

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN UNA SOCIEDAD DE CAMBIOS INCESANTES

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga*

Antes de considerar los cambios profundos que afectan a nuestra sociedad de forma incesante, hemos de recordar *el ordenamiento constitucional* en que tales cambios se producen.

La Constitución Española de 1978 formaliza una determinada organización jurídico-política: un Estado de las Autonomías. Podría decirse que hace más de treinta años se construyó un edificio en el que convivimos los españoles. (Utilizo el ejemplo del edificio para facilitar el entendimiento de lo que a continuación quiero exponer).

Todo edificio descansa en unos cimientos, que le proporcionan estabilidad, y se configura con unas paredes, algunas de ellas maestras, y con otros elementos que los arquitectos seleccionan y distribuyen en el conjunto de la obra. No todos los componentes son igualmente importantes. Cabe sustituir o eliminar piezas secundarias sin que el edificio desaparezca.

Pero ningún edificio se mantiene en pie si sus cimientos se deshacen. También es motivo de destrozo la rotura de las paredes maestras. No afectan a la permanencia de la obra, en cambio, los retoques en elementos menores.

Los cimientos del edificio constitucional español se hallan definidos, de forma expresa y clara, en el texto: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble

* Sesión del día 16 de noviembre de 2010

unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles...” (art. 2). Afirmar que “se fundamenta” es proclamar que ahí se encuentra uno de los cimientos del edificio.

La lectura del texto constitucional, además, nos ilustra para saber que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado” (art. 1.2) y que la solidaridad entre las nacionalidades y regiones que integran la Nación española es un principio básico que da razón y fundamento al ordenamiento jurídico-político.

Son susceptibles de discusión -y de reforma- componentes accidentales del edificio, por ejemplo las reglas de elección de los diputados y senadores, o la preferencia del varón a la mujer en la sucesión en el trono. También *se debe actualizar*, dentro de la Constitución, *la Tabla de derechos y libertades* con el fin de proporcionar cobertura jurídico-política a situaciones surgidas con la revolución de las técnicas en el último cuarto de siglo; nuevas maneras de ser y de convivir (televisación de lo público, internet, sociedad en red y redes sociales, teléfonos móviles; sociedad de la información, en suma) inimaginables en 1977-78, cuando se elaboró el Gran Texto.

El edificio constitucional español es el propio de un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1 CE). En este edificio tiene cabida la autonomía de nacionalidades y regiones. Sin embargo, *la autonomía no es soberanía*. Tenemos un Estado *complejo*, ciertamente, pero que no es un Estado federal.

Es verdad que el federalismo ha experimentado, a lo largo de los últimos dos siglos, transformaciones en la manera de entender las competencias de sus componentes. Hasta tal punto cambió el sistema original de reparto de las competencias entre el Estado federal y los Estados miembros, que ya por los años treinta del siglo XX empezó a hablarse del “federalismo cooperativo” y del “nuevo federalismo”.

No obstante la variedad actual de Estados federales pueden indicarse algunas reglas que, como principios configuradores, encontramos en casi todos ellos. Primero, la autonomía legislativa de los Estados federados. Poseen competencia para dictar leyes que no son de un rango inferior al de las leyes de la federación. Los conflictos de normas se resuelven conforme a la distribución de competencias señalada en cada Constitución.

Si nos fijamos en lo que acontece en España, con las varias propuestas y contrapropuestas en danza, llegamos a la conclusión siguiente: la presente organización territorial no puede considerarse propia de un Estado federal. En el artículo 149.3 de la Constitución se afirma: a) Que las normas del Estado prevalecerán, en

caso de conflicto, sobre las normas de las Comunidades Autónomas “en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas”; b) Que el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.

Un Estado federal no suele admitir la prevalencia del derecho de la federación respecto al derecho de uno de sus componentes, y la supletoriedad del derecho de la federación no se apoya en la idea de la existencia de un ordenamiento jurídico común —supuesto español—, que presta unidad y confiere sentido a los ordenamientos parciales de las Comunidades Autónomas. Con los postulados esenciales de nuestra vigente Constitución, el Estado de las Autonomías, salvo que el titular del poder constituyente (el pueblo español) decidiera el cambio tajante, no es un Estado federal, ni puede transformarse en un Estado federal.

En la Constitución de 1978 los españoles alteramos las clasificaciones de los Estados e hicimos aparecer en ellas la novedad del Estado de las Autonomías.

El edificio constitucional español es susceptible de retoques. Algunos elementos son accesorios. Pero lo que no se puede demoler son los cimientos y las paredes maestras, insistimos en ello. Y tampoco resulta admisible que la reforma de lo que es susceptible de mejora se plantee y se lleve a cabo con violación de los preceptos que la propia Constitución establece para su revisión.

El edificio constitucional exige *una determinada forma de ser analizado y valorado*. ¿Es nuestra disciplina académica el Derecho Político o es el Derecho Constitucional?

