132, con fórmula que recuerda la dicción de nuestra legislación sobre el dominio público.

(c) En otros casos se utiliza la expresión para mencionar los deberes o cargas públicas de los ciudadanos. Así, cuando se precisa que, «En cuanto a los servicios públicos solo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el

de las armas y los de jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta» (art. 5). Y, en sentido similar, cuando se concreta que nadie podrá «gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley» (art. 13).

(d) Destacar, por último, para concluir esta ojeada, que no faltan previsiones de hacer contempladas con carácter general, aunque no siempre se use la expresión servicios públicos. Valgan dos muestras. Se abordan, por ejemplo, desde la óptica fundacional, «las instituciones de beneficencia, pública o privada, que tengan por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, la ayuda recíproca de los asociados o cualquier otro objeto lícito» (art. 27.3). O se reserva la aplicación de las leyes de trabajo a las autoridades federales en una serie de campos, entre ellos, industria eléctrica, «ferrocarriles y empresas que sean administradas en forma directa o descentralizada por el Gobierno Federal; empresas que actúen en virtud de un contrato o concesión federal», etc. (art. 123.A.31).

No tiene sentido seguir. La muestra expresa bien la intensidad con que el servicio público empieza a aparecer en las constituciones. Ya no son sólo las grandes respuestas sobre la organización del poder lo que llega a ellas. Va penetrando la previsión de ordenación social con sus inherentes exigencias de reformas y de prestaciones. El servicio público pasa así a jugar un importante papel, aunque haya que tener cuidado para discernir los distintos sentidos en que se utiliza. En el plano de lo semántico, el salto ha sido cualitativo. Puestos en ese estadio, también cabe imaginar que pudiera darse un nuevo paso para asegurar que se conviertan en reales y efectivas tales previsiones, aunque eso sea harina de otro costal.

3. LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR DE 1919

Muy unida en la historia constitucional a la Mexicana de 1917, aparece la «Verfassung des Deutschen Reiches», de 11 de agosto de 1919, comúnmente mencionada por el lugar en que se sitúa la capital de la nueva República, como Constitución de Weimar. La preocupación por lo social es igualmente grande, lo que resulta patente a cada página que se abra. Un detalle indicativo, insólito diríamos, claro prototipo de los equilibrios que se intentan, es el que ofrece el compromiso de evitar la desaparición de las clases medias, que formula el artículo 164: «La clase media independiente, industrial y comercial será atendida por las leyes y la Administración, y se defenderá de toda carga excesiva, evitando su desaparición»³. Aún sin mayores comentarios, se constata el decidido propósito de que la sociedad quede conformada en determinado sentido, lo que reclama las oportunas previsiones sobre los Poderes Públicos, siendo de destacar el compromiso expreso que se le formula a la Administración.

Lo que era una mera muestra singular, nos pone en la pista de que va a haber un contenido rico en la dirección apuntada. Muy curiosa, así, la tan amplia preocupación por los ferrocarriles: «Es de la competencia del Imperio la adquisición de ferrocarriles de interés general y su administración como un servicio unitario» (art. 89.1), precisándose que: «Los ferrocarriles del Imperio serán administrados como empresa económica autónoma, pero su presupuesto y liquidación deberá incorporarse al Presupuesto y cuenta general del Estado» (art. 92). Se van incorporando a la dinámica del Derecho Público fórmulas y soluciones novedosas, que hoy, más de ochenta años después, aparecen asimiladas y normalizadas. La atención a los ferrocarriles —reiterada, como he dicho:

³ Utilizo la versión ofrecida en el volumen *Textos constitucionales españoles y extranjeros*, Editorial Athenaeum (sin indicación de autores o responsables), Zaragoza, 1930, págs. CCXXIV ss.

pueden verse también, entre otros, los artículos 91, 94, 95 y 171— me lleva a la consabida reflexión del carácter tan histórico de la noción de servicio público: hay necesidades sociales especialmente sentidas en cada momento, que deben ser abordadas para asegurar su normal funcionamiento, su continuidad⁴ y su puesta a disposición de los eventuales aspirantes. Y eso variará en cada época, según las disponibilidades, según la oferta efectiva y, en definitiva, dependiendo del grado de compromiso político para llegar a concitar o no la responsabilidad pública.

En sentido similar, se prescribirá que «Es de la competencia del Imperio tomar a su cargo la propiedad y administración de los canales de interés general» (art. 97), o que «Es de la competencia del Imperio adquirir la propiedad y administrar todas las señales marítimas, especialmente faros, buques fanales, boyas y balizas» (art. 101). Se consagra igualmente la competencia exclusiva del Imperio en lo relativo al régimen de correos, telégrafos y teléfonos, con sellos postales iguales para todo el territorio, y por ende la responsabilidad de elaborar los reglamentos que fijen las normas y tarifas aplicables por la utilización de los medios de comunicación (art. 88).

Por descontado que se aborda con detenimiento la «Educación y enseñanza», objeto de una sección propia —la IV— dentro de la Parte II de la Constitución, referente a los derechos y deberes fundamentales de los alemanes. El criterio es el de una neta responsabilidad pública, con un sistema muy acabado que cubre las diversas opciones y alternativas (arts. 143 a 146), si bien, en determinados casos y bajo ciertos requisitos, se admiten las escuelas privadas (art. 147). Pero no valdrá cualquier fórmula, se marcan

⁴ En este punto me es grato recordar un viejo trabajo de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO donde estudiaba el régimen de inembargabilidad de los ferrocarriles desde el punto de vista de la «continuidad» del servicio público, que fue su «lección magistral» para el acceso a la cátedra de Derecho Administrativo de Barcelona, y que tuve el gusto de escuchar, y de utilizar luego en alguno de mis trabajos, aunque creo que nunca se publicó.

exigencias rigurosas, muy avanzadas para la época —y que nos hacen pensar en la trágica evolución posterior de Alemania—, de carácter finalista:

«En todas las escuelas se procurará la formación moral, la educación cívica y el perfeccionamiento personal y profesional: todo ello conforme al espíritu nacional y de reconciliación entre los pueblos./ La instrucción en las escuelas públicas se hará en forma de no herir la susceptibilidad de los que piensen de modo diferente./ La educación cívica y la enseñanza profesional forman parte de las disciplinas del plan escolar. Todos los alumnos recibirán un ejemplar de la Constitución al terminar sus deberes escolares./ La educación popular en todos sus grados será fomentada por el Imperio, los Países y los municipios» (art. 148).

Pero en muchos otros sectores se observa el compromiso con los diversos integrantes de la sociedad. Muy solvente Weimar en lo referente al mundo laboral, destacaría como muestra la previsión de que «el Imperio creará un amplio sistema de seguros [sociales], con el concurso efectivo de los interesados» (art. 161).

Si algunas de las soluciones descritas aparecían al hilo del reparto de competencias entre el «Reich» y los «Ländern», la enumeración de materias de posible legislación del «Reich», del artículo siete, trasluce a lo vivo esta filosofía de la presencia de lo público para atender las necesidades sociales. He aquí alguna de las opciones contempladas: «Asistencia a los pobres y obreros nómadas indigentes» (5^a), «Política social protectora de las madres, recién nacidos, infancia y juventud» (7^a), «Salud pública» (8^a), «Protección de trabajadores y empleados y colocación de los mismos» (9^a) o, concluya la muestra, «Protección de cuantos han tomado parte en la guerra y sus parientes supervivientes» (11^a).

En definitiva, he de reiterar lo dicho. No es sólo que los textos de las constituciones se han hecho mucho más largos, es que ha cambiado de forma radical la manera de abordar la letra que tiene que ver con el ejercicio del poder, dándose generosa cabida

a previsiones finalistas, de amplio alcance prestacional y que, por lo mismo, van a exigir una Administración muy presente, pero también muy especializada. El servicio público, ha ido así ganando carta de naturaleza.

4. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1931

Retornemos ya a la situación española. Con tan claros precedentes no se extraña el rotundo salto cualitativo que marca el contraste entre la Constitución de 1931 y las dos anteriores. El ideario constitucional a tener en cuenta, los concretos modelos utilizables, son ya otra cosa. Y eso, aunque sigamos limitándonos al análisis textual, aunque hayamos de prescindir de las difíciles circunstancias con que tendría que enfrentarse la Constitución Republicana, que terminaría zozobrando como es bien sabido⁵.

La expresión servicio público llega a nuestros documentos constitucionales aunque desde la diversidad de significados. Pero ya es incuestionable la línea de compromisos prestacionales.

En la amplia regulación que dedica la Constitución de 1931 a los funcionarios, desde la preocupación por el asociacionismo, a la vista de algunas experiencias conocidas, tan delicadas, se va a precisar: «Los funcionarios civiles podrán constituir Asociaciones profesionales que no impliquen ingerencias en el servicio público que les estuviere encomendado». Aparece la expresión, en el largo artículo 41, aunque con carácter ambiguo, pues tanto vale para la normal gestión administrativa, como para el significado estricto del servicio público.

⁵ Aunque no sea ocioso recordar que una de sus principales secuelas, el Estatuto Vasco de 6 de octubre de 1936, fue, tras la promulgación de la vigente Constitución de 1978, objeto de un cierto debate en el sentido de si «se resucitaría», aunque al final, como es bien sabido, se optó por redactar uno nuevo, el aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre que, a diferencia de aquel, de fugaz y tan parcial aplicación, lleva ya casi treinta años de vigencia.

Conocido es también el influjo que ejerció la Española de 1931 sobre otras Constituciones como, por ejemplo, señaladamente, la Italiana de 1947.

También mantiene su dosis de ambigüedad, con mayor peso para el sentido del cotidiano actuar administrativo, la respuesta que se ofrece al tratarse del Gobierno: «A los Ministros corresponde la alta dirección y gestión de los servicios públicos asignados a los diferentes departamentos ministeriales».

En cambio, es inequívoca la utilización del término en el sentido de prestaciones destinadas a los usuarios que se hace desde una óptica muy concreta, en el precepto dedicado a afirmar la subordinación de la riqueza a los intereses de la economía nacional, cuando, entre otras medidas, se prevé que «Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común puedan ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija» (art. 44). Mención desde una óptica muy concreta, pero tal forma de proceder no suele ser infrecuente en la metodología constitucional. Lo importante es la presencia efectiva: el concepto queda asumido en el texto de la Ley Suprema. El que aparezca al ocuparse de la nacionalización, no hace sino confirmar una realidad, que se da por sentada, y con la que está contando la propia Constitución.

Lo que me lleva a una reflexión de corte comparatista, aunque se rompa en apariencia la línea discursiva. Estamos ante una declaración de 1931 que, como vimos, no se explica sin otros precedentes, ya aludidos. Se van hilvanando los preceptos de forma que se alimentan unos con otros. Por su similitud es de recordar un caso que surge quince años después, en un momento histórico cualificado y de gran trascendencia. Me refiero a la Constitución Francesa de 1946, pionera en la hornada que marca la reacción frente a la Segunda Guerra Mundial. En su Preámbulo que tanto supuso, y que hoy continúa formando parte del «bloque de la constitucionalidad», se estableció: «Todo bien o empresa cuya explotación tenga o adquiera caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, deberá convertirse en propiedad de la colectividad».

Texto jugoso, expresivo, propio de su momento, pero muy gráfico cuando se estudia el alcance de los servicios públicos. Se mantiene la llama. Es el mismo criterio que, con las necesarias adaptaciones, luce hoy de nuevo en el sistema constitucional español, donde, según el conocido epígrafe segundo del artículo 128, «Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o *servicios* esenciales, especialmente en caso de monopolio y, asimismo, acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

Fascinante fenómeno éste de indagar los flujos recíprocos en la evolución de los textos. Pero tornemos a nuestro punto de partida, volvamos al modelo republicano español de 1931.

Desde otra perspectiva, el precepto que aborda los importantes compromisos en relación con la enseñanza —gratuita y obligatoria la primaria, laica y solidaria con carácter general— comienza afirmando que «El servicio de la cultura es atribución esencial del Estado y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada» (art. 48).

En suma, está claro que el modelo ha dado un giro riguroso y así se trasluce a lo largo de toda la Constitución. La preocupación prestacional y servicial es algo asumido, se utilicen unas u otras denominaciones. Concluiré la exposición con dos últimos ejemplos, tomados del minucioso artículo 43 dedicado a «la familia». No se habla de servicio público, pero la redacción del precepto refleja una decidida vocación de protagonismo con el consiguiente compromiso para los Poderes Público. Se recalcará la obligación de los padres de alimentar, educar e instruir a los hijos (párrafo 2º), pero añadiendo que «El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución». En el mismo sentido, un poco más adelante (párrafo 5º), desde otra perspectiva, «El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protegerá a la maternidad y a la infancia». «Cumplimiento de deberes», «prestar asistencia», «proteger», son expresión clara de una nueva mentalidad.

5. LA VIGENTE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Dejemos ya la etapa de 1931, clara expresión del contraste histórico que se ha producido. Para concluir el análisis, vengamos, de forma escueta y breve, pues es algo bien conocido, al siguiente y último texto constitucional español, aunque para ello haya que dar un salto enorme, marcado no tanto por los casi cincuenta años que transcurren entre 1931 y 1978, sino sobre todo por las experiencias vividas por la Nación española.

Han cambiado muchas circunstancias, aspiraciones, fórmulas y remedios, pero, la línea de incidencia sobre la sociedad a la hora de aquilatar los compromisos constitucionales, se sigue reflejando de forma indeleble en la vigente Constitución de 1978. Y aunque ahora esté vivo y abierto el debate acerca del *quantum* y del *cómo* de estos compromisos, lo cierto es que el nuevo texto, dentro de su elasticidad y amplitud de márgenes, resulta inequívoco en unos cuantos reconocimientos. Seguimos con el análisis textual, aunque en este caso resulte difícil olvidar la insistencia con que se ha querido marcar el carácter normativo de la Constitución, al objeto de destacar su fuerza jurídica vinculante.

El Preámbulo ofrece ya una importante señal luminosa cuando acoge el propósito de promover «el progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida». Sin duda, caben muchas soluciones y es grande la gama de respuestas admisibles, pero, con todo, hay que destacar un dato previo elemental, y es que se insiste en el progreso de la economía, pero no cualquier progreso, sino aquel que conduzca —y cada palabra tiene un contenido preciso— a *asegurar*, pero a *todos*, una *calidad de vida*, que además ha de ser *digna*. Jugará la historia, pesará la realidad, aparecerán las opciones de cada momento, pero hay un marco referencial indudable que significa cualquier cosa menos indiferencia ante la realidad social.

Entrando ya en el articulado, nada más comenzar, una nueva señal quiere jugar expresamente como faro de referencia, porque

el Estado que se imagina y en el que se empeña la Constitución, ha de ser, entre otras cosas, y antes de nada, *social*.

De nuevo aprovecha el texto español una corriente fértil, consolidada por las constituciones de los países de nuestro entorno en los años precedentes.

Señal indudable, desde el punto de vista de la ostensibilidad, una de las aspiraciones hoy de la técnica codificatoria, como deseo de facilitar a los ciudadanos la comprensión del abigarrado universo jurídico. Que a su vez suscita interrogantes inaplazables. Más allá de su valor convenido como seña de identidad, ¿es de por sí capaz de garantizar contenidos determinados? Una vez que se dio el cambio de paradigma, una vez que el mapa del poder va más allá de la organización de los esquemas y mecanismos de mando y se asume la necesidad de incidencias reales sobre la sociedad, ¿dice algo el adjetivo en orden al grado de compromiso, a las fórmulas y soluciones, a la extensión, al *quantum*, al cómo? Social serán, sin duda, muy variados órdenes de respuestas, tan variados que es difícil saber donde comienzan y donde acaban⁶. Es decir, que parece que lo determinante han de ser las previsiones concretas que quiera afianzar la Constitución, que, por cierto, no son escasas ni livianas. Será, por tanto, el texto del articulado, con sus diversos mandatos, el que resulte decisivo, más allá de lo que pueda aparentar este adjetivo-señal, tan bien sonante cuanto inconcreto y voluble en el tiempo y significado. Son dudas que

⁶ Recuérdense las certeras palabras de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *La ordenación jurídico administrativa del sistema económico en los últimos 50 años*, cit., pág. 264: «Llama la atención el reiterado emplazamiento que nuestra Constitución hace a la actuación de los Poderes Públicos en el ámbito económico y al sistema de prestaciones que sanciona. Estamos en 1978. Nuestra Constitución va a responder de forma muy concreta a un modo de entender el Estado social de Derecho que, precisamente cuando aquella se elabora, está recibiendo ya rectificaciones importantes en no pocos ordenamientos del Derecho comparado. Será, sin duda alguna, el canto del cisne de una forma concreta del Estado social de Derecho; el también llamado Estado del Bienestar. Quede bien claro: no se abandonan los principios que inspiran este último, sino que, como se verá, tal adjetivo se plantea sobre bases del todo distintas».

vienen a la mente al enfrentarnos con nuestras fórmulas. Pero que no impiden reconocer que el grado de respuesta es grande y exigente, aun contando con su elasticidad.

Y de nuevo, y es lo que nos interesa, la presencia del servicio público es patente, sorprendentemente abundante se diría, por más que hayan de convivir significados diversos. No hay una respuesta sistemática sino más bien una dispersión de respuestas, no hay definición ni enumeración, sino opciones abiertas, todo ello de manera salteada y en los más variados lugares, lo que no quiere decir que no aparezcan reglas jurídicas indisponibles. Dentro de esa dispersión, unas aparecerán al abordarse los aspectos organizativos, en torno a los criterios sobre la estructura del Estado, por lo que encontraremos la preocupación por el servicio público al regularse la Administración (a), aunque, también, al fijarse las reglas de juego sobre la distribución territorial del poder (b), el complejo engarce entre la estructura unitaria del Estado y la amplia regionalización. A su vez aparecerá, lo que es un dato que quiero resaltar, al asegurarse las garantías en la parte dedicada a los derechos fundamentales, ya (c) entre lo que tiene un sentido positivo y de reconocimiento, ya en la vertiente defensiva (d), al objeto de lograr que las opciones de libertad no menoscaben los servicios públicos.

(a) Indiscutible sentido genérico tiene una de las referencias más conocidas y usadas, la utilizada en el artículo 106.2, al consagrarse la responsabilidad patrimonial de la Administración: «funcionamiento de los servicios públicos», fórmula base como expresión del «giro o tráfico» de las Administraciones Públicas, que explicara García de Enterría (moldeador de la expresión originaria en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954). Si lo propio de la Administración, que se califica de pública, es que *sirva* (art. 103.1), a nadie ha de extrañar que para el resultado se utilice la expresión *servicios públicos*. No obstante, dentro de este giro o tráfico genérico quedan también incluidos lo que sean servicios públicos en sentido concreto.

(b) En la delicada tarea de organizar un Estado descentralizado no ha de faltar la atención a los servicios públicos. Así, en esa pieza central que son los Estatutos de Autonomía, será necesario abordar lo concerniente al «traspaso de los servicios correspondientes» a las competencias asumidas (art. 147.2.d), presencia clara, aunque de expresión dual, que tanto señala al sentido amplio como al concreto.

Preocupa mucho que se respeten el principio de solidaridad (art. 2), así como el de igualdad en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1^ª). De ahí que esa preocupación se traslade al campo de los servicios públicos (más adelante se tratará de la «integración territorial» como característica tradicional de los mismos). Lo reflejará el artículo 158.1, precepto clave: «En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español». Nótese la doble referencia, de significado posiblemente dual la primera, cuando se alude a «los servicios y actividades estatales» (aunque la contraposición con «actividades» tienda a dar un sentido concreto a los servicios), pero muy clara la segunda, desde el interés por «la garantía de un nivel mínimo en la prestación», en todo el territorio español, cuando se trate de «los servicios públicos fundamentales». Con acierto, no se dice cuales hayan de ser, no se enumeran, muy presente el sentido histórico de la fórmula, pero se sienta un principio incuestionable, de forzosa atención, a la vista de las aspiraciones de cada momento.

Por otro lado, la referencia a los contratos y concesiones administrativas, para reservar la regulación de la legislación básica al Poder Central (art. 149.1.18^a), implica, en el *hic et nunc* en que nos movemos, algo en parte muy próximo y cercano a la dinámica de los servicios públicos.

A veces se desciende a lo sectorial, se concreta, y aparecerá una mención expresa, cuyo contenido y amplitud no obstante habrán de ser interpretados en cada caso de acuerdo con las coordenadas históricas: al mismo tiempo que se reserva al Poder Central la legislación básica y el régimen económico, se prevé que las Comunidades Autónomas puedan, en su caso, proceder a la *ejecución* de los *servicios* de la *Seguridad Social* (art. 149.17^a).

(c) Pero no sólo desde la vertiente organizativa. Agrada comprobar la presencia de los servicios públicos en el Título dedicado a los derechos fundamentales: de esta manera, las pretensiones referentes a los servicios públicos aparecerán reforzadas por las técnicas propias de los derechos fundamentales, de diversa intensidad según los casos. Y es que el reconocimiento de estos últimos, como hijo de su época, es pródigo en contenidos prestacionales. Acaso el mejor ejemplo sea el de la minuciosa regulación del derecho a la educación (art. 27, en la famosa Sección 1^a del Capítulo 2^o, nótese), con lo que se enlaza con la vieja tradición que ya apuntamos, y donde, entre otras cosas, se va a asegurar que «Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación», que en una parcela significativa será «obligatoria y gratuita». No se habla de servicio público pero creo que hay que darlo por descontado siguiendo la doctrina mayoritaria y sin perjuicio de que el precepto tenga también otros contenidos.

Saltemos, sin afán exhaustivo, al Capítulo III, el de los «principios rectores», con contenidos interesantes también. Así, cuando el artículo 43 «*reconoce* el derecho a la protección de la salud», se está implicando el correspondiente compromiso administrativo, por lo que competirá a los poderes públicos organizar y tutelar la salud, a través, entre otras medidas, «de las prestaciones y servicios necesarios». Y se cierra la previsión recalcando que la ley establecerá los derechos (y deberes) de todos al respecto. Es decir, que las opciones organizativas se complementan con el haz de

instrumentos jurídicos que los sistemas contemporáneos ponen a disposición de los derechos de los ciudadanos.

Muy similar es la estructura referente a la protección de lo que algunos llaman ahora la tercera edad (art. 50), incluida la previsión del oportuno «sistema de servicios sociales».

(d) La importancia atribuida a los servicios públicos es tal que la Constitución se preocupa de asegurar su mantenimiento —será oportuno evocar el tradicional principio de la «continuidad del servicio público» que tantas especialidades jurídicas ha traído consigo—, dictando reglas cualificadas para que no se vean afectados con motivo del ejercicio de algunos derechos fundamentales de sentido contrario. En el propio Título I se evidencia el cuidado por la protección de los servicios públicos. Se consagra el derecho de huelga (art. 28.2, precepto como se recordará dentro de la Sección 1ª), que supone que se considerará normal la cesación en el trabajo, aun contando con que se trate de algo excepcional, pero lo que en frío es una opción asumida para defender el equilibrio en una situación de tensión, podría tener consecuencias negativas de afectar la cesación a algo de lo que se predica la «continuidad», como los servicios públicos. De ahí que se contemplen expresamente —y recuérdese que la regla ya aparecía en la Constitución Mexicana—, «las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», lo que da lugar a una casuística rica y compleja cuanto polémica, sobre la que no tiene sentido insistir ahora, ni tampoco para recordar algo bien sabido como que la expresión «servicios esenciales de la comunidad», como certeramente destacó Sebastián Martín-Retortillo⁷, no coincide al cien por cien con la fórmula servicios públicos.

* * *

⁷ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, I, La Ley, 1988.

Concluyo así esta ojeada por el espacio constitucional, cerrada con el broche de oro de nuestro vigente texto, que nos ha permitido apreciar la rica evolución. En frío podría parecer sorprendente la crecida atención que éste último dedica a una noción «en crisis» desde hace tanto tiempo como la de servicio público, según el consabido tópico. El caso es que ahí está, elástica y adaptable, pero con exigencias insoslayables. Su normal destino en la parte organizativa de la Administración Pública convive hoy con algo que no es en absoluto casual y que se ha integrado en los hábitos y costumbres de nuestro tiempo: opciones y titularidades referentes a los servicios públicos se llevan hoy al capítulo de los derechos fundamentales en las constituciones, ya desde una vertiente positiva, para garantizar de forma directa tales pretensiones, ya en clave negativa, para forzar una ponderación de valores y defender los servicios públicos frente al excesivo alargamiento de algunos derechos y libertades.

III. EXIGENCIAS DE PRESTACIÓN E INCIDENCIA SOCIAL EN LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

Tan entrelazados históricamente ambos instrumentos, como destacara certeramente don Nicolás Pérez Serrano, podemos saltar de las *constituciones* a las *declaraciones de derechos*, sin desconocer las sensibles diferencias entre unas y otras.

Como no podía ser menos, a través del cambio en las aspiraciones de los ciudadanos, van a reflejar también de forma paladina las transformaciones en la vocación y metodología de las concepciones del poder así como su aspiración a incidir en la sociedad.

1. ALGÚN PRECEDENTE HISTÓRICO

Objeto de nuestro estudio la Carta de 2000, dedicaremos atención a las declaraciones más recientes, sin olvidar que no faltan precedentes muy ilustrativos.

Me permitiré así dos mínimas llamadas a los textos clásicos, para recordar sendos ejemplos valiosos e instructivos, lo que me llevará a hablar de la propiedad, en primer lugar, y luego de la educación.

Preocupa la incidencia sobre la sociedad, más allá de la fijación de las reglas del juego político. Inequívoca la va a tener, en efecto, uno de los valores que se afirma desde las primeras declaraciones de derechos, lo que sucede es que es una incidencia *sui generis*, a su manera, desde muy concretos puntos de vista y, sobre todo, con muy precisos —y escasos, al menos originariamente— beneficiarios. Me refiero a la garantía del derecho de propiedad. La contención del poder que se auspicia al respecto, es una cláusula social inequívoca, aunque responda a concepciones muy determinadas que no son del caso. Aparecerá en todos los textos. Bien gráfica es la muestra de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que la incluye, en su artículo 2, entre los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, cuya conservación es el fin de toda asociación política, y que la considera como derecho inviolable y sagrado, en el artículo 17, al establecer la garantía expropiatoria. O sea que ya desde los comienzos hay algún atisbo de cláusula de *alcance social*.

Frente al carácter, tantas veces sesgado y excluyente de la propiedad, si no de *iure* al menos de facto, otro paso de especial significado, auténtico test desde su innegable propósito de generalidad —y ahora la vocación de incidencia social se plantea desde una óptica bien diferente—, lo representa el derecho a la educación, impensable sin su inherente correlativo prestacional. No estaba en 1789 —texto que luego se llevaría como Preámbulo a la Constitución francesa de 1791—, pero sí aparece, y es un precedente glorioso, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que precede a la Constitución Francesa de 1793, de creciente inspiración rousseauniana, como se ha seña-

lado⁸: «La instrucción es necesaria para todos —se dirá en el artículo 22—. La sociedad debe favorecer con todas sus fuerzas los progresos de la razón pública y poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos». No nos detendremos a analizar la efectividad real de preceptos como éste, pero el simple análisis textual es ya indicativo: destacaré el compromiso para «la sociedad», así como el doble uso del «todos» referido a las personas, prueba inmejorable de un deseo de generalidad y de búsqueda de la igualdad.

2. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

No se trata de seguir el hilo paso a paso sino solo de evocar algunos pasajes notables. Con toda justicia figura entre los grandes documentos del siglo XX la Declaración Universal de Derechos Humanos, expresión en un delicado momento histórico —1948, recién acabada la Segunda Guerra mundial— de una corriente viva que quiere poner el acento en los derechos humanos como antídoto para que nunca más vuelvan a repetirse hechos tan terribles como los recién vividos. Es ya otra época, como vimos al estudiar las constituciones: por fuerza la Declaración Universal tenía que reflejar un decidido propósito por recomponer la sociedad a la vista de las exigencias de los tiempos. Seleccionaré dos de entre los elocuentes testimonios que depara.

El artículo 22, por ejemplo, contiene el compromiso de que «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...». Por su parte, el artículo 26 se centra en el que ya vimos era una de los pilares históricos para la reforma de la sociedad, el derecho a la educación: «Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental...», etc. Pocas

⁸ Vid. Ana MARTÍNEZ ARANCÓN, en sus notas en el volumen *La Revolución Francesa en sus textos*, Ed. Tecnos, 1989, pág. 25.

concreciones y siempre presente el problema de la eficacia del documento⁹, pero desde la óptica de la historia de los textos, a la que nos ceñimos, las afirmaciones cobran gran valor. Un documento con vocación de universalidad no alude a fórmula tan concreta como la del servicio público, pero ello no impide apreciar una tendencia inequívoca.

Años después, los compromisos de la Declaración Universal serían objeto del correspondiente desarrollo y concreción, con el fin de asumir el rango de tratado internacional y generar las obligaciones y deberes inherentes. Es así como surgió, en lo que a nosotros interesa, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Ahora que en España se celebran con júbilo los 25 años de la «Transición Política», es de recordar lo que representó la ratificación del Pacto, el 13 de abril de 1977, simultánea a la del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. La bipartición de instrumentos es testimonio cabal de que se han incorporado al repertorio, junto a los más clásicos derechos civiles y políticos, los «novedosos» derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, el Pacto marca el inequívoco compromiso de los Estados: «Derecho de toda persona a la seguridad social» (art. 9), amplia protección a la familia, así como a las madres, niños y adolescentes (art. 10), «El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental» (art. 12) o, entre otros, y por cerrar la serie con un pasaje ya conocido, «el derecho de toda persona a la educación» (art. 13).

Otra línea de desarrollo y concreción de la Declaración Universal, la constituyó la Convención Europea de Derechos Humanos, dada en Roma a 4 de noviembre de 1950, orientada fundamentalmente a las libertades y derechos más clásicos, que facilitan,

⁹ Me remito a mi trabajo *La efectiva aplicabilidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el sistema jurídico español*, «RAP» 153 (2000), págs. 41 ss., recogido en el presente volumen como Capítulo 2.

sobre todo, opciones de dejar hacer a los ciudadanos (aunque, uno de los preceptos más utilizados, el artículo 6º, contempla el derecho a un proceso equitativo, que impondrá a los Estados cuantiosas obligaciones de hacer). Pero el sistema no tardaría en comenzar a completarse a través de los correspondientes Protocolos Adicionales. Y es oportuno recordar, como única muestra, que ya en el primero de los Protocolos (con fecha de 1952, si bien España, por una serie de razones, no lo ratificaría hasta 1990), se incluiría la garantía de la propiedad (art. 1º, sobre el derecho al respeto de los bienes), así como el derecho a la instrucción (art. 2º). Buen ejemplo de respuesta social expresa, advirtiendo además que el significado del derecho a la propiedad no va a ser lo mismo a mediados del siglo XX que al final del «Antiguo régimen».

3. LA CARTA DE LA UNIÓN EUROPEA

Llegamos así a la declaración de derechos que abre el siglo XXI, acerca de cuya elaboración, alcance y significado poco he de decir, remitiéndome a la rica bibliografía que ha ocasionado y que no deja de fluir¹⁰.

Es preciso destacar la decidida intención de penetrar en el ámbito de los a veces denominados «derechos sociales». Era una de las aspiraciones pendientes. El famoso Informe Pintasilgo, o del Comité de Sabios, de 1996, representó un notable aldabonazo, y tres años después el Informe Simitis, insistiría con fuerza. Así, en las Recomendaciones, como número 8, y bajo la rúbrica de «Indivisibilidad», se comenzaba advirtiendo: «Cualquier intento de

¹⁰ De entre la abundante bibliografía, véase, por todos, las recientes aportaciones de RUBIO LLORENTE, R. ALONSO GARCÍA, Álvaro RODRIGUEZ-BEREIJO y Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, en el volumen colectivo, dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Ed. Cívitas, Madrid 2002. Véase también, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La nueva Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en Unión Profesional, Memoria 1996-2000, Madrid 2001, págs. 10 ss., trabajo recogido en el presente volumen como Capítulo 19.

reconocer explícitamente los derechos fundamentales debe incluir a la vez los derechos civiles y los sociales; ignorar su interdependencia cuestiona la protección de ambos por lo que su indivisibilidad se ha afirmado repetidas veces...»¹¹.

