

Constitución, jurisdicción, derechos



Francisco Caamaño

Catedrático de Derecho Constitucional. Socio de CCS Abogados. Ministro de Justicia (2009-2011)

La democracia constitucional es el resultado de un delicado equilibrio entre la regla de la mayoría, expresada por los representantes del pueblo a través de la ley, y los derechos fundamentales. Consciente de ello, el constituyente español de 1978 dispuso un ambicioso programa para su protección jurídica. Sin derechos no habría democracia.

En un país impregnado de una tradición jurídica en la que todos los derechos nacían y morían en la ley, la Constitución estaba condenada a ser un simple documento político. No debe extrañar, en consecuencia, que, a la par que perfilaban su texto, las Cortes Generales elaborasen la Ley 62/1978, de Protección de los derechos fundamentales. Era prioritario fraguar un compromiso institucio-

nal acerca de los derechos promoviendo su defensa ante los tribunales y determinar quién debía liderar el proceso.

Tan ímproba tarea se atribuyó al Tribunal Constitucional. Sus primeros miembros (1980-1986), elegidos entre los mejores, sin mediar cuotas de partido (y capaces de no votar a quien se había anunciado como su Presidente con el fin de salvaguardar el buen nombre y la independencia de la institución) superaron, con creces, aquel encargo. Su trabajo desencadenó toda una revolución. De repente, se acabaron los viejos considerandos y resultandos de las sentencias. El derecho a una tutela judicial efectiva del art. 24 CE desplegó una energía hasta entonces insospechada. Si la Constitución nace para los derechos, la jurisdicción debe estar a su servicio. Comenzó la lucha contra las barreras legales y económicas en el acceso al juez, el derecho a obtener una resolución judicial motivada y razonada, la proscripción de la indefensión y de las resoluciones dictadas inaudita parte. Las sentencias del Tribunal nos hablaban de la existencia de un juez natural, del rechazo que merecían las resoluciones judiciales incongruentes y viciadas por otras formas de dene-

“ En estos últimos 40 años no hemos articulado un trámite procesal que permita la defensa de nuestros derechos fundamentales en la fase de investigación del proceso penal”

gación técnica de justicia; del derecho de acceso a los recursos, de la ejecución de lo juzgado... Una lluvia de nuevos conceptos reordenaba la legislación procesal, la práctica de los juzgados y, sobre todo, enriquecía la tierra seca de una España que descubriría, en su día a día, cómo la Constitución hacía crecer en ella un derecho para la convivencia y la libertad. El derecho a ser informado de la acusación, la presunción de inocencia, las reglas de exclusión de la prueba ilícita, el derecho a un juez imparcial y al proceso debido... La maquinaria de los derechos, gobernada a la perfección por aquel primer Tribunal, nos sorprendía hasta en las palabras: testigo de referencia, agente provocador, declaración del coimputado, prueba prohibida... Todo un universo de garantías que los derechos y el Tribunal articulaban en defensa de lo verdaderamente

importante, de las personas, de las mujeres discriminadas, de los migrantes, de los derechos de los trabajadores, de la libertad de empresa, del pluralismo de las ideas y de las opiniones.

La previsión del constituyente y la pasión por los derechos de aquellos 12 primeros jueces de la Constitución consiguió que los derechos fundamentales dejasen de ser una novedad para integrarse como algo cotidiano en nuestras vidas. Los medios dispuestos por el artículo 53.2 CE para hacer del sueño una realidad había cumplido su cometido.

Pero, ¿cómo están los derechos fundamentales cuarenta años después? La Constitución sigue siendo la misma; sin embargo, la normalización social de los derechos fundamentales ha ido diluyendo la atención hacia los mismos y me temo que han entrado en una fase de incipiente desamparo jurisdiccional.

