

**ESTADO Y DERECHOS FUNDAMENTALES: REFLEXIONES EN
EL CUADRAGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN
DE 1978**

***STATE AND FUNDAMENTAL RIGHTS: REFLECTIONS ON THE
FORTIETH ANNIVERSARY OF THE 1978 CONSTITUTION***

JAVIER TAJADURA TEJADA

*Catedrático (A) de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco*

Artículo recibido el 21 de diciembre de 2018

Artículo aceptado el 15 de enero de 2019

RESUMEN

Esta contribución tiene un doble objetivo. Por un lado, exponer la nueva relación existente entre el Estado y los Derechos fundamentales. El Estado ya no es sólo una potencial amenaza para la libertad, sino que se configura también como su protector y garante. Por otro, realizar algunas propuestas de reforma constitucional que podrían contribuir a perfeccionar nuestro sistema de derechos, un sistema ya de por sí extraordinariamente avanzado y garantista.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, poder, libertad, reforma constitucional.

ABSTRACT

This contribution has a double objective. On the one hand, expose the new relationship between the State and fundamental rights. The State is no longer only a potential threat to freedom, but it is also configured as its protector. On the other,

make some proposals for constitutional reform that could contribute to perfecting our rights system, a system that is already extraordinarily advanced and guaranteed.

KEY WORDS: Fundamental rights, power, freedom, constitutional reform

SUMARIO

1. *Introducción.*

2. *El Estado como garante de los derechos fundamentales.*

3. *Propuestas de reforma de la parte dogmática de la Constitución.*

1. Introducción

Nuestro querido amigo y colega Manuel Terol -Manolo- fue un hombre comprometido con los principios y valores del Estado Constitucional. A lo largo de su dilatada -y lamentablemente trunca- trayectoria investigadora, los derechos fundamentales ocuparon un lugar central en sus investigaciones. El profesor Terol fue un insigne representante de la “cultura de los derechos”. En su quehacer universitario expandió y difundió esa cultura a través de muchas y meritorias iniciativas, desde el impulso de numerosas revistas y publicaciones hasta la celebración de múltiples seminarios y congresos como el Foro de Derechos Sociales.

En el marco del estudio de los derechos, Manolo Terol centró su atención en el análisis de la rica problemática que presentan los Derechos sociales, y que obligan a examinar, desde una óptica diferente, la relación existente entre el Estado y los derechos fundamentales. Por otro lado, la vida intelectual del profesor Terol -como la de cualquier jurista de su generación- estuvo indisolublemente ligada al Texto constitucional de 1978, cuyo cuadragésimo aniversario no pudo ya celebrar. Texto que, por primera vez en nuestra secular historia, ha establecido un efectivo sistema de protección de los derechos fundamentales que permite considerarlo como un Estado material de Derecho; el Estado Constitucional surgido de la Transición y alumbrado por la Constitución de 1978 es el protector de los derechos fundamentales.

En este contexto, al recibir la invitación de la profesora Carmen Salcedo para participar en este merecido homenaje a nuestro colega y amigo, he creído oportuno dedicar mi contribución a un doble objetivo. Por un lado, a subrayar -como siempre lo hizo Manuel Terol- la nueva relación existente entre el Estado y los Derechos fundamentales. El Estado ya no es sólo una potencial amenaza para la libertad, sino que se configura también como su protector y garante. Por otro, a realizar algunas propuestas de reforma constitucional

que podrían contribuir a perfeccionar nuestro sistema de derechos (un sistema ya de por sí extraordinariamente avanzado y garantista) y que se sitúan en la estela del reforzamiento de los derechos sociales que el profesor Terol, con el rigor y al mismo tiempo la pasión que le caracterizaban -y que permanecerán en el recuerdo de quienes tuvimos la fortuna de trabajar con él- siempre defendió.

2. El Estado como garante de los derechos fundamentales

La teoría de los derechos fundamentales sólo puede ser cabalmente comprendida en el marco de una determinada teoría del Estado. Teoría que culmina la reflexión iniciada hace cuatro siglos por Hobbes en el contexto de las guerras civiles religiosas que asolaron Europa durante los siglos XVI y XVII. Hobbes concibió el Estado como una creación humana artificial. El Estado surge como resultado de un pacto celebrado por los hombres para evitar el estado de guerra civil permanente y de predominio de la ley del más fuerte. La justificación y finalidad esencial del Estado es garantizar la paz. Y, ciertamente, es difícilmente cuestionable el hecho de que esa paz es indispensable para que las personas puedan vivir seguras. Ahora bien, a cambio de esa seguridad el Estado hobbesiano fue concebido como un Estado absoluto. Mediante el pacto de creación del Estado, las personas renunciaban a su libertad en favor del soberano. Este, a cambio, estaba obligado a garantizar la seguridad de sus súbditos.