De hecho, una de las características que se ha resaltado de la Carta es la de que entra de lleno en el campo de los derechos sociales¹²: sería uno de los rasgos decisivos de la nueva *declaración de derechos*. No podía ser de otra manera en un documento que quiere ser un símbolo para el siglo XXI. Fue muy ardua la discusión, hubo de pagarse el precio del carácter abierto de tantos preceptos, a resultas de lo que luego concretaran los legisladores, pero el resultado es que abundan las fórmulas que consagran intensas intervenciones sobre la realidad social, no pocas de carácter servicial con vocación de traducirse en prestaciones. Hay un capítulo, rotulado «Solidaridad», el IV, que parece el lugar natural para encajarlas, y ahí está, en efecto, entre otros, el derecho a la protección de la salud (art. 35), el derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social (art. 34), las garantías de los consumidores (art. 38), o la protección de la familia y la maternidad (art. 33), pero opciones parecidas se hallan dispersas a lo largo de toda la Carta, ya sea en el lugar dedicado a los derechos civiles más tradicionales —el Capítulo I, «Dignidad»—, donde junto al derecho a la propiedad (art. 17) y la libertad de empresa (art. 16), se incluye un amplio reconocimiento del derecho a la educación (art. 14), o, en el novedoso espacio dedicado a la «Igualdad» —Capítulo III—, donde se asienta la igualdad entre varones y mujeres (art. 23), o los derechos de las personas mayores (art. 25), de los jóvenes (art. 24), o de las personas discapacitadas (art. 26).

¹¹ *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar (Informe del Grupo de Expertos sobre derechos fundamentales)*, Comisión Europea, 1999, pág. 22.

¹² Vid. por todos, Álvaro RODRIGUEZ-BEREIJO, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad Autónoma de Madrid, 2000.

Dentro de este conjunto de compromisos de orden social, tan sensibles al logro de una efectiva igualdad de oportunidades, intercalándose con las libertades públicas y los derechos más tradicionales, junto a otras respuestas igualmente novedosas¹³, nos vamos a encontrar con la significativa cláusula que consagra, como uno más de los pasos de la nueva *declaración de derechos*, el «Acceso a los servicios de interés económico general», artículo 36, incluido en el capítulo sobre «Solidaridad».

IV. EL SERVICIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN SOCIAL Y TERRITORIAL

Antes de entrar en la glosa, que sería el objetivo último de este trabajo, querría hacer espacio para unas breves precisiones metodológicas en torno a la categoría del servicio público. He dado por sentado el carácter polisémico de la expresión, destacando que lo que a mí me interesaba era el sentido concreto y prestacional, que atiende a ofrecer opciones con carácter de generalidad a quienes cumplan los requisitos exigidos, con lo que también se persigue alcanzar situaciones de igualdad. Pero más allá de ello, no tiene interés a los objetos del presente trabajo entrar en las concreciones de una definición. Hace poco ha destacado Franck Moderne¹⁴ cómo en España no ha jugado el servicio público el papel central que desempeñó en el campo del Derecho Administrativo francés, y cómo ni siquiera se alcanzó aquí coincidencia en torno a una definición. Al respecto me remito al lúcido trabajo analítico y crítico que escribió L. Martín Rebollo para el número 100 de la «Revista de Administración Pública»¹⁵. Es de recalcar así el sen-

¹³ En otro lugar he glosado los alcances del «Derecho a una buena administración» (art.41 y complementarios). Véase la segunda parte de mi trabajo *Dos notas sobre la Carta*, en *La encrucijada*, cit.

¹⁴ Franck MODERNE, *La Notion de service public en Espagne*, cit., págs. 314 y 320.

¹⁵ Luis MARTÍN REBOLLO, *De nuevo sobre el servicio público. Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, «RAP» 100-102 (1983), págs. 2471 ss.

tido histórico e instrumental de la noción. El propio autor ha insistido en esa línea, a la vista de la más reciente evolución —señaladamente, de la incidencia del Derecho Comunitario—, recalcando con que fluidez varían a tenor de las circunstancias los objetos materiales cuyo aseguramiento se encomienda al régimen de servicio público, pero subrayando también cómo el régimen jurídico y orgánico propio de los servicios, históricamente tan compacto y monolítico, se caracteriza hoy por una enorme elasticidad, siendo normal que el arraigado protagonismo de la Administración Pública se convierta en una tarea de vigilancia y regulación¹⁶. Por su parte, Santiago Muñoz Machado ha resaltado también con clarividente análisis los flujos e, incluso, bruscos enderezamientos que se han dejado sentir en las respuestas de la Comunidad Europea sobre los servicios públicos¹⁷.

Muchas reflexiones suscita el referido sentido histórico de los servicios públicos, técnica instrumental para afrontar problemas en diversos momentos y en las más variadas circunstancias. Vimos como un día llegaba a las constituciones la preocupación por la energía eléctrica, por los ferrocarriles o por la enseñanza como alternativa para todos. La humanidad ha vivido muchos siglos sin electricidad, sin ferrocarriles, sin telégrafo o teléfono, sin radio o televisión. La aspiración social a alcanzar prestaciones generalizadas a las que todos pudieran tener acceso con tal de cumplir unos requisitos, la realidad efectiva de los medios técnicos y el grado de oferta económica, han llevado en determinadas situaciones a la respuesta a través de la figura del servicio público, con protagonismo más o menos intenso de la Administración así como con un régimen jurídico cualificado. Unas y otras circunstancias pue-

¹⁶ Me refiero a la sustanciosa cuanto breve *Nota Introductoria* que ha puesto Luis MARTÍN REBOLLO, a la Comunicación de la Comisión Europea. Sobre los servicios de interés general en Europa, de 25 de septiembre de 1996, en su *Código de la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, 2002, págs.395-396.

¹⁷ Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y mercado*, 4 volúmenes, Ed. Civitas, Madrid 1998, señaladamente el primero, *Los fundamentos. Planteamiento general*.

den cambiar —oferta efectiva y accesibilidad, amplitud y diversidad de las posibilidades técnicas, etc.—, por lo que, o bien determinados sectores salen del régimen de servicio público, o bien esta respuesta jurídica se hace más elástica y abierta. Ya se dijo como ambas cosas están sucediendo ahora¹⁸.

Pues bien, dentro de estas coordenadas históricas hay una nota que quiero evocar sin falta, aunque sea de manera escueta, pero destacando que subyace un ideario que no ha perdido su actualidad. Aspiraciones sociales para ampliar la proyección de unas prestaciones, decía, o sea, la idea de la generalización o universalidad, social y territorial, con serias implicaciones cívicas y políticas y, por ende, constitucionales, que parece tener que ver con el afianzamiento del Estado y su vocación de presencia a lo largo de todo un territorio. Recalcaré esta idea, esta doble característica: universalidad, como aspiración, sin acepción de ciudadanos pero, del mismo modo, sin acepción de territorios.

En una situación en la que sólo muy concretas capas sociales tienen resuelto un determinado problema vital, la idea de servicio público contribuye certeramente a ampliar la base y a generalizar. Muy presente por tanto la nota de solidaridad tan característica de la noción francesa del servicio público¹⁹, y que ofrece claras connotaciones políticas²⁰. Solo se alcanza a través de un consistente esfuerzo y para llevarlo adelante va a requerirse una decidida determinación social y política. Pensemos por ejemplo en la enseñanza o educación, muy presente el dato de que España

¹⁸ Valga de nuevo la referencia a la *Nota Preliminar*, cit. de Luis MARTÍN REBOLLO.

¹⁹ Vid Franck MODERNE, *La notion de service public*, cit., pág. 318.

²⁰ Es muy importante el juego del mercado con su dinamismo sobre el mundo de la economía. Pero hay que saber en todo caso de que se trata y ponderar todos los efectos y consecuencias. Se impone sopesar y comparar costes y ventajas. Leyendo a algunos evangelizadores tan decididos que proponen sacar determinadas actividades y sectores del régimen jurídico de servicio público, frente a situaciones claras e incuestionables, en algunos casos uno se pregunta como es posible la obcecación económica a costa de renunciar a conquistas sociales trabajosamente conseguidas y que hoy parecen irrenunciables.

acaba de celebrar el centenario de la instauración del correspondiente ministerio ad hoc para la «Instrucción Pública». Se trata de un largo proceso, costoso y complicado de alcanzar y mantener, pero que aspira a generalizar lo que con anterioridad sólo podían disfrutar unos pocos. Añádase a la instrucción todo el conjunto de opciones que después han ido aflorando y cuya generalización sólo resultaba posible a través de la fórmula del servicio público.

Dígase lo mismo, desde el punto de vista de los Estados, del ámbito territorial. Frente a la localización de unas prestaciones —pues suele ser común que haya territorios que, en una época determinada, resulten especialmente prósperos— se aspira a la distribución a lo largo de todo el Estado. Me gusta repetir que estimo que una de las hazañas más importantes de algunos Estados —no sólo de los fastos bélicos o de los procesos de disgregación habrá que hablar— es ese paso que se da a lo largo del tránsito del siglo XIX al XX en relación con el *correo*: ese conseguir que una carta pueda llegar, con un precio módico, en condiciones de seguridad y certeza y en plazo razonablemente breve de un punto a otro del territorio nacional²¹. Se requieren sin falta esfuerzos para hacer salir adelante la decisión y hay que asumir también la voluntad política de organizar «todo el territorio», pues no suele ser infrecuente que allí donde por el momento haya una mayor concentración de riqueza se susciten reticencias al reparto y distribución que implica generalizar las soluciones de ámbito nacional (ocultándose, tantas veces, lo coyuntural de la situación de florecimiento, pues bien sabido es que la rueda de la fortuna no cesa de girar —ya se hable de «vacas flacas» o de «ciclos económicos»—

²¹ He constatado así gratamente, en el Epistolario entre Joaquín Costa y Rafael Altamira, como en la época del «Desastre», 1898, las cartas entre Graus (Huesca), que no tiene ferrocarril, y Alicante, o viceversa, emplearán dos fechas. Véase así mi reseña al interesante libro *El renacimiento ideal: epistolario de Joaquín Costa y Rafael Altamira (1888-1911)*, introducción y edición de George J. G. Cheyne, Instituto de Cultura «Juan Gil-Albert», Diputación de Alicante, 1992, en «Boletín de la Institución Libre de enseñanza», II Época, 17, agosto 1993, pág. 104.

y, por otro lado, que la generalización de los servicios, si supone un coste económico, suele contribuir también a mantener o a aumentar el esplendor de las zonas —coyunturalmente— más florecientes).

En definitiva, el servicio público como técnica de integración tanto de la sociedad como del territorio políticamente considerado, es decir, tradicionalmente el Estado. Ello me lleva a recalcar que hoy, desde otras coordenadas, en el ámbito de la Comunidad Europea —el nuevo «espacio político» de nuestros días—, la consabida preferencia por las fórmulas de mercado no obsta a que se conceda gran importancia a la «cohesión económica y social», «A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad», como indica el artículo 158 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE), que abre un Título a ella dedicado, en consonancia con la enumeración de medios que se marca el artículo 3 del propio Tratado, donde se reclama, sin falta, «el fortalecimiento de la cohesión económica y social» (k)²². Quería recalcar, en suma, que hay viejos ingredientes en las técnicas jurídicas que no pierden su funcionalidad a pesar del cambio de los tiempos y de las circunstancias.

V. ORIGEN, SIGNIFICADO Y CONTENIDO DEL ARTÍCULO 36 DE LA CARTA

1. PASOS PREVIOS: EL SIGNIFICADO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

En la Comunidad Europea, dentro de una clara continuidad, suele haber inflexiones, cambios de rumbo o acaso de intensidad. Desde esta perspectiva resulta especialmente valioso que se incluyera en la Carta un precepto como el artículo 36. Antes de hacer

²² Véase al respecto lo que señalo en mi libro *Méritos o botín, y otros retos jurídicos de la democracia*, Ed. Aranzadi, 2000, págs. 20 ss.

su comentario, convendrá recordarlo. Tras el rótulo «Acceso a los servicios de interés económico general», dice:

«La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión».

Los detractores o simplemente escépticos para con la Carta, suelen reprocharle ante todo su falta de eficacia jurídica. Reflexionando sobre ello me gusta señalar que, aun reconociendo que no hubo una promulgación del documento como norma, no pocos de sus contenidos están dotados de inequívoca fuerza jurídica, en cuanto son la reproducción o adaptación de preceptos de los Tratados o de principios generales o de tradiciones constitucionales, afianzados por el Tribunal de Justicia²³. Vamos a comprobar como esto es lo que sucede cabalmente en el caso del artículo 36, con el plus de que resultan muy interesantes las circunstancias que llevaron al texto de que proviene el precepto.

Aludí antes a la zigzagueante trayectoria que se ha seguido en la Comunidad Europea en torno a la noción de servicio público. La referencia a las «obligaciones inherentes a la noción de servicio público», de que habla el TCE en el artículo 73, o al «cumplimiento de la misión específica» propia de «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general», del artículo 86.2, ha dado un amplio juego, en diversos sentidos, con expresa respuesta del Tribunal de Justicia²⁴. Y es que el aseguramiento de cier-

²³ Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, *La nueva Carta de los Derechos Fundamentales*, cit., pág. 12.

²⁴ No he de detenerme en lo que es bien conocido, asumiendo de nuevo la remisión que antes hacía, si bien añadiendo, en todo caso que en la Comunicación de la Comisión de 25.IX.1996 de que se va a tratar enseguida, se aborda la cuestión con detenimiento, con expresa referencia a la postura del Tribunal en el párrafo 25, que en nota se concreta aludiendo a las sentencias Corbeau (1993), y Almelo (1994), así como a la Ladbroke, del Tribunal de Primera Instancia (1994).

tas prestaciones con vocación de generalidad es cuestión que preocupa, no sólo por el arraigo de la fórmula en algunos países, sino por lo que representa desde el punto de vista de los ciudadanos. Variantes hay en las que, por la eclosión de la técnica y la evolución de la economía ya no tienen sentido viejas soluciones monopolistas o dotadas de un régimen jurídico o financiero exorbitante. Otras alternativas, en cambio, no podrán ser resueltas por el libre juego del mercado. Algunas son conquistas sociales de las que no deben abdicar los ciudadanos y que, por lo mismo, habrán de ser guardadas como oro en paño y respetadas por los políticos. Ello acrece el significado de que se llevara a la Carta el artículo 36.

El tema resulta vivo y candente (y no sólo porque Francia haga hincapié periódicamente en la trascendencia de los servicios públicos). Tan es así, que a la vista de la situación, y tras una serie de pasos, la Comisión aprobó el 25 de septiembre de 1996 una importante *Comunicación*, de título bien expresivo: «Los servicios de interés general en Europa»²⁵. Se trata de un documento muy ponderado, de una cierta amplitud, sensible a las exigencias del gran mercado único como mercado abierto, pero también a la funcionalidad a que han venido respondiendo los servicios públicos. Son muy expresivas las palabras iniciales:

«1. La solidaridad y la igualdad de trato, en el contexto de una economía de mercado abierta y dinámica, constituyen objetivos fundamentales de la Comunidad Europea. Los servicios de interés general contribuyen a la consecución de estos objetivos. Los europeos esperan servicios de calidad a precios asequibles. Para muchos de ellos, estos servicios de interés general suponen auténticos derechos sociales y participan en gran medida en la cohesión social y económica. Por ello, los servicios de interés general están en la base del modelo europeo de sociedad...».

Se parte, por tanto, de constataciones elementales que solo un economicismo desarraigado de la sociedad puede desconocer.

²⁵ Manejo el texto por la edición de Luis Martín Rebollo que se cita en nota 16.

Poco después, el documento, al considerar a *los servicios de interés general como elemento clave del modelo de sociedad europeo*, al realizar su significado como *valores comunes*, se expresa:

«6. Las sociedades europeas valoran mucho los servicios de interés general que han creado. Estos servicios responden, en efecto, a necesidades fundamentales. La función aglutinadora de la sociedad que asumen estos servicios supera el mero nivel de las preocupaciones materiales, y adopta una dimensión simbólica: los servicios de interés general ofrecen referencias a la colectividad y desempeñan la función de vínculo de pertenencia de los ciudadanos a ésta. De esta forma suponen un elemento de identidad cultural para todos los países europeos, hasta los gestos de la vida diaria».

Como se ve, el documento está elaborado con gran sensibilidad desde un sólido conocimiento de la realidad. Se aspira a buscar el equilibrio para que las exigencias de una economía abierta, dinámica y competitiva no cercenen lo que han sido logros sociales irrenunciables. Se pretende abrir nuevos caminos y marcar soluciones, sin perjuicio de su tono didáctico y aleccionador, que quiere argumentar para convencer a los órganos de decisión y al mismo tiempo aproximarse a los ciudadanos. Ofrece así un cuadro de definiciones para concretar qué se entiende por «servicios de interés general», «servicio público» y «servicio universal». Se destaca también que los compromisos de mercado abierto o de prohibición de prácticas que alteren la competencia, del artículo 86, «no se aplican a las actividades no económicas (como los sistemas obligatorios de escolarización o de protección social) ni a las funciones llamadas «de regalía» que corresponden al ejercicio del poder público (como la seguridad, justicia, diplomacia o estado civil)» (párrafo 18). En el tono de ponderación de fórmulas, soluciones y compromisos, en el contexto de la preparación de lo que se pretendía una sustanciosa reforma de las instituciones —el futuro Tratado de Ámsterdam—, se concluye sugiriendo que tales preocupaciones deben ser llevadas al Tratado:

«la Comisión está convencida —se dirá en el párrafo 72— de que los servicios de interés general deben encontrar en el proyecto europeo una función relacionada con el lugar que ocupa en los valores comunes sobre los que se han construido las sociedades europeas».

Se razona que el (actual) artículo 86, que tan amplio juego ha dado, no conviene que se modifique pero, en cambio, se propugna incluir una mención nada menos que en el artículo 3, donde se enumeran los medios de la Comunidad, una nueva «letra u», de modo que la acción de la Comunidad implique también, «u) Una contribución a la promoción de los servicios de interés general». La justificación es directa y concisa (y con esto concluye la Comunicación): «De esta forma se confirmaría, a través del valor programático del artículo 3 que los servicios de interés general ya forman parte de los ámbitos de acción de la Comunidad. Estos siguen siendo un ámbito de acción privilegiada de los Estados miembros. Esta modificación, que no constituiría una nueva base jurídica, establecería, sin embargo, que los servicios de interés general constituyen una dimensión que debe tenerse en cuenta en la definición de las acciones de la Comunidad y en la elaboración de sus políticas» (párrafo 74).

Valiosos razonamientos, certera síntesis de tan rico y fundamentado documento.

2. EL TRATADO DE ÁMSTERDAM

Y llegó Ámsterdam, que se firmaría un año después, el 2 de octubre de 1997. El artículo 3 TCE resultó ampliamente modificado, pero no se incorporaría aquella «letra u» que sugiriera la Comisión. Con todo, el viaje no resultó baldío. Se añadiría, y en lugar destacado, un precepto de nuevo cuño, de valioso contenido, que asume la propuesta, resultando fiel exponente del espíritu de la Comunicación. Únase a ello una Declaración, muy útil a la hora de reforzar la interpretación, en cuanto recoge indicacio-

nes formuladas por el Tribunal de Justicia, bien propias del régimen jurídico de los servicios públicos²⁶.

En efecto, el artículo 2.8 del Tratado de Ámsterdam, añade, para que se inserte «al final de la Primera Parte» (recordemos que es la referida a «Principios», lo que realza su valor), un nuevo artículo 7D. Haciendo uso de la numeración renovada, incluso para las remisiones, se trata del actual artículo 16 TCE, que dice así:

«Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán porque dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido».

Por su parte, y desde una perspectiva complementaria, entre las Declaraciones aprobadas en Ámsterdam figura como número 13, la que referida al artículo 7D [actual 16] TCE, dice:

«Las disposiciones del artículo 7D del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre servicios públicos se aplicarán con pleno respeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras cosas, en lo que se refiere a los principios de igualdad de trato, calidad y continuidad de dichos servicios».

Destaco la receptividad. El artículo 13 pone el acento en el lugar que los servicios ocupan «entre los valores comunes de la Unión», dato encomiable, más situándose en la Parte Primera, sobre los Principios, con su fuerza de identificación y orientadora, aparte de recoger el importante criterio «de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial». Se consagra algo obvio, pero muy significativo, tanto en cuanto a su alcance como en cuanto a su simbología, pero que algunos habían olvidado o incluso des-

²⁶ Vid. Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, «RAP», 150 (1999), pág. 73.

preciado. Aunque se actúe con todo cuidado para no alterar el delicado orden de competencias. Importa la teleología: «que los servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido». La Declaración resulta muy útil, en cuanto viene a potenciar las exigencias del Tribunal de Justicia sobre «los principios de igualdad de trato, calidad y continuidad», piezas clave de la concepción jurídica tradicional de los servicios públicos. Los fines y el aseguramiento de las prestaciones, pueden justificar especialidades jurídicas, la Declaración habla de «servicios públicos», el precepto de «servicios de interés económico general», pero no hay referencia alguna a lo organizativo, de acuerdo con las nuevas concepciones del servicio público donde, como dijimos, se abre un amplio margen de disponibilidad. Resultará indudable, como quería la Comunicación en sus palabras finales, que la consideración de los servicios públicos implica «una dimensión que deberá ser tomada en cuenta en la definición de las acciones de la Comunidad y en la definición de sus políticas», pero también, por correspondencia, en las respuestas de los Estados miembros.

3. DEL NUEVO ARTÍCULO 16 TCE AL ARTÍCULO 36 DE LA CARTA

Pues bien, en la documentación oficial sobre la Carta, en las «Explicaciones» —manejo el texto que me ofreció la delegación francesa—, la glosa del artículo 36 es brevísima para decir apenas que el precepto respeta plenamente el artículo 16 TCE y que no crea Derecho nuevo. No hace falta más que contrastar los textos, para verificar que el artículo 36 de la Carta es una adaptación resumida del 16 TCE. Con lo que llegamos a la confirmación de lo que antes decía respecto a la eficacia y vigencia de la Carta: ésta propone algo que ya estaba en los Tratados. Habrá una cierta adaptación, el precepto de la Carta es más escueto, pero también la funcionalidad de una declaración de derechos clama por fórmulas más concisas que las de un Tratado. Es un *recordatorio-símbolo*, pero que se nutre de la filosofía y de las potencialidades del precepto del

que emana. Por eso, a la hora de su interpretación, será muy útil contar con todo el significado del artículo 16 TCE, lo que redobla el valor, tanto de la Declaración nº 13 de Ámsterdam, como de la Comunicación de la Comisión.

4. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

Pero estamos ante un precepto de la Carta que más allá de su modelo tiene vida autónoma, ya sea como tal precepto ya sea como integrante de ella, disfrutando de la virtualidad de la misma, vinculado, por supuesto, al futuro devenir del documento.

Puestos a destacar las características del precepto, *como si* de una declaración de derechos plenamente operativa se tratara, podrían señalarse las siguientes.

(a) Marquemos, ante todo, una sensible diferencia con la fuente, el artículo 16 TCE. En éste, la Comunidad y los Estados miembros *velarán* porque los servicios puedan *cumplir* su cometido, es decir, a modo de compromiso de principios, tal y como deriva de la inclusión en la Parte Primera del Tratado. En la Carta, la Unión *reconoce y respeta* el acceso, en el sentido de tratarse de una de las garantías propias de un derecho fundamental, pues tal es en definitiva el alcance de una de las piezas de una Carta de Derechos Fundamentales.

(b) Muy importante resulta el aspecto simbólico tan propio de la filosofía de los derechos fundamentales. Porque la Carta, además de respuestas concretas y sectoriales, que ya se mencionaron, añade el compromiso genérico de respeto a los servicios públicos. Es un paso adelante, destacado, inmejorable síntoma de que los tiempos evolucionan. Se responde así a las nuevas exigencias. Lo mismo que se refuerza con las técnicas de los derechos fundamentales el derecho a una buena administración (art.41 y concordantes, antes mencionados), se incluye este reconocimiento genérico que quiere reforzar el papel de los ciudadanos como destinatarios

de servicios públicos, con toda la carga histórica inherente. Vertiente simbólica, con fuerza propia, que no contradice otras opciones de mayor calado jurídico.

(c) De destacar también que se de cabida expresa en el precepto a la teleología que lo inspira, esa afirmación que concluye recordando que lo que se regula lo es «con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión». Clara seña de identidad que juega también como nuevo elemento simbólico, dando fe de que es real la importancia que en la Unión Europea se quiere conceder a la cohesión social y territorial. Se reverdece y sintetiza el alcance del artículo 3k), así como de los 158 y siguientes, con todo el juego de significados y consecuencias jurídicas. Se actualiza, en suma, desde esta metodología de los derechos fundamentales, el mandato de expandir la igualdad, con sus irrenunciables implicaciones sociales, así como el de eliminar las discriminaciones territoriales, tan vinculados a los servicios públicos en su evolución, ahora ya no sólo en el ámbito de un Estado, como sucedía antaño, sino en todo el territorio de la Unión.

(d) El precepto se caracteriza por una formulación abierta y elástica. Asienta un criterio y unos principios, defiende por tanto las exigencias implícitas, pero se huye de ofrecer cualquier asomo de lista o de fórmula rígida. Por lo mismo, no se trata de proclamar un inalterable *statu quo*: los servicios públicos constituirán un rico caudal, que puede mantenerse, pero que también puede alterarse, ya sea para amenguarlo, cuando ya no fuera preciso asegurar el régimen de servicio público para garantizar determinados resultados o actividades, pero que hipotéticamente podría ampliarse, de aparecer nuevas aspiraciones sociales que lo reclamaran.

(e) Obviamente, el precepto, con su referencia a la teleología de la cohesión social y territorial, habrá de tenerse en cuenta a la hora de decidir excluir una actividad del régimen de servicio público, lo que implicará una ponderación de las diferentes alternativas, una valoración de los efectos sociales y territoriales, un es-

tudio, en definitiva de las consecuencias, no solo para el momento de proceder, sino para un plazo razonable. Pasa a convertirse así en imprescindible elemento de contraste.

(f) Lo que se contempla, tanto en el rótulo como en el contenido, son «los servicios de interés económico general», expresión que se ha generalizado y que la usa el Tratado (así, artículos 86 y el más reciente 16, si bien el 73 se refiera a la *noción de servicio público*, que también se utilizaba en la Declaración 13, aun referida al artículo 16). Ya decía que la Comunicación de la Comisión comenzaba aclarando todos estos conceptos: fórmulas más abiertas y elásticas, cubriendo incluso prestaciones o servicios de neta gestión por los particulares, que no encajarían en el viejo concepto de servicio público, hallan más holgada acogida en este amplio concepto. Habrá que proceder con cierta cautela pero creo que entendiendo y sabiendo de qué se habla en cada caso, en gran medida son expresiones intercambiables, por lo que determinadas reglas, características y criterios tradicionales de los servicios públicos, podrán ser recordados, aplicados y exigidos cuando se trate de los servicios de interés económico general²⁷. Y cuando esta última expresión nos sitúe ante responsabilidades del sector privado, la teleología de la *cohesión* así como los *principios de igualdad de trato, calidad y continuidad* habrán de constituirse en criterios a considerar sin falta²⁸.

En este sentido, se abre el precepto para dar cabida al haz de reglas y principios decantados en relación con el estatuto de los

²⁷ Vid. Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Del servicio público a la liberalización*, cit., pág.63.

²⁸ Lo que se proyecta al sistema de medidas defensivas de los diversos valores afectados, de lo que sería buena muestra el precepto que en España se ha llevado al nuevo Código Penal que prevé inculpar con prisión de 6 meses a 2 años y multa de 12 a 14 meses de inhabilitación especial para cargo o empleo público de uno a 3 años a «el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho, por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía» (art. 511.1). Fácil es apreciar la sintonía de preceptos como éste con la filosofía del artículo 36 de la Carta en el afán de garantizar «el acceso» a los servicios mencionados.

ciudadanos ante los servicios públicos, reforzados ahora al incardinarse dentro de la órbita de los derechos fundamentales. Ciertamente, lo que dice garantizar el texto de la Carta es «el acceso» a los servicios, pero estoy seguro de que nada va a impedir una interpretación ampliatoria que supere el sentido estricto de «acceso» y lo proyecte, en general, al régimen jurídico del servicio. Tales suelen ser al menos las líneas que acostumbra a ir alumbrando la jurisprudencia en casos similares.

(g) Profundizando en la misma dirección, se puede aludir, aunque no sea el momento para desarrollar más el tema, a una cuestión de la más viva actualidad en la Unión Europea: el precepto se abriría también, en concreto, a ese movimiento de codificación de los derechos y deberes de los usuarios, que está conociendo un gran auge, ya con fórmulas generales, ya con previsiones sectoriales y casuísticas, y que está generando una minuciosa respuesta tanto de los legisladores como de las Administraciones Públicas²⁹, objeto ya de la cuidadosa atención de los comentaristas³⁰. Rico efecto de vasos comunicantes, muy útil para reforzar tantas pretensiones, y por ende de gran significado social. Por lo mismo, y es otro tema de gran actualidad, el precepto se abre igualmente a las garantías que consagra la Carta, casi a continuación, cuando en el artículo 38 se contempla la «protección de los consumidores»: en no pocos casos ambos preceptos van a quedar íntimamente

²⁹ Por ejemplo, me gusta recordar disposiciones como el artículo 40.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, la 16/1987 de 30 de julio, donde se prevé que «la Administración elaborará el catálogo de de los derechos y deberes de los usuarios del transporte, cuya difusión y cumplimiento se tutelará por ésta...». Vid. mi colaboración *Transportes*, en el *Derecho Administrativo Económico*, II, dirigido por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, La Ley, Madrid, 1991, pág. 827. Desde otra perspectiva, recuérdese, a modo de ejemplo, la *Directiva del Presidente del Consejo de Ministros Italiano de 27 de enero de 1994 sobre la prestación de los servicios públicos*, traducida, y con una amplia introducción, por Tomás CANO CAMPOS, «RAP», 139 (1996), págs. 473 ss.

³⁰ Sin dejar de recordar las importantes aportaciones, tan oportunas en su momento, de Javier Salas, Pedro Escribano, Enrique Rivero, Juan Pemán o Villar Ezcurra, entre otros, véase el reciente libro de Luis MÍGUEZ *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Ed. Cedex, Barcelona, 1999, con amplia bibliografía.

hermanados de modo que se trasladen a la defensa de los usuarios, las garantías para los consumidores³¹.

(h) En cuanto la Carta vaya afianzando su vocación de generalidad³², las reglas de la misma vincularán a quienes se consideren regidos por ella. En todo caso, en su intención originaria, el precepto comentado alude a la Unión como el sujeto que se considera obligado a reconocer y respetar. Pero no se puede olvidar que la propia Carta, al tratar del «ámbito de aplicación» (art. 51), señala que las disposiciones de la misma están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, pero también a los Estados miembros cuando apliquen Derecho de la Unión. Por esta vía se abre la puerta a que las pretensiones derivadas del precepto puedan

³¹ Sobre el sistema de garantías de los consumidores, véase el reciente libro de Javier GUILLÉN CARAMÉS *El estatuto de los consumidores*, Ed. Cívitas, 2002, con abundante bibliografía.

³² Vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La nueva Carta de los Derechos Fundamentales*, cit., pág. 12. Estamos todos muy atentos a cada nuevo «reconocimiento» institucional de la Carta que vaya produciéndose, como cuando la cita el Tribunal Constitucional Español o, en Luxemburgo, el Abogado General. En este sentido es muy importante comprobar como empieza a aparecer en las opiniones de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Valgan dos referencias aleccionadoras en sendos casos que ha tenido una cierta repercusión.

En la sentencia *Hatton y otros c. Inglaterra*, 2.X.2001, famoso asunto sobre el ruido de los vuelos nocturnos en el aeropuerto londinense de Heathrow, el juez Costa, en su voto concordante, al razonar acerca de la creciente apreciación de la protección del medio ambiente, señala: «Since the beginning of the 1970s, the world has become increasingly aware of the importance of environmental issues and of their influence on people's lives. Our Court's case-law has, moreover, not been alone in developing along those lines. For example, Article 37 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 18 December 2000 is devoted to the protection of the environment. I would find it regrettable if the constructive efforts made by the Court were to suffer a setback».

Por su parte, en la sentencia *Frette c. Francia*, 26.II.2002, sobre el problema de la adopción por un varón homosexual, en el voto disidente de los jueces Bratza, Fuhrmann y de la señora Tulkens, al razonar acerca de en qué medida dicha condición ha actuado en sentido discriminatorio, en contra de lo prohibido por el artículo 14 de la Convención de Roma, y de si habrá que apoyarse en la referencia al «sexo» o a la que se hace a «cualquier otra situación», se recalca, como poniendo el acento en el dato de la modernidad y acierto en la fórmula: «Par ailleurs, dans le chapitre III sur l'égalité, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 7 décembre 2000 interdit expressément, "toute discrimination fondée notamment sur le sexe(...) ou sur l'orientation sexuelle"».

Paulatinamente, la Carta va siendo reclamada como si fuera un texto operativo.

dirigirse también a los Estados miembros y a todos sus órganos. Convendrá recalcar el significado de esta conclusión. Con los criterios del Derecho Internacional, cuando se habla de Estado no hay que pensar solo en los Poderes Centrales o en la Administración General, sino también en Regiones, Provincias y Municipios y cualquier variante organizativa, en cuanto esté dando cumplimiento a regulación comunitaria, sobre servicios públicos, en nuestro caso. Quiero recalcar así el protagonismo del escalón local, dada la presencia de los servicios públicos que tienen encomendados³³. Y lo que se dice de los órganos de las Administraciones cabe predicarlo también de los Jueces y Tribunales de cada Estado, en cuanto aplicadores naturales también del Derecho Comunitario.