No me refiero a la reforma del recurso de amparo del año 2007 y la introducción de la ETC (Especial

Trascendencia Constitucional) como nueva causa de inadmisión. Ni el Tribunal Constitucional es poder judicial, ni el amparo es técnicamente un recurso. Orientar al Tribunal Constitucional para que su función protectora de los derechos la desempeñe preferentemente a través del control de las leyes que los vulneren, reservando el amparo para consolidar una hermenéutica de los derechos y libertades que informe a las demás instituciones del estado, es algo acorde con la previsión constitucional. No olvidemos que la protección de los derechos corresponde a los jueces y magistrados integrantes del poder judicial y, solo, “en su caso” (art. 53.2 CE), al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. Por tanto, la objetivación del amparo, es una forma constitucionalmente consentida de racionalización del sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos.

Ahora bien, lo que no parece constitucionalmente acertado es que ese mismo proceso de “objetivación”, que condiciona la admisión de los recursos y, por tanto, limita el acceso al

Así es la rosa



Alberto Ruiz-Gallardón

Ministro de Justicia (2011-2014)

La eficacia de las normas jurídicas, al menos de algunas, no se limita a su fuerza coercitiva. Hay ocasiones en que su valor simbólico iguala, o supera, su característica propia de derecho positivo. Es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, además de constituir legislación interna en los Estados que han suscrito los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, tiene un indudable valor orientativo para los poderes legislativo y judicial de la inmensa mayoría de las naciones del mundo.

Y es lo que ocurre con la Constitución Española abrumadoramente ratificada por el pueblo español el 6 de diciembre de 1978. Lo que los legisladores constituyentes realizaron fue una tarea formidable, que trasciende

con mucho del indudable acierto del contenido material de la Carta Magna. La Constitución significó, y hoy debe seguir significando, el final de esa forma de entender la política, vigente durante gran parte de los siglos XIX y XX, en la que media España se imponía a la otra media.

Quienes hemos vivido cuarenta años de libertad, debemos gratitud y reconocimiento a aquella formidable generación política liderada por los constituyentes y, de forma muy especial, al Rey Juan Carlos, titular de la Jefatura del Estado en su condición de “legítimo heredero de la dinastía histórica”. La Monarquía parlamentaria, como forma política del Estado, fue aprobada por la inmensa mayoría del pueblo español.

Argumento perverso

Es perverso el argumento, utilizado por populistas y nacionalistas, que sostiene que cada generación debe tener su propio proceso constituyente y no debe sentirse obligada por las normas aprobadas por generaciones anteriores. Los españoles que no hemos cumplido sesenta y un años no pudimos votar la Constitución, pero es tan nuestra como la de aquellos que con su voto la convirtieron en Ley Fundamental. No hay un solo ciudadano



norteamericano que estuviese vivo cuando se aprobó la Constitución americana en 1787 y todos los alemanes se rigen por la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Es precisamente la existencia de procedimientos de reforma –con nuestra Constitución lo hemos hecho en dos ocasiones–, lo que prolonga en el tiempo el plebiscito originario. Defender, como hacen algunos, que hay que abrir un proceso constituyente sólo porque en el anterior ellos no participaron, esconde un propósito auténticamente revolucionario. Es negar el concepto de Nación como plebiscito cotidiano formulado por Renan y asumido por Ortega.

Pero que la reforma sea perfectamente posible por los procedimientos establecidos en el Título X, no significa que hacerlo ahora sea inteligente.

Es indudable que en estos cuarenta años se han producido dos circunstancias que afectan a la Constitución. Por un lado, el cambio de realidades objetivas en la vida de los españoles que el constituyente no pudo prever, y que, por lo tanto, o no reguló, o lo hizo de forma que hoy no resulta adecuada. Y por otro, la constatación de que algunas regulaciones constitucionales no han funcionado como se esperaba y convendría revisarlas. He tenido responsabilidades en mi vida pública en las tres administraciones, local, autonómica, y general del Estado. He formado parte del legislativo y he trabajado cerca del Poder Judicial. De esa experiencia podría sugerir varias propuestas de reforma constitucional que, a mi juicio, mejorarían el funcionamiento de las instituciones, por no

mencionar la discriminación por razón de sexo en el orden de sucesión en el trono o la excepción en el artículo 15 a la abolición de la pena de muerte. Es difícil no coincidir en que cuando se aborde una reforma constitucional estos y otros aspectos deberán ser corregidos. Pero, a mi entender, hoy no es ese día.

