

LA PROTECCION JURISDICCIONAL DE LA LIBERTAD EN ESPAÑA

RICARDO MEDINA RUBIO
España

La fórmula magistral del artículo 16 con la que concluye la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 es la piedra de toque que tradicionalmente viene utilizándose para contrastar la autenticidad liberal democrática de cualquier régimen político: Los estados en los que el poder no está dividido ni se garantizan los derechos inherentes a la persona, carece de Constitución.

Esta fórmula antigua, desusada ya en aquellos países occidentales o de influencia occidental que la vienen avalando desde hace tiempo, reaparece con sorprendente actualidad en la España de hoy por razones obvias y a su luz cabe preguntarse si se cumple en el nuevo régimen político español. La primera parte de la misma es de fácil constatación; basta observar la realidad inmediatamente establecida a partir de las elecciones de 1977 para darse cuenta que la Constitución de 1978 se halla inspirada en la división de poderes, con todas las matizaciones legítimas que el desarrollo del parlamentarismo contemporáneo conlleva. El absoluto sometimiento de las funciones estatales a la organización que establece la Constitución haría aparecer escandalosamente evidente cualquier contravención práctica del principio. Si la Constitución española fuera semántica en este aspecto impediría el funcionamiento del Estado en condiciones normales, y ni siquiera en las situaciones excepcionales —estado de excepción, alarma y sitio; sin perjuicio de la ley orgánica que sobre dichos estados se discute actualmente en el Parlamento— la Constitución permite la concentración de poderes observándose en los preceptos constitucionales que regulan los citados estados la constante supervisión del Parlamento.

Otra cosa ocurre con la garantía de los derechos inherentes a la persona, cuya declaración y procedimientos de salvaguarda también quedan establecidos en la Constitución pero cuya aplicación práctica no es tan inmediata como en el caso de la división de poderes: Cualquier Estado puede funcionar normalmente sin que se dé una garantía

efectiva en el ejercicio de esos derechos, ésta puede ser más o menos mistificada con instrumentos que la propia Constitución y el resto del ordenamiento jurídico facilitan. La crisis del Estado liberal democrático actual parece justificar en ocasiones una decadencia en la protección de los derechos subjetivos; procedimientos como la exigencia de normas de desarrollo (leyes orgánicas) de las garantías pueden matizar sustancialmente a éstas vaciándolas, muchas veces, del contenido que la propia declaración constitucional les confiere. La perpetuación de leyes de excepción que recortan las garantías por razones “coyunturales” —no previstas en la Constitución— y, en general, toda la labor legislativa de organización y desarrollo del ejercicio de los derechos fundamentales, hace que la práctica jurídica del Estado, en ocasiones, desvirtúe considerablemente el sentido del artículo 16 de la Declaración antes aludida. Pero las razones de la crisis en la protección de los derechos fundamentales en la España actual no son sólo institucionales —la exigencia de esa amplia y compleja normativa de organización y desarrollo— sino, sobre todo, sociológicas o *facticas*, por emplear, en este último caso, un vocablo que se ajusta bastante bien a la vida política española de la transición, muy determinada por factores extrajurídicos.

En primer lugar, en lo institucional, basta asomarse a las leyes que desarrollan o tienen que ver con las garantías para observar dos cosas:

1. Que después de casi tres años de vigencia de la Constitución de 1978, sólo se ha legislado en una parte mínima sobre los derechos fundamentales.¹

2. Que algunos preceptos constitucionales desarrollados hasta ahora lo han sido por normas que resultan inadecuadas bien por su procedimiento de promulgación, que en ocasiones cabe, al menos, la duda de su constitucionalidad, bien por su contenido que no responde a las condiciones de eficacia que tales normas deben reunir.

Para demostrar esto es suficiente con analizar dos leyes de reciente promulgación:

¹ En estos momentos, no existen todavía las preceptivas leyes orgánicas referentes a: Asistencia del letrado al detenido en las diligencias policiales y judiciales; si bien, existe una cierta práctica del mandato constitucional que no está establecida por ninguna ley orgánica y se cumple de manera muy irregular; por ejemplo, se da un plazo de 8 horas para que comparezca el abogado en el interrogatorio; o bien, las estadísticas demuestran la masiva e incomprensible renuncia a este derecho en una proporción que supera el 90% de los casos. Tampoco se ha legislado respecto del procedimiento de “habeas corpus”; limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar; derecho de los españoles a entrar y salir libremente de España; regulación de los casos en que por motivos de parentesco o secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos; autonomía de las universidades; derecho de petición individual y colectiva; libertades públicas de los extranjeros en España; por poner sólo algunos ejemplos.

— La ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (L.P.J.) de 26 de Diciembre de 1978 (Boletín Oficial del Estado de 3 de enero de 1979).

