

RECENSIONES

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid: Thomson/Civitas, 2003.

Esta obra pretende exponer los derechos fundamentales «tal como éstos rigen en España al final de año 2002. Los derechos fundamentales son una rama del ordenamiento de elaboración esencialmente jurisprudencial (...) es la jurisprudencia (...) la que proporciona el cuadro normativo acabado (...) es preciso identificar las normas jurisprudenciales relevantes (...) sistematizar una mole de sentencias»; por más que, «una vez identificada la norma jurisprudencial, no hay razón alguna para observarla con temor reverencial. Las normas jurisprudenciales pueden —y deben— ser criticadas, en idéntica medida que las normas legales o, incluso, constitucionales. Por ello, no me he limitado a sistematizar el derecho existente, sino que a veces he señalado inconsistencias o sugerido soluciones, a mi juicio, más satisfactorias» (pág. 21)¹. Y todo ello desde una visión *pragmática* de la jurisprudencia, pues «tal vez fuera más prudente dejar de ver el recurso de amparo como

1. Cfr. también págs. 45 s. (naturalmente, las páginas sin indicación adicional de procedencia se refieren siempre a la obra recensionada)

instrumento para hacer jurisprudencia constitucional, y empezar a verlo primordialmente como un instrumento al servicio de la correcta aplicación de los derechos fundamentales por parte de los tribunales ordinarios (...) una especie de recurso de casación en materia de derechos fundamentales» (pág. 90).

Esta perspectiva determina el alcance y sentido de la obra. El autor podría haber optado por un profundo debate doctrinal, al que sin embargo renuncia en la mayor parte de los casos². Las valoraciones críticas y las soluciones propuestas tienen de ordinario un alcance fundamentalmente práctico³. Todo ello se comprende mejor

2. Cfr. no obstante, como ejemplos particularmente sugerentes de tales desarrollos por lo general preteridos, págs. 88 ss. y 103 ss. También prescinde el libro de las notas a pie de página, aunque una selectiva bibliografía final procure suplir esta carencia.

3. Cfr., por ejemplo, las tres propuestas contenidas en págs. 86 ss., sobre el alcance del amparo respecto del proceso *a quo*, la autocuestión de inconstitucionalidad y la posibilidad de acordar indemnización en la sentencia de amparo.

si se toma en consideración que el autor remonta su obra al bienio 1998/1999, cuando hubo de explicar la materia en el curso de formación inicial de jueces. Para éstos, aunque no sólo para ellos, resulta de la máxima importancia disponer de una adecuada sistematización de la jurisprudencia constitucional; que, por su rigor y detalle, constituye un verdadero hito en la literatura científica española.

No procede, por supuesto, resumir detalladamente el contenido de un *tratado* de esta naturaleza. Tampoco tiene sentido limitarse a subrayar aportaciones particularmente destacadas; aunque es preciso mencionar, de un lado, el último Capítulo de la primera parte, dedicado a la internacionalización de los derechos fundamentales en un momento en que tal aspecto cobra relevancia creciente; de otro el referido al derecho a la tutela judicial efectiva, cuya brillante exposición bien pudiera haber aligerado las incertidumbres que con alguna frecuencia la jurisprudencia constitucional provoca en quienes fueron los primeros destinatarios de estas lecciones. Mayor interés tiene, quizá, descubrir en el libro su sentido general; identificar, en este *sistema de derechos fundamentales*, cuáles son los elementos teóricos que proporcionan textura sistemática a las normas positivas y a las decisiones jurisprudenciales.

1. Es cierto que la propia jurisprudencia, naturalmente producida al hilo de problemas particulares, facilita no obstante que el libro comience por una *parte general*. Que, en cualquier caso, no se llama así, sino, significativamente, «Derechos fundamentales: concepto y *régimen jurídico*». Ahora bien, esta parte no se propone elaborar un *sistema dogmático de derechos fundamentales* particularmente ambicioso⁴. Se

4. Como el que procura la reciente obra de F. BASTIDA FREIJEDO, F. J., VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. A., ALÁEZ CORRAL, B., FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid: Tecnos, 2004.

trata más bien de reducir a orden los pronunciamientos jurisprudenciales.

Ahora bien, ¿es posible realmente tal reconstrucción *intrasistemática* de la jurisprudencia sin teoría previa, sin prejuicio (*Vorverständnis*)? La respuesta, en forma de explicitación de las propias *precomprensiones*, llega en el primer párrafo del libro: los derechos fundamentales siempre «han tenido como finalidad primaria proteger a los particulares frente al Estado» (pág. 27).

