

Llave maestra

Recensión a Luis María Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª edición, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, 566 páginas, 59,39 euros

Pablo Salvador Coderch

Universitat Pompeu Fabra

318

Sumario

1. Un libro de lectura obligada
2. Los derechos humanos y los derechos fundamentales: ¿Concurso de normas sobre unas mismas pretensiones?
3. Preferencia de la interpretación jurídica sobre el análisis institucional
4. Reglas y principios
5. Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978
6. Una segunda parte resplandeciente: Derechos y Libertades en particular

1. *Un libro de lectura obligada*

Bastantes lo han leído ya -la recensionada es la segunda edición en dos años, algunos hemos llegado un poco tarde, pero muchos más habrán de leerlo en el futuro. No esperen más: todo abogado en el ejercicio de cualquier especialidad debería pasar por el *Sistema de derechos fundamentales* de Luis María Díez-Picazo. La defensa en derecho de una persona -física o jurídica, española o extranjera- se enriquecerá con ello y el profesional encargado de la representación de los derechos e intereses de su cliente estará en condiciones de esgrimir ante el Tribunal y frente a los argumentos de la parte contraria buenas razones que habrá encontrado en las más de quinientas páginas de este libro, auténtico compendio de más de un cuarto de siglo de doctrina constitucional pasada por el cedazo del liberalismo propio del mejor constitucionalismo. Este libro es, por oficio de su autor y habilidad de su pluma, una llave maestra para acceder a nuestro sistema de derechos fundamentales, una de estas raras obras cuyo manejo permite abrir muchas puertas a los clientes precisados de ayuda, ya sean las del país, las del reconocimiento de un derecho, del ingreso en una asociación, del acceso a un cargo, empleo u oficio o hasta las de salida de la cárcel adonde fueron a parar sin motivo suficiente en buen derecho constitucional.

2. *Los derechos humanos y los derechos fundamentales: ¿Concurso de normas sobre unas mismas pretensiones?*

En el Capítulo I (“Aproximación a la idea de derechos fundamentales”, pp. 31-54), aborda el autor cuestiones básicas sobre la doctrina de los derechos fundamentales, como, señaladamente, la que pregunta sobre la relación que media entre éstos y los denominados derechos humanos. Para Díez-Picazo, en Europa -él, con incómoda prudencia, escribe “en el ámbito regional europeo” (pág. 38), se trata de unos mismos derechos -los civilistas escribiríamos “pretensiones”- “protegidos (...) por distintos ordenamientos”: el derecho internacional público, el derecho comunitario y el derecho interno. Esta idea de que, en la mayor parte de los casos de derechos fundamentales, hay que tener en cuenta a la vez tres órdenes jurídicos distintos (así, la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) y el [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), por un lado; el [Tratado de la Unión Europea](#), por otro; y, finalmente, la [Constitución Española](#)) permea todo el libro y le da unidad. Mas no debe exigirse mucha precisión en esta sede: los tres ordenamientos están, escribe el autor, “llamados a colaborar”, una afirmación que deja en la penumbra de la interpretación jurídica el alcance exacto de la relación entre los tres bloques ordinamentales: la “colaboración”, sigue diciendo, resulta “inevitable en España, donde el art. 10.2 CE (reforzado, en su caso, por el 96) obliga a interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas en España” (*ibidem*). A un jurista que, como quien escribe estas líneas, ande más próximo de realistas (para entendernos, de Hobbes) y de racionalistas (Grocio) que de revolucionarios (Kant), la idea de partida le suena a armonía de las esferas y, desde luego, el encallamiento de la Constitución Europea -muy citada en la obra- le sugeriría más de un sarcasmo, si no fuera porque el desbordamiento de magníficas razones con que nos inunda el autor, casi nos devuelve parte de la

confianza perdida en Declaraciones de Derechos que no se proyectan sobre una base territorial delimitada por fronteras claras, no se destinan a una población más o menos estable y no van a ser gestionadas por una burocracia civil y militar controlada, en los mejores casos –que no en los más-, por un legislativo elegido como Dios manda y por una judicatura tolerablemente independiente. El mundo es como es, no como dicen las Declaraciones que debería.