El año 1957, cuando yo inicié mi labor como catedrático en la Universidad de Barcelona, mi asignatura se denominaba “Derecho Político”. Venía incluyéndose con este rótulo, desde tiempos lejanos, en los planes de estudio de las Facultades de Derecho españolas. Los colegas de otras naciones europeas nos miraban con envidia. “Derecho Político” resultaba el título más adecuado para unos saberes que no eran ni exclusivamente jurídicos ni exclusivamente políticos. Los franceses, por ejemplo, intentaron superar el formalismo excesivo de su tradicional “*Droit constitutionnel*” completando la presentación académica con una referencia a las instituciones políticas: “*Droit constitutionnel et institutions politiques*” fue la materia de la segunda mitad del siglo XX.

Pero con un entusiasmo constitucionalista, comprensible pero en este caso injustificado, las reformas universitarias posteriores a 1978 sustituyeron nuestro “Derecho Político” por un “Derecho Constitucional”. Una asignatura con este nombre es la que ahora se cursa en las Universidades españolas.

Menos habría que objetar al cambio de rótulos académicos, “Derecho Constitucional” donde antes figuraba “Derecho Político”, si el enfoque de la realidad a

estudiar fuese el adecuado. Sin embargo, es lamentable que no todos los que se ocupan de estas cuestiones centren bien el visor de las cámaras; son bastantes los que recogen con escasa claridad el objeto. No todos son conscientes de que es una realidad jurídico-política la que debemos considerar.

Realidad jurídico-política que, en terminología de Zubiri, es “una unidad de determinación principal”, en la que los principios son políticos y jurídicos. Sería erróneo pensar que uno de los elementos estructurales —principios— se bastase por sí mismo. El Poder (factor político) y el Derecho (factor jurídico) están vinculados en una unidad de determinación. El Poder formaliza al Derecho y el Derecho formaliza al Poder. De ahí la preeminencia del rótulo “Derecho Político”.

El intérprete de la realidad jurídico-política no ha de operar sólo con criterios jurídicos, como debe hacerlo el intérprete, juez o adocrinador, de las leyes ordinarias. Uno de los más grandes magistrados constitucionales habidos en la historia, el juez Holmes, escribía en 1891: “Toda la silueta del Derecho es el resultado de un conflicto entre la lógica y el buen sentido, aquélla esforzándose por llevar las ficciones a conclusiones consistentes, éste por refrenar, y al final vencer, ese esfuerzo, cuando los resultados son harto manifiestamente injustos”.

Holmes, desde su poltrona de magistrado constitucional en el Tribunal Supremo de Washington, intervenía con frecuencia en los debates públicos. Sabía que la materia de sus consideraciones eran jurídicas y políticas o, mejor, jurídico-políticas. Un papel semejante en la escena norteamericana fue el desempeñado por Warren, el eminente magistrado al que se le confió la misión jurídico-política de exponer al mundo lo que fue el asesinato del presidente John F. Kennedy. Olvidándose de Holmes, de Warren y de sus más insignes colegas, algunos han llegado a afirmar, entre nosotros, que el juez constitucional sólo debe hablar públicamente por medio de sus Sentencias.

La conveniencia de superar el mero “Derecho Constitucional” por un “Derecho Político” está implícita en la doctrina de ciertos maestros del siglo XX europeo. Tal es el ejemplo de Maurice Hauriou, para quien las leyes constitucionales no significaban nada como reglas: “Únicamente tienen significación en cuanto son estatutos orgánicos de instituciones, esto es, en cuanto están fundidas en un orden de ideas morales objetivadas en un medio social”.

La habitual técnica jurídica resulta insuficiente para interpretar la Constitución, ya que ésta se proyecta en una realidad jurídico-política. En el prólogo al libro de Adolfo Posada “La idea pura del Estado”, escrito por el profesor Pérez Serrano, se afirma: “Para darnos una explicación satisfactoria del fenómeno político, hemos de abandonar los valles en que florecen por doquiera las instituciones de técnica constitucional y remontar el vuelo, en alas de la Metafísica, hasta alcanzar la fuente

primera, que el Autor evoca con palabras del más alto de nuestros místicos”. El Autor es, como decimos, Adolfo Posada y el místico San Juan de la Cruz, transportado a la región de luz y poesía, donde encuentra la “fonte que mana y corre”: *Aquella eterna font.../ Su origen no lo sé, pues no lo tiene;/ Mas sé que todo origen de ella viene.*

Pero antes de remontar ese vuelo, y con el fin de que el punto de partida sea una plataforma sólida, hemos de tener en cuenta que el ordenamiento constitucional se vertebra con normas y con principios. Gracias a estos últimos se obtiene una visión global. La Constitución “no puede ser leída como un tratado de geometría, pasando de axiomas a teoremas y de teoremas a corolarios. La Constitución hay que descifrarla, por el contrario, como la partitura de una sinfonía o de una ópera, en su complejidad de líneas melódicas, de contrapuntos, de ritmos, de instrumentos y voces”, nos enseñaba en París, por los años cincuenta del siglo XX, el maestro Vedel. La Constitución no es una mera norma jurídica. Es una ordenación jurídico-política.