— La ley orgánica de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes (L.O.E.O.D.) de 11 de diciembre de 1980, que, aunque no se trata expresamente de una ley de desarrollo de las garantías, contiene preceptos relacionados sustancialmente con las mismas.

En cuanto a la primera, LPJ, concurren en ella circunstancias que hacen pensar en su inconstitucionalidad. No es una ley orgánica sino ordinaria cuando es preceptivo, según el art. 81 de la Constitución, que las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales sean orgánicas.² Por otra parte, siendo una ley aprobada por el Parlamento antes que la Constitución (26 de diciembre), entra en vigor después que ésta (3 de enero); es decir, no es susceptible de ser considerada derogada por los tribunales ordinarios en virtud de la disposición derogatoria de la Constitución que parece referirse sólo a normas anteriores, y, por el contrario, precisa de una declaración expresa de inconstitucionalidad por parte del Tribunal constitucional, siguiendo en vigor mientras tanto a pesar de que se trata de una ley anterior en su aprobación aunque posterior en su entrada en vigor y de que su contenido es, a mi juicio, claramente inconstitucional. La simple aplicación de la disposición derogatoria, tomando como referencia su fecha de aprobación por el Parlamento, impediría su aplicación por los tribunales ordinarios.

² No obstante, es necesario señalar la contradicción, no resulta todavía por la doctrina o la jurisprudencia, entre los artículos 53 y 81 de la Constitución: Mientras éste último parece exigir que todas las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales sean leyes orgánicas, es decir, leyes que exigen para su aprobación la mayoría absoluta del Congreso, el artículo 53, al no utilizar el calificativo de orgánicas para las leyes que regulan el ejercicio de tales derechos, parece indicar que el desarrollo de los mismos puede hacerse por ley ordinaria que sólo requiere para su aprobación la mayoría simple de la cámara. Una posible interpretación sería la siguiente: El artículo 53 se refiere a los derechos comprendidos en el capítulo 2o. del Título I de la Constitución, pero dentro de este capítulo 2o. hay dos clases de derechos perfectamente diferenciadas, los derechos que aparecen incluidos en la Sección 1a. (arts. 15-29) y los que lo están en la Sección 2a. (arts. 30-38). Los primeros, los de la Sección 1a., son los considerados fundamentales que consisten en una actitud pasiva del Estado y activa del ciudadano, son también aquellos derechos susceptibles de ser protegidos en su ejercicio por procedimientos jurisdiccionales —tribunales ordinarios y tribunal constitucional—. Por el contrario, los derechos pertenecientes a la Sección 2a. consisten en prestaciones del Estado hacia los ciudadanos y no se benefician de la misma protección jurisdiccional, en todo caso, serán objeto de la actuación del defensor del pueblo. Sería presumible, en una interpretación restrictiva, que el art. 53, que habla de leyes ordinarias en el desarrollo de los derechos, se refiera a los no susceptibles de protección jurisdiccional, o sea, a los derechos recogidos en la Sección 2a. del capítulo 2o. del Título I, mientras que los recogidos en la sección 1a. del mismo capítulo serían los fundamentales, los que cuentan con una protección jurisdiccional y requieren para su desarrollo de leyes orgánicas.

Otra peculiaridad criticable en esta ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales consiste en que desvirtúa el sentido del amparo por la inclusión de instituciones que sólo con dificultad pueden equipararse a las que normalmente se ocupan de ese cometido. Hasta ahora, el amparo siempre se ha entendido frente a los actos de los poderes públicos y en este sentido la LPJ recoge un procedimiento, llamado en la propia ley “garantía contencioso-administrativa”, que no es sino una simplificación del recurso contencioso-administrativo; dejando aparte, en este momento, si tal procedimiento simplificado puede cumplir la finalidad del amparo, lo que verdaderamente sorprende de esta norma es la inclusión de otros dos procedimientos, los llamados en el texto “garantía jurisdiccional civil” y “garantía jurisdiccional penal” que, en ambos casos, van dirigidos a proteger los derechos fundamentales no frente a actos de los poderes públicos sino de los particulares, lo cual resulta, a todas luces, insólito y le da a esta ley el aspecto de un “cajón de sastre”.

Pero, quizá, el defecto más grave que se observa en esta ley de protección jurisdiccional sea el incumplimiento de un principio procesal básico en estas cuestiones: la agilidad, facilidad y rapidez en la tramitación de los procedimientos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, como sabiamente recomendara Tocqueville en “La democracia en América”. La LPJ no rompe la barrera habitualmente establecida entre el ciudadano de a pie y la administración de justicia.