Desde entonces, el constitucionalismo –como conjunto de ideas y doctrinas políticas y jurídicas al servicio de la libertad¹- se marcó como objetivo la limitación de ese poder absoluto mediante el mismo instrumento empleado por Hobbes para su construcción: el Derecho.

En un proceso que duró siglos -y que tuvo como hito principal, las revoluciones liberales de fines del s XVIII, pero que realmente no puede considerarse verdaderamente concluido en Europa hasta que, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, los Textos Constitucionales se configuraron como normas supremas del ordenamiento jurídico (merced a la existencia de mecanismos especiales de reforma constitucional y procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes)- el constitucionalismo fue articulando procedimientos y mecanismos que limitaran el poder del Estado y de esa manera garantizaran las libertades y los derechos de las personas. En este sentido, el Estado Constitucional de Derecho entendido como Estado material –y no meramente formal- de Derecho es aquel en el que la libertad está jurídicamente garantizada. Por ello, el Derecho tiene que tener un contenido sustantivo determinado. Ese contenido se deriva de unos valores (la dignidad de la persona y la igual libertad de todos) y se concreta en

¹ Según lo ha definido Fioravanti, “el constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas”. FIORAVANTI, M.: Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales. Trotta, Madrid, 2014. Pág. 17.

los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son la sustancia del Estado Constitucional.

Ahora bien, culminado así el proceso histórico de limitación del poder del Estado, nos encontramos con que las nuevas circunstancias históricas y políticas del mundo del siglo XXI obligan a replantear –como decíamos- la relación entre el Estado y los derechos. Ciertamente, el Estado sigue siendo una amenaza potencial para la libertad de las personas. La existencia de numerosos regímenes autocráticos, por un lado, y los riesgos de involución de los Estados democráticos (incluidos algunos de la Unión Europea como pueden ser Hungría o Polonia en el momento de redactar estas líneas), por otro, así lo confirma. Pero, junto al poder político o poder público ejercido por los órganos del Estado, han ido apareciendo numerosos poderes privados: grandes grupos económicos, corporaciones financieras, fondos de inversión, industrias farmacéuticas, grupos multimedia, etc., que por su propia naturaleza se yerguen como potenciales y formidables amenazas para la libertad de las personas.

“La amenaza de la libertad humana por medio de poderes no estatales, -escribe Hesse- en la actualidad puede ser un riesgo mayor que el propio Estado”. Y en este contexto, la libertad sólo puede ser defendida y garantizada como un todo unitario: “no ha de ser sólo una libertad que faculta, sino también una protección frente a los daños sociales”². Por ello, la concepción de los derechos fundamentales únicamente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado resulta insuficiente. Para hacer frente a esta problemática surge la comprensión de los derechos fundamentales también como principios objetivos capaces de desplegar su eficacia en las relaciones entre particulares.

Por otro lado, la plena efectividad de muchos derechos fundamentales –a pesar de su preexistencia al poder legislativo- requiere la intervención del Estado. Así ocurre, de forma clara, con el derecho a la educación o con el derecho a la tutela judicial efectiva. Pero, en mayor o menor medida, también con el resto. Y ello porque a la altura de nuestro tiempo, sin la existencia del Estado –esto es, en una situación de anarquía similar al hobesiano estado de naturaleza- no es concebible la libertad humana. Heller advirtió, por ello, con su habitual lucidez, que la libertad humana es siempre libertad organizada.

No es posible garantizar la libertad sin la intervención estatal. “La conformación libre y autónoma de la vida depende en gran medida de condiciones que sólo están parcialmente disponibles al individuo y, en ocasiones, ni eso. Producir y mantener estas situaciones es en esencia tarea del Estado, que se ha convertido en un Estado planificador, directivo, en un Estado de la ‘procura existencial’ y de la seguridad en la sociedad. Así, es imposible avanzar con la comprensión de los derechos fundamentales como meros derechos de defensa en tanto que la libertad humana, a la luz del estado, no surge tan sólo por la omisión de intervenciones en la esfera individual, sino que requiere además una acción estatal amplísima”.

² HESSE, K.: “El significado de los derechos fundamentales” en *Escritos de Derecho Constitucional*. Fundación coloquio jurídico europeo-CEPC, Madrid, 2011.