En este ordenamiento jurídico-político configurado por la Constitución de 1978 hay que considerar los derechos fundamentales que se reconocen en el texto y son debidamente protegidos. ¿Faltan allí algunos de los que ahora, treinta y tantos años después, nos parecen esenciales? ¿Hasta qué punto los cambios incesantes y profundos en nuestra manera de ser y de convivir obligan a reformar la Constitución vigente? ¿Cómo queda la Constitución de 1978 en la realidad social del año 2010?

La Tabla de Derechos de la Constitución española es bastante extensa, una de las menos incompletas de las promulgadas hasta este momento en Europa o América. Esto no quiere decir, vamos a insistir en ello, que todos los derechos fundamentales se encuentren ya tutelados en nuestra Norma Suprema.

Fue demasiado pretencioso el constituyente español en su afán omnicompreensivo y no dejó abierta la lista de los derechos que deben ser amparados.

No se tuvo en cuenta la certera advertencia de los estadounidenses en 1789, al introducir en su Constitución la siguiente enmienda: “La enumeración de ciertos derechos que se hace en esta Constitución no debe interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo” (Art. IX).

Recientemente Naciones próximas a nosotros han modificado sus Constituciones para dar cobijo en ellas a derechos fundamentales nuevos, que acaso no eran suficientemente relevantes en 1978, y admitiendo -lo que me interesa destacar- que pueden existir otros derechos de naturaleza análoga a los que figuran en las Tablas oficialmente publicadas, derechos constitucionales atípicos, en unos casos, de contenido material no formalizado, en otros, que son, en definitiva, derechos extraconstitucionales, o derechos nuevos.

Los portugueses dieron el paso adelante con el artículo 17 de su Norma Suprema, revisado en 1982: “El régimen de derechos, libertades y garantías se aplica a los enunciados en el título II y a los derechos fundamentales de naturaleza análoga”. Resulta insatisfactorio, por otras causas, el sistema luso de cobertura de los derechos y libertades. Pero la atención prestada por la doctrina portuguesa a los derechos extraconstitucionales, con la advertencia de que los actuales catálogos de las Constituciones resultan incompletos, nos obliga a meditar sobre una posible enmienda a lo nuestro, que derribe los obstáculos para el reconocimiento de nuevos derechos, pues la interpretación generosa que propicia el artículo 10.2 de la Constitución española no colma ya las legítimas pretensiones.

Y es que ese precepto 10.2 se limita a estipular que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España. Se trata, sin duda, de una norma de interpretación que permite enriquecer el patrimonio cívico de los españoles. Somos titulares de unos derechos, enumerados en la Constitución, los cuales quedan reforzados por las proclamaciones supranacionales de mayor extensión o intensidad. Pero estos derechos robustecidos al máximo siguen siendo los expresamente reconocidos en el texto constitucional. Por el contrario, son los extraconstitucionales, aquéllos que fueron infravalorados en el texto de 1978, o de difícil captación entonces, los que en este momento debemos tener en cuenta para dar plenitud al proyecto democrático.

Otra nación entrañable del mundo iberoamericano, como es Argentina, se mostró sensible a estas pretensiones democráticas, y en su reforma de 1994 ha dedicado un capítulo del texto constitucional a “Nuevos derechos y garantías” (arts. 36 a 43). Es cierto que algunos de estos derechos, denominados corrientemente de la tercera generación (primera generación de derechos, los políticos o cívicos; segunda generación, los económicos y sociales; tercera generación, los derechos de solidaridad o colectivos) figuran ya en nuestra Tabla de 1978. Pero aún más que el recuento pormenorizado, lo que me importa subrayar es que en Argentina, como en Portugal, *no se cierran las puertas a futuros derechos*. El viejo artículo 33 de la Constitución de la Nación Argentina facilitó la ampliación. Vale la pena transcribirlo (si bien la “forma republicana de gobierno” ha de leerse al modo francés, que no excluye los regímenes democráticos de las grandes Monarquías europeas): “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

En la doctrina argentina se distingue, antes y después de la reforma de 1994, entre derechos explícitos, derechos inferidos (consecuencia de los explícitos),

derechos no enumerados en la Constitución y derechos imputados (creados por la jurisprudencia). Nunca, pues, un “*numerus clausus*”.