3. Preferencia de la interpretación jurídica sobre el análisis institucional

El tema se retoma en el Capítulo VI, cuando se trata de la dimensión supranacional de los derechos fundamentales (págs. 159 y ss.) y donde el lugar estelar lo ocupa el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y del que España es parte desde el 4 de abril de 1979 (habiendo ratificado, con posterioridad, muchos de los Protocolos adicionales).

El Consejo de Europa arranca de las ciudades en ruinas de la Segunda Guerra Mundial y fue inspirado por los mejores de entre los líderes que la habían ganado (*Let Europe Arise!*, Winston Churchill, Zurich, 19 de septiembre de 1946). Su Estatuto, suscrito en Londres el 5 de mayo de 1949, entró en vigor el 3 de agosto siguiente cuando consiguió la séptima ratificación. Con el paso de los años, la ambición occidentalista y democrática del Consejo originario –o, si se prefiere una visión realista, su autodefinición como club de democracias capitalistas ante los totalitarismos de izquierdas y derechas que surcan la Europa de la Guerra Fría- casi muere de éxito tras el final de aquel conflicto ideológico y la implosión de los países del Socialismo Real, hará ya casi una generación. En nuestros días casi podemos hablar de un Consejo Eurasiático: cubriendo el espacio que se encuentra entre Vladivostok y Sevilla, habitado por 800.000.000 de ciudadanos, repartidos en 46 Estados -Rusia, pero también Mónaco-, hay que ser un internacional publicista de creencias acendradas para tomarse en serio la idea westfaliana de Estado. Nosotros, ingresamos en el Consejo en 1977, tras la muerte del general Franco, pero antes de la aprobación de la Constitución de 1978. Para bien, sin duda: Díez-Picazo observa que debemos estar a las determinaciones de la Carta de Derechos del Convenio de Roma, un catálogo siempre creciente de derechos fundamentales, cuyo contenido ha ido incrementándose al hilo de los cambios políticos e ideológicos y del que es guardián el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En su libro, Díez-Picazo privilegia las Sentencias de este Tribunal por encima de cualesquiera otras provenientes de otros tribunales distintos, naturalmente, las del Constitucional español y la lectura que lleva a cabo de las declaraciones del Tribunal de Estrasburgo conforma bastantes de las páginas más lúcidas del *Sistema*. Sin embargo, el autor no pretende realizar un análisis institucional, algo que quizás algún lector eche en falta, pero que no merece crítica: el autor, jurista al fin, asume los textos como dados y se enfrenta con su interpretación desde los textos mismos, con las concesiones que se quieran a la filosofía moral y política, pero con respeto a las bases textuales que constituyen el cimiento de su libro.

Sea como fuere, no está de más recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es más una asamblea de 46 jueces embajadores, a razón de uno por Estado miembro –es decir, que Rusia tiene tantos como Andorra–, que son elegidos por la Asamblea parlamentaria del Consejo por mayoría de votos sobre una lista presentada por el Estado miembro de que se trate. Desde el Protocolo 14, que eliminó la posibilidad de redesignación, los jueces son nombrados por un único período de 9 años y se retiran a la bíblica edad de setenta años: su independencia real, como se puede ver, está claramente constreñida por las reglas anteriores. Para considerar y resolver los miles de casos que penden ante el Tribunal (a finales de 2003, había 65.000 solicitudes pendientes de revisión), carece de un procedimiento de Certiorari, similar al que faculta a la U.S. Supreme Court estadounidense para definir autónomamente su propia agenda, una circunstancia que añade plomo en las alas y sal en la cola de la institución: los casos son analizados por jueces individuales, comités de tres, cámaras de siete y en una Gran Cámara, según la naturaleza del caso mismo y el case law establecido por el Tribunal sobre el mismo tema. Con todo, las solicitudes han de superar unos requisitos de admisibilidad que el Tribunal ha tendido a interpretar con generosidad. Así, la consideración de que el reclamante ha de ser “víctima” de una violación de los derechos declarados por la Convención ha ido incluyendo más y más candidatos desde el momento en que se distingue entre víctimas reales y potenciales o víctimas directas e indirectas. En las páginas 166 y ss. del libro, Díez-Picazo analiza los requisitos de admisibilidad y la (falta de) eficacia de las Sentencias, cuestión sobre la que su opinión, como siempre, es de realista claridad: la circunstancia de que las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no puedan ser objeto de ejecución forzosa en España “dista (...) de ser óptima” (pág. 171). Para un idealista, el paisaje legal es devastador; para un realista, post-westfaliano; para un jurista experimentado, racionalista y pragmático, simplemente habitable. Podría ser bastante mejor, pero también mucho peor.