Bajo los dos aspectos mencionados –la existencia de poderes privados que amenazan la libertad y la imposibilidad de garantizar esta mediante la mera abstención estatal- la relación existente entre los derechos fundamentales y el Estado Constitucional reviste una nueva dimensión. El Estado ya no puede ser concebido únicamente como una potencial amenaza para la libertad y se convierte, de hecho, en el protector de los derechos fundamentales. El Estado Constitucional – a diferencia del Estado absoluto- debe ser concebido ante todo y sobre todo como el garante de los derechos fundamentales: “Si la libertad ha de ser real, se requiere, en sentido amplio, el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales a través del Estado: el Estado no se muestra simplemente como un enemigo potencial de la libertad, sino que se convierte en su protector” (Hesse).

El Estado Constitucional de Derecho, como estado limitado jurídicamente –formal y materialmente- es el garante de los derechos. La vigencia y efectividad de los derechos fundamentales depende de la existencia de una serie garantías jurídicas y políticas que están encomendadas a órganos e instituciones incardinados en el poder estatal (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal, Cortes Generales, Administración Pública).

Por todo ello, la relación entre los derechos fundamentales y el Estado es una relación conflictiva y hasta cierto punto paradójica. Los derechos limitan el poder del Estado que es a su vez quien los garantiza. Pero, sobre todo, los derechos legitiman la existencia misma del Estado y del poder público que limitan. La legitimidad del Estado reside en su condición de garante de los derechos. Para decirlo con mayor claridad, un Estado que no protege adecuadamente los derechos fundamentales carece de legitimidad. Los derechos fundamentales son así –y esta es una de sus funciones esenciales- el fundamento de legitimidad del orden estatal.

Por ello, y citando una vez más al insigne profesor alemán, Konrad Hesse, “Derechos fundamentales y Estado fuerte no se excluyen recíprocamente, antes, al contrario, son mutuamente dependientes. Ello se explica porque hacer efectivos y asegurar los derechos fundamentales está, bajo las condiciones de nuestro tiempo, encomendado al Estado; una y otra tarea requieren de un Estado fuerte, capaz de funciones y prestaciones, en condiciones de cumplir su misión. Tal fortaleza es, por ello, no tanto asunto de un aparato de poder estatal lo más eficaz posible cuanto del asentimiento libre de un número tan vasto como sea posible de ciudadanos a quienes importe lograrla, mantenerla y renovarla en todo momento”.

Ahora bien, el hecho de que la existencia y la fortaleza del Estado resulten imprescindibles para poder garantizar la plena y efectiva vigencia de los derechos fundamentales no quiere decir, en modo alguno, que la necesidad de limitar su poder haya desaparecido. Al contrario, esa limitación es la seña de identidad del Estado Constitucional.

En el contexto de esta relación entre los derechos fundamentales y el Estado Constitucional se plantean problemas que distan mucho de haber encontrado una

respuesta definitiva. La ambivalente posición del Estado -como garante y amenaza para la libertad simultáneamente- se muestra, con toda crudeza, en el ámbito de las nuevas regulaciones para hacer frente al terrorismo aprobadas en algunos Estados como respuesta a los criminales atentados islamistas del 11 S.

El 11-S marcó un punto de inflexión en el siempre precario equilibrio entre la libertad (como valor superior del ordenamiento) y la seguridad (como fin del Estado). En este sentido, no se trata ahora de examinar aquellos supuestos en que dicho equilibrio ha sido vulnerado de forma clara, y de los excesos cometidos en la lucha contra el terrorismo global (torturas a prisioneros, vuelos secretos de la CIA. o incluso ejecuciones extrajudiciales con violación del derecho al debido proceso), sino de poner de manifiesto dilemas más sutiles, como puede ser el siguiente: ¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?. Este caso límite del Derecho Constitucional se ha planteado ya en Alemania, y en la medida en que podría plantearse también en España, resulta oportuno conocer los términos del debate.