La discriminación constitucional en el orden sucesorio no tiene efectos en la realidad de la Familia Real. Y el legislador ordinario ha renunciado a hacer uso de la excepción en tiempos de guerra de la injustificable pena de muerte. Abordar ahora una reforma constitucional para mejoras institucionales o modificaciones deseables, como la regulación de los aforamientos, supondría asumir el riesgo de poner en manos de los que

España 1978: Un monumento democrático

juez, se traslade también al poder judicial cuando lo que está en juego es la defensa de los derechos fundamentales. La “doble objetivación” conduce a un inevitable debilitamiento del sistema de protección judicial de los derechos.

No pretendo añorar la desaparición de la Ley 62/1978 que tan buenos servicios prestó a los españoles. Tan solo advertir de los riesgos que comporta para la defensa de nuestros derechos fundamentales la progresiva tendencia a objetivar el recurso de casación que, como se sabe, empezó en lo civil -año 2000- y que, tras la reforma efectuada por la Ley orgánica 7/2015 ha llegado al orden contencioso-administrativo. Examinar la relación entre derecho fundamental e interés casacional es un asunto obligado sobre el que, sin embargo, no se ha reflexionado lo suficiente. Los problemas que estamos teniendo con la nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), el complemento de sentencia (arts. 215.2 LEC y 265.4 LOPJ) y la inadmisión del recurso de casación, cuando se pretende la defensa judicial de un derecho funda-

mental, tan solo son una pequeña muestra de superficie.

En estos cuarenta años tampoco hemos sido capaces de articular un trámite procesal que permita la defensa de nuestros derechos fundamentales en la fase de investigación del proceso penal. Los investigados pueden alegar la nulidad de una prueba de cargo por lesiva de derechos fundamentales según establece el artículo 11 LOPJ (registro domiciliario, intervención de las comunicaciones...), pero tendrán que esperar dos, tres y a veces muchos más años para que, por fin, abierto al juicio oral (o en el trámite del art. 793.2 LE-Crim, en el procedimiento abreviado) la autoridad judicial se pronuncie sobre ello. Es evidente que para entonces ya todo está perdido y que las consecuencias de las medidas cautelares adoptadas, la pena de “banquillo” sufrida y la práctica de otras diligencias acordadas a partir de la información facilitada por la prueba ilícita serán casi siempre irreversibles.

Sin haber concluido la tarea, hemos bajado la guardia y los efectos comienzan a notarse. Urge retomar el pulso de los derechos y que, como en aquellos primeros años de Constitución, aparezca quien lidere ese proceso, para que la de 1978 siga siendo, la de todos, la nuestra.

rentes y acuerdo con los nacionalismos vasco y catalán desde un ejercicio de lealtad constitucional. Hoy, desgraciadamente, no se dan esas circunstancias. La lealtad constitucional ha sido sustituida en Cataluña por un desafío permanente a la Nación y a la libertad de más de la mitad de los catalanes. A los separatistas les irrita que se les recuerde que, si España es una Monarquía y si la Nación es indivisible, es porque lo quisieron así el 87,9 % de los españoles, entre ellos, el 90,5 % de los catalanes.

La Constitución ha tenido, en estos cuarenta años, dos ataques directos. Uno el 23 de febrero de 1981. Otro el 27 de octubre de 2017. Con el gobierno secuestrado fue el Rey Juan Carlos quien mantuvo su vigencia en el primer golpe fallido. Con el formidable aliento del Rey Felipe han sido las instituciones, y con ellas los españoles, quienes han evitado el segundo. Creo que tiene que pasar algún tiempo y muchas cosas antes de que podamos abordar un proceso de reforma constitucional que mantenga los valores de acuerdo y lealtad con los cuales se redactó el texto de 1978. Mientras tanto hago mío el consejo de Juan Ramón sobre el poema. No le toques ya más, que así es la rosa.