4. Reglas y principios

Un rasgo propio de los derechos fundamentales, recuerda el autor, es que, con harta frecuencia, son “normas con textura abierta”, con una “estructura principal”, es decir, que muchos de ellos son principios y no reglas, distinción que viene al caso porque “la técnica de aplicación de los principios es distinta de la técnica de aplicación de las reglas” (pág. 44): en este último caso “debe aplicarse la consecuencia jurídica si se da el supuesto de hecho y, por consiguiente, la operación aplicativa se plantea en términos de sí o no”, mientras que, “[p]or el contrario, la técnica de los principios se realiza mediante la ‘técnica de la ponderación’, que no se plantea en términos de sí o no, sino de más o menos, (...) de darle [al principio] la máxima efectividad posible habida cuenta de las circunstancias del caso” (pág. 45). Uno, que cada vez es más legalista, más *black letter lawyer*, no puede menos que confesar escepticismo ante la idea de ponderación sin un sistema de pesas y medidas. Claro que, si bien se mira, se trata aquí de “sopesar” (pág. 52), no de “pesar”, es decir, de levantar algo para tantear su peso, de equilibrar serones y angarillas o de evaluar pros y contras, pero no de medir nada con exactitud y precisión. Y ya puestos a confesar cosas, me parece admirable la concesión del autor al sano realismo y a la necesaria modestia en

un gremio, como es el de los cultivadores del estudio de la Norma Básica, que se caracteriza por la solemnidad cuando no por la prosopopeya.

Manifestaciones como las de que “la vaguedad o textura abierta de muchas normas sobre derechos fundamentales es fisiológica” (pág. 47), generan en el lector alguna inquietud ontológica, pues, que se sepa, no hay solapamiento entre las entidades –caso de que existan– referidas por las expresiones “normas sobre derechos fundamentales” y las que lo son por el término “fisiológico”, que significa algo así como lo relativo al estudio de las funciones de los seres orgánicos, que nada tienen que ver con las normas jurídicas. Quizás ante tamaña largueza semántica, idiosincrática en nuestro admirado constitucionalismo, se comprenda la sensata posición del autor, quien, tras constatar que “[c]uando se trata de principios (...) se multiplican las dificultades interpretativas”, resuelve con encomiable criterio que la tarea de la interpretación deberá realizarse con la ayuda de la filosofía moral y política, aunque tratando de “poner coto al riesgo de caer en manos de[l] juez-filósofo”, personaje de “resonancias platónicas” que, tanto a él como a mí nos recuerda a más de un intelectual orgánico al servicio de tiranos. Para sortear este peligro convendrá, escribe el autor, tener en cuenta a) la razón práctica, no la simple moral social dominante, pues, entre otras cosas, los derechos fundamentales tienen sentido desde un entendimiento antimayoritario, sin el cual las declaraciones de derechos son punto menos que incomprensibles en un régimen democrático; b) la democracia misma, pues “no es lo mismo pensar que decidir” y “una doctrina moral no debe sustituir a ley democráticamente aprobada”; c) la tradición y contexto históricos del texto constitucional; y d) la jurisprudencia (págs. 49-51). En su lista, sólo echo en falta una referencia a la conveniencia de respetar el estado de los conocimientos científicos, pues aunque todos los tribunales constitucionales se resisten con sobrado fundamento a revisar o reevaluar hechos probados, no está de más que asuman el estado de la cuestión antes de adoptar decisiones cuya base teórica –por ejemplo, estadística– violente claramente el sentir de la comunidad científica. En parecido orden de ideas, creo que una jurisprudencia constitucional que no sea cerradamente formalista, debe tener en cuenta las consecuencias de las decisiones que se adoptan, al menos, las que, según el estado de los conocimientos, resultan poco menos que inevitables, pues son claramente predecibles.

5. Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978

En los capítulos II a VI (págs. 55 a 187), Díez-Picazo sintetiza la mejor dogmática jurídica sobre la doctrina de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y, en la faena, entra realmente en el ruedo, coge el toro por los cuernos y no se espanta ante ninguna cuestión por áspera, debatida o simplemente difícil que resulte de afrontar razonadamente. Así, ¿existen derechos fundamentales fuera del Título I de la Constitución? (págs. 56 a 58). Piénsese en artículos de la Constitución Española tales como el 105 (acceso a los archivos y registros públicos), 118 (ejecución de las resoluciones judiciales firmes), 120 (motivación de las sentencias) ó 125 (acción popular): en ellos, escribe Díez-Picazo, “la regla general es la aplicabilidad directa” aunque no quepa defender que “gocen de protección jurisdiccional reforzada” si no es, como ha señalado el Tribunal Constitucional (TC), por su engarce con alguno de los derechos de la Sección

1ª del Capítulo II del título I de la CE, como –en el caso de los dos últimamente citados- la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Con igual claridad y rotundidad aborda temas tales como las garantías institucionales (pp. 58-59), los deberes constitucionales (59-61), la doble dimensión de los derechos fundamentales –como derechos subjetivos y como valores objetivos (61-63)- y la distinción más básica de nuestro texto constitucional en tres categorías: los derechos reconocidos en la Sección 1ª del capítulo II del Título I, que gozan de las garantías previstas en los apartados primero y segundo del art. 53 CE; los demás derechos reconocidos en el Capítulo mencionado, que disfrutan de las garantías mencionadas en el apartado primero del art. 53; y los principios rectores de la política económica y social recogidos en el capítulo III, que sólo podrán ser invocados de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, según establece el apartado tercero del art. 53.

A las garantías y protección de los derechos fundamentales –señaladamente al recurso de amparo y a las complejas reservas de ley de la Constitución- se dedican las páginas que siguen (107 y ss.), deteniéndose el autor en la cuestión de la restricción de los derechos fundamentales, un ámbito en el que, de nuevo, aparecen, intrigantes, las metáforas heurísticas, esta vez, de índole astrofísica: “los derechos fundamentales suelen caracterizarse (...) por tener un núcleo de certeza y un halo de incertidumbre” (pág. 108). Sobre este último, predica la doctrina dominante, existiría una especie de presunción a favor de la protección del derecho, pero sobre el primero los criterios de control de las restricciones deberían ser muy exigentes en todos los casos. El núcleo vendría determinado por la idea de “contenido esencial” del art. 53.1 CE, tomada, a su vez, de la regla del art. 19 (2) de la Ley Fundamental de Bonn, según la cual, las restricciones legislativas o basadas en la ley de los derechos fundamentales en ningún caso pueden afectar a su *Wesengehalt*. Desde la temprana y muy citada [STC 11/1981, Pleno, de 8 de abril \(BOE núm. 99, de 25.4.1981\)](#), la jurisprudencia constitucional española ha entendido, escribe Díez-Picazo, el contenido esencial desde la doble perspectiva de la “naturaleza jurídica” de cada derecho y de los “intereses jurídicos protegidos como núcleo”: se estaría dejando de respetar el contenido esencial si el legislador distorsionara tanto el tipo de derecho que lo convirtiera en algo irreconocible, o si lo regulara de tal forma que los intereses que el derecho trata de proteger resultaran desprotegidos. Una opinión alternativa, comentada también por el autor, relativiza aún más la concepción anterior, centrando la idea de contenido esencial en “las convicciones jurídicas básicas imperantes en cada momento histórico” (pág. 113), algo que, añade, quizás supone ir demasiado lejos en la deferencia constitucional hacia el legislador democrático: “al no distinguir dos zonas en el contenido (...) nada sería verdaderamente esencial” (pág. 114). Por ello, vuelve a recordarnos la doble exigencia de proporcionalidad y razonabilidad y, en definitiva, a remitirnos a la idea de ponderación, verdadero motivo rector del libro: en cada caso, habrá que sopesar, con prudencia, con razones y con humano sentido de la medida los derechos y valores potencialmente en conflicto.