La intervención del legislador alemán vino impulsada por un grave incidente acaecido a principios del año 2003. El 5 de enero de 2003, un hombre armado secuestró una avioneta y sobrevoló el barrio financiero de Fráncfort del Meno. El secuestrador amenazó con estrellarse contra la sede del Banco Central Europeo por lo que el centro de la ciudad tuvo que ser evacuado. Un helicóptero de la policía y dos aviones de caza militares acudieron al lugar y se situaron cerca de la avioneta. Tras algo más de media hora, quedó claro que el secuestrador era un perturbado y, tras negociar con él, depuso su actitud, aterrizó y se entregó. Este grave incidente está en el origen de la aprobación –dos años después- de la Ley de seguridad aérea de 11 de enero de 2005. El parágrafo 14 de esta norma permite a las autoridades federales ordenar el derribo de una aeronave cuando, a la vista de las circunstancias, pueda concluirse que va a ser utilizada contra la vida de personas inocentes, y esta medida constituya la única manera de evitar dicho peligro. El apartado 3 del mismo dispone textualmente que “el ataque armado sólo será lícito cuando, de acuerdo con las circunstancias, pueda concluirse que la aeronave va a ser utilizada contra la vida de las personas y éste sea el único medio de defensa contra dicho peligro inminente”. El ataque sólo podrá ser ordenado por el Ministro Federal de Defensa o, en su lugar, por el miembro del Gobierno Federal autorizado para ello. La Exposición de Motivos de la Ley reconoce con toda claridad que el mencionado apartado tercero autoriza el uso de las armas para abatir el correspondiente avión aun en el caso de que en él se encuentren inocentes y el ataque armado les ocasione una muerte prácticamente segura.

En definitiva, la norma que nos ocupa está configurada como una cláusula de *ultima ratio* que faculta al Estado para sacrificar la vida de las personas que viajan a bordo de un avión —terroristas, tripulantes y pasajeros— a fin de salvar la vida de otras personas. El precepto fue recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional por varias personas que viajaban frecuentemente en avión. El Tribunal Constitucional Federal alemán en una célebre y

polémica sentencia de 15 de febrero de 2006 estimó el recurso de amparo y anuló la norma recurrida por vulnerar el derecho fundamental a la vida y la garantía constitucional de la dignidad humana, en la medida en que resulte afectado algún inocente.

El Alto Tribunal alemán declaró que la “instrumentalización” de las personas inocentes que viajaban en el avión atenta contra su dignidad humana. El respeto a este principio impide que el Estado pueda tratar a una persona como un instrumento, y la ley enjuiciada lo hace al aceptar el sacrificio de las vidas de los inocentes que viajan en el avión para salvar las vidas de las personas que están en tierra. Para el Tribunal, la vida humana es imponderable. No se puede sacrificar una para salvar cien.

La sentencia fue objeto de numerosas críticas. Baste señalar aquí alguna incongruencia. El Tribunal señala que en el supuesto de que en el avión sólo viajasen terroristas sí podría ser abatido. Sin embargo, matar a los terroristas para proteger a las personas que se hallan en tierra firme también supone instrumentalizarlos. Como ha advertido uno de los críticos de este fallo, “cuando se trata de abatir una aeronave con inocentes a bordo, la vida es imponderable, mientras que cuando en aquella sólo hay terroristas, entonces el derribo puede ser proporcionado, de acuerdo con el resultado de una *ponderación global* entre la gravedad de la intervención en el derecho fundamental a la vida de los terroristas y el peso de los bienes jurídicos que se trata de proteger. Es decir, en este último caso sí que se pondera la vida de los terroristas frente a la vida de los inocentes que se hallan en tierra firme. ¿Por qué allí no y aquí sí?”³.

En nuestra opinión, la ponderación resulta obligada siempre y en todo caso. Pero, al margen de la respuesta concreta que demos al caso, lo relevante es que se trata de un supuesto en el que según la perspectiva que se adopte el Estado aparece como amenaza (para quienes viajan en el avión secuestrado) o como protector (para las potenciales víctimas que están en tierra) del derecho a la vida. En todo caso, este y otros casos que podríamos traer a colación en el ámbito de la política y la normativa antiterrorista, ponen de manifiesto, con toda claridad, que la necesidad de limitar el poder estatal, exige seguir concibiendo los derechos fundamentales, también, como derechos frente al Estado y como límites a su actuación.

La ambivalente posición del Estado en relación con los derechos fundamentales se pone de manifiesto también en el contexto del Estado Social. Si en el ámbito de la legislación antiterrorista el conflicto se plantea entre libertad (que limita las posibilidades de actuación del Estado) y seguridad que las potencia, en el contexto del Estado Social el conflicto reviste otras connotaciones. Aquí la seguridad entendida como garantía de las condiciones materiales de existencia exige también la actuación del Estado, pero plantea igualmente problemas sobre los límites de esta.

³ DOMENECH, G.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea” en Revista de Administración Pública, núm. 170, 2006. Pág. 423.