Conveniente y oportuno, en este momento de aceleración de la historia, con cambios en un decenio de más alcance que los que se registraron en siglos completos anteriores, cuando la fulgurante tesis del “fin de la historia” ha caído en el foso de los olvidos con la misma rapidez con que se propagó; conveniente y oportuno, digo, es mantener abiertas las Constituciones para la recepción de cualquier derecho fundamental que merezca ser acogido y protegido en ellas. Por ejemplo, aún no hemos proclamado constitucionalmente *el derecho a la paz*. Y en esta época de “televisación de lo público”, es otro derecho fundamental el “*derecho a no sentarse en el banquillo*”, el banquillo de los acusados, sin que previamente se hayan resuelto en el proceso las cuestiones (verbigracia, las peticiones de nulidad) relativas a la tutela judicial efectiva, sin indefensión.

Anticipo estas muestras de derechos fundamentales de distinto perfil y vario colorido. Luego me referiré a la nueva modernidad y a los “tiempos fluidos” que exigen una revisión profunda. Los ciudadanos que nos sucedan en esta vida terrenal reclamarán, sin duda, otros derechos que nosotros apenas atisbamos en el horizonte democrático.

El caminar de la historia va por esta dirección. Derechos extraconstitucionales ganan, poco a poco, estatuto constitucional. En los últimos años, sin embargo, empieza a cobrar fuerza un movimiento jurisprudencial de signo contrario. El Tribunal Supremo norteamericano, presidido por Rehnquist, quiere expulsar del ordenamiento jurídico derechos que fueron paciente y eficazmente amparados cuando Warren pilotaba aquella Corte de Justicia. Si el reloj de la jurisprudencia se parase allí, y dada la influencia de Estados Unidos en todos los países, probablemente nos encontraremos pronto con otra clase de derechos extraconstitucionales, o sea los erradicados del sistema liberal después de haber pertenecido al mismo.

Lo que Rehnquist y sus correligionarios predicán es la vuelta a los orígenes, el retorno a los años fundacionales, con una tutela circunscrita a los derechos que los padres de la Nación defendieron y consignaron en sus documentos, a finales del siglo XVIII. Parece una herejía histórica este “originalismo”, pero la aventura cuenta con numerosos entusiastas. El mismo propósito fundamentalista se postula por el “textualismo”, la interpretación literal de las normas protectoras de derechos y libertades públicas, a fin de no admitir otros valores constitucionales en el presente ordenamiento. En suma, la desconstitucionalización de cuanto se pueda y la reducción al mínimo del capital jurídico de los ciudadanos.

El mundo de 1978 no era el mundo de 1787, ni el de 1791, el que obligó a incorporar las Diez Enmiendas, o “*Bill of Rights*”, a la Constitución de Estados Uni-

dos. Hace más de treinta años se captaron en España los derechos de la etapa final del siglo XX. Pero no fueron incluidos en el texto constitucional todos los derechos fundamentales. Bueno sería tomar conciencia de ello. Las Constituciones, como los árboles, o crecen, o mueren.

He apuntado antes que la *televisación de lo público* obliga a una reconsideración de los derechos fundamentales. ¿Qué entiendo por “televisación de lo público”?

Las campañas electorales ponen de manifiesto las diferencias entre nuestra actual *situación* y la *situación* de los candidatos y los votantes de la primera mitad del siglo XX. Me refiero a la *situación-límite*, que explicara Jaspers, la que afecta a la existencia en su esencia. La situación como sistema de condicionamientos y posibilidades de todas clases para hacer la vida. El observador miope se fija sólo en las circunstancias políticas, al tratarse de unos comicios de esa especie. Sin embargo, nuestra decisión en unas elecciones, lo mismo que las actitudes que adoptan los ciudadanos en las otras democracias contemporáneas, tiene que analizarse y explicarse a la luz de los varios componentes que enmarcan nuestra manera de ver y actuar. Somos seres humanos situados, no ángeles utópicos y ucrónicos, con viejos condicionamientos heredados de quienes nos precedieron en la aventura vital (permaneciendo esas piezas duras del entorno sobre los cambios y las revoluciones), y con condicionamientos nuevos, que dan otro sentido a los hechos más recientes. Entre estos innovadores datos para la valoración de unas elecciones, y para la consideración de los derechos implicados en ellas, se destaca la reciente *televisación de lo público*.

El candidato se presenta a sus posibles votantes de una forma radicalmente distinta de la habitual en los comicios del tiempo antiguo. (La frontera hay que situarla en 1960, por lo que luego diré, con lo que la era presente cuenta sólo con 50 años). La *televisación de lo público* facilita un contacto directo del aspirante al cargo político con quienes deben darle su apoyo en las urnas. Nunca, en la historia conocida, se han visto tan cerca y con tanta frecuencia a los candidatos. Los cronistas de la II República española, por ejemplo, relatan las campañas agotadoras de los principales dirigentes, viajando de pueblo en pueblo, interviniendo en varios mítines un mismo día, con la pretensión de ser vistos y oídos por unos miles de votantes. Al final de la maratón electoral, el líder más afortunado conseguía, por los años treinta del siglo XX, ser escuchado en directo por unas cien mil personas (quizás un techo inalcanzable). En las campañas habidas aquí a partir de 1977, las representaciones importantes cuentan con más de diez millones de telespectadores, que ven junto a ellos, en la intimidad de los hogares, a quienes admiran, o consideran menos malos, y a quienes detestan. La relación política, en la época de la *televisación de lo público*, resulta más intensa que la relación entre familiares lejanos y amigos en territorios distantes.