Sin embargo, el autor es perfectamente consciente de que resulta difícil oponer indefinidamente tal o cual interpretación antimayoritaria a una mayoría estable y empeñada en entender las cosas de modo radicalmente distinto. Desde la perspectiva de un realismo racionalista, lo más

que se puede decir es que los Tribunales Constitucionales sirven para ganar tiempo –algo importante en política, donde una semana es mucho tiempo-, facilitar un clima de serena reflexión, superar las intransitividads de las preferencias de las gentes, rodear los caprichos de una mayoría voluble, poner freno a las agendas de los gobernantes, pero no para oponerse perpetuamente a una mayoría secularmente empeñada en arrasar con tal o cual concepción histórica de un derecho, fundamental o no.

La obra da fe de un coraje no siempre común en nuestra academia: el lector discrepará sin duda de esta o aquella interpretación propuesta por el autor, pero el criterio expuesto es siempre claro, razonado y, sobre todo, valiente. Díez-Picazo no rehúye ninguna cuestión importante y, al responderla, jamás se comporta como un oráculo. Antes bien, cuenta, en el buen castellano de sus padres, las cosas como las ve y, siempre, después de haberlas mirado muy bien. Así, en el Capítulo V, que trata de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales (págs. 129 y ss.) resaltan los tratamientos dedicados a averiguar en cada caso quiénes son los titulares de los derechos, los ciudadanos en ocasiones, los extranjeros en otras, pero ¿qué hay que entender cuando el Constituyente usa un pronombre impersonal?; está claro que muchos derechos corresponden también a las personas jurídicas, pero ¿también a las jurídico-públicas? Pues sólo si se trata de evitar que sufran indefensión y poco más (pag. 136); y ¿hasta qué punto pueden los padres de un niño oponerse a los poderes públicos y resolver, por ej., educarlo en el propio hogar? En la discusión, cuyo resultado no adelantaré aquí, el autor hace aparecer, junto al art. 162 del Código Civil español, al art. 76 de la Constitución danesa según el cual los padres pueden optar por una educación doméstica siempre que proporcionen a sus hijos una instrucción igual a la que se exija generalmente en las escuelas públicas. El liberalismo pragmático del autor se manifiesta luego en su análisis de temas tan polémicos, como la renuncia a los derechos fundamentales –posible en el caso concreto y *ex post*-, su eficacia en las relaciones entre particulares (*Drittwirkung*) –limitada-, su eficacia justificante –nadie puede sufrir consecuencias negativas por haber ejercitado un derecho fundamental- o el pretendido límite de la buena fe democrática –en relación con los derechos de los liberticidas-. El Capítulo V concluye con el tratamiento de otra cuestión espinosa y de creciente actualidad: si cabe atribuir eficacia retroactiva a la Constitución: “en ningún caso [con] grado máximo” de forma que alcance a “revisar situaciones agotadas en el pasado o procesos fenecidos”. No estoy tan seguro. Y lo cierto es que, como señala, fuera de tan tajante afirmación, “no existen indicios jurisprudenciales sobre cuál es el grado de eficacia retroactiva de que pueden gozar los derechos fundamentales” (pág. 155).