(i) Diré, por último, que el precepto incluye una significativa cláusula limitativa, desde la óptica de que la Carta no se considera habilitada para alterar el orden de competencias. Eso se deja a los Tratados, de ahí la remisión a que habrá de ser «de conformidad con el Tratado Constitutivo». Éste marcará el criterio a partir del cual se abre el espacio para la respuesta de cada Estado, lo que se indica de una forma amplia intentando superar cualquier planteamiento de corte positivista. De ahí esa llamada a lo que dispongan «las legislaciones y prácticas nacionales». Desde la amplitud y elasticidad de la fórmula por la que se ha apostado el precepto abre paso a la concepción que en cada supuesto sea real o efectiva, ya derive directamente de la legislación o haya podido llegar por cualquier otro camino a determinar la práctica correspondiente.

Redes, 25 de julio de 2002

³³ Vid. Por todos, con abundante bibliografía, F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, 3ª edición, 2002.

ANEXO

Dentro de la zigzagueante línea seguida por la Europa comunitaria, que deja apreciar sin falta un notable interés por la figura que nos ocupa, reconociendo el especial papel que juega en algunos Estados, y en línea con anteriores documentos, a alguno de los cuales me he referido, me parece oportuno transcribir uno de los *protocolos* que forman parte de lo aprobado por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, y que deberá ir anejo a los Tratados en su nueva redacción. Se trata del «Protocolo sobre los servicios de interés general», que está redactado así:

«Las altas Partes contratantes,

Deseando enfatizar la importancia de los servicios de interés general,

Han convenido en las siguientes disposiciones interpretativas, que se incorporarán como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

ARTÍCULO 1

Los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluyen en particular:

— El papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios;

— La diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales;

— Un alto grado de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso individual y de los derechos de los usuarios.

ARTÍCULO 2

Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico».

En suma, se confirma lo que hemos venido viendo: elasticidad de la figura y falta de rigidez, relativismo histórico e incluso geográfico, pero allí donde quepa la fórmula, apoyo decidido y preocupación por la objetividad de las reglas, con tendencia a la conformación de un estatuto del usuario en el que destaque la igualdad de trato.

QUINTA PARTE
LA LIBERTAD RELIGIOSA

CAPÍTULO 23

EL MARCO NORMATIVO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Ponencia expuesta y debatida el 10 de diciembre de 1998, justo el día del cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Seminario Permanente sobre Libertad Religiosa —animado y presidido por el entonces Director General de Asuntos Religiosos Profesor Alberto de la Hera—, ante el Pleno de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, en el Ministerio de Justicia, para reflexionar sobre la Ley Orgánica de Libertad religiosa, al aproximarse los veinte años de su promulgación. En sesiones anteriores del propio Seminario, y desde la misma metodología, se habían considerado la ponencia del Profesor Agustín Mottilla, sobre «Concepto y régimen jurídico de las entidades religiosas», y la del Profesor Joaquín Mantecón Sancho, «Confesiones religiosas y registro». Todas ellas aparecieron recogidas luego en el correspondiente volumen de actas. Adelanté la publicación de la mía en la «Revista de Administración Pública», 148, enero-abril 1999.

Pueden recordarse ahora las observaciones metodológicas que formulaba en la *Introducción*. Mi escrito refleja la realidad jurídica en el momento en que se escribió y no creo que sea de interés ni adaptarlo ni ponerlo al día. Se reflejan los problemas que nos preocupaban, tal y como nos preocupaban y a la vista de los datos jurídicos a manejar entonces. Hoy, la respuesta que ofrece

alguno de los Estatutos de Autonomía no es la misma que hace diez años cuando se formularon mis reflexiones. Aunque está por dilucidar el problema de las relaciones entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas o si es posible y, en que medida, que aquellos puedan predeterminar a éstas. Da la impresión de que al reformar alguno de ellos, no se ha pensado en una visión global del Estado y se ha estado al oportunismo de algunas pretensiones locales.

S U M A R I O

I. INGREDIENTES DIVERSOS PARA LA ESTRUCTURA NORMATIVA: INTERNACIONAL Y NACIONAL, ESTATAL Y AUTONÓMICO; REGULACIONES CON PRETENSIÓN DE GENERALIDAD E INSTRUMENTOS CONVENCIONALES.— II. LA DIFERENTE RESPUESTA PÚBLICA ANTE LAS EXIGENCIAS DE LA LIBERTAD RELIGIOSA.— III. LA COMPETENCIA EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD RELIGIOSA.— IV. LA SUJECIÓN A LA LEY DE LOS PODERES PÚBLICOS Y DE LOS CIUDADANOS.— V. EL ENTRECRUZAMIENTO DE COMPETENCIAS PARA ASPECTOS SECTORIALES. EN ESPECIAL, EL PROBLEMA DE LOS CONVENIOS MENORES O SECTORIALES.— VI. EL REFLEJO EN LA LEY DE LAS NUEVAS EXIGENCIAS.

I. INGREDIENTES DIVERSOS PARA LA ESTRUCTURA NORMATIVA: INTERNACIONAL Y NACIONAL, ESTATAL Y AUTONÓMICO; REGULACIONES CON PRETENSIÓN DE GENERALIDAD E INSTRUMENTOS CONVENCIONALES

1. Nuestro punto de partida, como juristas, tiene que ser precisamente la Constitución española, que dedica atención significativa a la libertad religiosa, sus exigencias y consecuencias. De ella trae causa inmediatamente la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, la 7/1980, de 5 de julio (citada en adelante como LOLR).

Convendrá notar que ésta fue la primera ley que hicieron las Cortes Generales a la hora de desarrollar los derechos fundamentales y libertades públicas que con tanto énfasis quiso acoger la Constitución. No es ocioso retener que fue aprobada —en la votación de conjunto en el Congreso, al ser ley orgánica— por 294 votos a favor y cinco abstenciones. Es decir, ningún voto en contra. Lo cual es indicativo de una amplia vocación de concurrencia de los representantes del pueblo español; en definitiva, de la pervivencia en la Ley del inicial consenso constitucional. Quiero encomiar lo que representa este dato, no digamos si se tiene en cuenta la complicada —por no entrar ahora en otros matices— historia de la libertad religiosa en España. Luce aquí el decidido propósito de la sociedad española de superar de una vez, en lo que a lo religioso se refiere, tantas situaciones históricas de enfrentamientos, tensiones y persecuciones. La Ley Orgánica es una pura continuidad que refleja la voluntad decidida de quienes hicieron la Constitución de organizar un consenso, de superar enfrentamientos históricos —en diversos campos y sectores, también en el religioso—, todo ello a través de la garantía de un nivel de respeto a los derechos humanos, a la altura de los tiempos. Téngase muy presente, así, este carácter de compromiso y pacto que presidió los debates de la Constitución de 1978, al objeto de superar arraigados «demonios familiares» de los españoles, lo que a veces se olvida cuando se habla con demasiada frivolidad de la insuficiencia de la misma y de la necesidad de reformarla.

Hay que resaltar así el peso de la LOLR, lo que a la hora de imaginar su posible reforma —y sin perjuicio de las carencias que podamos observar— nos suscita, ante todo, un sentimiento de respeto y de admiración. Y hace pensar, dado su papel, su significado y la práctica unanimidad que encontró, si no será uno de los componentes que integran el llamado bloque de la constitucionalidad; nada impide reformarla cuando se estime oportuno —con sólo que se respete el trámite adecuado y se logre la mayoría ne-

cesaria—, pero, mientras tanto, figura como testimonio señero de cómo se perfila alguna de las grandes líneas del sistema constitucional, testimonio también de cómo se interpreta el orden de competencias dentro del Estado.

2. Pero junto al soporte nacional hay que recordar por fuerza el fenómeno tan propio de nuestro tiempo del entrecruzamiento de diversos niveles de regulación, con la presencia intensiva de reglas supranacionales, que se observa en tantos campos —por ejemplo, la importante experiencia de la Unión Europea, o lo concerniente al comercio— y que también se deja sentir, y con gran amplitud, señaladamente en el campo de los derechos humanos. Hoy vivimos un momento intenso de reglas jurídicas entrelazadas. Ello ofrece un innegable aspecto simbólico, pero trae consigo también el reto de una secuela ingente de problemas jurídicos.

A recordar, así, entre esos grandes instrumentos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de Naciones Unidas (DUDH) —la conmemoración de cuyo quincuagésimo aniversario nos compromete especialmente con ella—; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York, dictado directamente para desarrollar aquélla; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (citado en adelante como CEDH), u otros documentos más especializados pero en ocasiones de intensa incidencia, como pueda ser la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o el Convenio sobre los Derechos del Niño, ambos de Naciones Unidas.

3. Todos los ratificados por España —y lo han sido los que he mencionado, si se deja de lado la DUDH, a la que se remite directamente la Constitución, en el artículo 10.2— pasan automáticamente a formar parte del ordenamiento jurídico, con las consecuencias inherentes —no sólo vinculación, sino inmediata aplicabilidad—, por mor de lo establecido en el artículo 96 de la Constitución, aparte de que ésta, en el citado artículo 10.2, les otorga un elevado valor

interpretativo. Pero, además, algunos de ellos cuentan con fórmulas especiales que refuerzan su operatividad. Así, el «Comité de Derechos Humanos» establecido en la Parte IV del Pacto de Derechos Civiles, al que pueden dirigirse alegando incumplimientos, tanto los demás Estados miembros (art. 41), como los «individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto» (art. 3 del correspondiente Protocolo Facultativo, en vigor también para España). Recordando que la práctica tiene su peso y su trascendencia, y que el mismo Comité da cuenta cada año de sus actividades (art. 6 del Protocolo).

Aunque de especial significado es el CEDH, de cuyo sistema forma parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo —ahora recién remozado para que resulte más operativo—, y que emana una jurisprudencia importante, cuyo peso y significado no es preciso ponderar ahora, a alguna de cuyas sentencias habrá que aludir en las páginas que siguen.

4. Obsérvese la doble vertiente: el Pacto o la Convención, como los demás instrumentos internacionales referidos, sin dejar de ser lo que son, pasan a convertirse también en Derecho español, que a todos vincula o que cualquiera puede alegar. Pero, por otra parte, en virtud de los mecanismos internacionales, cuando el «Comité de Derechos Humanos» recrimina, o cuando el Tribunal Europeo condena, a quien se recrimina o condena es, en nuestro caso, a España como Estado, cualquiera que sea la autoridad o el órgano que haya llevado a cabo la conducta que se estima lesiva para con una libertad, sea de la Administración General, sea de una Comunidad Autónoma o de un municipio. Sin dejar de reconocer, incluso, que, más allá de condenas o recriminaciones formales, si llega a la opinión pública internacional cualquier protesta por una actuación que se considere lesiva de la libertad religiosa —si se alega, por ejemplo, que determinada organización religiosa encuentra restricciones a la hora de emitir por las ondas, sea o no fun-

dada la protesta—, es también a España a quien se imputa, aunque la actuación presuntamente polémica provenga de una Comunidad Autónoma o de un municipio.

5. Posible responsabilidad de España, como Estado, haya actuado cualquiera de los eslabones que lo integran. Ello me lleva a dejar constancia de otro dato obvio, que necesariamente hay que tomar en consideración a la hora de abordar nuestra problemática. Al entrecruzamiento de regulaciones, en que confluye un «estándar nacional» con un «estándar europeo» —como se afirma en la jurisprudencia de Estrasburgo, dando prevalencia a uno u otro en cada caso—, o un estándar internacional, podemos decir, en general, conviene notar un nuevo reparto de papeles en el orden interno. A raíz de la Constitución de 1978, España es un Estado intensamente descentralizado, en el que hay un amplio reparto de competencias entre los Poderes Centrales y las Comunidades Autónomas, sin olvidar que las Corporaciones Locales asumen también destacadas funciones. Todo ello contando con que las entidades de los dos últimos grupos actúan dotadas de autonomía. Surge así la cuestión de dilucidar si dicho reparto de competencias afecta también a las exigencias derivadas de la libertad religiosa y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, la de tratar de ver cuáles sean las características de dicho reparto, qué es lo que pueda corresponder, o no, a cada uno de los escalones administrativos o, incluso, legislativos.

6. Hay una curiosa coincidencia en la estructura del reconocimiento de la libertad religiosa, ya sea en la Constitución, ya en los grandes textos internacionales a que me he referido. Aparte de que en cuanto al contenido las fórmulas recuerdan unas a otras —aunque sobre este dato no voy a insistir, lo doy por sabido—, lo que quiero destacar es que nos encontramos en unos y otros casos con una triple referencia: hay, ante todo, una consagración solemne de la libertad religiosa, que reconoce también los límites de la misma (DUDH, art. 18; PIDCP, art. 18; CEDH, art. 9; CE, art.

16). Encontramos, en segundo lugar, que cuando se alude al derecho a la educación se reconoce la opción de los padres (o representantes legales) para que la enseñanza sea conforme a sus convicciones religiosas (DUDH, art. 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13.3; CEDH, Protocolo Adicional Primero, art. 2; CE, art. 27.3). Y lo religioso aparece, en tercer lugar, cuando se consagra la regla de la igualdad y se asienta la cláusula de no discriminación: no cabe discriminación alguna —se dice—, entre otras, por razón de religión (DUDH, art. 2.1; PIDCP, art. 2.1; CEDH, art. 14; CE, art. 14). Se prohíbe que la religión sea causa de discriminación, en cualquiera de las direcciones posibles: no perjudicar porque se sea de una religión —cualquiera de las admitidas—, pero tampoco la religión puede ser motivo para desatender las obligaciones cívicas. Como decía con fórmula certera y pionera el artículo 136 de la Constitución alemana de Weimar, de 1919 —precepto que, como se recuerda, sigue en vigor—:

«1. Los derechos y deberes civiles y cívicos no serán condicionados ni limitados por el ejercicio de la libertad del culto.

2. El goce de los derechos civiles y cívicos, así como la admisión a los cargos públicos, son independientes de la confesión religiosa.»

La regla de la igualdad es principio que inspira hoy las declaraciones de derechos y los sistemas constitucionales —sabido es lo arraigado de su origen— y proyecta también sin falta sus exigencias sobre el mundo de la libertad religiosa. Se quiere impedir que por la religión —cualquiera de ellas— se cause perjuicio alguno a los creyentes, pero también los textos pretenden que no sea utilizada la religión —cualquiera de ellas— como excusa para ventajas o situaciones de beneficio, aunque sea como apoyo para librarse de deberes u obligaciones.

No he de insistir ahora en la fuerza constitucional y jurídica del mandato de igualdad, que el artículo 1 de la Constitución

consagra como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

7. Junto al entrecruzamiento normativo y competencial de que antes se advirtió —internacional junto a nacional y, dentro de lo nacional, estatal, autonómico o local—, hay otra diferencia notable en la estructura de la regulación normativa que debe ser apuntada con toda precisión. Nos vamos a encontrar, en efecto, con una manifiesta dualidad. Sin duda que la Constitución y las grandes declaraciones internacionales asumidas constituyen la supralegalidad que predetermina el resto del ordenamiento jurídico. Como tales vinculan, a la par que orientan. Pero a la hora de desarrollar aquellas reglas primeras se observa que el legislador español se ha decantado por dos alternativas bien diferentes, con clara vocación de pervivencia por el momento. Está, de una parte, la regulación que desarrolla la libertad constitucionalmente garantizada, que surge con pretensión, de abordar todo el campo y con clara vocación de generalidad. Me estoy refiriendo a la LOLR, a la que ya se ha aludido antes con cierto énfasis, y a toda la legislación complementaria de la misma, que alcanza cierta amplitud. Y no son sólo los reglamentos para puntualizar aspectos determinados —como pueda ser el Real Decreto sobre organización y funcionamiento del registro de entidades religiosas, que tanto nos preocupa—, sino que, insisto, en esta línea encontramos normas muy variadas. Como, por ejemplo, la sección del Código Penal —otra ley orgánica, recuérdese— que contempla los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos, etc., artículos 522 y siguientes.

Todas estas normas tienen una clara pretensión de objetividad y de generalidad. Sus disposiciones están pensadas genéricamente para cualquier organización religiosa, es decir, para todas. Abordan desde una perspectiva global y amplia el rico mundo de secuelas y exigencias de la libertad religiosa. Cuando el artículo 1 de la LOLR comienza asentando el compromiso de que «el Estado

garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto», está marcando unas pautas, propias en general de las leyes que desarrollan los derechos fundamentales, que proyectan su virtualidad a cualquier posible destinatario. En el caso concreto que ahora nos interesa, «los individuos y las comunidades» —en los términos del artículo 16.1 de la Constitución— que protagonicen la libertad religiosa, quedan inmediatamente insertos en el campo de aplicación de la norma, sin atención alguna a cuál sea la comunidad o la creencia con la que comulguen: regla objetiva que a todos favorece o vincula indiscriminadamente.

Dígase lo mismo del contenido de los preceptos del Código Penal referidos. Cuando se penaliza el impedir a un miembro de una confesión religiosa —o a varios— practicar los actos propios de las creencias que profesen (art. 522), no se pone nombre a la confesión, sino que la regla penal con su pretensión de protección está pensada para todas y cualquiera de las existentes. Dígase lo mismo, por ejemplo, del tipo que describe el artículo 524, al contemplar —para desaconsejar, para recriminar, con la amenaza de la sanción— a quien en templo o lugar destinado al culto o en ceremonias ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados. El templo y los sentimientos religiosos que de esta forma se protegen no son los de una determinada confesión u organización religiosa, sino que son los de cualquiera de ellas, los de todas, así, indiscriminadas.

Es el supuesto de regla objetiva desde la idea de que las normas cubren cualquier situación que encaje en las previsiones legales, que tratan de asumir el viejo requisito de la generalidad. Es, creo, la idea que inspira el sistema constitucional español de derechos fundamentales cuando, más allá del reconocimiento con fuerza directa que llevan a cabo los correspondientes preceptos de la Constitución, se parte de que haya de ser una ley —luego veremos la ulterior concreción que conviene a esta regla—, cuidada siempre de respetar el «contenido esencial», la que regula «el

ejercicio» de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.1).

Esquema general que se basa en una ley con previsión de situaciones objetivas —lo mismo que hay una ley para el derecho de asociación, para el *habeas corpus* o para el derecho de reunión y manifestación—, con lo que se da aplicación, además, al valor superior de la igualdad a que antes se aludía. Ello me recuerda que hay sistemas constitucionales, como el alemán, que en materia de derechos fundamentales proscriben las fórmulas legales de regulación concreta que puedan implicar tratos diferenciados entre unos sujetos y otros.

8. Pero, junto a esta primera vertiente de la norma objetiva y general, el sistema español abre la puerta, con normalidad, en materia de libertad religiosa, a fórmulas convencionales (de convención o de convenio) que en realidad van a ocupar un amplio espacio dentro del espectro correspondiente a la libertad religiosa.

Recalco que es un fenómeno que se produce con normalidad, en cuanto es la propia LOLR la que, como es bien sabido, da cauce a los «acuerdos o convenios de cooperación» (art. 7), como una de las concreciones de las «relaciones de cooperación» contempladas en el artículo 16.3 de la Constitución. Sabiendo que cuando la LOLR se elabora ya se han producido los «Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede», teniendo en cuenta, como también es de todos conocido, que la fecha de los Acuerdos —3 de enero de 1979— es testimonio de que la preparación y elaboración son anteriores a la promulgación de la Constitución (si bien la ratificación se hace el 4 de diciembre de 1979 y aparece en el «Boletín Oficial» el 15). Considerando, además, el aspecto sobresaliente de que al sustanciarse como una relación entre Estados se acude a echar mano a los instrumentos de Derecho Internacional, con los notables efectos jurídicos que de ello derivan.

La realidad es como es. Los juristas hemos de esforzarnos por hallar las fórmulas para resolver los problemas que aparezcan. Hay

factores que han incidido con fuerza a la hora de predeterminar la situación: la tradición concordataria, el peso histórico, las dificultades de adaptar la situación de Estado con religión oficial a la de Estado no confesional y, me imagino, el interés de los representantes de ambas partes en que los Acuerdos se cerraran cuanto antes.

Después, no es preciso gastar mucha tinta para recordarlo, en 1992, se sustancian los tres Acuerdos, con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España. El instrumento ahora, en cada caso, es el del acuerdo de cooperación concertado entre el Estado y cada una de las organizaciones referidas, aprobado por la correspondiente Ley de las Cortes Generales. En definitiva, la puesta en aplicación de las previsiones del antes recordado artículo 7 de la LOLR.

O sea, que tenemos como instrumentos jurídicos, ya una ley, en estos últimos casos, ya un tratado internacional, en los primeros, con rango similar al de la ley pero con una especial resistencia en cuanto no le afectan las leyes ulteriores. En uno y otro caso, vinculando a todos pues para todos resultan obligatorios.

9. Frente al carácter objetivo de las regulaciones a que me refería en primer lugar, con imperio inequívoco de la regla de la igualdad, las variantes convencionales, al abrir la puerta a soluciones casuísticas, ofrecen el riesgo de propiciar soluciones que desconozcan la exigencia de igualdad o que pretendan incluso alterar o excepcionar las reglas objetivadas con carácter general para todos. Aparece así a lo vivo, por ejemplo, la discusión entre si sólo lo cuantitativo o también lo cualitativo. Es decir, por poner una muestra, ante una exención tributaria, obviamente, el que más edificios tenga —si se trata de la imposición sobre inmuebles—, mayor montante de exención logrará. Esto sería lo cuantitativo. Lo cualitativo sería que la exención —independientemente de que su monto sea mayor o menor— se contempla para algunos y no para los demás.

Por otro lado, las fórmulas convencionales podrían ser de aplicación y concreción de lo genéricamente previsto en la ley general. Podían marcar, así, el ingreso en regímenes previstos con carácter general, al llevarse a cabo la constatación de que se cumplen determinados requisitos. En otras parcelas puede hablarse, así, de «sindicatos más representativos», los únicos que alcanzan determinados efectos contemplados por la ley con fórmulas objetivas. Sin ningún afán de comparación, fijándome sólo en la técnica jurídica de identificar un criterio que sirva para acreditar diversas cualidades, vemos cómo la LOLR utiliza el criterio del «notorio arraigo», «por su ámbito y número de creyentes», que la práctica de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, e incluso la jurisprudencia, van tratando de puntualizar, aunque seamos conscientes de que existe algún desajuste.

10. Creo que como esquema ideal de futuro sería razonable pensar en la fórmula de la regulación legal amplia y objetiva, que se complementará después con las variantes convencionales, para concretar, desarrollar, fomentar; puntualizar si se dan los requisitos exigidos, pero no para excepcionar o innovar en detrimento de otros.

Sé que es bien difícil alcanzar una situación parecida, pero no está mal barajar soluciones de futuro o simplemente lanzar sugerencias. Teniendo en cuenta que los problemas y las soluciones en materia de libertad religiosa interesan en muchos países, no pocos en trance de darse nuevas soluciones.

Porque el dato real es que, en nuestra experiencia, las fórmulas convencionales en no pocas ocasiones hacen chirriar las exigencias de igualdad o se utilizan para introducir innovaciones normativas que sólo a unos benefician. Se afecta a lo cualitativo y no sólo a lo cuantitativo.

11. Es curioso que se ha producido una evolución que resulta cuando menos sintomática y, por supuesto, del todo lógica. Del

estudio del contenido de los tres Acuerdos de cooperación de 1992 se deduce —sin que sea éste el momento de detenerse en mayores profundidades— que aparece la intención clara, como tendencia, de abordar los mismos aspectos contemplados en los Acuerdos con la Iglesia Católica y de alcanzar en cada caso techos similares. Hablo de tendencia pues precisamente alguno de los objetivos no alcanzados constituyen hoy motivo de agravio. A través de este impulso —y sin desconocer las diferencias— se generalizan soluciones, con lo que queda menos violentado el principio de igualdad. El contraste se produce ahora con los que no han alcanzado dicha situación, pendiente el problema de en qué medida se puedan objetivar algunas de las ventajas o someterlas a requisitos de menos complejidad que los que supone recorrer todo el trecho basta que las Cortes Generales terminen aprobando el correspondiente Acuerdo de cooperación.

12. Desde el mismo núcleo de preocupaciones que vengo exponiendo aparece el problema, que roza también con las exigencias de igualdad, de hasta qué punto las modalidades convencionales son el lugar adecuado para sustentar excepciones a reglas y obligaciones generales. Aludía antes al generalizado criterio constitucional de que lo religioso no debe suponer discriminaciones, pero tampoco cabría alegar lo religioso para librarse de cargas, deberes u obligaciones legales.

Tempranamente dejó sentado el Tribunal Constitucional —con un innegable criterio de modernidad en una sociedad pluralista— que en las relaciones de trabajo no puede imponer una persona —se trataba de una trabajadora— que se le exonere del trabajo los días que sean festivos según su religión (STC 19/1985, de 13 de febrero, en amparo interpuesto por persona perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día). Habrá el espacio que se quiera para la negociación y para el diálogo, pero no puede tratarse de una obligación que se imponga al empresario. Esta idea se refleja con claridad en los Acuerdos de cooperación, que

abordan la cuestión desde el punto de vista del diálogo entre las partes. En cambio, a mí me suscitan algunas dudas no sólo en cuanto a la corrección o normalidad de la fórmula, sino incluso en cuanto a su compatibilidad con la Constitución, cuando expresamente se «dispensa» de asistir a clase —se deja abierta la posibilidad de solicitarlo—, en los centros públicos o concertados de enseñanza, o de acudir a las pruebas, exámenes u oposiciones para optar al ingreso en la función pública, aquellos días que sean festivos de acuerdo con el calendario de cada una de las religiones. En la Sentencia 19/1985, el Tribunal Constitucional recalca, para responder al argumento de la discriminación, que hoy el domingo en nuestra sociedad —sin desconocer que sea el día festivo de los católicos (que, dicho sea de paso, no creo que tengan especiales problemas para trabajar ese día)— es, sobre todo, un hábito social arraigado y generalizado que para gran parte de la sociedad no tiene connotación religiosa alguna.

Muchos otros problemas pueden aflorar, pero no es éste el momento para abordarlos. Me interesaba que quedara claro cómo en el ámbito de la libertad religiosa confluyen las dos vertientes aludidas, la de la norma objetiva con pretensión de generalidad pero, a su vez y conjuntamente, las fórmulas y soluciones convencionales. E insistía para recalcar que soy de la opinión personal de que, con las garantías de todo orden que hoy rodean a los derechos fundamentales —incluido el control internacional a que aludía al comienzo—, el punto de llegada —el futuro, en suma— está en poner el acento en la primera faceta, dejando la segunda, sobre todo, para concreciones y puntualizaciones, no para dar cabida a excepciones. Aunque las ideas que yo pueda tener pro futuro no me impiden reconocer cuál es la situación existente, ni cuál es el efectivo peso jurídico que alcanzan los diversos instrumentos convencionales.

II. LA DIFERENTE RESPUESTA PÚBLICA ANTE LAS EXIGENCIAS DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

13. Cuando penetramos en el ámbito de la libertad religiosa desde la responsabilidad de determinar cuál debe ser el papel ante ella de la Administración Pública o, más precisamente, de los Poderes Públicos, si arrancamos de la exigencia antes recordada que abre el artículo 1 de la LOLR de que el Estado garantiza el derecho a la libertad religiosa, nos vamos a encontrar con una estructura muy compleja, que ofrece multitud de variantes y matices. A la pregunta, por plantearlo de otra forma, de qué debe hacer hoy el Estado para garantizar la libertad religiosa hay que contestar que, por fuerza, son muchas y de muy variado alcance las respuestas que el Estado debe dar. El Estado, la Administración, habrá de hacer muchas cosas para estar a la altura del reto de salvaguardar la libertad religiosa. A veces incluso, para cumplir con fidelidad, lo que va a corresponderle es... no hacer, no hacer nada, dejar hacer, en el sentido más clásico de la expresión *laissez faire*.

Como puntó de partida, por tanto, componente complejo de la estructura de la libertad religiosa, en relación con la respuesta pública. Téngase en cuenta cómo desgranar su contenido algunos de los textos que le dan soporte jurídico. La dicción del artículo 16 de la Constitución española es bastante escueta, limitándose casi a proclamar, pero no así el CEDH o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 9 y 18, respectivamente, cuya línea siguió fielmente el artículo 2 de la LOLR. No voy a transcribir textos ni a reproducir lo que se da por sabido. Pero para ordenar un poco la reflexión, y sin ningún afán de sistema, se me ocurre que las respuestas que se esperan del sector público para que la libertad religiosa sea efectiva pueden encuadrarse al menos en alguno de los siguientes cuatro grupos.

14. A) Ante todo, como anunciaba, en ocasiones se exige y se espera una postura del más clásico abstencionismo: que no haga nada, que deje hacer sin interferencias, controles, supervisiones o

cualquier otra respuesta similar. No desarrollo este punto que, obviamente, nos permitiría traer muchos ejemplos y supuestos a colación, pues encaja bien aquí parte del contenido del citado artículo 2 de la LOLR. Recordaré sólo, como dato de interés, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kokkinakis contra Grecia*, de 25 de mayo de 1993. Nada impide, se viene a decir, que Grecia, en aplicación de su Constitución, prohíba el proselitismo religioso y penalice las correspondientes conductas. Pero lo que puede valer para supuestos de entidad y de notable interferencia en la libertad de los otros no se daba en el supuesto del señor Kokkinakis, un testigo de Jehová condenado a pena de privación de libertad que, si es cierto que se permitió adoctrinar a la mujer de un chantre ortodoxo, también es verdad que tal y como se produjeron los hechos se estima que eso forma parte de la actividad de adoctrinamiento propia de la libertad religiosa. Grecia resulta por eso condenada (incluso obligada a pagar una cantidad simbólica al señor Kokkinakis por daños morales). En definitiva, el Estado no debió actuar.

15. B) En otras ocasiones, el Estado no debe actuar directamente, no debe interferir en la libertad religiosa, pero tiene que tomar medidas indirectas para que ésta pueda desarrollarse. Habrá casos en que haya de funcionar el dispositivo de seguridad para que nadie interfiera el normal funcionamiento de un acto de culto o para asegurar la inviolabilidad que de los templos o lugares de culto proclaman las leyes. O habrá que poner en funcionamiento las previsiones penales —en línea con lo que antes se recordaba— para desaconsejar las conductas contrarias a los bienes jurídicos connaturales a la libertad religiosa. Resulta interesante un nuevo caso del Tribunal de Estrasburgo, reciente, contra Grecia también, el supuesto *Larissis y otros*, de 24 de febrero de 1998: a diferencia de la sentencia que antes recordaba, ahora no se estima incorrecto que Grecia haya sancionado a tres oficiales del Ejército del Aire por hacer proselitismo —eran de la Iglesia de Pente-

costés— entre los soldados de reemplazo mientras estaban en el cuartel. Es que el mantenimiento de la libertad religiosa de los unos —la situación jerárquica y de dependencia propia de un cuartel es bien sintomática— exige a veces que haya un campo de juego apropiado y que se respeten ciertas reglas. Debiendo el Estado estar vigilante en tales circunstancias.

16. C) En otros casos, el ejercicio de la libertad religiosa resulta indiferente frente al habitual actuar administrativo. La normal actividad administrativa no queda afectada, ni en un sentido ni en otro, al encontrarse con las secuelas o consecuencias de la libertad religiosa. Sobre esto habrá que insistir luego, pero ahora quiero recordar muy en síntesis, y a título de mero ejemplo, cómo la policía administrativa en sectores como el medioambiental, sanitario, urbanístico o de control del ruido, o de los requisitos de habitabilidad de los edificios, no queda en absoluto afectada por tratarse de templos o lugares de culto o actividades religiosas. Podrá tenerse la sensación de que ahí aparecen límites y restricciones para con lo religioso, pero son las previsiones generales del ordenamiento jurídico que no tienen por qué excepcionarse.

17. D) Para concluir esta síntesis, el contenido de la libertad religiosa, ya sea a consecuencia de las previsiones de orden constitucional, ya sea por virtud de la LOLR y normativa de desarrollo, pero a consecuencia también de las fórmulas convencionales, va a reclamar, en determinados aspectos —y recalco esta idea de limitación, en determinados aspectos—, respuestas positivas de los órganos del Estado, ya sea para tener que incluir una determinada asignatura en ciertos planes de estudio, ya para aplicar algunas exenciones fiscales; incluso, en ocasiones, para asumir prestaciones, ya sea en metálico, ya en forma de servicios o, a veces, la mera facilitación de espacios urbanos donde situar templos o lugares de culto. Nos encontrarnos aquí, a su vez, en este apartado, con una enorme gama de respuestas. Además, por virtud de lo que antes se exponía, que en unas ocasiones se apoyan en la re-

gla objetiva de la norma, lo que hace que, genéricamente, cualquiera que se halle en la situación contemplada por la regulación pueda considerarse destinatario de la ventaja, mientras que en otras ocasiones se tratará de destinatarios muy concretos, incluso único en alguno de los casos.