José María Michavila Núñez
Ministro de Justicia (2002-2004)

A mediados del siglo IV Gregorio Nacianceno escribió un libro simpático, del que muy pocos tienen conocimiento, pero de cuyo contenido ha oído hablar, prácticamente toda la humanidad hasta nuestros días. En efecto *De septem Mundi Spectaculis* catalogó lo que se consideraron las siete Maravillas Arquitectónicas del Mundo. Entre ellas la Gran Pirámide de Guiza, el Templo de Artemisa y el Faro de Alejandría. De entonces a hoy la arquitectura ha progresado mucho, pero sobre todo ha avanzado, para bien de la humanidad, la arquitectura social, es decir, la forma de organizar su convivencia de los seres humanos. Si hoy realizáramos una enumeración de las Siete Maravillas de la Democracia necesariamente consideraríamos entre ellas la Constitución de los Estados Unidos de 1787, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Carta de los Derechos Humanos de 1945.

La Constitución Española de 1978 entraría por derecho propio en ese catálogo de los mejores logros de la democracia, ya que sin ninguna duda es uno de los más exitosos contruidos con los materiales democráticos.

Faro de Alejandría

Y por seguir con la analogía del catálogo gregoriano, dentro de esta nueva enumeración, ocuparía entre las obras democráticas un lugar similar al que tenía el Faro de Alejandría entre las proezas arquitectónicas. Éste se construyó en una isla, que se encontraba en la boca del puerto, llamada Pharos. Del nombre de la isla resultó el genérico nombre de “faro” con el que en lo sucesivo se conocen todas las torres que en todo el mundo se encargan de iluminar la navegación y singularmente la transición desde el mar a la tierra. La Constitución Española alumbró el paso desde la dictadura a la democracia en España, pero a su vez ha sido un ejemplo para el resto del mundo en su navegar hacia la Democracia. En 1978 había únicamente alrededor de 30 democracias en el mundo y hoy son más de un centenar las naciones que, con sus más y sus menos, disfrutan de un régimen de libertad y progreso fundado en los principios democráticos, muchas de las cuales

han encontrado inspiración en el articulado de nuestra Constitución de 1978.

La democracia liberal, uno de cuyos más cuajados frutos es precisamente nuestra Constitución, se ha erigido en la más ética, sana y beneficiosa forma de convivencia entre los seres humanos. Ha sido respetuosa con la libertad de cada persona, custodiando la libertad de expresión, de conciencia o el respeto a los derechos humanos. Y a su vez, la democracia ha sido motor de crecimiento y bienestar. Allí donde arraigó la democracia la sociedad es más fértil. De hecho el mapa de las democracias liberales es, en la actualidad, el mapa del bienestar del crecimiento, de la riqueza económica. Basta con ver que el 8,5% de la población mundial en el que se han asentado las democracias durante dos siglos acumulan hoy algo más del 50% del PIB mundial.

En este periodo España ha multiplicado su bienestar más de 6 veces, pasando de un PIB per cápita de 4.003,19 dólares en 1978 a 28.156,82 dólares en 2017. Pero sobre todo, y por encima del éxito económico de estos 40 años, España ha sido un modelo de convivencia cívica, de lo que la democracia liberal, la tolerancia, el respeto mutuo, el respeto a las reglas del juego puede beneficiar a una sociedad.

Hoy en 2018, tras 40 años desde que el edificio constitucional del 78 abriera sus puertas a la convivencia de los españoles vivimos, tanto en nuestra patria como en casi todas las democracias consolidadas, momentos de incertidumbre.