6. Una segunda parte resplandeciente: Derechos y Libertades en particular

Las más de trescientas páginas que van desde la 191 a la 515 las dedica Díez-Picazo a desmenuzar la interpretación y doctrina constitucionales del catálogo español de derechos y libertades de nuestra Constitución: nunca antes se había ofrecido al jurista español un resumen tan sustancioso de nuestro sistema de derechos fundamentales. Arranca el trabajo, magistral, con el principio de

igualdad ante la Ley (Capítulo VII, págs. 192-213) poniendo en él a disposición del lector las claves de las cuestiones relacionadas con la discriminación o con la denominada “acción positiva” o “afirmativa”. Sigue (en el Capítulo VIII, págs. 236 y ss.) con el derecho a la vida y a la integridad –no omite aquí la cita de algunas sentencias famosas de otros tribunales constitucionales mucho más antiguos y poderosos que el nuestro, como el ya citado Tribunal Supremo federal USA- y, de nuevo, se ven en él bien compendiados los argumentos que rodean cuestiones tan debatidas como el aborto, la eutanasia, la alimentación forzada o la prohibición de la tortura. En materia de libertad ideológica (Capítulo IX, págs. 246 y ss.) se pregunta –y no precisamente de forma retórica- si existe o no un principio de neutralidad ideológica del Estado, una cuestión que hoy reviste especial virulencia, en un país en el que hasta los manuales escolares de historia, cautivos de las modas y de las mayorías políticas, corren el riesgo de convertirse en cursos de Historia Sagrada.

No concluiría esta recensión si me detuviera en analizar las posiciones presentadas y argumentadas por Díez-Picazo en el *Sistema* y, de pretenderlo, el fracaso estaría garantizado, pero no puedo dejar de manifestar una y otra vez mi asombrado respeto por el ingenio y coraje del autor, quien consigue mantener un elevadísimo nivel de análisis en la consideración de centenares de problemas constitucionales: ¿cabe ocultar legalmente el nombre de la madre que da en adopción a su hijo? (pág. 295); ¿hasta dónde alcanza el derecho a la inviolabilidad de domicilio? (pág. 308); ¿equivale a la (constitucionalmente prohibida) censura previa el precinto de un medio de comunicación? (pág. 328); ¿hasta qué punto pueden los poderes públicos condicionar las líneas de investigación de las instituciones científicas? (pág. 346); ¿hasta cuál pueden los Tribunales insmiscuirse en la organización interna de las asociaciones? (pág. 359); ¿cuál es el estatuto político de un extranjero no comunitario? (pág. 382); ¿puede prescindirse del mérito y capacidad en la definición de las condiciones de acceso a la función pública? (pág. 398); ¿viola la multiplicación de jurisdicciones y de especializaciones el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley? (pág. 413); ¿cuál es el alcance del principio de legalidad penal? (pág. 439); ¿hay libertad de no casarse? (pág. 464); ¿es admisible la jubilación forzosa? (pág. 487); ¿puede el derecho urbanístico laminar la propiedad privada? (pág. 502).

Abrumado tras la lectura del libro, resuelto a releer los capítulos que caen más cerca de mi propia especialidad, no quiero dejar su comentario sin resaltar la cuidada bibliografía que cierra cada uno de sus 18 capítulos. En ella, el autor ha puesto a disposición de sus lectores una magnífica selección de las obras españolas de referencia sobre la materia de que, en cada caso, se trata. Como en los casos de su decidida delimitación de la metodología interpretativa, de los textos que se toman en consideración –siempre con prevalencia clara de la Constitución Española de 1978-, la elección de la literatura secundaria manifiesta bien a las claras los resueltos juicios de valor de Díez-Picazo sobre los materiales de construcción de la obra. Maestra.