Los derechos fundamentales están al servicio de la integración social. La integración – como finalidad de la Constitución- resulta amenazada si no se garantizan las condiciones materiales de la existencia de las personas (trabajo, salud, educación). El Estado Social de nuestro tiempo es por ello un Estado que interviene en la economía y en la sociedad para garantizar derechos como la educación o la salud. En este sentido, la necesidad de algunas intervenciones es evidente. Pero más allá de ellas, se plantea también la necesidad de limitar su alcance pues “una ampliación ilimitada de la responsabilidad y actividad estatal, que desembocase en la omnicomprensiva planificación, atención y conformación estatal, eliminaría la responsabilidad de cada uno por sus propias condiciones vitales” (Hesse).

La libertad es también responsabilidad, y la garantía de la libertad como responsabilidad impide atribuir un carácter ilimitado a las posibilidades de actuación del Estado Social.

Expuesta así, en términos generales, la relación existente entre el Estado Constitucional y los derechos fundamentales, la segunda cuestión que creo oportuno abordar en esta contribución al homenaje a Manolo Terol es el balance sobre la concreta situación en la que -en materia de derechos fundamentales -se encuentra España y las posibles reformas que podrían abordarse en la parte dogmática de nuestra Constitución.

3. Propuestas de reforma de la parte dogmática de la Constitución

En ningún momento de la historia de España han disfrutado los ciudadanos de más libertad y protección jurídica que hoy. En el Estado social y democrático de Derecho configurado por la Constitución de 1978 se garantizan de forma eficaz los derechos fundamentales de las personas. Este es, sin duda, el principal éxito de la Monarquía parlamentaria instaurada en 1978 con un amplio consenso. Consenso, igualmente, sin parangón en nuestra historia constitucional, que –hasta ese momento- era la historia de un fracaso. Fracaso que determinó la inexistencia en nuestro país de un verdadero Estado de Derecho que garantizara de forma efectiva las libertades individuales y los derechos fundamentales.

Cualquier juicio o valoración del estado de los derechos fundamentales en nuestro país – salvo que incurramos en un formidable ejercicio de falsificación de la realidad y de la historia- debe partir de esa consideración.

Con estas premisas, y tras cuatro décadas de desarrollo constitucional, resulta oportuno plantearse la conveniencia y oportunidad de reformar el Título Primero de la Constitución. Como es sabido, la reforma constitucional es la asignatura pendiente y siempre aplazada. La posible apertura de un procedimiento de reforma se rechaza con el argumento de que no se dan las condiciones políticas adecuadas para ello (consenso). Se olvida interesadamente que el consenso no puede plantearse como un punto de partida sino como el punto de llegada. Tampoco en 1977 existía consenso. Este fue el fruto de muchos meses de trabajo y negociaciones entre las diversas fuerzas políticas, animadas

por un espíritu constructivo y en el marco de un diálogo sincero y con predisposición al acuerdo. La Constitución exige reformas en muchos ámbitos: la organización territorial, la adaptación al proceso de integración europea, el diseño de instituciones cuya independencia no está suficientemente garantizada (Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional), o el propio procedimiento de reforma.

En nuestra opinión, la reforma también debería incidir en la parte dogmática del Texto Constitucional.

a) En primer lugar, sería preciso incluir –siguiendo la senda del constituyente alemán– una cláusula de intangibilidad que protegiera a los derechos fundamentales frente al poder de reforma constitucional. Los derechos fundamentales se configuran como límites al poder del Estado, es decir, al poder democrático. Cuanto más se extienda la esfera de aplicación de los derechos fundamentales tanto más se limita el margen de actuación democrática. En el Estado Constitucional la democracia debe ser entendida –de la misma forma que el Estado de Derecho– en un sentido material. Sólo es democrático aquello que resulta conforme con los derechos fundamentales. Y esto vale no sólo para el legislador que no podría aprobar una legítimamente una ley que violase aquellos, sino también para el poder de reforma, que –por la misma razón– no podría aprobar una modificación constitucional contraria a un derecho fundamental. En definitiva, para que la garantía de la libertad no resulte vana es preciso que en el Texto Constitucional se garantice no sólo la indisponibilidad de los derechos por el legislador –lo que ya se hace en el art. 53– sino también que se prohíba expresamente al poder de reforma la posibilidad de desnaturalizarlos o violarlos de cualquier modo. Naturalmente, la cláusula de intangibilidad debería incluirse en el Título dedicado a la Reforma, haciendo desaparecer el tan confuso como peligroso sintagma “revisión total” del art. 168. Expresión que interpretada literalmente conduciría al despropósito de identificar reforma de la Constitución –como operación jurídica y por ello materialmente limitada– con destrucción de la misma ⁴.