Díez-Picazo destaca así la prioridad de los derechos *clásicos* frente al riesgo de banalización y devaluación de las declaraciones por inflación de los derechos reconocidos en ellas (pág. 30). En el art. 10.1 CE, mientras «la cláusula de la dignidad de la persona tiene un mero valor de criterio interpretativo», el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad resulta «auténtica cláusula general de libertad que preside el entero ordenamiento jurídico» (págs. 65 ss.)⁵. Y en tal perspectiva insiste al referirse a las funciones de los derechos: «la función de protección es la más evidente y, sin duda, prioritaria» (págs. 38 s.); la complementa sólo una segunda «función de legitimación». Para Díez-Picazo, aunque «las declaraciones de derechos tienen también que ver con una visión ascendente del poder político» (pág. 28), ello ocurre sólo como *presupuesto* del contrato social, sólo aceptable en cuanto quedan preservados los derechos de quienes participan en él. Como reflejo de esta concepción liberal, el autor muestra reservas, por ejemplo, hacia la escolarización obligatoria de los menores, y se permite al respecto quizá el único *excursus ideológico*

5. Ello permite exigir de cualesquiera límites de la libertad no sólo ajustarse a la *reserva de Ley*, que ya deriva de otros preceptos (págs. 56 s.), sino también respetar el *principio de proporcionalidad*; aunque más adelante parece reconocer la existencia de un «espacio exterior de lo constitucionalmente irrelevante» (pág. 105).

expreso del libro, con referencias a Esparta, Aldous Huxley y la Revolución cultural china (págs. 130 s.)⁶.

Podemos dejar al margen la exactitud histórica⁷ y teórica⁸ de tales presupuestos. Díez-Picazo reconoce que «el liberalismo clásico veía en la ley la máxima garantía de los derechos fundamentales», y que esa perspectiva, bien que debilitada, se conserva en el constitucionalismo contemporáneo (pág. 98). Aún más adelante⁹, a propósito de la *Drittwirkung*, admite la existencia de diversas *posiciones filosófico-políticas acerca de la naturaleza del Estado democrático de Derecho* y, consecuentemente, de visiones «potencialmente enfrentadas sobre la función que debe cumplir un texto constitucional» (pág. 138)¹⁰. También hace referencia «a la llamada 'doble dimensión' de los derechos fundamentales»: «los enunciados que proclaman genuinos derechos fundamentales» operan «también como normas que consagran valores objetivos» (pág. 54), y analiza así «las dos caras» de los derechos fundamentales (págs. 57 ss.).

Ahora bien, para el autor todo ello sólo puede ser fuente de perplejidad:

6. Cfr. también, en Capítulo XVIII, págs.

7. Cfr., diferenciando entre las diversas tradiciones constitucionales, D. GRIMM, «Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft», en D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991; M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid: Trotta, 1996.

8. Cfr. P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

9. Adviértase que el *tiempo*, que en los libros se convierte en páginas (espacio), desempeña un importante valor retórico.

10. Una de ellas, claro está, «intelectualmente más refinada»; cfr. también pág. 140, donde curiosamente se muestra reacio a que los defensores de la *Drittwirkung* *refinen* o afinen y diferencien sus análisis (cfr. I. Gutiérrez Gutiérrez, «Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares», *TRC* 3, págs. 193 ss).

«Una notable paradoja de los derechos fundamentales es que, tratándose primordialmente de barreras frente al legislador, su plena eficacia a menudo está necesitada de colaboración legislativa (...) Para el constitucionalismo, la ley no sólo es una amenaza potencial para los derechos fundamentales sino también, *de manera un tanto misteriosa*, una garantía de los mismos» (pág. 95).

Díez-Picazo no ignora que en el *Estado social*, que atribuye a los poderes públicos la garantía de las condiciones que permiten hacer efectiva la igualdad y la libertad de los ciudadanos (art. 9.2 CE), los derechos se protegen fundamentalmente *a través del Estado*. Ello se ha consagrado dogmáticamente a través del denominado *deber de protección* y de la conversión de los derechos de libertad en derechos a la organización y el procedimiento¹¹. Ahora bien, el «deber general de protección y promoción de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos» (pág. 57, sin cita del art. 9.2 CE) queda reducido en su obra a simples procedimientos formales de garantía de la Constitución (recurso de inconstitucionalidad, interpretación conforme)¹². Las exigencias en materia de organización y procedimiento propias de «la doctrina constitucionalista alemana» se proyectarían sólo sobre determinados derechos fundamentales; la garantía de la libertad de expresión, por ejemplo, exige solo «una mera abstención por parte de los poderes

11. Cfr. K. HESSE, «Significado de los derechos fundamentales», en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2001, págs. 101 ss.; A. López Pina, I. Gutiérrez Gutiérrez, *Elementos de Derecho público*, Madrid: Marcial Pons, 2002, págs. (las del Capítulo IV).

12. Cfr. no obstante págs. 140 s., 191 ss.: «puede ocurrir que a veces el legislador esté constitucionalmente obligado a desarrollar y proteger los bienes jurídicos o valores subyacentes a ciertos derechos fundamentales también respecto de las relaciones entre particulares (...) Es evidente».

públicos» (pág. 95)¹³. Porque la naturaleza de cada derecho queda predeterminada desde unas clasificaciones (págs. 36 ss., 95 s.) cuya aparente neutralidad termina privilegiando la interpretación liberal.