Acontece así, y de modo progresivo, desde 1960, una fecha simbólica por haber tenido lugar ese año el debate de Kennedy y Nixon ante las cámaras de TV. Poco después, en 1965, el general De Gaulle venció a sus contrincantes a la Presidencia de la República con unas espléndidas intervenciones en la TV francesa. Kennedy superó los muchos obstáculos que se oponían en su carrera a la Casa Blanca, y rompió los esquemas rocosos de los aparatos de los partidos norteamericanos, gracias a su presencia y a sus palabras en la TV. Unos minutos en las pantallas fueron decisivos. Los mítines en los teatros, en los estadios deportivos o en las hispanas plazas de toros, apenas cuentan ya.

Las masas las mueve la TV. La *televisación de lo público* es una fórmula que sirve para expresar que los poderes se ejercen ahora formalizados por la TV y que las instituciones funcionan con esa misma cobertura. Cuando falta el principio formalizador, que es la TV, el poder o la institución no alcanzan el nivel de eficacia necesario en el quehacer político. La movilización de voluntades ajenas -esencia del acto político- es mínima, o demasiado pequeña, sin la cooperación de la TV, en cuanto principio formalizador del mensaje. Antes de 1960, y después de 1960, la política es una actividad distinta.

La radio y la prensa, aunque son importantes proporcionan una cobertura menor.

La reinención de la democracia, ese apasionante cometido al que dediqué uno de mis libros (*La ilusión política*, 1993), ha de acometerse en nuestra situación propia, definida por la *televisación de lo público*. Las reglas anteriores a 1960 deben revisarse, así como las instituciones clásicas de los regímenes políticos, sean éstas de corte parlamentario o de corte presidencialista. Mientras no se preste atención a las relaciones sociales básicas enmarcadas en la *televisación de lo público*, seguiremos hablando de la crisis del Parlamento, de los defectos de la Administración de Justicia y de la insuficiencia de los resortes democráticos del control de los Gobiernos. La raíz de todas estas deficiencias es la misma: se trata de instituciones y de recetas ideadas para el momento anterior a la *televisación de lo público* y que actualmente resultan inadecuadas, una vez que el ejercicio de los poderes (políticos, económicos, religiosos, culturales, etc.) y el funcionamiento de las instituciones están formalizados, como principio configurador, por la TV.

La legislación electoral tampoco satisface las exigencias de los ciudadanos. Ocurre así en España y en el resto de los países. El votante, que está acostumbrado a seguir cotidianamente las venturas y las desventuras de los que mandan, apreciando sus rostros superconocidos o sintiendo repulsión por ellos, se halla en condiciones de pronunciarse de otra forma distinta del depósito de las papeletas en unas urnas, y con unos intervalos menos dilatados que los establecidos antes de 1960.

El referéndum debe ser reconsiderado y valorado ahora de otro modo. La TV genera hábitos de democracia semidirecta. Acaso esté más próxima de lo que pensamos la democracia por ordenador. El futuro de la TV es, según los expertos en la materia, la TV participativa. ¿Desaparecerán las urnas en un porvenir no lejano y las elecciones se transformarán, acaso, en consultas inmediatas, casi cotidianas, en las que cada ciudadano desde su domicilio o en el lugar de trabajo, utilizando el ordenador, dará respuesta a las preguntas que le formulen sus representantes políticos o quienes aspiren a serlo?. Son ya muchos los políticos que, a través de sus *blogs* o de *Facebook*, comparten cada día con sus votantes sus opiniones y agendas políticas.

La democracia vieja, anterior a 1960, ha cosechado excelentes frutos. Vivimos en libertad, disfrutando de los derechos, gracias a los padres fundadores de aquella democracia y a quienes la supieron desarrollar y consolidar. Pero las reglas y las instituciones del maravilloso invento han de adaptarse a nuestra presente situación. La *televisación de lo público* exige otra manera de elegir, de representar y de gobernar. Las que pudieron servir en el mundo anterior a 1960 se quedaron obsoletas. Los principios esenciales de la democracia -hay que insistir en ello, evitando confusiones-, conservan su valor. Continuaremos abogando por la libertad, la justicia, la igualdad y la solidaridad. Sin embargo, la lucha democrática ha de efectuarse, si queremos llegar a la meta, en un sistema renovado de normas e instituciones. Con “nuevos” derechos. La misión se presenta difícil, casi imposible. Creo que era Carlyle quien solía recordar que toda gran empresa parece imposible al principio.