Si los derechos fundamentales se configuran como el núcleo de legitimidad de la democracia constitucional, es evidente que la legitimidad no puede ser destruida sin que lo sea también la propia Constitución. Ello hace necesario incluir en la Constitución una cláusula de intangibilidad en defensa de los derechos fundamentales. La necesidad ciertamente es relativa. En principio cabría afirmar que los derechos fundamentales –aunque no haya cláusula de intangibilidad alguna– son un límite material implícito al poder de reforma que se deduce del propio concepto de Constitución. Sin embargo, en la medida en que nuestro Tribunal Constitucional no se ha hecho eco de esta doctrina, sino que, por el contrario, la ha rechazado expresamente, afirmando que siguiendo los procedimientos del artículo 168, el poder de reforma carece de límites materiales, el establecimiento de esa cláusula sí que resulta procedente y necesario. La reforma que

⁴ TAJADURA, J.: La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978, Madrid, Marcial Pons, 2018.

proponemos tendría un efecto jurídico claro: el establecimiento de un límite material explícito al poder de reforma, es decir, el blindaje del fundamento de legitimidad del orden estatal.

b) Una segunda reforma consistiría en incluir expresamente en la cláusula de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos del art. 10. 2, las referencias a dos Textos cuya importancia para la interpretación de los derechos fundamentales es crucial: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El efecto de la reforma sería simbólico y político en cuanto permitiría visualizar los Textos citados, pero desde un punto de vista estrictamente jurídico no supondría la atribución a los mismos de un valor superior al que ya tienen.

En este contexto, y dando un paso más, se podría dar valor constitucional a ambas declaraciones mediante su inclusión en el propio artículo 53. 1 CE. De lo que se trataría es de establecer que ambos Tratados vinculan a todos los poderes públicos. La propuesta figura en el Informe sobre la reforma constitucional dirigido por Javier García Roca y tendría efectos muy positivos. La referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –que debería enmarcarse dentro de una reforma más completa y ambiciosa que adaptara nuestro Texto Fundamental no sólo al estadio actual del proceso de integración europea sino al deseable horizonte federal del mismo- en el art. 53 supondría una extensión de su ámbito de aplicación. Según el art. 51 de la Carta, sus disposiciones se dirigen a los Estados cuando “apliquen el Derecho de la Unión”. La reforma propuesta implicaría que los poderes públicos españoles estarían sujetos a ella también en aquellos ámbitos en los que no actúen ejecutando Derecho de la Unión. “Una homogeneización de los estándares de garantía –advierte el Informe citado- parece lógica, para impedir disfunciones y asimetrías en su exégesis, que carecerían de toda razonabilidad, y ello ubicaría además a España en una posición a la vanguardia europea dentro de la Unión”⁵.

c) Junto a las reformas anteriores que afectan a la propia comprensión y naturaleza de los derechos fundamentales en su conjunto, y al reforzamiento de su inserción en el sistema europeo, cabe abordar también algunas otras de carácter puntual. Así, la relativa a las garantías constitucionales del derecho al matrimonio (art. 32 CE) y del derecho a la propiedad privada (art. 33 CE). Se trata de derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos pero que, por figurar en la Sección segunda del Capítulo segundo del Título I, carecen de la garantía procesal específica del recurso de amparo ante el tribunal Constitucional. Ello impide, en la actualidad, que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse sobre ellos con carácter previo y facilita el acceso directo al TEDH. Esta situación no facilita el diálogo entre el Tribunal Constitucional y el TEDH. De hecho, tras el fallo correspondiente dictado en Estrasburgo, nuestro Alto Tribunal se ve obligado a otorgar amparos por vulneración de derechos no susceptibles de amparo mediante

⁵ GARCIA ROCA, J. (ed.): Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate. Aranzadi, Cizur Menor, 2014. Pág. 35.

interpretaciones forzadas como pudo ser el caso de la STC 51/2011 (derecho al matrimonio). En este sentido algunos han defendido el traslado de ambos derechos a la Sección primera para otorgarles así la protección del recurso de amparo.