Son pocos, pero audaces y muy descarados los que quieren remover sus cimientos. Otros, quieren alzar en su interior muros de incomunicación que impidan la libre circulación desde la despensa a la cocina, o desde la sala de estar a la librería ¡vaya usted a saber! Hay otros que lo que quieren directamente es asaltar la despensa y hacerse fuerte en ella. Incluso hay alguno que renunciando a sus propias señas de identidad y a la de sus progenitores se siente cuasi-mágicamente llamado, no se sabe si por la varita de la historia, de su propia vanidad o de su indigente apoyo popular, a erigirse en el nuevo arquitecto de un nuevo edificio constitucional, con el peligro de hacerlo a la medida de los que prefieren poner cerrojos y

candados en lugar de abrir ventanas y horizontes.

Después de las guerras napoleónicas España vivió un ir y venir de regímenes políticos, procesos constituyentes, gobiernos efímeros, guerras fratricidas, dictaduras y repúblicas calamitosas. En todos esos años de desencuentro entre los españoles el virus más dañino fue el mismo, los arquitectos que diseñaban los planos construían un edificio a la medida de los suyos y en el que no cabían los otros. De tal manera que cuando los otros acababan por llegar a ser los diseñadores del nuevo edificio volvían a hacer lo mismo.

El gran acierto de los arquitectos de la Constitución de 1978 fue saber recoger la necesidad, la demanda de quienes lo iban a habitar. Atender a un clamor mayoritario de la sociedad española que era construir un edificio en el que cabíamos todos. Los de un color y los de otro. En el que se olvidaban las guerras y rencores del pasado y se edificaba mirando hacia el futuro. En el que la diferencia de lenguas no sirvió para encerrarte en tu cuarto y echar el candado sino para enriquecer la vida de la casa común. Se construyó así un edificio que acogió a todos y que a todos nos ha protegido, amparado y dado mejor vida. Por ello llama la atención el reciente interés por desechar unos planos tan bien estructurados como si no se hubieran realizado correctamente y devolver a la sociedad a base de recordatorios de una situación que ya es pasado, al momento en que se inició la transición.

Es cierto que puede haber necesidad de acometer una renovación pero sería un gran error socavar sus cimientos, tumbar sus columnas o derribar sus muros. El mayor error será que alguno de los hijos de los arquitectos crea que se deba realizar un nuevo plano que vuelva a excluir a los de un lado distinto del suyo y pactarlo con los nacionalismos excluyentes o los totalitarismos. Y se vuelvan a dar situaciones que ya se tenían por superadas con esta Constitución.

Independientemente de que haya que reformarlo, no se debe olvidar que se construyó para mantener la convivencia y la concordia entre los ciudadanos españoles. Y que sus frutos han sido justamente esa estabilidad de cimientos que ha permitido el desarrollo con éxito de nuestra convivencia hasta el momento actual.

Por lo que valoremos el edificio que hasta hoy ha cobijado nuestra convivencia democrática, donde las libertades y los derechos son respetados y protegidos por la propia Constitución, y en el que los españoles decidimos hacer compatible el pluralismo y la diversidad ideológica, cultural y territorial con la decidida voluntad de caminar juntos en la misma dirección.

“ La democracia liberal se ha erigido en la más ética y sana forma de convivencia entre los seres humanos ”

“ La Constitución de 1978 entraría por derecho propio en ese catálogo de los mejores logros de la democracia ”



El Rey Juan Carlos I
sanciona la Constitución,
ante la mirada del entonces
Príncipe Felipe.

no quieren reformas sino rupturas, un instrumento extraordinariamente peligroso.

Las dos reformas realizadas hasta hoy entraron dentro del ámbito del artículo 167 y no exigieron por tanto la disolución de las Cortes y la convocatoria de referéndum. Cualquier reforma que afectase a la Corona se regiría por el artículo 168 que sí lo exige. Y aunque limitásemos la reforma a preceptos no blindados por el 168, si una décima parte de los diputados o senadores lo solicitan, el referéndum tiene que celebrarse.

Por encima de cualquier otro, el gran valor simbólico de la Constitución es que identifica el acuerdo, el consenso, el abrazo con el que España construyó la transición. Acuerdo entre ideologías radicalmente dife-