Pero el tratamiento que doy a los derechos fundamentales, exige una explicación. Los derechos fundamentales, según yo los entiendo, *son una elaboración de la historia*. Paso a paso, día a día, el quehacer de hombres y mujeres ha ido configurando como derechos fundamentales, en cuanto bases o cimientos de sus organizaciones jurídico-políticas, determinados derechos humanos. Estos últimos pertenecen a “todos los miembros de la familia humana” —que es la fórmula consagrada por la Declaración Universal—, pero pocos son los regímenes que reconocen y protegen, como derechos fundamentales de su modo de ser y de convivir, todos los derechos humanos.

La contraposición que yo sugiero, entre las varias propuestas, es, por un lado, “derechos humanos”, que son derechos inherentes a la naturaleza de todos los seres humanos (los cuales “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, artículo primero de la Declaración de 1948) y, por otro lado, “derechos fundamentales”, que son derechos formalizados por la historia.

El derecho fundamental, en definitiva, es un concepto histórico. La historia no es algo externo o añadido al concepto, sino que la historia lo configura. Sin historia no hay derechos fundamentales. Aquí cabría recordar la conocida afirmación de Dilthey: “Lo que el hombre es, lo experimenta sólo a través de la historia”.

Al ser los derechos fundamentales una conquista de la historia, nos interesan ahora, de modo particular, su presente y su futuro. ¿En qué estadio de esa evolución nos encontramos? ¿Cómo se atisba el porvenir de los derechos fundamentales? Insisto en la misma pregunta: ¿Cuáles son los derechos propios de esta sociedad cambiante no previstos en el texto constitucional español de 1978?

La inflexión histórica, o cambio de sentido, se produjo precisamente con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948. Fue el primer texto con un catálogo de los derechos que deben valer universalmente, es decir, para todos los seres humanos. Hasta ese 10 de diciembre se habían confeccionado tablas de derechos y de libertades públicas que amparaban a los ciudadanos de una concreta comunidad. Así la Declaración de Virginia, de 12 de junio de 1776, o la más famosa Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, entre las primeras en el tiempo. Pero nunca se consiguió la proclamación ecuménica.

Costó mucho superar la barrera que obstaculizaba el reconocimiento de derechos, por encima de los Estados, así como —lo más decisivo— su efectiva protección y tutela. A partir de la Declaración de 1948, sin embargo, los Estados dejan de ser los sujetos exclusivos del Derecho internacional. Aparece el individuo, con su dignidad, con sus derechos inalienables. Como ha escrito el profesor Truyol Serra: “El establecimiento de un régimen internacional efectivo de los derechos humanos implica una limitación sustancial del poder soberano de los Estados, que ya no podrán dar a sus súbditos el trato que quieran en esta materia, vital para los individuos, y al propio tiempo significa la promoción jurídico-internacional del individuo, su elevación a sujeto del derecho internacional positivo universal”.

En ese nuevo régimen internacional, la Declaración de 1948 fue sólo el cuerpo central de un tríptico (la imagen es de René Cassin) cuyos paneles laterales serían: uno, los Pactos de 1966, que desarrollarían y darían fuerza vinculante a la Declaración, y otro, los procedimientos de protección efectiva, tanto los de Naciones Unidas como los regionales, entre ellos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

A pesar de los esfuerzos realizados en este último tiempo, los derechos humanos siguen siendo denegados o mal acogidos en numerosos lugares del planeta, sin transformarse en auténticos derechos fundamentales que den solidez democrática a los varios regímenes. El caso de Europa es excepcional, pues el Tribunal de Estrasburgo lleva a cabo una buena supervisión de lo que ocurre en los Estados integrados en el Consejo. Sin embargo, con la caída del muro de Berlín y el derrumbamiento de los sistemas del Este la situación se ha complicado. Oleadas de refugiados, brotes de xenofobia y de racismo, violencias descontroladas, retorno a la barbarie en lo que fue

Yugoslavia: he aquí un paisaje desolador que hizo confesar al Secretario General del Consejo de Europa, en solemne sesión de la Asamblea parlamentaria, que “sentía vergüenza”. Vergüenza europea.

Me hizo reflexionar, por todo ello, lo que una vez oí a Pierre-Henri Imbert: “Los muros más peligrosos no son los contruidos por los albañiles, sino los que están en las mentes de cada uno de nosotros”.

Fuera de Europa, y con algunas excepciones (especialmente en América), hablar de derechos humanos resulta una broma de mal gusto. Los tratados y mecanismos destinados a la protección de los derechos se han multiplicado, pero al mismo tiempo han aumentado las violaciones de ellos. Algunos informes de Naciones Unidas aseguran que más de la mitad de la población mundial está privada de derechos humanos. No hace mucho, en París, se hicieron públicos datos aterradoros (“se tortura en un Estado de cada dos”, aseguró un día Jacques Chirac), lo que llevó al Presidente francés a insistir en la urgencia de poner en funcionamiento el Tribunal Penal Internacional. Kofi Annan fue todavía más rotundo. Para el Secretario General de la ONU era necesario instaurar un nuevo orden jurídico mundial.