18. A veces se ha intentado proyectar sobre la libertad religiosa la idea de que se trata de un derecho que se traduce en prestaciones. Pero, en puridad, la enorme diferencia entre unos supuestos y otros hace que haya que ser muy cauto antes de tomar partido en este terreno. Y, sobre todo, que no se pueden generalizar reglas o consecuencias. Hay un caso relativamente reciente, que ha dividido a los tribunales y que ha debido ser dilucidado al fin por el Tribunal Constitucional, que, sin perjuicio de su alcance limitado y no extrapolable, resulta con todo de interesante consideración. Me refiero al supuesto contemplado por la STC 166/1996, de 28 de octubre. Una persona acude al Hospital de Estella, dependiente del Departamento de Salud del Gobierno navarro, necesitando un tratamiento de energía. Tras diversos avatares, que no son del caso, el paciente, que es miembro de «Testigos Cristianos de Jehová», abandona el hospital por oponerse a la transfusión de sangre que el cuadro médico considera necesaria y se va a una clínica de Barcelona donde se llevan a cabo tratamientos sin necesidad de recurrir a dicho remedio. Pero luego, al cabo de unas semanas, pasa la factura al Servicio Navarro de Salud. En toda la contienda va a estar presente el argumento de que la libertad religiosa da derecho a tratamientos cualificados. El Servicio Navarro se opone a la pretensión. El Juzgado de lo Social desestima pero, al resolver el recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra estima y condena al Servicio al pago de la cantidad. En casación, el Tribunal Supremo casa y anula la sentencia, con el argumento central de que el Estado debe respetar las creencias religiosas pero no financiar lo que exceda de la protección general. Y se llega en amparo ante el Tribunal Constitucional, apo-

yándose sobre todo en el artículo 16 de la Constitución y en el 14, como derecho a no sufrir discriminaciones. El Ministerio Fiscal se muestra partidario de que se otorgue el amparo desde el razonamiento de que la libertad religiosa aparece hoy teniendo el carácter de un derecho de prestación. Y ése es el argumento que sostiene el magistrado que firma el voto particular —que razona también acerca del carácter impeditivo para con las creencias religiosas que ofrece el acto de los poderes públicos cuestionados—, mientras que la mayoría, con más fundadas razones y con todo acierto, según mi modesta opinión, rechaza el otorgamiento de amparo, exonerando en definitiva al servicio administrativo del pago del importe de la factura de la clínica privada. El Constitucional se va a reafirmar en su opinión —manifestada en otras decisiones anteriores— de que la libertad religiosa, como derecho subjetivo de carácter fundamental, se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo, así como en el derecho a actuar con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales.

19. Yo estimo la sentencia atinada, excelente testimonio en un debate que está abierto. Y pienso, sobre todo, que en la libertad religiosa hay muchas cosas, muchas alternativas distintas, y que sería un craso error querer pasar todo por un mismo rasero. Creo que, precisamente, uno de los aspectos más delicados de la respuesta pública ante la libertad religiosa consiste en no mezclar unas fórmulas o variantes con otras: así que el que para algo se exija respuesta o presencia administrativa no impide considerar que en otros campos, en cambio, debe seguir manteniéndose el abstencionismo más exquisito. Difícil de lograr esta no «contaminación», por acudir al argot judicial tan de moda, pero aspiración que parece ausplicable a toda costa y que ha de requerir toda clase de esfuerzos, tanto para la mayor garantía de la libertad religiosa como para afianzar el efectivo respeto a un Estado que decididamente no es confesional.

La variedad de respuestas a que me he referido fuerza a que, en cada caso, los órganos administrativos hayan de tener muy claro si han de responder de una manera u otra. Pero esta consideración me lleva al punto siguiente para reflexionar ahora acerca de una vertiente importante cual es la de determinar cómo se atribuye la competencia en relación con la libertad religiosa, desde el esquema de un Estado como España, con una compleja organización, que implica una distribución de atribuciones y funciones que no siempre es patente o fácil de dilucidar.

III. LA COMPETENCIA EN RELACIÓN CON «LA LIBERTAD RELIGIOSA»

20. Me he de centrar, sobre todo, en el papel de la Administración pública en relación con la libertad de conciencia y, más en concreto, con la libertad religiosa. Y cuando digo Administración pública, usando la forma consolidada en singular, habrá que entender, según las ocasiones, como hemos de puntualizar enseguida, ya Administraciones públicas, en plural, ya poderes públicos, con fórmula más amplia.

Arrancamos del respeto que todos los poderes públicos deben a los derechos fundamentales, como indica el artículo 53.1 CE; de la reiteración de fórmulas que en nuestro Derecho positivo comprometen a autoridades y funcionarios a la defensa y garantía de los derechos fundamentales, también en general —aspecto éste que he analizado en otras ocasiones, a las que ahora me remito—, y, más en concreto, de la fórmula específica con que se abre la LOLR, ya recordada, cuando su artículo 1 comienza señalando que «el Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto...».

Cuando la Ley, para exigir el respeto a los derechos fundamentales, concreta, en efecto, de quién está hablando, ya sea el funcionario en general, ya los miembros de las Fuerzas Armadas

o los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad —aspectos claramente abordados en la legislación general sobre funcionarios, así como en los preceptos disciplinarios, en las Reales Ordenanzas sobre las Fuerzas Armadas, Ley 85/1978, de 28 de diciembre, o, respectivamente, en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por seguir con el ejemplo—, en principio está claro quiénes son los destinatarios de esa norma. Pero a veces, como es el caso del texto recién transcrito de la LOLR, es preciso proceder a determinar sobre quién incide la regla jurídica. Además, con las importantes exigencias que derivan de las precisiones que hemos efectuado. A veces habrá que asegurar la abstención y la no interferencia, lo que acaso no sea tan complicado, una vez que resulta identificado el órgano que se extralimita. Pero en otras ocasiones se reclamará una postura activa, un hacer, un abordar determinadas respuestas, lo que podrá hacer más menesterosa la individualización de las respuestas y la determinación de quiénes sean los responsables. No hay que gastar mucha tinta para destacar que importa dilucidar sobre todo si la competencia relacionada con la libertad religiosa va a corresponder al Estado como organización —actuando normalmente a través de la que oficialmente se denomina Administración General del Estado— o va a corresponder a las Comunidades Autónomas.

21. Partimos de un dato obvio y elemental, tan asumido que a veces no se repara en su significado. La LOLR, que regula la libertad religiosa, cuyo contenido obliga y compromete, entre otros, a todo el sector público —es decir, insisto, que todas las entidades y organismos que integran el sector público quedan vinculados por las exigencias y previsiones de sus preceptos—, pertenece a una categoría determinada de normas, es una ley orgánica. Y así tiene que ser necesariamente, al venir exigido de forma taxativa por el artículo 81 de la Constitución, que reclama tal modalidad para las leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamenta-

les y de las libertades públicas. Y como tal ley orgánica —seguimos en el terreno de lo obvio—, ha de provenir de las Cortes Generales. Debiendo recordarse incluso, en esta línea de lo obvio, pero por tener presentes todos los datos, que la LOLR vino a puntualizar, concretando así la previsión genérica incluida en el artículo 16.3 de la Constitución, que los Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas inscritas en el registro y que acreditaran el notable arraigo habían de aprobarse «en todo caso» por las Cortes Generales. Como así se ha hecho. Debiendo tenerse en cuenta el peso y significado de la LOLR, como antes destacaba, así como esa referencia a si no formaría parte del bloque de la contitucionalidad.

En efecto, la presencia aquí de la Ley Orgánica no es un dato casual ni improvisado, sino que es fruto de una lógica impecable que nos lleva directamente al tema objeto de nuestra atención.

22. Cambiando un poco de perspectiva y penetrando en el terreno de la organización del Estado —siempre presente el dato que nos interesa de la responsabilidad en relación con la libertad religiosa, nos consta que el reparto de competencias ha de dilucidarse acudiendo a una variada serie de preceptos constitucionales, tanto del Título VIII —donde, entre otros, desempeñan papel principal los artículos 148 y 149— como también de otros lugares. Contando con el entramado constitucional, la respuesta se ha concretado en los diversos Estatutos de Autonomía, así como en las demás normas que completan el sistema, tal y como se describe con fórmula adecuada en el artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la 2/1979, de 3 de octubre.

23. ¿Qué habremos de buscar como rótulo que describa o enumere la función que a nosotros interesa? Hemos de tener muy claro, más allá de la apariencia específica de las palabras, que estamos tratando de la responsabilidad de la gestión pública en relación con la libertad religiosa. Por eso, muy presente que nos ocupamos de la organización del Estado, y que no habría que dar ningún sentido

peyorativo o reductor al término, pienso que se podría hablar de *la administración* de la libertad religiosa. Recordando que los Estados suelen tener un órgano administrativo cualificado responsable para lo religioso, sea un departamento, ministerio o una dirección general, llámese de cultos, de asuntos religiosos o como sea, muy conscientes —quede claro, como ya se ha reiterado— que esta «administración», vista desde lo público, en un Estado como el nuestro actual, habrá de velar en ocasiones por afianzar el abstencionismo y la no interferencia, habrá de garantizar unas condiciones generales en otros casos o habrá de asumir una postura activa en otras circunstancias. Pero siempre desde la tónica del más absoluto respeto.

24. Pues bien, el examen minucioso de los diversos Estatutos de Autonomía nos lleva a la conclusión de que las Comunidades Autónomas no han asumido esta competencia. Si por ofrecer una muestra nos fijamos en los dos primeros Estatutos de Autonomía en el orden cronológico, el vasco —Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre— y el catalán —Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre—, no aparece en ellos referencia alguna al respecto. Y no casualmente. Repásese así la larga lista de competencias enumerada en los artículos 10 y 11 y siguientes del Estatuto vasco, o en los artículos 9 y 10 y siguientes del Estatuto catalán. Los Estatutos de Autonomía no entran en la materia. Ello es testimonio del sentimiento generalizado, clarísimo cuando los Estatutos se elaboran —téngase en cuenta que la LOLR se promulga al año siguiente de los dos primeros Estatutos de Autonomía—, de que la materia de libertad religiosa, como la materia de derechos fundamentales en general —a salvo de algunas asunciones menores y muy concretas que respecto a algunos derechos llevan a cabo algunos Estatutos de Autonomía—, corresponde como regla a la competencia del Estado —en el sentido, este término del artículo 149.1, como organización conjunta—. Por eso, insisto, la evidente ausencia de referencias en los Estatutos de Autonomía y la creencia generalizada de que la competencia corresponde al Estado.

En efecto, ninguna mención, ni directa ni indirecta, hay en el artículo 148 de la Constitución, que contiene la lista de las competencias iniciales para las Comunidades Autónomas según la fórmula común. En cambio, no son pocos los argumentos constitucionales para defender la competencia del Estado en la administración de la libertad religiosa. Por de pronto, la fórmula clara que abre el artículo 149, que enumera las materias reservadas *en exclusiva* al Estado. Se alude ahí, en efecto, recuérdese, a «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1.^ª).

Fórmula que, como es sabido, utiliza con normalidad el Tribunal Constitucional en no pocos supuestos dudosos (recuérdese al respecto, entre la bibliografía más reciente, el interesante libro de José TUDELA ARANDA, *Derechos constitucionales y autonomía política*, 1994, que, además, fue Premio Leizaola, otorgado por el Instituto Vasco de Estudios Autonómicos, especialmente págs. 252 y ss.). Ello al margen de que para determinadas relaciones con la Iglesia Católica se use la vía de los Acuerdos con la Santa Sede, lo que da entrada al título de «relaciones internacionales», que el artículo 149.1.3.^ª reserva en exclusiva al Estado.

25. Pero, desde un planteamiento general, al punto de partida claro que ofrece el artículo 149 hay que sumar otras previsiones constitucionales que explican sin dificultad la evidente ausencia de referencias directas en los Estatutos de Autonomía. Se puede recordar, así, ante todo, el mandato del artículo 139.1 de que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

Entra también en consideración el argumento de la «internacionalización» de los derechos fundamentales, del que me he ocupado en otra ocasión, de modo que no sólo estándar nacional, a veces —por contraste a estándar regional—, sino incluso estándar internacional o europeo. Recuérdese la fuerza interpretativa que,

con referencia directa a su incidencia sobre la realidad jurídica española, concede a la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás declaraciones o tratados ratificados en materia de derechos humanos el artículo 10.2 de la Constitución. A tener presente, también, en la misma dirección aunque tenga además otras implicaciones, la previsión constitucional que exige la aprobación de las Cortes Generales para los tratados o convenios internacionales que afecten a los derechos fundamentales —art. 94.1.c)—. Será oportuno reflexionar acerca de cómo España ratificó el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales justo dos meses antes de la promulgación de los dos primeros Estatutos de Autonomía que se han citado, el 26 de septiembre de 1979 en concreto. Hay un clima que está presente y que se refleja con normalidad en las leyes que van desarrollando y completando la Constitución.

26. Al conjunto de argumentos reseñado hay que añadir uno nuevo, de cierta consistencia, que incorpora otros matices, pero que se alinea también en la misma dirección. Podemos venir ahora a la regla constitucional que demanda necesariamente que sea una ley orgánica la que se ocupe del desarrollo de los derechos fundamentales. De este modo, el artículo 81 está emplazando con carácter general, para todos los derechos fundamentales y libertades a las Cortes Generales, con la mayoría reforzada del Congreso de los Diputados, además (me remito sobre el argumento a mi trabajo «Derechos y libertades fundamentales: estándar europeo, estándar nacional y competencia de las Comunidades Autónomas», ahora en mi libro *La Europa de los Derechos Humanos*, Madrid, 1998). Por eso comencé este epígrafe destacando el dato elemental de que la LOLR es, en efecto, una ley orgánica; tal instrumento se sitúa, a no dudarlo, dentro de la competencia y responsabilidad de los Poderes Centrales.

27. Tiene así su lógica la falta de mención expresa en los Estatutos de Autonomía de la competencia para la administración

de la libertad religiosa, en el sentido que se ha expresado. Ello es así porque lo que se ha querido y lo que deriva del orden constitucional es que esa competencia radique en el Estado. De modo que lo que sea referencia directa, gestión general o administración de conjunto de la libertad religiosa compete a los Poderes centrales, ya a las Cortes Generales, en la vertiente legislativa o de control, ya al Gobierno y a la Administración General en la vertiente de gestión. Se trata así de una competencia exclusiva en los términos del artículo 149 de la Constitución, lo que tiene un sentido excluyente, desapoderando a las Comunidades Autónomas para lo que sea administración general de dicha libertad.

Me interesa muy mucho dejar afirmando con un cierto énfasis el principio. No es ésta, en cambio, la ocasión para descubrir o recordar cuáles son los mecanismos jurídicos —menos voy a ocuparme ahora de los mecanismos políticos, que los hay, y muy importantes— para defender la corrección del sistema de reparto de competencias, para proteger las reglas de juego o para lograr incluso, si llegare la ocasión, la invalidación de aquellos comportamientos autonómicos que no respetaren el orden constitucional de competencias. Recalcando que cualquier actuación de las Comunidades Autónomas que no tuviere apoyo en el correspondiente Estatuto de Autonomía o normas complementarias, no tiene soporte jurídico alguno, con las graves consecuencias que de ello derivan.

28. En este sentido, es clara la tónica adaptada por la LOLR al proceder a desarrollar precisamente el derecho a la libertad religiosa. Sin insistir ahora minuciosamente sobre el argumento, me limitaré a ofrecer tres muestras, testimonio inequívoco de cuanto se viene sosteniendo.

Recuérdese, en primer lugar, y por aludir al aspecto que abordaba la segunda ponencia, que cuando la Ley parte del criterio de que conviene erigir un registro para administrar significativos aspectos de la libertad religiosa, bien que con todas las garantías y

las reglas de objetividad y neutralidad, dicho registro, cuya ubicación tantas soluciones podía conocer, se encomienda de forma plena e incondicionada al Ministerio de Justicia (artículos 5.1 y concordantes).

O, para otros objetivos relacionados con la citada administración de la libertad religiosa, la Ley se ocupa de preconfigurar la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, también en el Ministerio de Justicia (artículo 8).

La tercera muestra, sobre la que ya se ha dicho algo, me parece especialmente representativa. La Ley, al desarrollar la libertad religiosa, al dar cuerpo a la previsión constitucional de las «relaciones de cooperación» de los poderes públicos «con la Iglesia Católica y las demás confesiones», afianza el criterio de que el Estado establezca acuerdos o convenios de cooperación, aunque, eso sí, «en todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales» (art. 7.1). Y dando aplicación a las previsiones de la Ley, en 1992 se aprobaron los tres acuerdos que, por conocidos, no es preciso pararse a describir ahora, Pero sí quiero recordar algún dato al respecto.

En cada caso, la Ley aprueba el Acuerdo correspondiente como un «Anexo». La Ley que sirve de soporte al Acuerdo, y que en cada caso es muy breve, ofrece algunos elementos comunes que coinciden en las tres ocasiones. Me fijaré ahora en dos de ellos que interesan, sin duda, a la línea argumental que se viene desarrollando.

En cada caso se deja constancia de que, en la fase de preparación y tramitación, el Consejo de Ministros ha encargado al Ministerio de Justicia para que suscribiera el acuerdo correspondiente, que luego, obviamente, terminaría siendo aprobado por las Cortes Generales.

También es común el criterio que en cada una de las Leyes se adopta en la disposición final primera, de acuerdo con la cual

se establece la habilitación reglamentaria al Gobierno, para que éste pueda dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en la Ley, ya a propuesta del Ministro de Justicia, ya de éste conjuntamente con otros Ministros, si es el caso por razones de competencia.

Hay, por tanto, unas opciones y unas alternativas que han sido efectivamente realizadas y que evidencian esta idea de encomendar la responsabilidad y la gestión que desde los Poderes Públicos debe hacerse de la libertad religiosa al Estado y, en concretó, alguna de sus parcelas, al Gobierno y a la Administración General del Estado, con especial protagonismo del Ministerio de Justicia.

IV. LA SUJECIÓN A LA LEY DE LOS PODERES PÚBLICOS Y DE LOS CIUDADANOS

29. Conviene notar una característica del sistema jurídico español en lo que concierne a los efectos de las normas. Las normas que se promulgan y que entran, por tanto, en el ordenamiento jurídico español —mientras no sean desechadas por incorrectas y, en este sentido, si no vienen a alterar arbitrariamente el sistema constitucional de competencias— vinculan a todo ente, órgano, autoridad o funcionario a lo largo del conjunto de eslabones que integran el Estado, en sentido amplio y omnicompreensivo, como cuando se habla del Reino de España. Lo que concierne tanto a los que actúan en el escalón central como en el autonómico, local o institucional. Todos quedan vinculados por la norma, al igual que los ciudadanos, de acuerdo con la regla lógica que inserta el artículo 9.1 de la Constitución, cuando ordena que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

30. Regla que vale, si traemos a colación lo que más arriba se indicaba, tanto para las normas objetivas con pretensión de generalidad como para las que sean resultado de operaciones conven-

cionales; que conviene tanto para el Derecho español originario como para el que se instrumenta a través del Derecho Internacional, ya sea normalmente a través de la ratificación y oportuna publicación o a través de las modalidades que se hayan establecido (como en el caso del Derecho de la Unión Europea).

31. Mientras no sea desechada por incorrecta, a todos obliga la norma, insisto, de forma que, por ejemplo, en el caso de los poderes públicos, cada uno, en la medida de sus competencias y atribuciones, queda ligado por el deber de respetar, acatar, cumplir y, en su caso, desarrollar. Y esto vale incluso para las corporaciones u organismos que tengan reconocido un estatuto constitucional de autonomía. Cabe recordar en este sentido la serie jurisprudencial, de la que puede ser testimonio la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 155/1997, de 29 de septiembre —que ofrece amplia cita de otras decisiones anteriores—, de acuerdo con la cual una Universidad, como la Autónoma de Madrid en el caso, aunque tiene reconocido un ámbito de autonomía en virtud del artículo 27.10 de la Constitución, resulta vinculada por los Acuerdos del Estado con la Iglesia Católica, en aplicación de los cuales queda forzada a dar cabida en sus planes de estudio a determinadas asignaturas y de acuerdo con unas exigencias que aquéllos predeterminan. La Universidad, en otro terreno, podrá manifestar su desagrado con la exigencia referida, podrá alegar su inoportunidad en los tiempos en que vivimos o, incluso, su desajuste con la Constitución, tratando de convencer para que se pongan en marcha los mecanismos de revisión de los Acuerdos. Pero mientras eso no suceda, las reglas jurídicas existentes la vinculan, con todas las consecuencias. Todos quedan sometidos al ordenamiento jurídico.

Sin olvidar que este mero ejemplo, que no es cuestión de desarrollar ahora, es testimonio de unos criterios que expanden su virtualidad por toda la amplia galaxia de poderes públicos que pueblan el universo de la organización pública española.

32. Todos quedan sometidos al ordenamiento jurídico, decimos, como determina con precisión la propia Constitución: vinculación así de todos los poderes públicos a la ley, lo mismo que los ciudadanos. Pero este principio incide igualmente sobre la libertad religiosa, de modo que afecta tanto a las organizaciones religiosas como a cada uno de los ciudadanos, aunque aparezca en su faz de titular y protagonista de la libertad religiosa. Los tratados, la Constitución, la ley, marcan los ámbitos para la libertad religiosa, debiendo cuidar minuciosamente que las regulaciones respeten el «contenido esencial» de este derecho, como con carácter general dispone el artículo 53.1 de la Constitución. Hay un ámbito inequívoco que tiene que ser garantizado, y en ello se empeñan tanto las normas de sentido objetivo y general como las que son resultado de operaciones convencionales. Pero, más allá de este ámbito, hay que reconocer la incidencia general y objetiva del ordenamiento jurídico.

33. La libertad religiosa, como todos los derechos fundamentales, tiene su ámbito, y tiene, también unos límites. Cualquiera de las proclamaciones ya referidas o aludidas tiene una expresa mención a los límites: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 18.3; CEDH, artículo 9.2; Constitución española, frase final del 16.1; o, por último, LOLR, artículo 3. No es ésta la ocasión de entrar en el importante tema de los límites, con cuyo reconocimiento se pretende afianzar bienes jurídicos de singular entidad: los derechos de los demás, la salud o la moral públicas, la integridad corporal y la vida, la seguridad pública, etc.

34. La propia LOLR deja clara constancia de que alguno de los contenidos de la libertad religiosa han de llevarse a cabo «de conformidad con el ordenamiento jurídico» (art. 2.1, en relación con las reuniones, pero con fórmula que resulta sintomática), o «con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general» (art. 6.2, en relación con la creación de asociaciones, fundaciones, etc.).

35. Se trata de un postulado obvio y elemental, en línea con la tendencia constitucional de que lo religioso no debe ser utilizado como excusa para zafarse de los deberes constitucionales. Hoy vivimos un mundo de intensas regulaciones que inciden sobre cualquiera y, sin duda también, sobre lo religioso: la policía sanitaria y mortuoria, la de la construcción y edificación, las reglas de protección civil, la policía medioambiental, las reglas de reparto de frecuencias y espacios en la radiotelevisión, la garantía de la seguridad ciudadana, las reglas de respeto cívico —recuerdo una serie de casos muy sonados que han llegado a la más alta jurisprudencia en Colombia, tan sonados que se trataba del ruido infernal que producían algunas organizaciones religiosas; aunque el tema del ruido no nos sea ajeno a nosotros, algún supuesto ya ha llegado aquí a la jurisprudencia—, no digamos si está en juego la salud de los menores, con incidencia clara, a veces, no ya de las normas de policía administrativa, sino incluso del Código Penal, como en el caso de los que impiden transfusiones de sangre a los menores, prácticas en relación con el clítoris de las niñas o, incluso, órdenes de suicidio. Pensemos asimismo en el amplio campo de los deberes cívicos —la Declaración Universal de Derechos Humanos, tras afianzar un amplio catálogo de éstos, concluye recalando en su penúltimo artículo, el 29, que «toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad»—, como el de pagar impuestos, concurrir a las mesas electorales, etc. (por cierto que en relación con esta última figura es reiteradísima la jurisprudencia penal confirmando el deber, sin atender a las excusas de carácter religioso). O, aun dentro del meollo de la libertad religiosa, recuérdese que el Derecho trata de asegurar —como así lo hace el art. 2.1.a) LOLR— la opción de «cambiar de confesión o abandonar la que se tenía», sin olvidar también que la libertad ideológica, punto de partida del artículo 16 de la Constitución, contempla tanto la libertad religiosa como la de no tener religión alguna. Son todas ellas exigencias que se reflejan por fuerza en el ordenamiento jurídico.

Pues bien, insisto, para concluir este punto, la ley a todos obliga y no puede ser la libertad religiosa motivo para exonerarse de ella. Bien es verdad que habrá zonas de tensión y puntos conflictivos. Y en tales casos hay que proponer una tónica de *sensibilidad para con la libertad religiosa*, dentro de la amplia corriente que, desde la visión global de los derechos fundamentales, propugna el criterio de *favor libertatis*, que el Tribunal Constitucional ha contribuido certeramente a afianzar. Pero fuera de esos casos de tensión, en que habrá que valorar cada supuesto, el criterio es el de la fuerza vinculante de la ley con el apoyo que le presta el principio de igualdad. No se olvide que la ley, por principio y mientras no se demuestre lo contrario, es la expresión del interés general y, desde la defensa de la igualdad, suele ser también la garantía de los más débiles. A este respecto, hay una precisión que incorporar ahora en relación con lo que más arriba se decía a propósito de la variedad de respuestas que da el Estado en relación con la libertad religiosa y que, en una amplia gama, comprende desde el más riguroso abstencionismo hasta la actividad de prestación. No interferencia entre unas y otras, se decía. Pero hay que incorporar un nuevo elemento de juicio, al que habrá que dar la gran importancia que requiere, a la par que exigir la mayor cota de respeto posible. Porque hay un dato que conviene no olvidar: allí donde de alguna manera vaya a aparecer el dinero público, a través de cualquier modalidad de prestación —aunque no sea en metálico, pero repercuta en los presupuestos—, o a través de las variantes fiscales que implican «no recaudación» —y aludo así a las exenciones pero también a cualquier otra fórmula de ventaja tributaria—, donde aparezca el dinero público, digo, ha de hacerse presente una regla elemental en los Estados democráticos contemporáneos: el dinero público, a donde quiera que vaya, debe ser objeto de los más rigurosos controles. De modo que allí donde se entre en el juego de admitir cualquier variante de prestación o de ventaja que afecte a las arcas públicas hay que contar, paralelamente, con que harán su aparición los mecanismos reforzados de control. Es la vieja

regla que expresa el refrán de estar a las duras y a las maduras. La ley a todos vincula. No sería de extrañar incluso que haya quien se piense dos veces si le compensa recibir la ventaja que puede acarrear las señaladas consecuencias de control o supervisión.

V. EL ENTRECruzAMIENTO DE COMPETENCIAS PARA ASPECTOS SECTORIALES. EN ESPECIAL, EL PROBLEMA DE LOS CONVENIOS MENORES O SECTORIALES

36. La realización cotidiana de la libertad religiosa se desdobra en un sinnúmero de alternativas y variantes. Ya advertía antes de cómo las respuestas del sector público habrán de ser de muy variado alcance, esa enorme gama que va desde el más simple dejar hacer y no intervenir hasta, en cambio, la obligación y, a veces, el deber jurídico de llevar a cabo determinada conducta. El funcionamiento efectivo de las *relaciones de cooperación* se va a proyectar así en muy diferentes situaciones jurídicas, en bien diversos campos de la vida social, lo que va a reclamar a su vez, la presencia de muy variados protagonistas, con la participación, por tanto, de numerosos poderes públicos y, entre ellos, de no pocas Administraciones. Con lo cual se da paso a un fenómeno importante, muy propio del sistema constitucional español de reparto de competencias, con el que habrá que contar necesariamente. No es exclusivo de la respuesta pública a la libertad religiosa, sino que se da también en otros campos, pero ahora me voy a ceñir al objeto inmediato de nuestro estudio. Partimos, como se razonó, de que la competencia global y general en relación con la libertad religiosa la ostenta el Estado, como Poder Central, y, en lo que se refiere a la ejecución, la Administración General del Estado. Pero si ello es cierto, y punto de partida inexcusable, también es verdad que para aspectos concretos y determinados van a hacer su aparición, como protagonistas, otros Poderes Públicos, otras Administraciones Públicas. Así lo quiere el sistema, de modo que reclama toda la atención necesaria.

37. Es sintomático lo que se deduce de la lectura de los diversos instrumentos de cooperación, los Acuerdos que España ha sustanciado con las confesiones o federaciones. De ellos derivan múltiples compromisos concretos en muy diversos sectores o esferas de actividad. El lector minucioso de los Acuerdos convenirá en que casi cada párrafo del articulado está lleno de compromisos y obligaciones para el sector público que como tales se formulan, aunque no se aclara quién sea el competente en cada caso para asumir la respuesta, toda la respuesta, que la previsión demande. Hay, sí, una responsabilidad latente del Estado y de su Administración, pero, en puridad, sabemos que muchos de los papeles del repertorio habrán de ser asumidos por otros protagonistas. Unos y otros quedan vinculados a los Acuerdos, como a la LOLR, a la Constitución y a las Declaraciones, y al resto del ordenamiento jurídico, aunque no hayan tenido participación alguna en la elaboración de las normas, pero aparece un campo para la gestión y administración, a veces, incluso, para la normación, en el que los protagonistas habrán de ser otros Poderes Públicos, otras Administraciones.

38. He aquí sucintamente y sin afán exhaustivo, sólo para ofrecer una muestra sobre la que razonar, algunos de los campos específicos contemplados a lo largo del articulado de los Acuerdos: estatuto personal de los ministros de los cultos (con connotaciones para lo militar, o para lo procesal —exención al deber de declarar—, o para el régimen de seguridad social); efectos civiles del matrimonio; régimen jurídico de propiedades y templos o lugares de culto (inviolabilidad, requisitos para la expropiación o para la demolición, o implicaciones urbanísticas) y, asimismo, previsiones para los cementerios; en especial, previsiones cualificadas para los bienes del patrimonio histórico, artístico y cultural; para los archivos; regulación de los días festivos con posible incidencia sobre el calendario laboral o, en ocasiones, sobre los tiempos de exámenes y celebración de pruebas para oposiciones; regulación de alimen-

tos o, incluso, de cosméticos, o modalidades de sacrificio de animales; situación en hospitales, cuarteles o centros penitenciarios; en especial, y en algunos supuestos, régimen de prestación del servicio militar; espacios en los medios de comunicación; y termino mencionando dos partidas de enorme significado cuyo alcance no es preciso ponderar ahora: especialidades en cuanto a la enseñanza y educación, de una parte, y, de otra, cualificadas previsiones en lo tributario y hacendístico, con una amplia secuela de exenciones e, incluso, en algún caso, con compromiso de específica ayuda positiva. Etcétera, y marco el etcétera porque, como digo, se trata de un capítulo con muchos contenidos, sólo alguno de los cuales he referido a modo de ejemplo.

39. El panorama aludido, testimonio de la efectividad cotidiana del ejercicio de la libertad religiosa, sugiere nuevos problemas, sobre alguno de los cuales paso a reflexionar, aunque sea de una manera sucinta, para ir concluyendo ya. Consideraré así tres aspectos.

Para destacar en primer lugar que, por más que la responsabilidad global referente a la libertad religiosa sea competencia del Estado, asistimos ahora a la presencia de competencias cruzadas, tan propia del sistema español, lo que hará que aparezcan en escena otros protagonistas.

Veámoslo recurriendo de nuevo a algunos ejemplos. Lo que tenga que ver con la obligación o no de los ministros de los cultos de declarar ante el juez es cosa de la Ley de Enjuiciamiento, para lo que la competencia la tiene el Estado, lo mismo que allí donde apareciere cualquier aspecto del Código Penal (por ejemplo, para proteger la inviolabilidad de los lugares de culto, moldeando el correspondiente delito). Y tendrá competencia el Estado en lo concerniente al servicio militar o en la regulación de los aspectos penitenciarios. No pocas de las actividades referidas, aun desde este análisis sectorial y pormenorizado, van a corresponder al Estado y a sus autoridades.

Pero, por seguir con el ejemplo, en lo penitenciario, lo que sea gestión cotidiana, la administración, en parte se lleva a cabo desde el Estado, pero también alguna Comunidad Autónoma ha asumido la competencia. No se trata ya de un panorama global y unitario. La gestión de varios de los asuntos mencionados va a corresponder a las autoridades de las Comunidades Autónomas, en unos casos; a los Ayuntamientos, en otros, o incluso a algunos otros organismos. En algunos supuestos, como por ejemplo el urbanístico, si, sobre todo, la administración ha de ser responsabilidad del Ayuntamiento, la Comunidad Autónoma tiene un amplio haz de atribuciones a la hora de hacer la ley correspondiente.