La otra norma, de más reciente publicación que la anterior, la LOEOD, ha provocado cierta expectación en los medios policiales y judiciales dada su particular estructura y oportunidad. Esta ley orgánica que carece de exposición de motivos, lo que dificulta, en principio, la averiguación de la intención del legislador, parece estar encaminada a proporcionar —en este caso sí— un procedimiento ágil y rápido de enjuiciamiento de aquellos delitos, con penas menores a seis años de privación de libertad, que más proliferan en la actualidad en España y que por ello determinan un cierto estado de la opinión pública que vincula, en una relación de causa a efecto, tal proliferación al régimen democrático. La sensación de apresuramiento en la elaboración de la ley que se desprende inmediatamente de su lectura, ley que, desde luego, sí reúne las características ausentes en la LPJ (agilidad y rapidez en la ejecución de los trámites), parece responder a esa presunción que considera la existencia de unos delitos propios del sistema democrático, presunción que, de todas formas, no queda aclarada por carecer dicha ley, como se advertía más arriba, de la acostumbrada exposición de motivos.

Es criticable, también, y así lo han hecho juristas de muy diversos sectores, abogados, jueces, fiscales,³ la indeterminación respecto al papel de la policía judicial que el artículo 3o. le atribuye en la fase de las diligencias. En este punto, la ley es peligrosamente escueta por cuanto de pie para pensar que la policía podrá ejercer funciones jurisdiccionales que la Constitución, en su artículo 117.3, sólo permite a jueces y tribunales.

Por otra parte, se omite la presencia del abogado en los llamados “actos de investigación” en los que también participa, o realiza exclusivamente, la policía, lo que puede interpretarse en el mejor de los casos como una referencia tácita a los artículos 17 y 24 de la Constitución que consideran inconstitucional la ausencia del letrado en los interrogatorios al detenido.

Institucionalmente, pues, cabe afirmar que, por ahora, no se ha producido sino un desarrollo mediocre de los brillantes principios que en materia de derechos humanos reconoce la Constitución de 1978. La inexistencia de la ley orgánica reguladora del procedimiento de “habeas corpus” constituye de por sí el botón de muestra del corto desarrollo institucional de la Constitución en sus casi tres años de vida.

Sin embargo, más grave que esta insuficiencia institucional en materia de derechos humanos, parece ser, como se señalaba al comienzo, el condicionamiento sociológico en el ejercicio de los mismos: el significado del amparo, amplia y claramente establecido en el derecho comparado como institución o conjunto de instituciones cuya finalidad primordial consiste en la evitación o interrupción de los actos lesivos de los poderes públicos, no constituye todavía un elemento fundamental en la conciencia política de los españoles, en las dos vertientes que interesan al caso: los ciudadanos y los miembros de los cuerpos del Estado especialmente relacionados con el ejercicio de los derechos fundamentales, judicatura y policía. Y el defecto resulta todavía más grave si se piensa que la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales no es un elemento ni nuevo ni extraño en la historia jurídica española; tanto el derecho medieval como el contemporáneo ofrecen ejemplos ilustres. Baste saber que la idea de amparo, tan extendida en Latinoamérica, es un concepto de raigambre hispánica, como indicara acertadamente el profesor Fix-Zamudio, o que la II República española supuso la instauración de un sistema de garantías, muy acorde con los últimos logros de la llamada justicia constitucional europea y, desde luego, con una clara finalidad de cumplimiento de la idea de amparo.

3 “El País”, 5 de febrero de 1981.

Quizá, la ausencia de la aludida conciencia general en estas cuestiones se deba, en parte, a que en el sistema de protección jurisdiccional de la Constitución de 1978 se entrecuzan diversos orígenes (derecho anglosajón, histórico y continental) lo que contribuye a desdibujar el contorno de las instituciones actuales. Pero sólo en parte, porque la causa es más profunda y se refiere a la peculiar manera como España ha pasado, no sin derramamiento de sangre, de una dictadura a una democracia, manteniendo a los mismos hombres en la administración y en los cuerpos del Estado, una administración y unos cuerpos procedentes ideológica y estructuralmente del antiguo régimen.

Ese original paso de un régimen autocrático a otro democrático sólo ha reformado los principios y las instituciones sin que se haya dado la natural correspondencia en las personas y en sus relaciones, así como en las creencias comunes de los españoles. Las estructuras siguen siendo las mismas, su provisión social y humana ha cambiado sólo levemente. Se trata del inconveniente del “consenso” y su tendencia a los resultados híbridos. La labor de recuperar aquella conciencia del amparo no ha hecho, pues, más que empezar y es de temer, dado el desarrollo institucional por una parte, y por otra, los últimos acontecimientos, que se tarde aún mucho en contar con libertades efectivas que es lo mismo que decir efectivamente protegidas.