Pero volvamos a la Declaración Universal de 1948. Se trata de una Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas que, como tal, no posee fuerza jurídica vinculante, sino sólo valor moralizador. Los Pactos Internacionales de 1966 (cuya entrada en vigor se demoró nueve años) proporcionarían, según hemos dicho, eficacia jurídica a la Declaración.

La lectura de este documento nos llena de gozo. Nada entusiasma más que lo irrealizable en el momento de su formulación. “En la utopía de ayer se incubó la realidad de hoy”, me enseñó uno de mis maestros. Aquí tenemos un Preámbulo en el que se proclamó que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Se nos recuerda que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y en el articulado se incluyen los derechos relativos a la libertad, que implican una abstención por parte de los poderes públicos, y los derechos que exigen una acción positiva de esos poderes. Luego, en los Pactos Internacionales, y por sugerencia de la India, se hizo la distinción entre los derechos civiles y políticos, en un texto, y los derechos económicos, sociales y culturales, en otro texto.

España estuvo al margen del nuevo orden jurídico internacional hasta el advenimiento de la Monarquía de don Juan Carlos I. No formábamos parte de la ONU en 1948, por lo que ni fuimos de los 48 Estados que votaron a favor de la Declaración Universal ni de los 8 que se abstuvieron. Los Pactos Internacionales fue-

ron ratificados por España el 27 de abril de 1977, conforme a lo acordado por el Consejo de Ministros el día 23 de julio de 1976, que fue el segundo presidido por Adolfo Suárez. Ahora nuestra integración en el sistema internacional es plena.

Singular importancia posee, a este respecto, según indiqué antes, el artículo 10.2 de la Constitución Española, al imponer una interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos”. Quiere decirse con esto que, desde 1978, se ha constitucionalizado en España el gran instrumento jurídico, de dimensiones ecuménicas. Y buena parte de los derechos humanos, además, son ya derechos fundamentales expresamente tutelados en nuestro ordenamiento. Faltan algunos, según vengo razonando. La revolución en los medios de comunicación, junto a otros cambios importantes, nos obliga a completar la Tabla.

En el presente clima de convivencia internacional hay que esforzarse para que *el derecho a la paz* figure en la Tabla de derechos fundamentales. Reflexionemos un poco al respecto. Recordaré algo que personalmente experimenté.

En la primavera de 1989, efectivamente, por experiencia personal y directa, conocí los sentimientos pacifistas de una mayoría de jóvenes universitarios israelíes. El 29 de mayo de aquel año, los estudiantes de la Facultad de Derecho de Tel Aviv, reunidos en el Auditorio Malka Brender, reaccionaron con expresiones de adhesión calurosa a la argumentación que yo les exponía sobre el derecho a la paz. Fue para mí una sorpresa, lo reconozco, pues a distancia me había forjado la idea de que en Israel predominaban los temperamentos belicosos, con mucha gente dispuesta a empuñar las armas, como herederos de los vencedores en la lucha que puso fin al mandato británico (15 de mayo de 1948) y admiradores de los diversos halcones aparecidos en la difícil etapa de la construcción de un Estado nuevo. Estaba equivocado. La paz era anhelada por más israelíes de los que yo pensaba, y en la conciencia de aquellos universitarios, concretamente, habían sido erradicados los viejos deseos de exterminación de los enemigos vecinos.

Al terminar el acto académico, el decano Uriel Reichman me invitó a pasar a su despacho. Este buen profesor estaba de acuerdo con la idea de colocar el derecho a la paz en la cabecera de la tabla de los derechos fundamentales. Pero conocía mejor que yo, claro es, la realidad de su propio país. Se acercó a la biblioteca y me indicó un libro de Moshe Bella, titulado “*Olam shel Jabotinsky*”, que en español quiere decir “El mundo de Jabotinsky”. “Ahí tiene usted —me dijo— la doctrina básica del modo de pensar de otro sector de israelíes, que hoy no se han notado durante su conferencia, y el breviario de la manera que ellos tienen de hacer política”.

El pensador Vladimir Zeev Jabotinsky murió en 1940. Muchas de sus observaciones no son aplicables al mundo actual, ni algunas de sus recetas políticas tie-

nen sentido después de lo ocurrido a partir de 1948. Pero el meollo de su doctrina sigue atrayendo a la extrema derecha. Primera idea: el hecho nacional hay que realizarlo en un lugar determinado, no en cualquier sitio, y ese lugar es Eretz Israel. Las palabras de Jabotinsky al respecto son rotundas: “El núcleo auténtico de nuestra unidad y singularidad nacionales es un producto de Eretz Israel. Antes de entrar en Eretz Israel no éramos un pueblo y no existíamos. Sobre el suelo de Eretz Israel hemos crecido y nos hemos convertido en ciudadanos”. Segunda idea esencial de la extrema derecha, tomada de Jabotinsky: “Sólo por la fuerza se llevará a cabo el proyecto sionista”.