También aquí habría que poner los correspondientes etcéteras; los ejemplos nos sirven para comprender que confluyen diversas competencias y que muy variadas autoridades tienen un ámbito propio de actuación para cuya gestión disponen de una sólida esfera de competencia.

40. Aparece una segunda perspectiva a considerar. En cuanto a las modalidades de la actuación de estos variados poderes públicos, en unos casos se tratará de gestión que se lleva a cabo —en terminología del Derecho Público— a través de actos administrativos, a veces será lo que se llama mera actividad material, pero han de aparecer las normas reglamentarias o, incluso, las leyes. Quede claro: no para ocuparse de la libertad religiosa, que eso se reserva en exclusiva al Estado, pero sí en cuanto aborden aspectos sectoriales —como la regulación de las licencias municipales, o la del urbanismo—, alguna de cuyas incidencias repercute sobre el ejercicio de la libertad religiosa (por ejemplo, a la hora de edificar un templo o lugar de culto).

41. Junto a la norma y a las actividades singulares, es una de las características de nuestro tiempo la frecuencia con que las Administraciones Públicas pueden recurrir a convenios y a diversas modalidades convencionales. Ello es el pan nuestro de cada día en el campo urbanístico, o en el del patrimonio histórico-artístico,

y hoy no son pocas las leyes que admiten algunas modalidades convencionales.

Hay una opinión generalizada que ve ciertas ventajas en esa forma de actuar, siempre que se respeten determinadas reglas, se asegure el control y la responsabilidad y se garantice el respeto a las exigencias de igualdad. Pero aunque no falten reticencias, hoy es práctica generalizada que cuenta con decididos partidarios.

A la vista de esta situación surge inmediatamente la pregunta siguiente: ¿compatibilidad de estas variantes con los acuerdos o convenios de cooperación, que, como se vio, la LOLR hace pasar necesariamente por la aprobación de las Cortes Generales?

Es un problema interesante y delicado sobre el que creo que no se ha discutido suficientemente entre nosotros. A mí, a título estrictamente personal, y de forma provisional, aunque sólo sea para invitar a la discusión, se me ocurre afirmar lo siguiente.

El reparto constitucional de competencias, tal y como recalqué, quiso poner énfasis en que los acuerdos o convenios de cooperación se hicieran por el Estado, con el trámite siempre de la participación de las Cortes Generales. Solución que no es un capricho o un vacío tributo al centralismo, sino que es decisiva para asegurar el respeto a la igualdad de trato de todos los españoles en relación con los derechos fundamentales, como quiere la Constitución. En este sentido, la regla está dotada de toda la energía necesaria, apta para invalidar situaciones de desconocimiento. Pero creo que ello no es óbice para que la actividad convencional sectorial que sobre puntos muy concretos y específicos se está llevando a cabo con cualquiera, pueda también celebrarse con las confesiones u organizaciones religiosas. En el bien entendido, por tanto, de que se trata de convenios sectoriales, para aspectos muy concretos y específicos, partiendo, como dato inexcusable, de que se centra en asuntos que sean de la competencia del Poder Público presente en el convenio, ya sea un Ayuntamiento o una Co-

munidad Autónoma. Queda así descalificado cualquier instrumento que pretenda tener visos de generalidad, porque competencia general sólo la tiene el Estado. Pero es indudable que para aspectos concretos y sectoriales —desde la tutela del patrimonio histórico y artístico hasta el urbanismo, pasando por otros posibles contenidos— no sólo resulta legítimo, sino que parece normal y deseable que se busquen fórmulas de concertación.

42. Se trataría de convenios o acuerdos que podemos denominar menores, secundarios, específicos o sectoriales. Vertiente positiva, por tanto, recordando que cuando el artículo 16.3 de la Constitución se refiere a las relaciones de cooperación está aludiendo, genéricamente, a los poderes públicos. Luego, ni los Estatutos de Autonomía han reconocido a las Comunidades Autónomas competencia para la libertad religiosa ni la LOLR, al desarrollar la Constitución, ha querido permitir que nadie, salvo el Estado, abordara la cuestión con carácter general. Pero por debajo, y siempre que no se actúe en fraude de ley, cabría interpretar que hay un espacio para los convenios menores o sectoriales, donde sí tienen competencia las Comunidades Autónomas o los Ayuntamientos o incluso las Diputaciones Provinciales y los organismos que hacen sus veces en algunas Comunidades Autónomas, pero igualmente otros organismos como puedan ser las Universidades. Posibilidad amplia de juego, por tanto, y aún cabría pensar en los poderes públicos, siempre que se trate de aspectos concretos y sectoriales de tono menor. Pero allí donde haya un exceso, allí donde se pretenda aparentar la fórmula de un convenio general, no hay la más mínima base según el orden constitucional de competencias. Si se actuare con exceso, eso sería un fraude de ley, como bien sabrán tanto las Comunidades Autónomas como las confesiones u organizaciones religiosas interesadas. Fraude de ley que en el terreno de lo jurídico se traduce en nulidad —un vicio o defecto que nunca se subsana, o sea, que podría traerse a colación en cualquier momento—, de acuerdo con los criterios generales., de sobras cono-

cidos, como los que establecen el artículo 39.1 y los 66 y 67 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Hay, por ende, unos límites que deben ser respetados para el buen orden constitucional, en aras también de la lealtad al sistema.

Siempre que los límites se respeten, se transitará por el fértil campo de las relaciones de cooperación, que el actual diseño constitucional ha querido auspiciar.

43. No sé si sería oportuno llevar a la LOLR una mínima referencia a estos acuerdos o convenios sectoriales, tal vez ni siquiera haga falta.

En todo caso, me parecería lógico, dígalo o no la Ley, que cualquier convenio o acuerdo sobre aspectos sectoriales que tengan que ver con la libertad religiosa y que se concierte con alguno de los Poderes Públicos que actúan en España sea comunicado, a meros efectos de información, al órgano del Estado que tiene atribuida la competencia general en materia de libertad religiosa, es decir, dentro del Ministerio de Justicia, a la Dirección General de Asuntos Religiosos. Son los deberes mínimos para el buen funcionamiento de un Estado, como el español, que ofrece un amplio grado de descentralización. Cualquiera conoce las exigencias que recuerda la Ley sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, la 30/1992, cuando recalca que las Administraciones Públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de coordinación (art. 3.2), o cuando establece el criterio de facilitar las unas a las otras la información que precisen para el mejor desarrollo de sus competencias —art. 4.1,c)—. Parece lógico que el órgano con competencia general tenga todos los datos sobre una materia cuya responsabilidad global ostenta.

VI. EL REFLEJO EN LA LEY DE LAS NUEVAS EXIGENCIAS

44. Hay una tercera y última cuestión que conviene abordar puesto que nos preocupa especialmente la estructura normativa de la libertad religiosa, y que se puede examinar en epígrafe separado.

Los Acuerdos de cooperación que el Estado ha llevado a cabo con posterioridad a la LOLR han dado cabida a diversos aspectos novedosos, que aquélla no reflejaba todavía de manera directa o minuciosa. Surge así, inevitable, la pregunta de si reformar en estos puntos la Ley para dejar completo el marco normativo que preside la respuesta pública a la libertad de conciencia.

Por su parte, las leyes aprobatorias de los tres Convenios han introducido, como nos consta, ciertas innovaciones en el panorama jurídico, al querer solucionar puntualmente problemas propios de las relaciones de cooperación. Como ya se señaló también, cualquier regla legítimamente introducida en el ordenamiento jurídico a todos vincula, por lo que también quedan afectados poderes públicos que no han participado en la elaboración de la norma. Se trata de derecho objetivo, de general observancia, aspecto éste que no se discute ahora. Lo que me importa en este momento es cómo se refleja dicho fenómeno en el panorama normativo. En otros lugares vengo insistiendo acerca de la calidad de las normas, el cuidado a la hora de elaborar el derecho, no sólo por el afán de orden y razonabilidad sino, sobre todo, pensando en facilitar la tarea a los destinatarios de la norma. Pongamos un ejemplo: sin duda, el artículo 16 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, que establece reglas para cuando se expropian «bienes de la Iglesia», ha quedado reformado, porque, aparte de la sustitución del Concordato, que allí se menciona, los tres Acuerdos de 1992 han incidido sobre este punto con alcance que no es preciso desarrollar ahora y que se da por sabido. De modo que la solución jurídica hoy es otra que la que expresa el texto originario de la Ley, y cualquier autoridad que haya de apli-

carla habrá de tener en cuenta la nueva situación. No hay duda de cuál sea el derecho vigente. Pero, pensando en la vertiente aplicativa, se me ha ocurrido consultar dos ediciones recentísimas de las leyes administrativas, ambas muy acreditadas y solventes: en ninguna de cual se refleja, en cambio, la innovación introducida. Es todo un síntoma, en una época de legislación motorizada en que tan complejo resulta conocer el derecho realmente existente. Es una mera observación marginal pero que resulta sintomática. De otra parte y para concluir con este supuesto, téngase presente que competente para la legislación sobre expropiación forzosa es hoy el Estado (art. 149.1.18.^a).

45. Otro ejemplo. Vengamos ahora a las exenciones tributarias. El Texto Refundido de Régimen Local, de 1986, al contemplar las exenciones referentes a la Licencia Fiscal, se refería, en el artículo 279.1, a la iglesia Católica, comprendiendo una serie de actividades que enumeraba. No aludía a otras confesiones u organizaciones religiosas. Adviértase que, como digo, el texto es de 1986 y estaban aún muy lejos de lograrse los Acuerdos de 1992. Cuando hoy se regulan las exenciones, en relación por ejemplo con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, el artículo 64 de la Ley de Haciendas Locales, de 1988, alude a los bienes de la Iglesia Católica, en los términos del Acuerdo sobre Asuntos Económicos —letra *d*)—, pero a continuación se completa la enumeración con la referencia a los bienes siguientes:

«*e*) Los de las Asociaciones confesionales no católicas legalmente reconocidas, con las que se establezcan los acuerdos de cooperación a que se refiere el artículo 16 de la Constitución, en los términos del correspondiente acuerdo.»

Adviértase que la Ley tiene carácter de norma básica, de aplicación general salvo en los territorios excepcionados, y que su elaboración o modificación compete al Estado. De modo que la Ley aporta una solución general y objetiva, pendiente sólo de la concreción de quiénes sean los que hayan suscrito los convenios.

46. El tercer ejemplo para concluir. La legislación sobre urbanismo venía incluyendo entre nosotros alguna mención expresa, de forma que al contemplarse determinados planes urbanísticos se diera cabida a la previsión de emplazamientos para «templos» —así, art. 13.2.d) del viejo y en parte vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, en relación con los planes parciales—. La reciente Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, no contiene referencia alguna al respecto. Hoy la materia urbanística en gran medida es competencia autonómica, de modo que la ley urbanística o del suelo, o como quiera que se llame, de cada Comunidad Autónoma regulará la materia a su buen entender.

47. Se comprenderá que podría ampliarse la lista de ejemplos, pero ahora no interesa resolver cada problema concreto, sino pensar en los principios y en las fórmulas generales.

Téngase presente para completar el panorama que, por ejemplo, la LOLR, tras enumerar en el artículo 2.1 los contenidos más significativos en que se desdobra el derecho a la libertad religiosa, incluye en el apartado tercero determinadas medidas que deberán adoptar los poderes públicos «para la aplicación real y efectiva» de los derechos que se han ido describiendo.

Por su parte, el artículo 7.2, tras aludir a la figura de los convenios, reconoce que a través de éstos se podrán extender a las organizaciones firmantes ciertos beneficios fiscales.

Pues bien, la pregunta podría ser ahora: ¿llevar a la LOLR una referencia por más que escueta de cualquiera de las modalidades de actuación que son posibles en este campo y que han podido ser pormenorizadas en los acuerdos de cooperación?

¿Bastará con incluir la referencia en la correspondiente ley sectorial, como ha hecho la Ley de Haciendas Locales, con algo que ya preveía la LOLR?

Queda abierta la duda contando con que, como decía, el mandato —a través de los Acuerdos, en el caso— ya ha entrado en el

ordenamiento jurídico y, aunque no sea fácil de localizar, obliga a los que tiene que obligar. Pienso, por ejemplo, que muchos de mis colegas profesores no saben que un buen día puede aparecerles un alumno pidiendo que se le fije otro día para el examen dado que el oficialmente señalado puede coincidir con el que su religión considera como festivo, a cuyo respeto obliga el Acuerdo correspondiente. Es sólo un detalle, que seguramente se obviaría con una mejor información, pero que ilustra bien el problema que quiero exponer.

48. A la vista de los méritos que más arriba encomiaba, yo soy partidario de tocar lo menos posible la LOLR, y me refiero a los aspectos que yo estudio, sin prejuzgar ahora lo que haya que hacer en relación con el registro. Acaso cabría proponer alargar un poco el apartado tercero del artículo 2, e incluir ahí una sucinta referencia a las nuevas modalidades, igualmente importantes «para la aplicación real y efectiva» de los derechos enumerados. Aunque seguramente bastará con incluir la referencia en cada una de las normas sectoriales, como sucede en el ejemplo expuesto de la Ley de Haciendas Locales (que profundiza en algo a lo que ya se había referido la LOLR, como dije). Habría que pensar así, por continuar con los ejemplos, en hacer llegar una nueva redacción al artículo 16 de la vieja Ley de Expropiación que reflejara ya la sensibilidad actual (lo cual no ha de ser difícil si va adelante las tantas veces pensada reforma de la Ley de Expropiación Forzosa). Y lo que digo de la expropiación forzosa valdría para tantos otros aspectos sectoriales, para cuya regulación el Estado ostenta la competencia plena o la de fijación de las bases. Al margen de las dificultades que cada innovación legislativa puede representar, en este ejemplo hay un aspecto fácil cual es el representado por la competencia estatal en la materia.

49. Y, por venir al tercer ejemplo —con lo que tiene de representativo para los supuestos similares—, el problema es aparentemente más complejo en el supuesto del urbanismo dado que, en

principio, la competencia corresponde a las Comunidades Autónomas, habilitada cada una de ellas para hacer su ley (al margen de la necesidad de hacer una norma que cubra las previsiones para las ciudades de Ceuta y Melilla). ¿Esperar aquí que cada Comunidad Autónoma al hacer su ley tenga la iluminación suficiente? No sería ociosa una mínima referencia en la LOLR, al enumerar las modalidades de actuación, dejando abierta la puerta para que después cada uno resolviera según su competencia. Aunque tampoco me parecería inconveniente, y no le veo ningún obstáculo, que la norma estatal, la referida Ley 6/1998, sobre el Suelo y Valoraciones, aun sabiendo que pretende ser especialmente concisa para no interferir el campo autonómico, incluyera el recordatorio, sin entrar en el contenido, para que las Comunidades Autónomas, al desarrollar su competencia, tuvieran en cuenta las previsiones urbanísticas en relación con las exigencias de la libertad religiosa.

50. Parece lógico que, de una forma o de otra —y entiendo que los tres ejemplos que he propuesto nos hacen pensar en la variedad de exigencias y de soluciones—, las peculiaridades propias de los acuerdos estén contempladas en las leyes que regulan de manera habitual las actuaciones, ya en la LOLR —siempre que no sea demasiado complicado conseguir para su reforma el mismo grado de consenso que caracterizó su elaboración; en manera alguna se puede rebajar su legitimidad—, ya en las leyes sectoriales. Recuértese que cuando el citado artículo 7.2 de la LOLR habla de extender los beneficios fiscales, se cuida de puntualizar que eso se hará «respetando siempre el principio de igualdad». Desde esta filosofía, me parece que el que cada una de las modalidades de cooperación se refleje, si no en la LOLR, al menos en la correspondiente ley sectorial que regula ese sector —sea la Ley de Expropiación Forzosa, la de Haciendas Locales o la que sea—, contribuye a la objetivación del ordenamiento jurídico —lo que, como antes indicaba, me parece una aspiración plausible—, del mismo modo que representa la consolidación del principio de igualdad,

que no sólo es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, y como tal lo consagra el artículo 1 de la Constitución, sino que va también en la línea, como ya recordaba, del artículo 139, para que todos los españoles tengan los mismos derechos en cualquier parte del territorio del Estado.

CAPÍTULO 24

REFLEXIONES SOBRE LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN DEL ESTADO CON LAS FEDERACIONES EVANGÉLICA, JUDÍA Y MUSULMANA, EN LOS DIEZ AÑOS DE SU VIGENCIA

En el seno de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, y a iniciativa del entonces Director General de Asuntos Religiosos, Profesor Alberto de la Hera, se organizó un Seminario para reflexionar acerca de los diez años de vigencia de los tres *Acuerdos de Cooperación* que había firmado el Estado en 1992. Se expusieron inicialmente tres ponencias, a cargo de sendos Catedráticos de Derecho Eclesiástico del Estado: D. Agustín MOTILLA DE LA CALLE (Universidad Carlos III), «Propuesta sobre la reforma de los Acuerdos de Cooperación con las Federaciones Evangélica, Judía y Musulmana»; D. Javier MARTÍNEZ-TORRÓN (Universidad Complutense), «Sugerencias sobre una posible revisión de los Acuerdos de 1992 con las Federaciones Evangélica, Israelita e Islámica»; y D. José María VAZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA (Universidad de Almería), «El futuro de los Acuerdos y otros ámbitos de cooperación entre el Estado y las Confesiones». Se oyeron también diversas *observaciones* a las tres ponencias, a cargo de distintos miembros de la referida Comisión Asesora de Libertad Religiosa. Entre ellos, de la profesora D^a. María Luisa JORDÁN VILLA-

CAMPA (Universidad de Valencia), del grupo de especialistas; desde la Administración del Estado, por el Secretario General Técnico del Ministerio de Hacienda y por D. Joaquín Martínez Gijón (de la Dirección General de Asuntos Religiosos, del Ministerio de Justicia); de entre los vocales representantes de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, la del profesor D. Juan FORNÉS DE LA ROSA (Universidad de Navarra) y la del profesor D. Julio MANZANARES MARIJUAN (Universidad Pontificia de Salamanca), ambos, representantes de la Iglesia Católica; la de D. Mariano BLÁZQUEZ BURGO (Federación Evangélica); y las de D. Carlos SCHORR i SCHORR y de D. Alberto BENASULY, ambos de la Federación Israelita. Estaba previsto que yo hiciera una síntesis de todas las exposiciones anteriores pero a la vista del interés que me suscitaban los problemas abordados, decidí cambiar de metodología y elaborar una nueva ponencia exponiendo mis personales puntos de vista. Tal es el sentido de mi intervención, expuesta oralmente ante el Pleno de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, en una de las salas del Ministerio de Justicia, en la mañana del 23 de abril de 2003 y publicada luego en el correspondiente volumen de actas. Yo adelanté su publicación en la «Revista Aragonesa de Administración Pública», 23, 2003, 11-40

S U M A R I O

INTRODUCCIÓN. PRIMERA PARTE. A. Características de la actual concepción del Estado. B. Un Estado que tiene que atender numerosos compromisos. C. El debate acerca del «quantum» de Estado. D. Un Estado que se cuida de prevenir sus pasos. E. La separación de poderes y el papel de la ley. F. Descentralización territorial y competencia en materia de libertad religiosa. G. Formas de actuar del Estado en relación con la libertad religiosa. H. ¿Modificación o aplicación leal de lo ya conve-nido? SEGUNDA PARTE I. ¿Autoconsentimiento en la expropiación for-

zosa? J. Objeciones a la financiación directa por parte del Estado, desde el pluralismo y la no confesionalidad. K. La inclusión de nuevas Iglesias en una Federación. L. El desarrollo reglamentario. M. Comisiones paritarias. N. El problema de los días festivos en la actual sociedad dinámica y pluralista. Ñ. De nuevo, sobre el «notorio arraigo». O. De urbanismo. P. Cementerios. FINAL.

INTRODUCCIÓN

1. Me halaga mucho la ocasión de tener la oportunidad de reflexionar en voz alta, ante tan cualificado foro, con la suerte de haber podido leer todas las participaciones anteriores, tanto las ponencias como las observaciones a las mismas, algunas tan cuidadas y ricas, todas fuente de sugerencias y contrastes. Mis comentarios más que consecuencia del estudio directo de los Acuerdos, que obviamente he tenido en cuenta, son más bien glosa de lo que se ha aportado en los pasos previos de este debate, desde la ventaja incalculable de participar al final. Agradezco muy sinceramente la invitación para intervenir y adelanto que no he hecho un trabajo de síntesis, como acaso se esperaba, sino que he preferido ordenar mis propios puntos de vista, mi visión personal, pues creía que no debía permanecer ajeno a tan rico y completo diálogo. Como verán, tomo partido decididamente en unas cuantas ocasiones, entro en polémica con algunas posiciones sostenidas, con ánimo de ofrecer el mayor número posible de elementos para la reflexión, que es, en definitiva, lo que se pretende con estas sesiones. Aprovecho así mi posición de vocal especialista de la Comisión, reconociendo que nadie me ha marcado directivas ni orientaciones, con el placer de exponerles mis personales opiniones que, aunque alguna pueda parecer crítica o no tan reconfortante, son en todo caso, créanlo, leales, fruto de mi trabajo de reflexión gustosa y serena y del deseo de encontrar caminos practicables. No es con el halago con lo que se avanza, sino con lo que uno considera que son sus verdades, por más que en oca-

siones puedan parecer crudas o ácidas. En el bien entendido de que soy muy consciente de que cada una de mis opiniones es una más dentro de un conjunto rico y tan variado, que no es, por tanto, más que una propuesta que luego se acepta o se rechaza.

2. Parto de la base de que los Acuerdos de 1992 marcaron un hito muy importante para la evolución de la libertad religiosa en España, mas allá de sus posibles defectos, carencias o de las insatisfacciones que hayan podido levantar, y que han contribuido decisivamente a la «paz religiosa» que se ha vivido en general tras la llegada de la democracia. Ello no me impide ser consciente de la insatisfacción de algunos de ustedes a consecuencia de tantos flecos de incumplimiento, o por las expectativas de un cumplimiento más activo y concienzudo que hubiera cabido esperar. No me impide tampoco ser consciente asimismo de la inexperiencia e improvisación por parte del Estado que reflejan los Acuerdos, con tantos compromisos, para algunos de los cuales no se pensó que había que orquestar y afinar muy delicados mecanismos, dada la complejidad organizativa del actual Estado español; lo que acaso haya podido contribuir, o colaborar, a alguno de los incumplimientos aludidos. Porque, en efecto, ahora España como Estado es un complejo y difícil entramado de Poderes Públicos y Administraciones Públicas sin que haya posición de jerarquía entre ellas, y, asimismo, el nervio jurídico del Estado se sustenta en un sistema de fuentes del Derecho de extrema complejidad también. Y da la impresión de que no quedaron atados todos los cabos tanto desde una como desde otra perspectiva. Pero esto es crítica perfeccionista, tan frecuente históricamente, que no debe impedir tener muy presente que los Acuerdos son lo que son, ante todo Acuerdos y valga la redundancia, y que hay que tratar de que surtan todas sus virtualidades.

3. Eclesiasticistas la mayoría de participantes en el debate, si nos centramos en los escritos, junto a los vocales de las diversas religiones y junto a dos representantes institucionales —y debo

decir que valoro mucho el buen sentido práctico de los documentos de don Joaquín Martínez Gijón—, me agrada que haya sido llamado también a la mesa un catedrático de Derecho Administrativo, que puede tener puntos de vista distintos, y que me lleva en efecto a ser bastante crítico con la vertiente operativa de los Acuerdos, sin dejar de reconocer, por supuesto, la importancia general, su operatividad en línea de principios, así como el enorme valor simbólico de que se rubricaran precisamente en 1992 (lo que no se si pudo contribuir, con las prisas, a alguna de las improvisaciones señaladas).

Voy a organizar la exposición en dos partes, para referirme al Estado y a la conformación de los poderes, en la primera, y para abordar en la segunda algunos aspectos concretos, pero les adelanto ya alguna de mis conclusiones metodológicas: me ha parecido tan positivo que se haya abierto este debate que yo creo que habría que prolongarlo y proyectarlo sin falta. Las reglas de juego han consistido hasta ahora en movernos en el ámbito de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa. Parece que se va a hacer un libro con toda esta documentación, lo que da una indudable trascendencia pública a nuestro trabajo. Pues bien, yo voy más allá y pienso que sería muy útil un debate público y abierto, buscando otros especialistas, buscando también voces que puedan parecer disidentes o, incluso, que desentonen. Hemos apreciado en las intervenciones voces legítimas y muy ponderadas de dos de las organizaciones religiosas que tienen Acuerdos de Cooperación. Tanto en ellas, como en algunas de las intervenciones de los profesores, junto a aspectos de técnica jurídica, hay mucho deseo que es claro voluntarismo político. Lo cual es lógico y legítimo. Pero, por definición, están en juego decisiones políticas de peso. Ello no es sino un motivo más para abrir la convocatoria. Al fin y al cabo hay aspectos decisivos de la política sobre la libertad religiosa que deberían seguir siendo política de Estado, como en gran medida lo han sido hasta ahora.

4. Por todo ello pienso que sería muy útil una convocatoria pública, del estilo de la que se celebró hace un par de años en los Cursos de Verano de El Escorial, o en el seno de cualquier organismo público que se dedique a esta clase de encuentros, como pueda ser el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, el Instituto Nacional de Administración Pública, o tantos otros, o bien aprovechando los buenos oficios de cualquiera de las Fundaciones avezadas en la organización de encuentros de corte cultural. Habría que intentar además que estuviera abierta a otras franjas religiosas y también a otros especialistas. Muchos de los problemas tratados y que nos preocupan tienen que ver con el Derecho Constitucional, y con el Civil, o con el Laboral, Penal y Tributario, además de con el Eclesiástico y con el Administrativo. ¡Ahí queda la propuesta, que pienso sería de gran utilidad!

5. Antes de pasar a la primera parte, diré, de entrada, que convengo con el criterio general de la utilidad de contemplar modificaciones de los Acuerdos, así como de dejar abierta la puerta a otros nuevos. Esta misma mañana, hace bien poco, se ha debatido y aceptado positivamente el criterio del «notorio arraigo», que puede permitir la puesta en marcha de las conversaciones que conduzcan a un nuevo Acuerdo, ahora con la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (mormones). Desde un planteamiento general, y por el valor modélico que tiene la norma, me gusta recordar el criterio que marca la Disposición Adicional Tercera del Código Civil, que encarga que cada diez años se formulen las propuestas de reforma pertinentes, a la vista de las deficiencias y dudas que haya acreditado la experiencia, a la vista también «de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro»¹. En vía de principios, ninguna duda cabe

1 Llamo la atención acerca de la certera expresión del Código. No valdrá cualquier cosa que se haga fuera, ni sólo porque en un país se haya tomado una determinada dirección, sino aquello que resulte contrastado y pueda ser luego ser útil y conveniente aquí. De modo que no es la innovación por la innovación sino el hallar fórmulas para resolver problemas. Y no para crear otros nuevos.

de la utilidad de las reformas periódicas y previsibles, siempre que se trate de evitar el movimiento continuo y la improvisación.

En materia de *convenios* además pueden haber muchas fórmulas. Cabe, como se ha señalado, la previsión de una vigencia temporal, que, en principio, fuerza a la renegociación en cuanto haya transcurrido el plazo previsto. En otro sentido, los tres Acuerdos sobre los que ahora se reflexiona dejan constancia de la opción de la *denuncia*, así como de la alternativa de la *revisión*, ya sea total o parcial, aunque, de no darse tales oportunidades, el criterio implícito es el de la vigencia indefinida. De otra parte, unos años antes, en los Acuerdos con la Santa Sede, no se mencionaban tales variantes, y se optaba así, aparentemente, por la vigencia indefinida, aunque de hecho está claro que aquellas van implícitas: un convenio está abierto siempre a la posibilidad de denuncia, con sólo cumplir los trámites previstos, o a la de revisión, con sólo que haya voluntad para ello. Cualquiera de las alternativas va a ser un problema de oportunidad y conveniencia, también de los criterios de ordenación del Estado e, igualmente, de la normalización y arraigo social de las fórmulas que pretenden codificarse, obviamente, de las demandas de la opinión pública, así como del peso de cada una de las partes, o de varias de ellas apoyándose conjuntamente.

Resulta positivo este reflexionar, al cumplirse los primeros diez años, acerca de posibles innovaciones, este dar pié a las aspiraciones y deseos, sin que sea fácil determinar cual sea la fórmula ideal, que seguramente no existe, por eso de las variadas circunstancias que influyen, como acabo de señalar. Destaca el profesor Motilla, en su tan sólida y convincente ponencia, la tendencia histórica de los Concordatos a perpetuarse. Es que, de hecho, también la historia muestra que hay momentos de especial significado, o señaladamente críticos, que fuerzan a buscar soluciones y a conseguir acuerdos. Siempre se necesita una energía de la que no se sabe si va a poder disponerse en cualquier momento.

Por venir a la situación que ahora nos preocupa, me da la impresión de que, en principio, no habría de ofrecer mayores dificultades el conseguir reformas puntuales y concretas o, incluso, sin necesidad de llegar a ellos, alcanzar **interpretaciones** de los actuales textos que abrieran oportunidades y dieran más juego. A la dificultad fáctica de modificar los Concordatos, a que antes se aludía, hay que sumar las peculiaridades indudables de la época actual, una época de pluralismo y de variedad de opciones. Y aquí nos encontramos con una doble faz. Los convenios, por principio implican facultad dispositiva, adecuación a las diversas circunstancias y características y, por lo mismo, diferencia de fórmulas y soluciones. Pero, por otra parte, vamos a encontrar la tendencia inevitable, y del todo lógica, a alcanzar las mismas ventajas y soluciones que otros han conseguido. Hace su presencia, así, por fuerza, el argumento de la igualdad o, cuando menos, de la no discriminación. Todo esto me recuerda el debate que se ha producido en España con las Comunidades Autónomas y la organización de sus techos competenciales: se necesita, sin duda, un cierto tiempo de maduración, de asentamiento y de preparación de los instrumentos organizativos. En esa fase, no tendría por qué jugar el principio de igualdad. Pero una vez superada, ya no van a justificarse las discriminaciones. El problema estriba en si lo que se aspira a generalizar estuvo justificado inicialmente, o se sigue considerando justificable hoy día: cuando hay debate o ausencia de concertación social suficiente acerca de alguna de las soluciones consagradas, el planteamiento tiene que ser totalmente diferente. El que algo haya sido llevado un día a un convenio, no es argumento, sin más, para generalizar tal solución. Habrá que partirse del hecho de que a una de las partes —el Estado— le siga conviniendo y convenciendo, en línea con lo que algo más adelante se dirá (número 9).

En todo caso, y a fuer de sinceros, convendrá tener presente, como suele ser normal, la lógica de las realizaciones sociales, cómo

se mueve el mundo en definitiva: conseguir modificaciones de gran entidad y alcance, requiere, más allá de su justicia intrínseca, un apoyo de la opinión pública y una energía social, de los que hay que saber si se dispone.

PRIMERA PARTE

Como estudioso que soy del Estado y de su funcionamiento, en abstracto, pero también de nuestro actual Estado, en concreto, me gustaría hacer hincapié en alguna de sus características para fijar criterios que puedan servir de apoyo a lo que luego se dirá. No son planteamientos dogmáticos ni debilidades de profesor, sino afán de empezar por los cimientos, para sustentar lo que más adelante se desarrolle. Lo diré de manera muy sucinta, con afán de no desperdiciar tiempo ni espacio, y prescindiendo, salvo lo indispensable, de citas bibliográficas o normativas.

A. CARACTERÍSTICAS DE LA ACTUAL CONCEPCIÓN DEL ESTADO

6. España, como Estado, es una entidad soberana. Bien que sometido a límites y controles y comprometido a respetar una importante serie de valores, ostenta y ejerce un importante haz de poderes y prerrogativas.

Respeto a otras organizaciones del universo político, económico, social o, en concreto, religioso, y convive con ellas, pero tiene su ámbito, sus propias reglas y criterios y su propia responsabilidad. Por lo mismo, le corresponde ser respetado y mostrarse activo para exigir ese respeto.

Es un Estado de participación —«todos sus poderes emanan del pueblo español»²— y tiene que responder ante sus ciudadanos, cuya defensa y promoción debe orientar todas sus activida-

2 Se viene a decir, casi literalmente en el artículo 1.2 de la Constitución española de 1978 (citada, en adelante, como «CE»).

des. Como se decía en el conocido texto clásico de los orígenes de la modernidad, «La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas de su administración a todo servidor público».