En nuestra opinión, sin embargo, es preferible suprimir la limitación material establecida en el art. 53 al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y extender su ámbito de protección a todos los derechos fundamentales contenidos en el Capítulo Segundo, es decir, también a los de la Sección segunda. En nuestro ordenamiento es el recurso de amparo el que garantiza que el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, es el supremo intérprete de los derechos fundamentales. Y el balance de su actuación en este ámbito es extraordinariamente positivo. Sobre todo, en los primeros años de su andadura, antes de que sufriera el declive de los últimos tiempos. En todo caso, el Tribunal ha contribuido y continúa haciéndolo de forma meritoria y admirable a la efectiva vigencia de los derechos fundamentales y a la unificación de su interpretación. Por ello y sin olvidar la necesidad de poner remedio a la sobrecarga de trabajo, en una futura reforma constitucional, el recurso de amparo debería ser preservado. Tampoco sería oportuno ni conveniente excluir de su ámbito de protección derechos hasta ahora incluidos. Por el contrario, y como ha destacado el profesor Manuel Aragón, habría que extender su protección a los derechos de la Sección segunda del Capítulo segundo del Título primero de la constitución.: “No tiene por qué existir contradicción entre la necesidad de descargar de trabajo al tribunal en los recursos de amparo, lo que puede y debe hacerse, y la oportunidad de que el tribunal Constitucional sea, en verdad, el supremo intérprete y aplicador en materia de garantías constitucionales como se desprende del art. 123. 1 CE, es decir, de todos los derechos fundamentales y no sólo de los contenidos en el art. 14, en la sección primera del Capítulo segundo del Título Primero, y en el art. 30.2 de la Constitución”⁶.

d) Por lo que se refiere a la redacción de los enunciados de los distintos derechos, únicamente sería necesario modificar los artículos 15 y 32 CE. Del artículo 15 (derecho a la vida) habría que eliminar la posibilidad de incluir en las leyes penales militares la pena de muerte. Con ello –y en coherencia con la ratificación por parte de España del Protocolo número 13 a la Convención Europea de Derechos Humanos- la pena capital desaparecería definitivamente de nuestro ordenamiento.

Más relevante y polémico es un tema como el de la eutanasia que convendría afrontar. En la medida en que el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la propia muerte –derecho a una muerte digna-, o derecho a disponer de la propia vida, no puede ser deducido del enunciado del artículo 15, sería conveniente abordar la regulación básica de la eutanasia en el propio Texto Fundamental.

e) La reforma del artículo 32 (derecho al matrimonio) consistiría en adecuar el texto al desarrollo legislativo actual cuya constitucionalidad ha confirmado la STC 198/2012.

⁶ ARAGON, M.: “Problemas del recurso de amparo” en Estudios de Derecho Constitucional CEPC, 3ª edición revisada y aumentada, Madrid, 2013.

Podría adoptarse la redacción ofrecida por el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Se garantiza el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica entre los cónyuges”.

f) De todo lo anterior se desprende claramente que las reformas propuestas no pretenden ampliar el número de derechos fundamentales incluidos en la Constitución. La tendencia que a este respecto se puede observar en algunos Textos Constitucionales de Iberoamérica sólo sirve para devaluar la “fundamentalidad” de los derechos y para crear unas expectativas que necesariamente van a ser defraudadas. Desde esta óptica, es preciso ser rigurosos y resistir la tentación de incluir como nuevos derechos, expectativas o demandas sociales que, tanto desde un punto de vista teórico o conceptual como práctico no pueden configurarse como verdaderos derechos fundamentales. En este sentido, el régimen jurídico de los principios rectores del Capítulo Tercero, -a salvo lo que diremos a continuación- no debería ser objeto de reforma.

La salvedad se refiere al contenido de los artículos 41 y 43, es decir los derechos a la Seguridad Social y a la protección de la salud. El desarrollo del Estado Social los ha convertido en derechos de prestación universalmente garantizados. En este sentido, no parece razonable que su estatuto jurídico sea diferente del establecido para el derecho a la educación. De la misma forma que un niño tiene un derecho fundamental a la educación, debería tenerlo también a la asistencia sanitaria. En uno y otro caso cabe configurarlos como derechos preexistentes al legislador con un contenido esencial, sin perjuicio de que la intervención del legislador y de la Administración sea indispensable para garantizar su efectividad. Es cierto que la fijación del contenido de las prestaciones incluidas en los derechos a la salud y a la Seguridad Social –de la misma forma que ocurre con el derecho a la educación- puede cambiar con el paso del tiempo, las circunstancias, y ciertamente, también puede depender de las disponibilidades presupuestarias. Sin embargo, -en ambos casos- cabe apelar a la existencia de un contenido esencial susceptible de limitar la actuación del legislador.