A la concepción institucional de los derechos dedica, consecuentemente, una exposición simplificadora que facilita su crítica sustancial, de nuevo amparada en «la finalidad primigenia de los derechos fundamentales» (págs. 58 s.). Incluso cuando, al relegar este aspecto institucional a mera *política legislativa* (pág. 58), pueda ponerse en riesgo también la faceta defensiva de los derechos fundamentales: «El hecho de que, para defender los propios derechos fundamentales, el particular deba incurrir en un comportamiento legalmente prohibido arriesgándose a ser sancionado (...) no es, en puridad, un problema de falta de vías de protección de los derechos fundamentales, sino básicamente de política legislativa» (pág. 82).

En definitiva, la rica pluralidad de funciones de los derechos fundamentales desarrollada por la dogmática alemana, «una visión mínimamente pluralista y evolutiva de la función de los derechos fundamentales en el Estado democrático de derecho» (págs. 112 s.), queda relegada, sólo percibida como necesidad de *más defensa*.

2. La *parte especial*, que estudia los «derechos y libertades en particular», contiene no sólo un desarrollo exhaustivo de los planteamientos convencionales, que excede ampliamente el contenido de los manuales existentes. Sobre todo, hace justicia a la observación de Zagrebelsky: «la riqueza de los casos concretos supera la capacidad de la imaginación abstracta»¹⁴.

13. Cfr. también pág. 302; véase, sin embargo, W. Hofmann-Riem, «Libertad de comunicación y medios», en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2001, págs. 145 ss.

14. ZAGREBELSKY, G, «La Corte Constitucional y la interpretación de la

En esta segunda parte de la obra, en efecto, Díez-Picazo en absoluto se limita a aplicar en ámbitos particulares la elaboración teórica expuesta en las páginas anteriores. El contenido de la propia jurisprudencia constitucional y la configuración efectiva de los problemas le obligan a liberarse, en cierta medida, de tal constreñimiento. Por lo demás, ya la concepción inicial de los derechos fundamentales quedaba matizada mediante su consideración como normas de principio sometidas a ponderación (págs. 39 ss., 46 ss.) y con la presencia del principio de proporcionalidad como instrumento técnico al servicio de ésta (págs. 110 ss.); precisamente aquí, por ejemplo, cobra transcendencia el Capítulo III del Título I de la Constitución (págs. 63 s., 113). Las reflexiones sobre vaguedad, consenso y debate moral (págs. 42 ss.), que bien podrían terminar atribuyendo en éste a los jueces la última palabra bajo el principio de deferencia hacia el legislador, evocan quizá la doctrina norteamericana de los derechos fundamentales, menos determinada por rigurosas consideraciones dogmáticas que por las exigencias del discurso práctico.

En efecto, el autor despliega su mejor capacidad argumentativa al atenerse a las exigencias impuestas por cuantos conflictos se plantean hoy en la *sociedad abierta de intérpretes de los derechos fundamentales*¹⁵. Aborda Díez-Picazo, por ejemplo, la compatibilidad de las medidas de acción positiva con el principio de igualdad ante la Ley (pág. 134), la supuesta obligación estatal de castigar la eutanasia activa (pág. 198), el modo de concretar el límite del «orden público» respecto de las manifestaciones externas del pluralis-

Constitución», LÓPEZ PINA (ed), *División de poderes e interpretación: Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid: Tecnos, 1982, pág. 162.

15. HÄBERLE, P, «Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional», LÓPEZ PINA (ed), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid: Cívitas, 1991, págs. 274, 275

mo religioso en nuestras sociedades (pág. 213)¹⁶, la «alarma social» como criterio para justificar la orden de prisión provisional (págs. 239, 240), la videovigilancia en lugares abiertos al público y en el centro de trabajo (págs. 252 y 258), la independencia de la administración de justicia frente a los llamados *juicios paralelos* realizados por los medios de comunicación, la ilegalización de partidos políticos en función de los fines perseguidos por éstos (págs. 328 ss.), el transfugismo político (págs. 345 ss.), el matrimonio entre personas del mismo sexo (págs. 412 ss.), ... La presencia de estos temas hace de la obra un texto vivo, a la altura del tiempo presente, que desafía a todos los constitucionalistas mediante la originalidad y persuasividad de sus razonamientos.

La doble construcción, teórica y práctica, se desdobra, pues, en dos perspectivas de aproximación correlativas. No hace falta decir que ello en absoluto constituye un demérito del libro comentado. Antes bien, multiplica su capacidad de sugerencia, colocando al lector ante la necesidad de reaccionar en diversos niveles de reflexión. Esta recensión sólo pretende dar cuenta de cuan estimulante puede resultar el reto.

Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ AURIOLES

Profesor Ayudante

Universidad Nacional de Educación a
Distancia

16. También referido a las sectas.