Responde, pero a su vez, ostenta el importante haz de poderes y potestades para defender a los ciudadanos, individualmente, pero también encargándosele de crear las condiciones para su convivencia y promoción. No faltan en la actualidad las voces críticas para con el Estado, desde muy diversos flancos, aventurándose incluso algunos a augurar la desaparición de su espacio propio en el nuevo concierto —o desconcierto— universal. Soy de opinión totalmente contraria. Entiendo que el Estado, una vez que asume los compromisos resultantes de ser un Estado «democrático» y «de Derecho», tiene cometidos muy serios que desempeñar, precisamente ahora, y que va a resultar bastión indispensable —por sí o en alianza— para defender a los ciudadanos frente a otros poderes políticos, económicos o de otro tipo.

Pero a su vez, frente a otros modelos históricos de sociedades muy homogéneas, es un Estado «pluralista», en muchos sentidos, y señaladamente en el de que tiene que albergar y dar cabida a muy variados puntos de vista y actitudes ante la vida, todos ellos dignos de respeto. El postulado de la no confesionalidad, que hoy se proclama, en sus relaciones con las organizaciones religiosas (artículo 16.3 CE), tiene mucho que ver, sin duda, con esta idea.

B. UN ESTADO QUE TIENE QUE ATENDER NUMEROSOS COMPROMISOS

7. No será preciso recalcar lo mucho que valoramos todos la libertad religiosa, que se afianza, en nuestro sistema positivo, dentro del amplio tronco de la libertad ideológica (artículo 16.1 CE). Punto de partida que, entre otras cosas, va a implicar señaladas obligaciones para el Estado, como más adelante se razonará (n. 12). Parece lógico que nuestro discurso esté centrado en las opciones, posibilidades y consecuencias derivadas de dicha libertad religiosa, pero hay que tener en cuenta sin falta el punto de mira o

la perspectiva que se adopte. La realidad suele ser compleja, unas cosas están muy próximas a otras, y a veces no está mal detenerse a contemplar desde una cierta altura. Desde una visión amplia —y espero que no me lo tomen a mal, que no crean que trivializo—, por mucho que nos centremos en la libertad religiosa, no puede pasarse por alto que el Estado tiene también numerosas obligaciones y exigencias ínsitas en nuestro sistema constitucional —es también un Estado «social»—, y que derivan, así, del derecho a la vida, del derecho a la protección de la salud, de la necesaria protección de la infancia y juventud, y de la protección de la tercera edad, de la libertad de enseñanza y del encargo de garantizar la educación, de la libertad de asociación y de prensa, de la de partidos políticos y sindicatos, de la libertad de empresa, etcétera, aparte de los compromisos derivados de tener que cuidar de la cultura, del patrimonio histórico, del deporte y un largo etcétera (exigencias, algunas de las cuales, por cierto, van a confluír en ocasiones con las derivadas de la libertad religiosa).

En todos los campos citados, la habilitación a favor del Estado representa obligaciones, deberes y cargas, pero va a implicar también un conjunto de poderes y potestades, dentro de un complejo sistema normativo. Pues bien, conviene notar que muchos de los conceptos técnicos y categorías instrumentales que se manejan en tales campos ofrecen una gran similitud, cuando no son coincidentes. Piénsese así en figuras como los conciertos, las subvenciones, las autorizaciones, las exenciones fiscales, la justicia gratuita, la asunción de retribuciones, la cesión de locales o inmuebles y toda una variedad de ayudas y conceptos similares. Categorías, que aunque puedan ofrecer especializaciones, son comunes y de validez general.

C. EL DEBATE ACERCA DEL «QUANTUM» DE ESTADO

8. Hoy asistimos a un vivo, complejo y polémico debate acerca del «quantum» de Estado. Una de las grandes cuestiones de nues-

tro tiempo resulta ser, en efecto, la centrada en la amplitud del Estado, que repercute en su presencia e instalación efectiva, pero también en las actividades a que se compromete. El problema es delicado y nada simple. Se puede convenir en que hoy no se ve justificación a muchos sectores por los que se apostó no hace tanto. Por poner un ejemplo del campo de la economía, hoy no se ve que el Estado tenga que ser empresario en el sector hullero o de minas no rentables. Pero me gusta defender que hay mucho de Estado que debe defenderse. Frente a la moda del reduccionismo radical por la que han apostado recientemente algunos pensadores y políticos —en una línea que estaría representada por nombres como Reagan o la señora Thatcher—, pienso que hay logros de la tradición europea que deben mantenerse a toda costa. Yo consideraría suicida la ausencia —o la reducción— del Estado en sectores como la enseñanza, la sanidad o la protección del medio ambiente, por poner tres ejemplos patentes de entre tantos que cabe traer a colación. Por lo mismo, para poder sostener espacios irreductibles y que no deberían ser cuestionados, hay que pensarse muy mucho el cargar al Estado con según que responsabilidades o compromisos. No digo que no deba hacerse lo que haya que hacer, pero habrá que valorarlo concienzudamente. Insisto en esto porque hoy parece que está en el ambiente social en España —y se refleja también en el campo que ahora estudiamos en alguno de los documentos que manejamos— la tendencia a responsabilizar al Estado con servicios y actividades como si fuera un coloso que hubiera de cargar con todo. Creo, por eso, que cualquier paso hay que pensárselo muy mucho y saber si será defendible y asumible. Tal vez les suene a irreverente, estando como estamos en una Comisión que tiene que ver con lo religioso, pero me gusta aprovechar cualquier foro que frecuento para recordar que «el dinero público es sagrado». ¡Todos los órganos del Estado tendrían que extremar el rigor a la hora de disponer de los euros que se han recaudado a costa de los esfuerzos de los ciudadanos! La de disparar con pólvora del Rey es aspiración frecuente, que hay que

pensarse muy mucho. Comprendo que lo que se vende, o lo que resulta popular y halagüeño sea precisamente lo contrario. Pero aquí no estamos para halagar a nadie sino para intentar ver las cosas con frialdad y claridad.

Por otra parte, el compromiso constitucional de las relaciones de cooperación nos sitúa ante un enorme abanico de posibilidades, donde caben muchísimas fórmulas y de muy distinto alcance y entidad. Creo que tampoco aquí se puede ser reduccionista. A veces, se traducen sí en ayudas o contribuciones dinerarias, pero no todo va a ser pagar o cargar los presupuestos públicos. Hay mucho espacio, y muy interesante, para otras fórmulas: para facilidades jurídicas, previsiones normativas y de ajuste y cuidado de las leyes, presencia, compañía, consideración, asesoramiento, facilidad para campañas y realizaciones, disponibilidad de medios de comunicación, fluidez en las relaciones y un muy largo etcétera. De modo que la fórmula del artículo 16.3 CE, de que los poderes públicos «mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación», es una fórmula abierta, mudable, heterogénea y de intensidad y densidad variable. Que el Estado, legítimamente, puede moldear, reducir, ampliar o desarrollar, a tenor de muy variadas circunstancias.

D. UN ESTADO QUE SE CUIDA DE PREVENIR SUS PASOS

9. Desde otra perspectiva, y pensando ahora en una de las partes de todo Acuerdo, en concreto en el Estado, hay una vertiente que me preocupa y que me atrevo a sugerirla aquí, a modo de aspiración utópica, pues me da la impresión de que es una carencia notable. Los cuerpos y organizaciones con vocación de permanencia, si tienen que atender el día a día, han de disponer también de previsiones para el medio y largo plazo. Es una materia delicada, que exige cuidado y delicadeza en el tratamiento, pero elemental e imprescindible. Pienso, en efecto, que el Estado —y recalco que me refiero al Estado, no sólo al partido en el Gobierno

o a los partidos en la oposición³— debería tener elaborado algo así como un «protocolo», un «memorándum» o una «carta de intenciones», algo que hiciera las veces de un apunte reflejo de la reflexión sobre previsiones, aspiraciones, proyectos, cotas a alcanzar y demás iniciativas referentes al qué hacer en relación con todos los problemas que tienen que ver con la libertad religiosa. Porque creo que se impone una visión de conjunto, no se si a largo pero al menos a medio plazo, con la necesaria adaptabilidad, pero pensando que el motor de cada respuesta del Estado no haya de ser la iniciativa concreta de una organización religiosa sino esa idea de la consideración integrada de un conjunto de problemas y reglas que hoy, desde la visión del Estado, son sin duda comunes, sin que ello implique en lo más mínimo desconocer las especialidades y características propias de cada una de las organizaciones religiosas. El Estado, como cada organización, para actuar, debe tener planes y proyectos, y debe saber qué pretende, qué le conviene, dónde debe insistir o, en su caso, dónde rectificar. Me estoy refiriendo ahora a una previsión propia y exclusiva del Estado. Una previsión que no implica en absoluto desconocer pactos o compromisos asumidos. Pero que puede ser muy orientadora como guía o borrador de intenciones ante nuevos convenios o ante modificaciones de otros anteriores. Porque, e insisto en lo que antes decía, puede llegarse a la conclusión de que no es satisfactoria alguna fórmula o solución convenida, que no ha dado el resultado esperado, que se demuestra que ha resultado disfuncional, o que ha habido que alterar radicalmente una interpretación jurídica que hasta entonces había servido. Pues bien, debe

3 Lo que no me impide considerar que me parezca del todo lógico y legítimo que los partidos políticos que aspiren a influir en la gobernabilidad, discutan, elaboren e incorporen a su ideario, o a sus programas, las oportunas consideraciones en relación con el conjunto de problemas y exigencias derivados de la libertad ideológica y religiosa. A veces, hay problemas cualificados y llamativos que tienden a centrar la atención, pero cuanto más serio y responsable sea un partido, más completa resultará su reflexión, tratando de abarcar las numerosísimas y complejas secuelas de tales libertades.

quedar muy claro que en supuestos tales ninguna organización religiosa habría de tener la, por otra parte legítima, pretensión de igualarse a otras, a la hora de discutir o de cerrar algún nuevo convenio o de auspiciar la modificación de otro anterior.

El pluralismo, la efectividad de una presencia activa muy variada de organizaciones religiosas⁴, y otras circunstancias similares, hacen que hoy haya cambiado radicalmente la situación en relación con lo que sucedía hace algunos años, y al ser más complejo el panorama —aunque mucho más rico—, al Estado, para ser coherente y eficaz, no le queda más remedio que organizarse adecuadamente disponiendo de los apoyos que faciliten su tarea. Entiendo, en resumen, que un tal instrumento, de ámbito estrictamente interno, resultaría sumamente útil para el Estado.

E. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL PAPEL DE LA LEY

10. Desde otro punto de vista, conviene tener en cuenta que nos movemos en un Estado compuesto, bastante complejo en su estructura y funcionamiento, con un delicado reparto de funciones, fruto, de una parte, de los criterios de la separación de poderes⁵, pero, de otra, del amplio impulso descentralizador que alentó la Constitución. Como consecuencia de lo primero, habría que destacar el importante papel que va a jugar el Parlamento, lo que quiere decir también el significado de la ley como instrumento del Estado. Se ha sostenido la alternativa de que no siempre los Acuerdos debieran ser objeto de aprobación mediante ley. Comparto las preocupaciones de Martínez Gijón al respecto. Pero, además, parto

4 Impresiona realmente el número de registros que refleja la *Guía de entidades religiosas de España (Iglesias, Confesiones y Comunidades minoritarias)*, que editó la propia Dirección General de Asuntos Religiosos en 1998, contando con que las entidades de la Iglesia Católica disponen de otra publicación.

5 Me remito a mi trabajo *De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español*, en mi libro *Méritos o botín, y otros retos jurídicos de la democracia*, Editorial Aranzadi, 2000, páginas 133 y siguientes.

de que están implicadas muy importantes decisiones políticas. Recordando también, en el terreno operativo, el significado del *principio de legalidad*, tan presente en tantas de las decisiones que nos interesan: así, en cuanto se afecten derechos fundamentales (artículo 53.1 CE), o para lo fiscal y tributario o, en fin, para habilitar a la Administración⁶. Pensando en una de las líneas de actuación, la de los acuerdos con la Iglesia Católica —que en principio no deberían ser objeto ahora de nuestras reflexiones, pero parto, como he indicado antes, de una visión global y de conjunto—, dada su caracterización jurídica que le lleva a actuar como Santa Sede, se acude operativamente a la fórmula de los tratados o convenios internacionales. Y en tal caso, se recordará, que se exige la autorización de las Cortes Generales (artículo 94.1 CE), cuando se afecte a los derechos fundamentales, cuando se impliquen obligaciones tributarias para la Hacienda Pública o cuando supongan modificación de alguna ley o requieran medidas legislativas para su eficacia. Es curioso que estas tres referencias, aparte del efecto simetría que puedan impulsar, nos llevan de lleno a las exigencias del principio de legalidad y, por ende, a la necesaria intervención del Parlamento. Pensando en el contenido efectivo de los tres Acuerdos de 1992, me da la impresión de que, aparte de la previsión de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de actuar a través de una Ley aprobada por las Cortes Generales⁷, son muchas las materias, y desde luego las más importantes, que inciden de lleno en los tres pilares señalados.

En todo caso, se va a tratar siempre de materias delicadas, por lo que la necesaria intervención del Parlamento le añade una nota de seguridad y, asimismo, de legitimidad, que a todos conviene. Que incorpora, además, una línea de transparencia y pu-

6 Recuérdese que con esta expresión es usual aludir a todas las Administraciones Públicas.

7 Artículo 7.1, en su frase final. Nótese, por cierto, el énfasis que se quiso poner, cuando se recalca que estos acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales, «en todo caso».

blicidad, muy aconsejable igualmente en este campo. Piénsese que de intervenir solo el Gobierno, en determinadas circunstancias, podría sentirse tentado a ofrecer concesiones de corte electoralista, por ejemplo, tan útiles y rentables para esos periodos⁸. En resumen, que yo me siento mucho más seguro y tranquilo con que algo tan importante como los Acuerdos de cooperación tenga que contar necesariamente con la aprobación de las Cortes Generales. Creo que es mucho más correcto para el buen funcionamiento del Estado, pero también para la garantía y conveniencia de todos. Lo que no impide que, para aspectos menores y muy concretos, una vez que se cuente con la expresa aprobación parlamentaria, pueda darse cabida a desarrollos convencionales de orden secundario, por ejemplo, con un Ayuntamiento o varios, o Diputaciones —y quienes hacen sus veces—, o con sus Federaciones, o con la Comunidad Autónoma. Pero siempre y sólo como desarrollo preciso de algo que ha previsto y fijado con antelación la ley aprobatoria. De modo que el Acuerdo, en sentido técnico, cuente inexcusablemente con la habilitación —y legitimación— parlamentaria.

F. DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL Y COMPETENCIA EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA

11. Estado complejo, también, en el sentido de la amplia descentralización que ha auspiciado y conseguido la Constitución de 1978. De hecho, el Estado es una cadena de muchos eslabones. Afirmación con la cual quiero resaltar que no son sólo Estado los Ministerios, Direcciones Generales y demás organismos de la Administración General del Estado, sino que también lo son —y bien

8 Cierro la redacción de este párrafo en concreto el 19 de mayo de 2003, es decir, cuando falta menos de una semana para las elecciones locales y autonómicas (parcialmente), y cuando un observador atento puede advertir, no sólo que se trata a los ciudadanos —ya se sabe que, en castellano, con esta palabra se designa a los de los dos sexos— como menores de edad, sino que hay quien piensa que todo cabe y que cualquier cosa que haga ganar votos es buena.

claro resulta el artículo 137 CE—, las Comunidades Autónomas, las Provincias —u organismos que hagan sus veces— y los Municipios. Cuando actúa un Ayuntamiento o una Consejería, es un fragmento del Estado el que actúa. Pues bien, por lo mismo, hay que poner énfasis para recordar que las obligaciones que asuma el Estado, a todos vinculan. Todos quedan obligados. Todos tienen que respetar y asumir, en concreto, los compromisos de los Convenios o Acuerdos de cooperación. No son cosas que les resulten ajenas.

Me permitiré, de otra parte, completar mi intervención con un pequeño recordatorio. Hace ahora cinco años, en este mismo salón, en el seno de las actividades de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, desarrollé una ponencia bajo el título *El régimen normativo de la libertad religiosa*⁹, en donde, entre otras cosas, al estudiar las secuelas y respuestas a dar desde los Poderes Públicos en relación con la libertad religiosa, insistía en dos líneas argumentales. De una parte, por la materia, su regulación debe ser objeto necesariamente de *ley orgánica*, lo que reclama, por fuerza, el protagonismo de las Cortes Generales, como así sucedió en efecto con la Ley en vigor, de tan amplio apoyo parlamentario, como ha sido recordado con frecuencia. Pero, por otra parte, en el complejo reparto de competencias propio de nuestro Estado tan descentralizado, resulta evidente que las Comunidades Autónomas no tienen competencia alguna en materia de libertad religiosa —no hay más que leer los diversos Estatutos de Autonomía para convencerse—, competencia que corresponde de lleno al Estado o Poder Central. Esto también me parece incuestionable, y habría que tenerlo bien presente, pues a veces se olvida. Importa mucho que lo tengan bien claro, ante todo, las propias organizaciones religiosas.

9 La exposición oral tuvo lugar, en concreto, el 10 de diciembre de 1998. Quedaría recogida en el volumen correspondiente y, para adelantar su conocimiento y darle mayor proyección, la llevé también a las páginas de la «Revista de Administración Pública», nº 148 (1999), 7-40, por donde yo citaré actualmente. Se recoge en el presente volumen como Capítulo 23.

Pero con lo anterior, no se completa todo el panorama. Puesto que estamos en un Estado descentralizado, hay que contar con el intenso reparto de competencias. La gestión de determinadas funciones se distribuirá, en efecto, entre los diversos eslabones que integran el Estado. Así, la gestión del urbanismo y, en concreto, el otorgamiento de licencias, suele corresponder a los Ayuntamientos. El otorgamiento de las emisoras de radio y su supervisión, suele corresponder a las Comunidades Autónomas. La gestión de la sanidad, suele corresponder a las Comunidades Autónomas, sin que estén ausentes del proceso las autoridades estatales o las municipales. En la administración del patrimonio histórico, pueden intervenir el Estado y las Comunidades Autónomas, pero también las Diputaciones y Ayuntamientos. Si lo referente a defensa y servicio militar corresponde al Estado (Ministerio de Defensa), la gestión de las cárceles, es decir todo lo penitenciario, bajo la supervisión judicial, se desarrolla ya sea por el Estado, ya sea por alguna Comunidad Autónoma concreta (como Cataluña). Pueden poner en marcha la expropiación forzosa, ya el Estado, ya las Comunidades Autónomas, pero también las Diputaciones o Ayuntamientos. Se caerá en la cuenta de que estoy poniendo ejemplos que nos llevan a materias sobre las que han incidido los tres Acuerdos de Cooperación de 1992 (o los anteriores con la Iglesia Católica). Los Acuerdos, como tales, avalados y sostenidos por cada una de las leyes de aprobación, resultan, como se dijo, inequívocamente vinculantes para todas las Administraciones Públicas. Es verdad que podría haberse facilitado la tarea, reflejando en la legislación sectorial algunas exigencias de los Acuerdos, lo que lo pueden hacer las leyes autonómicas o las ordenanzas municipales, en sus respectivos ámbitos de competencia, o el propio Estado que sigue ostentando amplísimas competencias normativas. No se olvide que el Estado tiene competencia exclusiva para la legislación penitenciaria o para la expropiación forzosa¹⁰, pero tam-

10 Ahora se encuentra en avanzada fase de elaboración un anteproyecto de Ley de Expropiación Forzosa, que me imagino se aprovechará para dejar constancia clara de las exigencias derivadas de los Acuerdos.

bién para las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, o de la sanidad, entre otras muchas, y que disposiciones facilitadoras del cumplimiento de los Acuerdos podían caber en leyes como la del Patrimonio Histórico, la de Bases del Régimen Local, la de Enterramientos en Cementerios Municipales, la de Ordenación de la Edificación o en otras similares. Repito que lo que digo nos sitúa en el ámbito operativo de los recordatorios para facilitar la fluidez y mejor cumplimiento de los Acuerdos, que, en todo caso, aún en ausencia de aquello, son vinculantes y obligatorios.

Una última reflexión para concluir este punto. Como junto a la competencia general del Estado, para la gestión concreta de alguno de los aspectos sectoriales contemplados en los Acuerdos —y, en algunos casos, también para la regulación—, se establece la competencia de los otros entes públicos —ya las Comunidades Autónomas, ya las Diputaciones o los Ayuntamientos, como se dijo—, se abre también la posibilidad para que dichos entes, en el ámbito concreto de sus atribuciones y competencias, concierten con las organizaciones religiosas diversos instrumentos, del tipo de «convenios de buenas intenciones», «compromisos de apoyo», «acuerdos», con variados objetivos: para la protección del patrimonio histórico —ya, en general, ya de algunos bienes concretos—, para la ubicación de los lugares de culto, o para resolver los problemas de los enterramientos, etc., etc.

G. FORMAS DE ACTUAR DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD RELIGIOSA

12. Ante la importante pregunta de qué se espera de los Poderes Públicos en relación con la libertad religiosa, en la ponencia antes citada¹¹, desarrollaba mi criterio de diferenciar en cuatro grupos los posibles órdenes de respuesta. En primer lugar, estaría el grupo más importante tratándose de una libertad, cual es el

11 *El marco normativo de la libertad religiosa*, páginas 17 y siguientes.

del *dejar hacer*: que se celebren los ritos y actos de culto, que se recauden colectas, etc., etc., todo ello sin que tengan que mediar interferencias de Administraciones y demás órganos estatales. En segundo lugar, vienen las medidas de no interferir sobre las opciones de libertad, pero crear y asegurar las condiciones para que aquellas puedan surgir y manifestarse. Sería el caso de la protección policial o de las medidas penales para desaconsejar actos contrarios a los ministros o lugares de culto, a las propias celebraciones, etc. Ambos casos se van a situar, en general, al margen de las relaciones de cooperación, y, en todo caso, la respuesta estatal será común y general, sin que tenga sentido pactar diferentes respuestas entre unas organizaciones religiosas y otras.

Mencionaba, en tercer lugar, el grupo de las medidas de lo que tradicionalmente se ha llamado la policía administrativa —las medidas generales para el cuidado y buen funcionamiento de la «polis»—, que, en principio, serían neutrales en relación con las opciones de la libertad religiosa —no habría que excepcionar, de manera que como regla se apliquen a todos, las previsiones para prevenir los incendios, o de cabidas y aforos, o de protección medioambiental, las reglas sanitarias, urbanísticas o de protección civil, etc.—, si bien, por vía de excepción, cabe contemplar algunas especialidades, precisamente a consecuencia de las creencias religiosas. Pienso, por ejemplo en algunas prácticas particulares en cuanto a los enterramientos, o en cuanto al sacrificio ritual de animales. Especialidades tales, pueden llevarse a los Acuerdos, pero también pueden ser abordadas por la legislación. Y hay un cuarto grupo, que nos sitúa ante opciones concretas de hacer, ante compromisos positivos¹². Pues bien, en el campo de la libertad religiosa, este grupo de las obligaciones positivas, de las

12 He destacado especialmente la frecuencia con que, en nuestro tiempo, lo que a simple vista serían meras opciones de libertad aspiran a convertirse en un espacio para prestaciones. Me remito a mi trabajo *Los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones*, en «Revista Aragonesa de Administración Pública», nº 15 (1999), páginas 19-41, recogido en el presente volumen como capítulo 1.

prestaciones y de todas las variantes de ayudas, es terreno abonado para que incidan los Acuerdos de Cooperación.

El legislador de 1992 apostó por redacciones enormemente homogéneas en los tres casos, pero a mi me parecería lógico que hubiera sensibles diferencias, pues es normal que haya un gran margen de apreciación, y debería jugar la vertiente convencional o contractual, dado que el resultado es normal que dependa de muchas circunstancias a tenor de las características de los grupos religiosos: si tienen un importante patrimonio histórico que cuidar o defender (que puede ser monumental, bibliográfico, etc.); si contemplan la enseñanza de la religión en sus propias instalaciones y centros o aspiran a que se imparta en los centros de enseñanza pública; si auspician o no la creación de un patrimonio inmobiliario; si tienen reglas cualificadas en cuanto a la alimentación; o en cuanto a días de celebración o descanso; si la opción matrimonial que postula encaja en el sistema de orden público del Estado; o, por concluir los ejemplos con otro dato significativo, según cual sea la postura ante el importante sector de las obras asistenciales. Todas estas variantes, y tantas otras que ahora se omiten, pueden contribuir a moldear el contenido de los Acuerdos y pueden dar pie a que haya sensibles diferencias entre unos y otros.

H. ¿MODIFICACIÓN O APLICACIÓN LEAL DE LO YA CONVENIDO?

13. Para concluir con esta primera parte, destacaré que se observa una cierta sensación de frustración ante el incumplimiento y la falta de desarrollo de compromisos contenidos en los Acuerdos o, cuando menos, ante el poco entusiasmo para la plena efectividad de los mismos. Lo mismo que al comienzo recalcaba la importancia que representó haber alcanzado los Acuerdos, hay que reconocer que, está arraigado este sentimiento de defraudación, de que se esperaba mucho más, pues cualquier paso ha costado enormes esfuerzos, y si ha habido puertas que se han abierto otras

han permanecido cerradas o entornadas. Se toma, así, como el santo advenimiento la posibilidad que parecen abrir nuestras reflexiones de llegar a alcanzar modificaciones que cambiaran de rumbo la situación. Como ya se dijo, es perfectamente posible introducir modificaciones y estamos aquí para discutir en que puntos concretos es conveniente hacerlo. Sin negar tal metodología, hay una reflexión complementaria sobre la que no querría dejar de incidir. Surgiría, en efecto, la pregunta de si en no pocos casos, sin necesidad de llegar al esfuerzo máximo de modificar o innovar los Acuerdos, no sería suficiente con cambiar la mentalidad y llegar a dar plena virtualidad a aquellos. Porque da la impresión de que en relación con algunos de los puntos auspiciados sería suficiente con unas cuantas revisiones legales o, incluso, reglamentarias, que permitieran alcanzar las cotas deseadas. Pienso en algunos de los problemas sobre el régimen jurídico de la Seguridad Social, en la línea que menciona acertadamente Mariano Blázquez. O, Martínez Torrón, destaca como en relación con el régimen de los alimentos, propio de algunas organizaciones religiosas, resulta más perfilado el Reglamento Penitenciario que los propios Acuerdos. El problema de la asistencia religiosa en los centros sanitarios, de quererse, acaso podría resolverse desde la legislación básica sobre sanidad, bloque normativo sobre el que se incide periódicamente. Hay descontento en relación con el otorgamiento de algunas licencias municipales así como con las previsiones urbanísticas. Sobre esto insistiré luego (n. 21), pero se puede adelantar, en efecto, que con un recordatorio claro y enérgico en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local o en la legislación sobre urbanismo —ya del ámbito estatal como del de las Comunidades Autónomas—, respectivamente, mucho se podría avanzar, y tal vez solventar incluso los problemas que hoy preocupan.

Acaso se cuente con la energía social necesaria y con la oportunidad política para poner en marcha una modificación de los Acuerdos, que ¡bienvenida sea! Pero me da la impresión de que

reformas normativas como las aludidas pueden llegar a solventar algunos problemas y ¡son mucho más fáciles de alcanzar!

SEGUNDA PARTE

Tras las reflexiones generales sobre el Estado y sus características, a continuación, en esta segunda parte, me centraré en algunos de los aspectos que han aparecido como más problemáticos, habiendo seleccionado nueve en concreto, en relación con los cuales me gustaría que quedara constancia de cuales son las ideas que me suscitan.

I. ¿AUTOCONSENTIMIENTO EN LA EXPROPIACIÓN FORZOSA?

14. Se ha insistido para recalcar que en el caso de expropiación forzosa de los lugares de culto, no debería bastar el «ser oídos», fórmula que hoy consagran los Acuerdos, sino que habría que ir a consagrar el «consentimiento» de las propias organizaciones religiosas. No comparto, en absoluto, tal punto de vista. El Estado tiene unos poderes y potestades —como se razonaba antes en el número 6—, que no veo por qué tengan que ser cuestionados o discutidos, y éste de la expropiación forzosa sería uno de ellos. De requerirse el consentimiento —se razona con acierto en el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda— ya no se trataría de expropiación forzosa sino de otra cosa. Estamos ante uno de los instrumentos necesarios de los Estados, lógico y legítimo, y no son convincentes las razones para explicar que tenga que desconocerse en este caso, aparte de que de accederse a ello, podrían surgir numerosos supuestos similares pues habría muchos aspirantes a la excepción.

El bien jurídico derecho de propiedad es hoy uno de los valores que goza de alta protección en las Declaraciones de Derechos —recuérdese así el artículo 33 CE, o el artículo uno del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos—,

y el estatuto de protección no impide que en casos extremos pueda llegarse a la expropiación forzosa siempre que medien determinadas garantías¹³. En el terreno de las garantías es en el que hay que hilar fino, para lo que hoy, en general, hay mecanismos jurídicos abundantes. Se admite sólo para causas tasadas, que, además pueden ser controladas: «causa justificada de utilidad Pública o interés social», dice el citado artículo 33.3 CE, lo que me permite recordar a su vez que la segunda de ellas —el interés social— ha sido utilizado con frecuencia para expropiaciones destinadas a la construcción de templos. Recordaré, además, que aquí incide también la legislación sobre protección del patrimonio histórico-artístico, caso de que coincida tal circunstancia con el lugar de culto afectado. El asegurarse, en todo caso, la audiencia de la organización religiosa afectada, es una garantía importante, que no puede ser menospreciada, dentro, insisto, de un haz de opciones defensivas que últimamente se han incrementado de manera consistente¹⁴.

Mi duda, ante la insistencia en este problema, es si habrá habido problemas concretos en la práctica —que no se mencionan—, o es más bien una alegación, por así decir, de estética profesoral.

Concluyo recalcando que yo no le veo entidad a la objeción, por lo que no encuentro razón alguna para modificar los Acuerdos por una causa como ésta. Se trata además de una fórmula de amplio arraigo que, respecto a las relaciones del Estado con la Iglesia Católica, ya estaba en términos similares en el Concordato, y pasó luego al Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos (I.5), y no creo que haya suscitado mayores problemas en su ya dilatada vigencia.

13 Así lo admiten, por seguir con los ejemplos citados, el apartado tercero del artículo 33 CE, o la frase segunda del párrafo primero, del artículo uno del Protocolo Adicional

14 Todo ello dentro de la garantía general de la inviolabilidad de los lugares de culto, que se reconoce, así como del criterio, también consagrado, de que, salvo excepciones cualificadas, «no podrán ser demolidos sin ser privados previamente de su carácter religioso».

J. OBJECIONES A LA FINANCIACIÓN DIRECTA POR PARTE DEL ESTADO, DESDE EL PLURALISMO Y LA NO CONFESIONALIDAD

15. Un aspecto importante, y ya se que muy delicado, es el que podemos denominar de la financiación directa por el Estado de las organizaciones religiosas, es decir, que dichas organizaciones, como tales, para sus gastos corrientes, sean financiadas desde las arcas públicas. Bien sabemos, además, que se ha tratado de un fenómeno frecuente históricamente, sobre todo, cuando se partía de la circunstancia de que el Estado tuviera, por así decir, una religión oficial, pero que, incluso, se mantiene todavía hoy en Estados que ya no siguen practicando dicho hábito. Del mismo modo que hay otros Estados, incluso con Constituciones bien añejas, que practican el criterio opuesto.

Me consta que al respecto hay disparidad de opiniones, como se deduce de la mera lectura de la documentación que manejamos, opiniones que respeto, con toda lealtad, lo que no debe impedir que mantenga mi propia posición, del todo opuesta a la práctica señalada, porque así creo deducirlo del vigente sistema constitucional español. Un sistema, como se recordará, que se apoya en el pluralismo y en la libertad, y que, marcando diferencias con otras experiencias históricas, ha consagrado el principio de la no confesionalidad. Lo que no impide que se haga el más amplio reconocimiento del derecho a la libertad religiosa y que, en concreto, se asuma el criterio de las relaciones de cooperación (tema sobre el que antes me centré, con un cierto detalle, en el número 12). Recuérdese como al hacerse el Acuerdo sobre Asuntos Económicos con la Iglesia Católica nada más aprobada la Constitución¹⁵, desde el genuino sentimiento constitucional, se dejaba constancia, expresamente y de forma tajante, de que «La Iglesia Católica declara su propósito de lograr por sí misma los recursos

¹⁵ La Constitución es de 27 de diciembre de 1978 y el Acuerdo, de 3 de enero de 1979.

suficientes para la atención de sus necesidades», lo que no impedía un periodo de adaptación, obviamente transitorio. Y es que, en efecto, las circunstancias habían cambiado de manera radical. La libertad religiosa es una opción, a la que se otorga el máximo respeto, pero es una opción entre otras. Recuérdese que la fórmula constitucional española viene directamente de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de Naciones Unidas, de 1948, en cuyo artículo 18 se asienta la triple graduación «libertad de pensamiento, libertad de conciencia, libertad de religión». Criterio que sigue literalmente la Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950, en su artículo noveno¹⁶, y del que proviene el artículo 16.1 CE, con su referencia a «la libertad ideológica, religiosa y de culto». Donde cabe tanto el no tener religión como el tenerla (ello al margen de la opción que reconocen expresamente esos dos primeros textos de que «este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones»). Pues bien, en materia tan delicada como esta, el respeto profundo de la libertad de pensamiento o de la libertad ideológica, implica que no se debe gravar a nadie forzándole a sufragar las opciones diferentes que otros sostengan (incluidas, obviamente, las religiosas). Insisto que es una materia delicada, en la que hay que extremar, por tanto, el respeto a los demás y no pretender involucrarles o hacerles apoyar algo, no sólo en lo que no participen sino de lo que puedan estar muy distanciados. Parto de la base, por descontado, de que los presupuestos del Estado no son una entelequia, sino algo que se nutre de lo que pagan los ciudadanos. Salvando las distancias, y bien que desde otra perspectiva, recordaba en tono crítico Mariano Blázquez como dadas las peculiaridades del actual sistema tributario español, los protestantes hoy tenían que financiar a la Iglesia Católica. De modo que se trata, creo, de un principio muy simple y elemental, pero

16 Y que pasa en los mismos términos al artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de diciembre de 2000, destinada, al parecer, a integrarse en la futura Constitución de la Unión Europea.

de grandes consecuencias. Cuya efectividad habría que tratar de sostener sin falta, desde una coherencia constitucional.