Por ello sería conveniente, para reforzar su protección, el traslado de ambos preceptos a la Sección primera del Capítulo primero. Podrían ubicarse después del derecho a la educación (art. 27 CE).

Las reformas propuestas contribuirían a mejorar el sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, junto a ellas, es preciso insistir en otro frente: el del reforzamiento de la cultura de los derechos, esto es, la interiorización por parte de los ciudadanos de los principios y valores del Estado Constitucional de Derecho. A estos efectos, resultaría conveniente reintroducir en los planes de estudio de la educación secundaria la asignatura “Educación para la Ciudadanía”. En ella, la enseñanza de los derechos humanos debiera ocupar un lugar destacado ⁷.

⁷ SANCHEZ, R., y JIMENA, L.: La enseñanza de los derechos humanos, Ariel, Barcelona, 1995.

De lo que se trata, en última instancia, es de reforzar el “sentimiento constitucional” de los ciudadanos. El sentimiento constitucional consiste en estar implicado en la Constitución. Podríamos definirlo como la adhesión íntima a las normas e instituciones fundamentales de un país, experimentada con intensidad, más o menos consciente, porque se estiman -sin que sea necesario un conocimiento exacto de sus peculiaridades y funcionamiento- que son buenas y convenientes para la integración, mantenimiento y desarrollo de una justa convivencia ⁸. La intensidad de este sentimiento en una sociedad dada es un buen criterio para medir su madurez cívica y el nivel de su cultura política. El sentimiento constitucional existe y su actuación se percibe en los países con larga tradición democrática. Su existencia es la prueba más significativa de la consonancia entre norma y realidad. La crisis del sentimiento constitucional, por el contrario, pone de manifiesto la falta de integración política. La falta de presencia activa del sentimiento constitucional en ordenamientos democráticos recién estrenados, o débiles, indica, precisamente, que todavía no han enraizado o que están en crisis o amenazados por ella. Un ordenamiento constitucional sin suficiente adhesión sentida puede devenir fantasmagórico, aunque se estudie y discuta en los libros y se explique en las aulas universitarias. Nunca se insistirá lo bastante en la necesidad de que la sociedad se adhiera a la Constitución, sintiéndola como cosa propia.

Por todo ello, en momentos de crisis como la actual, resulta fundamental subrayar la importancia de la vinculación moral de los ciudadanos a las instituciones diseñadas por la Constitución y a los derechos y libertades que reconoce y garantiza.

Teniendo presente, en todo caso, que como advierte mi maestro, Antonio Torres del Moral, “la plenitud del Estado Social y democrático de Derecho más que una realidad es un concepto tendencial” ⁹ y, por ello, susceptible siempre de mejora y perfeccionamiento.

La lucha por el Estado de Derecho y por los derechos fundamentales -a la que nuestro querido amigo y colega Manolo Terol consagró su vida- no ha concluido, ni en España, ni en ningún otro lugar.

En la mayor parte de los Estados queda aun un larguísimo camino por recorrer. El drama de la inmigración irregular nos apela, con toda crudeza, al poner de manifiesto que, en amplios lugares del planeta, las personas no tienen garantizadas las condiciones materiales mínimas de su existencia, por lo que no dudan en arriesgar sus vidas para llegar a Europa. La Unión Europea debería plantearse la necesidad de implementar programas de ayuda en los países de origen y, en todo caso, está obligada a gestionar sus políticas migratorias sin traicionar sus principios y sus valores, esto es, con pleno respeto también a los derechos fundamentales de aquellos cuya única esperanza es desarrollar una vida digna en territorio europeo.

⁸ LUCAS VERDU, P.: EL sentimiento constitucional, Reus, Madrid, 1985.

⁹ TORRES DEL MORAL, A.: Estado de Derecho y democracia de Partidos, 4ª edición, Universitas, Madrid, 2012, Pág. 103.

Por otro lado, en el seno mismo de la Unión y de la mano del primer ministro húngaro Victor Orbán ha resucitado un concepto schmitiano, “la democracia iliberal”, -defendido por las diversas fuerzas políticas extremistas que han surgido en la mayor parte de los Estados de Europa- que disociando democracia y libertad apela al “pueblo” para socavar los derechos y, en definitiva, destruir la única democracia digna de tal nombre, la democracia constitucional. En este contexto es imprescindible subrayar alto y claro que no hay democracia sin Derecho y sin derechos.

Y ello porque, como he tratado de exponer en esta contribución al homenaje al profesor Terol, los derechos fundamentales son un elemento esencial y nuclear de la democracia constitucional.