Conste que cuando digo no pagar o no financiar directamente de los presupuestos, la regla hay que proyectarla también al dejar de recaudar, o al ceder tributos o parte de ellos, que en el fondo es lo mismo. Porque una cosa es, como se hace en algunos países, que al pagar los impuestos al Estado se aproveche para recaudar en ese momento lo que los ciudadanos añadan de su bolsillo con destino a las diversas organizaciones religiosas, y otra bien distinta, que no es que paguen su cuota los fieles, sino que el Estado ceda a alguna o algunas organizaciones religiosas, una parte de lo que obligatoriamente pagan todos.

Afirmar estas ideas con énfasis, como cuestión de principio, no me impide reconocer que pueda haber circunstancias excepcionales y cualificadas que justifiquen, sin falta, algún tipo de ayuda directa, a modo de ayuda pasajera y sin que tiendan a perpetuarse las situaciones. Aunque por supuesto, no me gustaría que lo que digo ahora sirviera para intentar abrir la caja de los agravios históricos. Estoy pensando no sólo en circunstancias de fuerza mayor, con las que nos obsequia la naturaleza de vez en cuando, sino, por poner algún ejemplo, en agresiones, ataques o destrucciones de lugares de culto, cementerios o centros religiosos, con que nos sorprenden no tan infrecuentemente los bárbaros de nuestro tiempo.

He tratado de precisar que me estaba refiriendo a la financiación directa, el derivar al sector público el coste de las actividades religiosas. Por lo que dejo al margen el capítulo de la financiación de las actividades de asistencia social, las ayudas referidas al patrimonio histórico-artístico, u otras posibles variantes similares, donde por supuesto hay que aplicar criterios totalmente distintos.

K. LA INCLUSIÓN DE NUEVAS IGLESIAS EN UNA FEDERACIÓN

16. En el complejo y tan diverso mundo de lo religioso, sin predeterminar que ello haya de ser siempre así, parece razonable que los Acuerdos del 92 se concertaran no con cada organización singular, sino con Federaciones, en el caso de evangélicos e israelitas, o con la Comisión islámica, es decir, organizaciones de segundo grado, lo que al Estado le simplifica mucho la tarea. Incluso, aun tratándose de organizaciones religiosas que no estén aglutinadas en una estructura jerárquica, y que puedan ofrecer sensibles diferencias entre unas y otras. Bien está lo que se hizo, y no cabe duda de que, mientras no se modifique, hay que cumplir lo pactado.

Pero a la hora de reflexionar sobre posibles modificaciones, a mi me parece razonable la advertencia que se ha hecho de que sorprende el silencio a que se somete a una de las partes del convenio, el Estado, en relación con la proyección de los efectos del Acuerdo a nuevas organizaciones que la Federación, de forma unilateral, considere oportuno dar cabida en su seno. Más, teniendo en cuenta el carácter heterogéneo que tienen, por así decir, algunos grupos religiosos, que incluso a veces haya hecho dudar de si se les daría o no cabida en la Federación correspondiente. Lo mismo que consta que se les negó la entrada a algunos que la pretendieron. Es decir, que no parece que haya un automatismo tan riguroso. Por supuesto que hay que confiar en la Federación, pero no parece ocioso que, pro futuro, o en nuevos Acuerdos, para la proyección de las ventajas del Acuerdo a nuevas iglesias u organizaciones, haya alguna modalidad o algún trámite de intervención del Estado, lo más objetivo y formal posible¹⁷. Al fin y al cabo, a él han de repercutirle algunos de los efectos de la incorporación.

17 Y hoy hay muchas variantes para simplificar y para garantizar que no haya incidencia sobre el ámbito de la libertad religiosa. Como, por ejemplo, entre la amplia variedad de mecanismos autorizatorios, la simple notificación que surte sus efectos con el transcurso de un plazo (breve) sin haberse hecho objeciones.

Cualquiera de las alternativas pensables que, insisto, ha de ser lo más liviana posible, aparte de facilitar el mejor funcionamiento, al permitir conocer con antelación, creo que tendría un significativo efecto de legitimación: se sigue involucrando al Estado, llamado a confirmar, es decir, a seguir activo, y no testigo mudo en relación con algo que decidió hace tiempo. Si se alega desinterés por el Estado ante el Acuerdo, será menos justificable si se confirma periódicamente su protagonismo, que si no se le da participación alguna y constata que se expande, sin control alguno por su parte, la lista de posibles beneficiarios.

L. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO

17. La Disposición Final Única, coincidente literalmente en el caso de los tres Acuerdos, faculta al Gobierno para dictar las disposiciones complementarias. Se objeta el que no se de participación a las Federaciones en el proceso de elaboración de dichas disposiciones. Se llega así a considerar este punto como una de las novedades a introducir en la reforma de los Acuerdos.

Ciertamente, hoy se contempla con amplitud la posible participación de los interesados en el procedimiento de elaboración de los reglamentos. Ya está dicho expresamente en la Constitución y en la regulación del procedimiento, por lo que no haría falta repetirlo. La norma referida, puede recordar incluso la habilitación reglamentaria, auténtica cláusula de estilo, prácticamente en todas las leyes. Son las formas de proceder del Estado (en línea con lo que se comentaba en 6), que no se ve por qué no tengan que reconocerse. No tiene sentido que hayan de llevarse los compromisos que se proponen a un pacto. Pero es que además parece que se trata de las disposiciones *internas*, es decir, las respuestas que tiene que dar el Estado en cuanto a su organización y la adecuación de medidas para que pueda funcionar el Acuerdo, terreno de indudable responsabilidad propia, en el que no parece que tenga nada que decir la otra parte en el convenio, es decir, cada una de las Federaciones.

M. COMISIONES PARITARIAS

18. Otro precepto coincidente en los tres Acuerdos es la Disposición Adicional Tercera, con la previsión de una «Comisión Mixta Paritaria», encargada de vigilar la aplicación y seguimiento del respectivo Acuerdo. Se trata de una fórmula habitual, frecuente en pactos y convenios, previsión razonable para limar aristas, superar desacuerdos o madurar soluciones, partiendo además del dato objetivo de la no prevalencia de ninguna de las partes, lo que se trata de asegurar con el carácter paritario. A mí, la fórmula, como tal, no me suscita objeciones pues forma parte del panorama cotidiano. Pero, ¿qué sucede si no resulta operativa? ¿Si ni siquiera se llega a constituir o a reunirse, cuando hiciere falta o se solicitara? Se insiste en que habría que reformar los Acuerdos para vincular más al Estado. Aquí habrá que repetir la observación tan frecuente de que no puede arreglarse todo con cláusulas jurídicas. Las relaciones «inter partes» tienen sus zonas de penumbra que no siempre se solucionan con fórmulas tajantes. Con frecuencia he insistido en las reuniones de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa para insinuar a las organizaciones religiosas la conveniencia de tener alguna voz en el Parlamento que vele por sus intereses, y pueda, en su caso, emplazar al Gobierno, con el consiguiente reflejo en la sociedad. Hay batallas que lo normal es plantearlas en la arena política o con la fuerza de la opinión pública. Porque creer que eso se arregla con una cláusula jurídica me parece un tanto utópico. Aparte de que se presenta un problema previo: común y frecuente la fórmula de la comisión paritaria —y, aún diría, operativa en la experiencia general—, ¿va a acceder a cambiar de criterio, para *agravar* su situación, autorizando una cláusula más conminatoria, quien ni siquiera se considera vinculado por el compromiso más leve? No dejaré de manifestar mi escepticismo al respecto. Todos tenemos presente, como consta de manera ostensible en la primera línea de los tres Acuerdos, que fue el Ministro de Justicia, habilitado al efecto por el Consejo de Ministros, quien los suscribió inicialmente.

N. EL PROBLEMA DE LOS DÍAS FESTIVOS EN LA ACTUAL SOCIEDAD DINÁMICA Y PLURALISTA

19. Es este un problema muy interesante, en el que concurren consideraciones bien diferentes, y que hay que situar en una sociedad dinámica y pluralista, como es la actual española, en la que se han producido recientemente cambios bien drásticos, y en la que, como venimos viendo, concurren muy diversas sensibilidades religiosas, cada una con sus aspiraciones, sus creencias, sus ritos y sus reglas. De entre las que suele ser normal, que con unas variantes u otras, haya días especialmente cualificados, ya para celebraciones, ya para la oración, ya para el descanso. De hecho, si se superpusieran idealmente los días de celebración, de oración o festivos, de las distintas organizaciones religiosas, nos íbamos a encontrar con un calendario bien sombreado. Y surgirá la pregunta, ¿es posible reflejar todas estas aspiraciones y trasladarlas al sistema institucional?

Aprovecho para señalar, en medio de estas reflexiones, que hay un precepto de entre todos los Acuerdos que a mi me parece, dicho sea con todos los respetos, una clara señal de prepotencia, pero además gastando pólvora inútilmente. Me refiero, en concreto, a la frase primera del punto III, del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, entre el Estado Español y la Santa Sede: «El Estado —se dirá— reconoce como días festivos todos los domingos». Prepotencia de la otra parte, al imponer tal regla, pero inútil —pienso—, pues bien arraigada está en la sociedad española la convicción de que los domingos son festivos, tengan o no un significado religioso para algunos.

Para dar una idea de cómo ha cambiado la sociedad española, yo recuerdo que, en mi época de juventud, con una presencia muy intensa de la Iglesia Católica en toda la vida social, aquellos que por cualquier razón tuvieran que trabajar en domingo —porque había que segar, o porque había que terminar un vestido, y tantas otras razones domésticas o profesionales—, desde

la preocupación inherente que la prohibición de trabajo suponía, solían siempre resolverlo solicitando el oportuno permiso. Hoy, me da la sensación de que los católicos, no tienen preocupación alguna al respecto, y que los que, a consecuencia de la actual organización social y laboral, les toca trabajar en tales días festivos, no tienen por qué hacerse problema alguno.

En alguna de las intervenciones, se critica esa temprana sentencia de amparo del Tribunal Constitucional, referente a la trabajadora de Vigo que, una vez que ingresó en una determinada organización religiosa, se negó a trabajar los sábados alegando razones religiosas —cosa que con antelación no le había suscitado problema alguno—, y fue despedida. Se trata de la STC 19/1985, de 13 de febrero, que rechazaría el amparo solicitado.

Pues bien, mi opinión al respecto, sería bastante tajante: creo que hay que buscar fórmulas de entendimiento y concierto, elegir también alternativas que permitan la coherencia con las propias creencias, recomendar y aconsejar, intentar pactar laboralmente, pero que no se deben imponer institucionalmente tales compromisos. La vida moderna es lo suficientemente heterogénea y pluralista como para pretender formalizar tales aspiraciones, de unos y de otros, a veces tan diferentes, insisto. Donde hay grandes organizaciones pero, también, muchas muy pequeñas. Y esto lo digo tanto para el sector privado, como para el sector público, con tan complejas y variadas modalidades organizativas, muchas de ellas del todo similares a las del sector privado.

Incluso, como detalle anecdótico, se me ocurre recalcar en la cláusula de algunos de los Acuerdos, en las que se prevé que pueda solicitarse que la celebración de exámenes y pruebas de oposición para el ingreso en las Administraciones Públicas, no tenga lugar en días festivos. Pues bien, ya se que a veces no será necesario, pero si se acude a la celebración en días festivos, no suele ser por capricho, sino que es la única manera de conseguir aulas para pruebas masificadas y en las que se garantice además

la igualdad de oportunidades, el sometimiento de todos a unas mismas preguntas.

Ñ. DE NUEVO, SOBRE EL «NOTORIO ARRAIGO»

20. Un apunte, muy breve, sobre esta noción que nos viene ocupando con frecuencia y sobre la que poco a poco vamos intentando depurar criterios que puedan resultar de utilidad. Se sostiene en una de las intervenciones que la Ley utiliza como criterio el del «ámbito y número» y que por lo mismo sería irrelevante dar cabida a cualquier consideración de orden temporal. Claro, las consideraciones de orden temporal han solido estar muy presentes en la práctica de nuestra Comisión, y creo que con toda razón. No será ocioso recordar que ojeando las Exposiciones de Motivos de los Acuerdos que ahora estudiamos, en una de ellas se recalca que se trata de religión «de tradición secular en nuestro país», y en otra, «de tradición milenaria en nuestro país». Y es que no podía ser menos. Para que el arraigo sea notorio, es imprescindible un tiempo de maduración, no pueden improvisarse según que efectos sociales. No se capta algo, si no es con el transcurso de un cierto tiempo. En materias tan delicadas como las referentes a la libertad religiosa parece elemental rechazar improvisaciones y súbitas apariencias y exigir un cierto poso, un necesario periodo de maduración. El legislador escogió, creo que con acierto, el término arraigo, y en la esencia del mismo va ínsita la idea de un cierto transcurso de tiempo. Nada arraiga súbitamente. La idea de las raíces penetrando por tierra, para dar fortaleza y estabilidad frente a los embates, reclama sin falta la idea de tiempo. Incluso la propia Ley, al utilizar el subjuntivo —«hayan alcanzado»— introduce también una indudable connotación temporal. En suma, que no es ociosa ni arbitraria esta implicación temporal, cuyo apoyo normativo me parece indudable. Aparte de que la estimo sumamente útil y prudente.

O. DE URBANISMO

21. Un par de reflexiones, muy breves también, en relación con los aspectos urbanísticos. Se sugiere en una de las ponencias que en relación con las actuaciones urbanísticas hubiera cauces específicos para que las organizaciones religiosas hicieran oír su voz. En efecto, es muy importante que las organizaciones religiosas y otros muchos puedan hacer oír su voz. Por eso, es un principio arraigado en la ordenación urbanística española —creo que aquí sí que puede predicarse lo del «notorio arraigo»—, el de que todo plan urbanístico, como regla, tenga a la hora de su tramitación un amplio plazo de información pública. Así se señala, de forma categórica, por traer un ejemplo clave dentro del abigarrado panorama de la legislación urbanística en España, en el viejo artículo 41 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (R.D. 1346/1976, de 9 de abril), texto de aplicación supletoria en toda España (sin que sea éste el momento oportuno para entrar en el estudio de la legislación autonómica). Ese es el trámite oportuno, previsto con carácter general, y al que todos sin excepción pueden concurrir, en el que puede presentarse todo tipo de alegaciones. Se anuncia obligatoriamente que se abre el trámite de información y no son pocas las Administraciones que se esfuerzan por reforzar esa publicidad. ¿Establecer una excepción para que se advierta específicamente a las organizaciones religiosas de que ha quedado abierto dicho trámite? ¿A cuales? ¿A todas? No parece que sea de recibo una propuesta tal, cuya necesidad no se ve por otro lado, en línea también, con lo que decía antes (nº 12), de que en las leyes administrativas generales, no tiene por qué haber excepciones en principio a consecuencia de la libertad religiosa. Cualquier organización religiosa puede comparecer sin ningún problema en el trámite señalado. Eso sí, hay que estar atento y tomar la iniciativa de redactar el escrito correspondiente. Pero eso son las cargas cívicas que afectan a los ciudadanos y a las corporaciones y donde no tiene por qué haber distinto trato con base en la libertad religiosa.

La vida moderna es compleja, las ciudades —si es el caso— son organismos muy complicados, y no queda más remedio que organizarse y tomar ciertas precauciones.

A veces, incluso, las normas administrativas generales adoptan previsiones especiales pensando en las implicaciones de la libertad religiosa. En efecto, es regla arraigada también en la legislación urbanística española la de llevar a las previsiones de los planes urbanísticos, entre las dotaciones para servicios de interés general, las referidas específicamente a espacios para templos. Por seguir con el mismo ejemplo que antes mencionaba, en el todavía vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, e insisto que seleccione una muestra representativa dentro de lo que es un panorama normativo sumamente complicado, cuando en el artículo 13 se va enumerando el contenido de los planes parciales de ordenación urbana, entre las determinaciones que éstos habrán de contener, se incluye lo siguiente:

«Emplazamientos reservados para **templos**, centros asistenciales y sanitarios y demás servicios de interés público y social».

Creo que se trata de previsión importante que responde al bien hacer de quienes pudieron en marcha el sistema urbanístico anterior al actual. Por supuesto que los datos normativos son sólo eso y después viene la tarea de hacerlos efectivos y de tornarlos realidad. Pero ese es otro problema, que no nos debe hacer desconocer el significado de la previsión, a la que indudablemente se le puede sacar mucho juego. Sin duda que el talante de la Corporación Local, ha de resultar decisivo para la ulterior evolución. Pero aquí también tienen que saber moverse las organizaciones religiosas.

Quede claro que lo que hace la legislación referida son previsiones en cuanto al destino de los terrenos pero no prejuzga para nada el problema de la propiedad o titularidad. Eso es otra cuestión sobre la que no voy a insistir ahora después de lo que ya se ha dicho antes.

Una última mención para aludir al problema de los Ayuntamientos que «torean» a las organizaciones religiosas a la hora del otorgamiento de las licencias. Como se decía antes, acaso sería útil tratar de llevar alguna mención expresa a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (y, dentro de la misma línea, a la legislación autonómica de desarrollo). De todas maneras, conviene advertir que actualmente el campo de las licencias municipales cuenta con muchos mecanismos para corregir las actuaciones torcieras. Hay que aconsejar, por eso, que dentro de una línea de relaciones, tras los pasos previos, y sabiendo lo que se hace, a veces es muy útil utilizar los recursos y demás medios jurídicos oportunos, llegando si es preciso a los Tribunales (normalmente, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo). Cuando hablo del significado de la opinión pública, cuando pondero lo que cuesta dar cada paso para que algo llegue a ser socialmente efectivo, en este punto me parece oportuno recordar lo importante que puede ser el entendimiento de las organizaciones religiosas con la Federación Española de Municipios y Provincias, o con las Federaciones de ámbito regional. Son campanas de resonancia de gran alcance, que pueden facilitar mucho la tarea. Del mismo modo que se puede recordar la oportunidad de acudir en ocasiones al Defensor del Pueblo o a las figuras similares de ámbito regional.

P. CEMENTERIOS

22. El último problema que trataré será el referente a los cementerios, a los que se refieren específicamente dos de los Acuerdos, y sobre el que muestran preocupación las dos Federaciones afectadas.

Hay que decir, ante todo, que hoy no hay problema alguno desde un punto de vista jurídico —los aspectos económicos son ya otra cuestión—, para que las organizaciones religiosas puedan ser titulares de cementerios. Es decir, tengan su propio cementerio.

Otro capítulo totalmente distinto es el de los cementerios municipales, contando con el planteamiento tradicional de que en cada municipio debe haber un cementerio, responsabilidad del respectivo Ayuntamiento, que lo asume como servicio a la comunidad.

Uno de los pasos, de gran importancia simbólica, en el periodo de la «Transición Política», fue el conseguir tempranamente una Ley que rompiera la terrible discriminación que existía en los cementerios a consecuencia de las creencias —esas «tapias que siempre separaron los cementerios civiles de los católicos», en la dicción del artículo segundo de la ley de 10 de diciembre de 1938—. A tal efecto, el senador Don Justino de Azcárate presentó una proposición de ley, que pronto se convertiría en la Ley 49/1978, de 3 de noviembre, de Enterramientos en Cementerios Municipales¹⁸. Que lo primero que consiguió fue que se tiraran las tapias para que nadie, a la hora de ser enterrado, fuera discriminado y menospreciado a consecuencia de sus creencias¹⁹. Senador yo, a la sazón, participé intensamente en el debate sobre esa ley, como acreditan las páginas del Diario de Sesiones del Senado²⁰. Recuerdo esto, no por afán de protagonismo, sino para evidenciar la preocupación de muchos para que en la convivencia democrática que se preparaba, no pesaran las secuelas del sectarismo religioso²¹ y que, en algo tan común y normal como el lugar de los muertos, no hubie-

18 La primera Ley aprobada a iniciativa del Senado.

19 Por cierto que al hacer la exposición oral de esta ponencia, el 23 de abril precisamente, en este punto recordé de forma expresa a José Jiménez Lozano, autor de un importante y patético libro sobre el tema de los enterramientos, a quien en ese preciso momento se le debía estar entregando el Premio Cervantes, libro titulado, por cierto, *Los cementerios civiles y la heterodoxia española*, Editorial Taurus, 1978. Se describen en él páginas vergonzosas de nuestra historia que, sin ira y sin afán de revancha, estaría muy bien que no se olvidaran.

20 Me remito también a mi libro *En los albores de la democracia*, Guara Editorial, Zaragoza 1979, páginas 24 y siguientes, bajo el epígrafe «El principio de no discriminación, a los cementerios».

21 En los debates, Justino de Azcárate evocó, como no podía ser menos, el amargo lamento de su tío, el famoso institucionista don Gumersindo de Azcárate, abogado a que su cuerpo quedara separado tras la muerte del de quien había sido compañera de por vida.

ran de imponerse discriminaciones y separaciones por razón de las creencias —o no creencias—. Y así salió adelante la Ley y se echaron abajo las tapias, en un estimulante proceso de colaboración de los Ayuntamientos, Ley que, por supuesto, considera normal que cada uno tenga el tipo de lápida o inscripción a que aspire, con o sin leyendas, con o sin símbolos religiosos, etc.

Este espíritu de la no discriminación, testimonio y reflejo de una convivencia cívica, pesa mucho en mí cuando me enfrento con el problema de los cementerios municipales y algunas aspiraciones religiosas. Por supuesto que no veo ningún inconveniente para que las personas de un mismo credo se entierren juntas, en un espacio contiguo, marcado e, incluso, señalado, pero «sin tapias». Cuando introduzcamos tapias, eso no será un cementerio municipal de la democracia. Será, por fuerza, otra cosa.

FINAL

23. Y concluyo, ya. Celebro, de nuevo, la oportunidad de reflexionar sobre estos temas y agradezco muy sinceramente mi turno, que no ha consistido en una mera glosa u ordenación como acaso se esperaba, dado que no he sabido resistirme a introducir opiniones propias en cuestiones de tanta enjundia.

Entiendo que cualquier ocasión es buena para modificar los Acuerdos o incluso para poner en marcha la introducción de alguno nuevo. No son materias intocables y es lógico tratar de poner remedio a fallos o disfuncionalidades, o incluso, tratar de alcanzar cotas de mayor intensidad o profundidad. En todo caso, hay que tener en cuenta que un convenio es cosa de dos —aunque a veces tengan una esfera de incidencia mucho más amplia— y está claro que hay que convencer a la otra parte para culminar el proceso o, incluso, para ponerlo en marcha.

Soy bien consciente de los incumplimientos y omisiones que han jalonado los diez primeros años de vida de los Acuerdos de

1992. También de que, como es natural, el transcurso del tiempo haya suscitado nuevas aspiraciones. En cuanto a los incumplimientos no creo que el mejor método para superarlos sea precisamente la modificación del Acuerdo. A mi modesto entender, lo convenido, si es razonable, pesa mucho como tal, y habría que intentar todos los medios legítimos, que no son pocos, para alcanzar la virtualidad alcanzada. Acaso suene a trivial, y bien sé además que no soy nadie para dar consejos, pero al enfrentarnos con los problemas de nuestra sociedad, está claro que no basta con tener razón o auspiciar una causa justa, sino que, en ocasiones, es menester luchar y esforzarse para que ese ideal se reconozca, cale, logre apoyo social y pueda terminar imponiéndose. A veces, no queda más remedio que actuar, insistiendo a través de mil procedimientos, ya se trate de campañas, «lobbys» o grupos de presión, y las demás maneras de defender los intereses y de llegar a la opinión pública que proporcionan las sociedades democráticas. Uno de los cuales es conseguir el valedor, o valedores, en el Pleno del Ayuntamiento, en la Asamblea Autonómica o, incluso, en el Congreso o en el Senado. Por otro lado, puesto que soplan los aires de los tiempos electorales, uno se pregunta si lo mismo que las personas, los grupos u organizaciones con problemas acuden a los candidatos, no solo para plantear las dificultades sino para provocarles emplazándoles a que se comprometan, no deberían también los grupos religiosos con problemas aprovechar la oportunidad y tratar, con dignidad, de arrimar el ascua a su sardina. Entiendo que decir esto, no es valorar en menos a nadie, sino intentar hallar entre todos fórmulas para buscar remedio a los problemas. Sería muy cómodo quedarse en la fase del «cómo deberían ser las cosas» y halagar afirmando complacencias. A veces no está mal echar mano de los saberes sociales y de la experiencia, sobre todo cuando los problemas parecen atascarse. ¡Quién sabe si un pequeño empujón puede devolver las cosas a su ritmo normal!²².

22 La redacción de este trabajo se ha cerrado el 24 de mayo de 2003.

CAPÍTULO 25

A CERCA DEL «PROSELITISMO» COMO CONTENIDO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Intervención sostenida el 29 de noviembre de 1999, en el «Encuentro sobre dignidad humana y libertad religiosa», celebrado en Toledo, organizado por la Dirección General de Asuntos Religiosos, cuyo titular era, a la sazón, el profesor don Alberto de la Hera. Mi participación tenía lugar dentro de la llamada «Mesa redonda de juristas», en la que también participaron los profesores don Julio Manzanares Marijuán, don Rafael Navarro-Valls y el diputado don Pablo Castellano. Se publicó en el correspondiente volumen de actas, *Encuentro sobre dignidad humana y libertad religiosa*, Dirección General de Asuntos Religiosos, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, 78-88.

Muy buenas tardes a todos. Vaya, ante todo, mi cordial saludo y el testimonio de mi gratitud por tener esta grata oportunidad de razonar y reflexionar en voz alta en tan buena compañía junto a todos ustedes, acogiendo la afortunada iniciativa de la Dirección General de Asuntos Religiosos. Tengo que desarrollar en diez minutos un tema tan amplio como este del proselitismo, y comprenderán que me limite por eso a unas cuantas ráfagas, a modo de planteamiento de la cuestión, para que pueda luego surgir el debate. Pero permitan que, como punto de partida, y para

mostrar el basamento en que me apoyo, desde las coordinadas culturales, constitucionales y jurídicas de nuestras sociedades, que es lo que a mí me importa sobre todo como jurista, les lea un párrafo que a mí me parece especialmente lúcido de la sentencia Kokkinakis contra Grecia, un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de mayo de 1993, la primera ocasión, por cierto, en que esta importante sede jurisdiccional tuvo ocasión de abordar frontalmente un problema de libertad religiosa y donde afloró de lleno el problema del proselitismo. No deja de sorprender que tardara tanto en plantearse la cuestión de la libertad religiosa —de manera frontal y directa, insisto, pues aspectos colaterales sí habían aparecido antes—, si bien desde entonces se han multiplicado los asuntos al respecto. Pues bien, el párrafo que quería leerles, el nº 31 de la sentencia, que yo mismo traduzco de la versión oficial en francés, dice lo siguiente: «La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, tal como la protege el artículo 9.2, representa uno de los pilares de la «sociedad democrática» tal como la concibe la Convención [Europea de Derechos Humanos], en su dimensión religiosa figura como uno de los elementos esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Se trata del pluralismo, consustancial a dicha sociedad, tan costosamente adquirido a lo largo de los siglos».

Estamos hablando no solo de libertad religiosa sino también de libertad ideológica y de libertad de conciencia como grandes valores de nuestro tiempo. La dignidad humana reclama y exige estas libertades, pero está siempre presente el problema de en que medida estas libertades pueden desarrollarse cuando van a chocar con la dignidad humana de otras personas. Situemos aquí el punto de partida de estas reflexiones.

1. La primera ráfaga que quería dejar sentada es la de que parece obvio que resulta connatural al derecho de libertad reli-

giosa la opción de confesar, expandir, propagar, misionar, buscar adeptos, tratar de convencer, etc. El artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos hablará así del derecho a manifestar su religión o creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la práctica, el culto y la observancia. Los mismos términos se van a repetir literalmente en el Convenio (o Convención) Europeo de Derechos Humanos, artículo noveno, apartado primero. Doy esto por sabido y no insisto más.

2. En segundo lugar, me parece obvio recalcar que presupuesto de todo el sistema de libertades públicas en el Estado contemporáneo, lo constituye el dato elemental del reconocimiento de «el otro», la asunción del respeto al otro, el respeto, en suma, a los derechos de los demás. Ya desde la famosísima Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución Francesa, la libertad no encuentra más límites que allí donde empiezan los derechos de los demás. Esta idea va a quedar reflejada con nitidez en los textos ulteriores que son de aplicación, y así, por ejemplo, cuando el artículo 9 del Convenio de Roma desarrolla la libertad religiosa en su apartado primero, en el apartado segundo reconoce unos límites entre los que se alude a la protección de los derechos o libertades de los demás. Recuérdese, en esta misma línea, como la Constitución Española en el artículo 16.1 especifica el límite del orden público como lo que contiene al derecho de libertad religiosa. En esta línea vino a incidir el artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, a la que expresamente quiero rendir mi pequeño homenaje ahora que estamos preparándonos para celebrar los 20 años de su promulgación, la primera ley orgánica que aprobó el Parlamento Español después de la Constitución y que, incidiendo sobre un problema de tan terrible historia, fue aprobada por unanimidad, con la abstención de tres o cuatro diputados únicamente. Es por eso importante respetar y recordar dicho texto fruto de un consenso constitucional que bueno sería seguir manteniendo. Su artículo 3,1, en efecto, dispone que «El

ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática. Peso, así, de la llamada al respeto al derecho de los demás al ejercicio de sus libertades.

Se trata de un elemento esencial que todos deberían de saber y con el que todos habrían de contar. Todos están llamados a conocer estos límites, las primeras, obviamente, las organizaciones religiosas. El conocimiento y respeto efectivo por parte de las organizaciones religiosas sería la mejor garantía y el modo más adecuado para contribuir a crear un clima de normalidad. Y, en coherencia, la mejor manera de reducir el activismo del Estado al respecto se alcanza, con la mayor responsabilización de las organizaciones religiosas. En este sentido, se ha hablado esta mañana sobradamente del papel de las declaraciones de grupos, organizaciones o iglesias, como puedan ser las del Consejo Ecuménico de las Iglesias o del Vaticano II. Dando por sentado que, para cuando fallen los resortes sociales, tiene que estar prevista la presencia del Estado como garante de los derechos fundamentales e, incluso, como responsable internacionalmente de que dicha garantía sea efectiva.

3. Tercer flash, para advertir que ya sea el proselitismo en su dimensión tolerable y lícita, ya sus extralimitaciones, van a estar muy vinculados a coordenadas culturales y, por ende, temporales: varían de forma muy notable en el tiempo y en el espacio y dependen de numerosas circunstancias históricas, como los criterios de convivencia, la tolerancia social u otras. ¿Hasta donde se considerará legítimo y lícito expandir las propias ideas religiosas? Hoy, aquí, en Toledo, hablamos con gusto de la Ciudad de las Tres Culturas, de los tres credos, o de las tres religiones; hacemos vo-

tos porque ese espíritu de tolerancia permanezca y se expanda. Pero no es lícito desconocer que han sido demasiados los períodos o situaciones en los que la convivencia no solo no era pacífica sino que se había hecho terrible la mera diferencia. En ese sentido, se iba a proscribir cualquier intento de propagación de un credo que resultara diferente al impuesto, al oficial o al que se afirmara como único legítimo.

La citada sentencia Kokkinakis va a incidir en una interesante diferencia, como se deduce de la lectura de su apartado 48, donde se distingue el testimonio cristiano del proselitismo abusivo. El primero corresponde a la normal, a la auténtica, labor de evangelización, que un informe elaborado en 1956 por el Consejo Ecueménico de las Iglesias calificaba de «misión esencial» y de «responsabilidad de cada cristiano y de cada iglesia». En cambio, el segundo, representa la corrupción o la deformación. Puede revestir la variante de propuestas o llamadas ofreciendo ventajas materiales o sociales a fin de lograr la adscripción a una iglesia u organización, o puede consistir en una presión abusiva sobre personas en situación menesterosa o de necesidad, actuando sutilmente, con dominación gradual, o con fórmulas contundentes o de lavado de cerebro. Variantes, todas estas últimas, que nada tienen que ver con el respeto a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los demás.

Va a preocupar especialmente esta modalidad deformada e intolerable del proselitismo. Se trata de reflexionar acerca de qué remedios caben frente a tales situaciones abusivas, qué hay que hacer para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos frente a tales agresiones. Preocupan así las organizaciones que se sirven de métodos tales, sin que sea ocioso recordar aún así el mal uso que se hace entre nosotros de la expresión sectas. Palabra que tantas veces se usa, en efecto, para descalificar, sin una base real. Pero quiero destacar que, desde otra vertiente, el proselitismo ha solido aparecer como problemático, con demasiada frecuencia, allí

donde se hacía presente una religión dominante, oficializada, y con vocación de exclusiva, que no tolera, por ende, la presencia y propagación de otras religiones. Si es legítimo prevenir el proselitismo abusivo, ¿que sucede, en cambio, cuando se persigue el proselitismo normal, la propagación no torticera de las ideas religiosas? Ya decía antes que hay que tener en cuenta las circunstancias históricas y culturales.

Hablaba de situación con una religión oficializada, que se quiere excluyente. Empalmo con lo que señalé antes de como un clima de entendimiento y tolerancia —como el modelo de la Ciudad de las Tres Culturas—, se puede romper de la forma más brusca. Me gustaría poner un par de ejemplos, mas cercanos en el tiempo pero, por fortuna, bien lejos ya de nuestros hábitos sociales. Recuerden así el ejemplo singular de George Borrow, don Jorgito el inglés, como se le llamaba entre nosotros, años treinta del siglo pasado, que dio con sus huesos en el Ministerio de Asuntos Exteriores, no en función de tal, como hoy le conocemos, sino como cárcel, que tal era el destino que en la época desempeñaba, en su afán, como miembro de la Sociedad Bíblica Británica, de distribuir unas Escrituras, que no respetaban las formalidades, que no ofrecían las anotaciones, que el Concilio postulaba. Delicioso libro el suyo —La Biblia en España— pero bien expresivo de la situación entonces imperante aquí. Avancemos bastantes años más, aunque todavía en el XIX: acaba de aparecer ahora un libro con los primeros escritos periodísticos de don Miguel de Unamuno y leo allí un suelto indignado —«Quisicosas», del año 1886— donde se alude a dos secuelas de la visita de un «pastor protestante» a Bilbao: la señora de un abogado a quien aquel va a consultar que le pone de patitas en la calle dada su pecaminosa condición o, la cocinera de una fonda que amenaza con abandonar el fogón si los alimentos allí cocinados han de contribuir a dar sustancia y energías a tal enemigo de la religión. Patéticas anécdotas, que hoy bien sabemos que son historia, pero, tan re-

cientes, inmejorable testimonio de las circunstancias que acompañan a las situaciones excluyentes.

El caso es que la vigente Constitución de Grecia incluye una cláusula que prohíbe el proselitismo (artículo 13.2). Previsión constitucional luego desarrollada por una ley punitiva, que prevé para las acciones de proselitismo sanciones que llegan hasta la de privación de libertad. Es curioso que la sentencia Kokkinakis se dedica a explicar el origen de tal mandato constitucional: proviene del siglo pasado cuando los misioneros ingleses —como sucedía en España con don Jorgito el inglés—, llegan a propagar la Biblia al recién fundado Estado Griego moderno. La postura defensiva de la religión ortodoxa griega pretende impedir tales «intromisiones» y uno de los medios utilizados consiste en llevar a la Constitución la cláusula citada, desde la idea de que quienes hacen proselitismo son religiones diferentes a la mayoritariamente implantada en Grecia.

La sentencia Kokkinakis contempla el caso de un testigo de Jehová que va de puerta en puerta intentando difundir las publicaciones de su credo y, por supuesto, con todas las ilustraciones de palabra que se tercie. Bien es verdad que se da el detalle pintoresco de que intenta adoctrinar a la mujer de un chantre ortodoxo. Kokkinakis es sancionado e, incluso, recluido en prisión, y acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Estrasburgo, en alegación de que Grecia, con la reacción que a él le ha tocado sufrir, no respeta el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza la libertad religiosa (artículo 9) de la que formaría parte la libre propagación de las ideas religiosas. Hay otro dato, además, que se toma en cuenta aunque no haya de insistir ahora sobre él, solo lo mencionaré. Se alega también que la ley represiva, que es de la época de los Coroneles, es una ley muy vaga, del todo inconcreta, que para nada respetaría las exigencias del principio de legalidad y de tipicidad, por lo que la reclamación, además de apoyarse en el artículo 9.2, se basa también en el artículo 7 del Convenio, que es el que contiene las garantías penales.

El caso es que Estrasburgo le da un tirón de orejas a Grecia, sosteniendo que lo que el Sr. Kokkinakis hacía resulta del todo legítimo a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no es proselitismo abusivo, por lo que no debe ser objeto de sanciones o represalias. Permitan, por cierto, una pequeña disquisición personal para recordar que hace unos 25 años publiqué un pequeño libro titulado «Libertad religiosa y Orden público», pues me encontraba con que aquí en España eran sancionados entonces los testigos de Jehová —se les aplicaba la legislación de orden público—, por conductas del todo similares a la del caso referido. Aunque además de las consideraciones propias de la libertad religiosa no será ocioso advertir que los miembros de dicha religión practican la objeción al servicio militar, lo que, a diferencia de lo que hoy sucede, tenía un enorme significado adicional en una España tan militarista como la de entonces.

Hay otro caso, también, interesante de hace solo unos meses, donde aparece de nuevo implicada Grecia, en torno, asimismo, al problema del proselitismo. Se trata de la sentencia Larissis y otros contra Grecia, de 24 de febrero de 1998. Larissis y sus compañeros, miembros ahora de la Iglesia de Pentecostés, fueron sancionados por hacer proselitismo de su credo. Pero el caso incorpora algún aspecto curioso. Han hecho, en efecto, labor de adoctrinamiento puerta a puerta. Pero, además, se da la circunstancia de que son oficiales del Ejército del Aire, y han practicado también su actividad propagandística entre los soldados de reemplazo que están prestando el servicio militar a sus órdenes. Este dato va a incidir decididamente en la sentencia: ningún problema, se dirá, por sus actuaciones a domicilio, lo mismo que cualquier ciudadano; en cambio, en el cuartel, el intentar influir a los subordinados representa un abuso que hace que no sea tolerable. De ahí que la sentencia ofrezca un fallo salomónico: hizo bien Grecia en perseguir el proselitismo llevado a cabo en los cuarteles abusando de la jerarquía y de las peculiaridades que representa el medio mili-

tar, pero, en cambio, no se debía sancionar a los militantes por su labor de visitas domiciliarias. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo entre sus razonamientos, reproduciendo la línea jurisprudencial del caso Kokkiriakis, destaca que si la libertad religiosa es algo que ante todo tiene que ver con el fuero interno implica también sin falta la opción de «manifestar su religión», lo que implica por ende el derecho a tratar de convencer a su prójimo, por ejemplo, a través del adoctrinamiento. Aunque —se dice literalmente—, el artículo 9 no garantiza indiscriminadamente cualquier actividad motivada o inspirada por una religión o creencia. Por ejemplo, no ampara el proselitismo torticero (traducción mía de la expresión «prosélytisme de mauvais aloi»), como pudiera ser aquella actividad que ofreciera ventajas materiales o sociales o el ejercicio de una presión abusiva con vistas a obtener adhesiones a una Iglesia. Por eso, el papel del Tribunal consistirá, se sigue diciendo, en verificar si la reacción se justificaba y era proporcionada. A tal fin habrá que sopesar las exigencias de respeto a los derechos y libertades de los demás con el comportamiento que se recrimina a los interesados. Pudiendo observar cómo entran en juego criterios diferentes según se trate del proselitismo en relación con los soldados o en relación con los civiles (párrafos 45 y 46). Con esta base de partida, se llega a la solución que se ha descrito, bien expresiva, creo, de la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4. Por último, ¿que pensar en relación con España? No cabe cualquier cosa, ya lo hemos visto, bajo el manto del proselitismo. Hay una preocupación social evidente porque periódicamente aparecen secuelas derivadas del proselitismo abusivo o torticero.

Habría que decir, ante todo, que no hay una fórmula única o un remedio contundente. Lo normal es que haya una pluralidad de respuestas que obedezcan a una visión de conjunto. Así, de acuerdo con la Constitución y con la Ley Orgánica de Libertad Religiosa está claro que no se debe dar estatus de organización reli-

giosa a quien por sus métodos, prácticas o formas de actuar no respete los derechos y libertades de cada uno; o, incluso, a quien no garantice la libertad de cambiar de religión, que, como se sabe en hoy una de las exigencias de la libertad religiosa, tal y como viene entendida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en otros textos relevantes o en la propia Ley española de Libertad Religiosa en desarrollo de los criterios de aquellos. Hay, así, un primer momento para las cautelas cuando se plantea el acceso al Registro de entidades religiosas, no digamos si se aspira a obtener ventajas específicas a través de los instrumentos convencionales. Importa, así, tener los ojos bien abiertos y obrar en consecuencia. Por unas u otras causas, no sería la primera vez que se denegara una inscripción. Me da la impresión de que en breve habrá de pronunciarse el Tribunal Constitucional porque ha solicitado amparo una importante organización proveniente de Estados Unidos de Norteamérica, con una impresionante base financiera, a la que se le denegó la inscripción como organización religiosa, lo que confirmaron los órganos jurisdiccionales, del mismo modo que ha sido rechazada en los países de nuestro entorno.

Otro flanco desde el que abordar la cuestión nos lleva, al terreno del Derecho Penal. Hay momentos, situaciones o conductas que exigen, en efecto, una respuesta contundente. A algunos se les hace la boca agua hablando de respuestas especiales y de remedios excepcionales. Aquí sí que quiero dejar claro que el lugar para estas respuestas debe estar en el Código Penal. Me declaro radicalmente opuesto a cualquier ley especial, de emergencia o fórmulas similares. Forma parte de la dinámica de las sociedades el tener activadas las señales de alarma y el tratar de prevenir con los instrumentos operativos las emergencias que puedan hacer su aparición. Para eso está, insisto, el Código Penal, que hay que prepararlo, en efecto, sin improvisaciones, apoyándose en la experiencia pero adelantándose también a las posibles disfunciones. Y

rectificando cuando haya que rectificar. Pero el Código Penal, insisto, y no legislación especial. De hecho, el vigente Código Penal de 1995 tiene una sección dedicada a los «Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos...», etc. En concreto, el artículo 522, después de que en el párrafo primero incrimina a los que impidan ejercer la religión, en el párrafo segundo se contempla a «los que por iguales medios (violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo), fuerzan a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen». Algo dice, por tanto el Código Penal, instrumento que estimo el adecuado. Ello sin descartar algún posible retoque si resultare necesario o lo aconsejare la experiencia, aspecto este en el que no voy a entrar ahora, Y, por supuesto, no se descarta cualquier otro instrumento que fuere utilizable. Recordemos así que se cumplen los diez años de la promulgación de la Convención en Defensa del Niño —de la que don Joaquín Ruíz Jiménez es valedor impenitente—, que España ratificó, aparte de promulgarse en desarrollo de la misma la Ley del menor, donde nos encontramos con que la protección del niño alcanza cotas importantes, si bien es cierto que frente al proselitismo agresivo no hay que proteger sólo a los menores, pues no faltan casos en que la capa protectora deba cubrir también a las personas mayores, como nos lo recuerda el ejemplo de los soldados que antes se trajo a colación.

Es decir, desde diversos flancos aparecen posibles remedios que unas u otras leyes consagran. Y si no los hay, habrá que inventarlos e incorporarlos a las leyes. Porque, eso sí, algo debe quedar muy claro: actuar sin falta pero sólo usando los medios legales, y con el mas vivo respeto para con el Derecho. No se puede combatir la ilegalidad situándose para ello en la ilegalidad. Eso no es ninguna solución. Les contaré, por eso, para terminar, y perdón, Señor Moderador si me estoy excediendo en mi tiempo, un

caso bien reciente en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos le ha sacado los colores a España en un supuesto que entra de lleno en nuestras consideraciones. Se trata de la sentencia Riera Blume y otros contra España, de 14 de octubre de 1999. Una organización que actúa contra las sectas llamada «Pro Juventud» insta a las autoridades catalanas para que protejan a determinados jóvenes integrados en una organización conocida con las siglas CEIS, «Centro Esotérico de Investigaciones». Se pone en marcha un procedimiento judicial, si bien tras la detención inicial los jóvenes fueron puestos en libertad. No obstante, el juez aconseja, aunque sobre la base del consentimiento voluntario, en caso de tratarse de mayores de edad, el internamiento en un centro psiquiátrico para que recuperen su equilibrio psíquico. Pero, por la fuerza, los agentes del servicio de la Comunidad Autónoma Catalana los recluyen en un hotel para someterlos a un proceso de «desprogramación». Frente a lo que van a reaccionar los afectados que llegan hasta Estrasburgo, una vez que los órganos judiciales españoles competentes no han accedido a que fueran condenados los funcionarios responsables de su retención. Ante el Tribunal de Derechos Humanos van a alegar falta de respeto a la libertad religiosa (artículo 9), violación de la prohibición de tortura y malos tratos (artículo 3), así como incumplimiento de la garantía de respeto a la libertad (artículo 5). Y el Tribunal de Estrasburgo, en efecto, aprecia que España ha incumplido su compromiso de respetar la libertad, es decir que ha violado el artículo 5 del Convenio. Por lo que, como es habitual, una vez que se aprecia la infracción de uno de los preceptos alegados, ya no se entra a considerar los demás. Se da incluso un dato curioso desde el punto de vista del Estado Autónomico y que resulta del todo natural: va a ser el Reino de España quien sea condenado a consecuencia de unos hechos provocados en origen por funcionarios de una Comunidad Autónoma; España es incluso quien resulta condenada a pagar la indemnización que se fija a favor de quienes alegaron la violación de sus derechos (por cierto que los recurrentes habían

solicitado, cada uno, una indemnización de 25 ó 30 millones de pesetas en concepto de daños morales y materiales: Estrasburgo les dice que con 250.000 pesetas cada uno ya tienen bastante en concepto de indemnización por daños morales, aparte de 500.000 conjuntamente para los gastos del proceso).

Caso pintoresco y de la mayor actualidad que nos recuerda que si es importante actuar hay que hacerlo siempre dentro de la ley. Insisto que hay remedios diversos para atajar el proselitismo abusivo —y si no fueren suficientes habría que introducirlos—, pero que hay que actuar dentro de la ley. Porque si no, puede ser peor el remedio que la enfermedad.

Nada más y muchas gracias por su atención.

CAPÍTULO 26

CONFESARSE PARA SER MINISTRO

Publicado en el diario «Heraldo de Aragón», el 24 de abril de 2004. Tampoco es la primera vez que insisto en la prensa o en revistas especializadas sobre la cuestión que se expone. Soy consciente de la entidad menor de las páginas que siguen, pero la insensibilidad, tanto de la sociedad española, como de la clase política a la hora de abordar problemas reales, me anima a reproducir estas páginas, por nimias que resulten, sabiendo que la cuestión de fondo no lo es. En efecto, las páginas que siguen son casi un resumen actualizado de otro artículo mío de prensa, más minucioso, titulado «¿Jurar o prometer?», que apareció hace ya más de 20 años en «Diario 16», el 18 de febrero de 1987, y que reproduje en mi anterior libro recopilatorio «La Europa de los derechos humanos», de 1998, tantas veces citado, págs. 451-456. Y sobre lo que había insistido también en mi comentario jurisprudencial «¿Hacer constar la religión en el carné de identidad?», en «Revista Española de Derecho Administrativo», 128 (2005), págs. 683-694. Los españoles somos inconmensurables, ¡pasan décadas, y como si nada!: embarcados en la discusión de nimiedades para consumo del ego de políticos locales y... ¡la casa sin barrer! Por eso insisto sobre el tema porque creo que el problema no es irresoluble, antes bien, se puede solventar con voluntad, eso sí, buena voluntad y búsqueda de consenso. Una prueba palpable: la Universidad Complutense de Madrid ha introducido en su ceremonia una fórmula similar a la que aquí se propone, y

hoy las cosas funcionan con entera naturalidad, sin que nadie tenga por qué sentirse ofendido. Y es que no se trata de ninguna batalla. No es una propuesta contra nadie. Se trata sólo de adaptarse al mundo actual que es, sin duda, y afortunadamente, un mundo donde impera el importante valor del pluralismo.

Los españoles, que a veces saben hacer muy bien las cosas, acertaron de lleno en la Constitución de 1978 al abordar tres aspectos delicados de la cuestión religiosa. Acertaron al garantizar la más amplia libertad religiosa: que cada uno fuera fiel a sus creencias, que practicara y profesara, que actuara con entera libertad sabiéndose comprendido y protegido. Eligiendo por eso la religión de sus preferencias, o eligiendo no tener ninguna.

Acertaron, en segundo lugar, en coherencia con lo anterior, cuando en aras del pluralismo, y para respetar las más variadas opciones, dijeron que no había religión oficial del Estado.

Un tercer elemento de acierto es el de que nadie debería ser obligado oficialmente a manifestar cuáles son sus creencias o religión: que el que quiera profesar y testimoniar, lo haga, que el que quiera ir al templo y a las celebraciones, lo haga, toda la enorme serie de variantes, pero a nadie se le debe forzar oficialmente a que declare o manifieste su religión o creencias.

Triple respuesta muy positiva, al alcance de cualquiera, con solo leer lo que van diciendo los tres apartados del artículo 16 de la Constitución. El acierto inicial no ha sido correspondido en cambio por la práctica. Quiero, en efecto, aludir a una corruptela, que no se entiende cómo se sigue manteniendo. ¡Veinticinco años de democracia es ya una cifra respetable!

Se viene interpretando así que para tomar posesión e incorporarse, es decir, para ser ministro —o subsecretario, o director general, pero también funcionario y muchas otras cosas— hay que

hacer pública ostentación de si se profesa o no una religión. Podrían interpretarse las cosas de otra manera, pero se ha convenido en que si se jura, se está invocando a dios, se le está poniendo por testigo, y de ahí la presencia de signos religiosos. El que no quiera hacer tal ostentación, tiene que optar por otra fórmula, tiene que prometer. Aparecerá así el distingo y la diferencia y, sobre todo, aparecerá el morbo, que incluso se convertirá en noticia periodística. No digamos, si uno del PSOE jura, o uno del PP promete.

Es un manifiesto despropósito, sin justificación en una sociedad moderna y pluralista, y claramente contrario a la Constitución. Está muy bien tener ideas religiosas —dice ésta— y hacer ostentación de ellas. Pero cada cosa, en su lugar. Los cargos públicos, los ministerios, los escaños, las consejerías, la Administración, son lugares de encuentro, abiertos, aconfesionales, que deben reflejar el pluralismo. Por eso no hay religión oficial. Nadie debe ser obligado a manifestar sus creencias —o no creencias—, dice también la Constitución, y menos al incorporarse a un cargo. No se entiende por qué haya que confesarse para ser ministro o diputado. No tiene justificación alguna la corruptela.

Lo importante en esos actos es el compromiso de la persona de que va a respetar las leyes y la Constitución. Que está muy bien. Lo otro, es un añadido espurio. Habría que buscar por eso una fórmula que ayude a superar tal corruptela, erradique la diferenciación y haga desaparecer el morbo. Algo por otro lado bien fácil, de quererse. ¡Que todos los problemas fueran como este! A cualquiera que lo piense se le ocurrirán variantes, pero podía ser algo así como: «Hago público mi formal y solemne compromiso de respetar las leyes y la Constitución», etc. Y nada más. ¡Ya vamos siendo mayorcitos y veinticinco años de democracia nos debería ir haciendo maduros!

ÍNDICE DE PERSONAS CITADAS

- ACÍN, Ramón, 359.
AGUILAR NAVARRO, Mariano, 356.
ALAS, Leopoldo, «Clarín», 229, 233, 242.
ALBERDI, Juan Bautista, 281, 282.
ALBERTI, Rafael, 327.
ALEIXANDRE, Vicente, 329.
ALENZA GARCÍA, J. F., 295.
ALEXY, Robert, 285.
ALIERTA, Mariano, 325, 368.
ALONSO GARCÍA, Ricardo, 450, 453.
ALTAMIRA, Rafael, 568.
ANTILLÓN, Isidoro de, 262, 263, 276.
AZCÁRATE, Gumersindo de, 360, 670.
AZCÁRATE, Justino de, 355, 360, 361, 670.
AZNAR, José María, 328.
BAJO FERNÁNDEZ, M., 168, 178, 180.
BALLARÍN, Alberto, 273, 356.
BANDRÉS, Juan María, 356.
BAR, Antonio, 184.
BARBERO, Marino, 348.
BASILE, Silvio, 205.
BASSOLS COMA, Martín, 111.
BEACH, Silvia, 259.
BEGUÉ CANTÓN, Gloria, 74, 82.
BELL, Christine, 394.
BENASULY, Alberto, 633.
BERMEJO VERA, José, 39.
BETTEN, Lammy, 394.
BIEL, José Ángel, 269.
BLAIR, Tonny, 51.
BLAZQUEZ BURGO, Mariano, 633, 655, 659.
BOLEA, Juan Antonio, 266, 268, 269, 274.
BOQUERA OLIVER, José María, 33, 121.
BORROW, Georges, 678, 679.
BOUAZZA ARIÑO, Omar, 459.
BRAIBANT, Guy, 401, 464.
BRATZA, 580.
BRICKMAN, Enrique, 327, 356.
BROTO, José Manuel, 257.
BUÑUEL, Luis, 356.
CAMACHO, Marcelino, 257.
CAJAL, Máximo, 257.
CALVO ÁLVAREZ, Juan, 164.
CALVO ORTEGA, Rafael, 356.
CALVO SOTELLO, Leopoldo, 244, 328.

- CANO CAMPOS, Tomás, 579.
 CANO MATA, Antonio, 193.
 CARANDELL, Luis, 257.
 CARLOS V, 322.
 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, 71, 247, 285, 455.
 CARRILLO, Santiago, 357, 363.
 CASSESE, Antonio, 71.
 CASTELAR, Emilio, 63.
 CASTELLANO, Pablo, 673.
 CASTRO-RIAL, Fanny, 98.
 CAZCARRA, Vicente, 265, 326, 347.
 CELA, Camilo José, 327, 355.
 CHEYNE, George J. G., 568.
 CHIRAC, Jacques, 461, 501.
 CHUECA GOITIA, Fernando, 275, 334, 356, 375.
 CIRICI PELLICER, Alejandro, 356.
 CISNEROS, Gabriel, 402.
 CLAVERO ARÉVALO, Manuel F., 268.
 CONFORTI, Benedetto, 118.
 CONTRERAS, Manuel, 345.
 CORDERO DEL CAMPILLO, Miguel, 356.
 CÓRDOBA RODA, Juan, 180.
 COSTA, Jean Paul, 580.
 COSTA, Joaquín, 360, 568.
 CRISTÓBAL MONTES, Ángel, 265, 266, 325, 326, 347, 368.
 DARWIN, Charles, 283.
 DICKINSON, 259.
 DÍEZ DE VELANSO, Manuel, 71, 73, 76.
 DÍEZ-PICAZO, Luis, 229, 233.
 DORADO MONTERO, Pedro, 232.
 DUVERGER, Maurice, 187.
 EISSEN, Marc-André, 243, 245, 246, 247, 251.
 EMBID IRUJO, Antonio, 263.
 ENCISO, Luis Miguel, 356.
 ESCRIBANO, Pedro, 579.
 ESCUDERO DEL CORRAL, Ángel, 82.
 ESCUDERO, José Antonio, 275, 325, 334, 356, 375.
 ESTEBAN, Jorge de, 543.
 FAIRÉN, Víctor, 349.
 FELIPE, Lisardo de, 351.
 FERNÁNDEZ CLEMENTE, Eloy, 40, 257, 258, 267, 345.
 FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, 295.
 FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Francisco, 244.
 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, 199, 574, 578.
 FERNÁNDEZ VIAGAS, Plácido, 73.
 FERNANDO VII, 276, 277.
 FIGUEROLA CERDAN, José Luis, 270.
 FONTAINE, Nicòle, 461, 501.
 FONTÁN, Antonio, 356.
 FORCADELL, Carlos, 261.
 FORNÉS DE LA ROSA, Juan, 633.
 FRAGA IRIBARNE, Manuel, 325, 363.
 FROWEIN, Jochen, 393, 394.
 FUENTES QUINTANA, Enrique, 327, 330, 356, 363.
 FUHRMANN, 580.
 GARCÍA, Eloy, 25.
 GARCÍA DELGADO, José Luis, 39.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 197, 199, 205, 219, 223, 245, 247, 275, 310, 324, 332, 392, 393, 428, 440, 450, 460, 461, 465, 513, 523, 555, 563.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, 243, 246.
- GARCÍA MATEO, Antonio, 265, 326, 347.
- GARCÍA SABELL, Domingo, 356.
- GARCÍA-MON, Fernando, 81.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, 24.
- GARCÍA VICENTE, Fernando, 33.
- GARRIDO FALLA, Fernando, 186, 193.
- GASPAR Y AURÍA, Jaime, 269.
- GASTÓN, Emilio, 259, 265, 266, 268, 272, 326, 347, 357.
- GIMBERNAT, Enrique, 348.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquín, 25.
- GÓMEZ DE LAS ROCES, Hipólito, 266, 273, 274.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos, 59, 313.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, 76, 77, 193, 199, 202, 309.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, 295.
- GONZÁLEZ SEARA, Luis, 39, 356.
- GONZÁLEZ, Felipe, 244, 328, 357.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, 295.
- GOYA, Francisco de, 7, 42, 263, 280.
- GRANELL, Luis, 257.
- GUAITA, Aurelio, 210.
- GUERRA, Alfonso, 334.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier, 312, 580.
- DE LA HERA, Alberto, 587, 633, 673.
- HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, 326, 350.
- HERZOG, Roman, 401, 464.
- IHERING, Rudolf von, 229, 231, 232, 233, 234, 236, 237, 240.
- IRUJO, Manuel de, 356.
- JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, 349.
- JIMÉNEZ LOZANO, José, 361, 670.
- JORDÁN VILLACAMPA, María Luisa, 633.
- JORDANO FRAGA, Jesús, 48.
- JOYCE, James, 259.
- JUAN SIN TIERRA, 97.
- KELSEN, Hans, 424.
- KOSKINEN, Pirkko K., 394.
- LA FAYETTE, M. José, Marqués de, 518.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, 324.
- LASALLE, Ferdinand, 507.
- LATORRE, Ángel, 73.
- LAVILLA, Landelino, 330, 332, 356, 372.
- LESSONA, Silvio, 19.
- LINDE, Enrique, 245.
- LLOVET, Francisco, 265, 362.
- LOPERENA, Demetrio, 48.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, 245, 246.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, 40, 48, 321.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, 282.
- MANTECÓN SANCHO, Joaquín, 587.
- MANTEROLA Vicente, 63.

- MANZANARES MARIJUAN, Julio, 633, 673.
 MARÍAS, Julián, 327, 355.
 MARQUÉS DE BECCARIA, 288.
 MARQUEZ REVIRIEGO, Victor, 257.
 MARQUINA, Luis, 265, 362.
 MARTÍN REBOLLO, Luis, 213, 219, 450, 531, 565, 566, 567, 571.
 MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, 18, 295, 426, 429, 435, 454, 455, 460, 468, 499, 563, 570, 580.
 MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, 19, 33, 270, 273, 285, 321, 333, 373, 535, 536, 548, 554, 558, 579.
 MARTÍN VILLA, Rodolfo, 356.
 MARTÍNEZ ARANCÓN, Ana, 561.
 MARTÍNEZ GIJÓN, Joaquín, 637, 647.
 MARTÍNEZ MARINA, Francisco, 287.
 MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, 633, 655.
 MARX, Carlos, 264.
 MASUCCI, Alfonso, 85.
 MERKEL, Angela, 469.
 MÍGUEZ, Luis, 579.
 MODERNE, Franck, 511, 537, 565, 567.
 MOTILLA DE LA CALLE, Agustín, 587, 633, 639.
 MUÑOZ MACHADO, Santiago, 39, 247, 529, 566.
 NAVARRO-VALLS, Rafael, 673.
 NIETO, Alejandro, 33, 69.
 NIEVES BORREGO, Julio, 325.
 OLLERO, Carlos, 327, 356.
 ONECA, Antón, 348.
 ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, 245.
 ORTEGA SPOTTORNO, José, 327.
 OTTO Y PARDO, Ignacio de, 285.
 PALAFOX Y MELCI, Luis de, Marqués de Lazán, 276.
 PASCUAL ESTEBAN, Vicente, 261, 262.
 PAZ ANDRADE, Valentín, 356.
 PECES BARBA, Gregorio, 325.
 PEDROL RIUS, Antonio, 355.
 PEMÁN GAVÍN, Juan, 177, 180, 579.
 PÉREZ LLORCA, Pedro José, 244.
 PÉREZ SERRANO, Nicolás, 24, 185, 186, 195, 197, 198, 200, 259, 428, 559.
 PETRIZ, Felipe, 321.
 PINTASILGO, María Lourdes, 392, 461, 563.
 PIZZORUSSO, Alessandro, 394.
 PORRAS NADALES, A., 185.
 PORTABELLA, Pere, 356.
 PORTERO MOLINA, José Antonio, 185, 187.
 POSADA, Adolfo, 229, 232, 233.
 PREDIERI, Alberto, 205.
 PRÍNCIPE DE ASTURIAS, Don Felipe de Borbón, 376.
 PRODI, Romano, 462, 501.
 PULIDO QUECEDO, Manuel, 310.
 QUADRA-SALCEDO, Tomás de la, 257.
 REAGAN, Ronald, 644.
 RIC, Pedro María, 262.
 RIQUER, Martín de, 356.

- RIVERO, Enrique, 579.
 RIVERO, Juan, 322.
 ROCES, Wenceslao, 356.
 RODRÍGUEZ-BEREIJO, Álvaro, 401, 462, 499, 563, 564.
 RODRÍGUEZ ZAPATERO, José María, 453.
 ROMEO CASABONA, Carlos, 179, 180.
 ROSSETTO, Jean, 394.
 RUBIAL, Ramón, 359.
 RUBIO LLORENTE, Francisco, 33, 85, 186, 368, 563.
 RUBIO SACRISTÁN, José Antonio, 199.
 RUIZ JIMÉNEZ, Joaquín, 326, 350, 357, 683.
 SÁINZ MORENO, Fernando, 206, 272, 307, 477.
 SÁINZ DE VARANDA, Ramón, 265, 272, 273, 325, 326, 334, 347, 351, 368, 376.
 SALAS, Javier, 191, 193, 302, 477, 579.
 SAMPEDRO, José Luis, 327, 355.
 SÁNCHEZ AGESTA, Luis, 186, 327, 356.
 SANCHEZ MORÓN, Miguel, 245.
 SÁNCHEZ-GRANJEL, Gerardo, 232.
 SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, 185.
 SARMIENTO, Daniel, 462.
 SATRÚSTEGUI, Joaquín, 351.
 SCHORR I SCHORR, Carlos, 633.
 SCHWARZE, Jürgen, 524.
 SENDER, Ramón J., 359.
 SIMITIS, Spiros, 394, 405, 563.
 SOCÍAS FUSTER, Fernando, 134.
 SOLÉ TURA, Jordi, 372, 402.
 SOSA WAGNER, Francisco, 581.
 SUAREZ, Adolfo, 243, 325, 328, 363, 368.
 TATCHER, Margaret, 644.
 TIERNO GALVÁN, Enrique, 266, 272, 350, 357.
 TIZZANO, Antonio, 450.
 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, 73, 348, 349.
 TORRES LIARTE, Concepción, 261, 263, 277.
 TRUYOL SERRA, Antonio, 71, 75, 208, 285.
 TUDELA ARANDA, José, 477, 610.
 TULKENS, 580.
 UNAMUNO, Miguel de, 241, 678.
 VARELA, Santiago, 370.
 VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, José María, 633.
 VEGA, Pedro de, 338.
 VERGOTTINI, Giuseppe de, 186.
 VIDA SORIA, José, 356, 376.
 VILLAR ARREGUI, Manuel, 328, 332, 370, 372, 376.
 VILLAR EZCURRA, José Luis, 579.
 WEBER, Max, 197.
 WEIL, Prosper, 246.
 ZARAZAGA, Isaías, 266, 274, 325, 369.
 ZULUETA, Luis de, 241.