No quiero decir que los extremistas de la derecha israelí sólo se alimenten ideológicamente con las teorías de Jabotinsky, pues, por desgracia, hay otros apóstoles de la violencia que también son allí escuchados. Su discípulo Avraham Stern, por ejemplo, lanzó a la luz pública tesis más radicales, animado de un activismo político que no conocía fronteras en el momento de pactar con quien fuera, el diablo incluido. Tampoco he pretendido ampliar más allá de lo razonable la muestra sociológica que conocí en la Universidad de Tel Aviv. ¿Serviría la actitud pacifista de unos centenares de estudiantes para definir el modo de ser y pensar de la totalidad de los israelíes?

Transcurridos más de veinte años, y teniendo en cuenta el giro de los acontecimientos en los últimos meses, sospecho que efectivamente la mayoría de los hombres y mujeres de Israel defienden ya el derecho a la paz, como uno de los derechos fundamentales en este inicio del siglo XXI.

Ocurre, sin embargo, que en las relaciones de derechos que se incluyen en las Constituciones de los Estados modernos no figura el derecho a la paz. Algunas de ellas, como la española, contienen proclamaciones retóricas sobre ese derecho. Israel no cuenta todavía con una Constitución escrita, lo que se estima beneficioso por los portavoces de los grupos religiosos, los cuales sostienen que los principios esenciales del régimen político se encuentran en los textos de la Biblia. Nos hallamos en esa etapa previa de las contradicciones que se registra en cualquier reivindicación de un derecho.

El derecho a la paz es una aspiración social en sectores amplios de ciudadanos. Pero unas minorías encerradas en círculos reducidos (por ejemplo, en Israel los extremistas de la derecha y los ultras de otros signos) se oponen al reconocimiento con fuerza suficiente para malograr el proyecto, o hacer muy difícil su realización.

Con el fin de superar la contradicción, y que ésta pierda su actual fuerza destructiva al integrarse en el ordenamiento jurídico, conveniente sería que los educadores dedicasen más atención a la Polemología, o ciencia de la guerra. A mi juicio, los saberes sobre las guerras, el por qué y el para qué fueron desen-

cadenadas; los factores reales de estos sucesos, con sus motivaciones de todo orden (desde las puramente ideológicas a las económicas, desde las auténticas a las falsas causas) tendrían que integrarse en una disciplina obligatoria de los planes de enseñanza. Los datos científicos sobre la guerra deberían divulgarse también por los medios de comunicación.

Estoy pidiendo casi un imposible. La Polemología encuentra grandes dificultades para ser una asignatura troncal de los programas de formación ciudadana. Gaston Bouthoul, uno de los mejores especialistas en Polemología, lo advierte certeramente: “La guerra continúa en el ámbito de los terrores sagrados, como antes lo estuvieron el rayo y el trueno, prohibidos como tales a los físicos para que no fueran sacrílegos. Se admitía la tortura, pero se prohibía la disección”.

El asesinato de Isaac Rabin, al final de una ceremonia dedicada a la paz, precisamente, fue una nueva llamada de atención, esta vez con alcance excepcional, dada la enorme impresión que el magnicidio produjo en los centenares de millones de telespectadores de los cinco Continentes. La muerte del primer ministro israelí clausuró trágicamente el acto masivo de reivindicación del derecho a la paz en una plaza de Tel Aviv. “Por la Paz, contra la violencia”, rezaban los carteles. Pero el pacifismo sentimental no es bastante para alcanzar la meta. Sólo el conocimiento científico de la guerra, como un elemento básico de la formación cultural, nos ayudará a la definitiva tutela en los textos constitucionales del derecho a la paz, *uno de los primeros en el libro de nuestra ilusión política*.

Me referiré, por último, a la necesidad de nuevos derechos, y a la consideración nueva de los existentes en la actual “sociedad en red”.

La presencia de Internet, como hecho revolucionario a finales del siglo XX, tendrá efectos grandes e importantes en el Derecho del siglo XXI. Será necesario cambiar algunos de los actuales modos de enjuiciar los fenómenos sociales. Vivimos en el tránsito de una sociedad sólida y estable a una segunda modernidad, que dijera Ulrich Beck, con una situación de incertidumbre que el filósofo polaco Zygmunt Bauman califica como “tiempos fluidos”. La eclosión de Internet ha tenido el efecto de cambiar el modo de enfrentarse a la realidad.

En esta era de “redes sociales”, hay que reconsiderar la protección jurídica del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. También han de revisarse los modos de protección de los datos de carácter personal, con especial atención a los menores de edad. La propiedad intelectual está experimentando el impacto de las redes sociales.

Se abre también la revisión del derecho internacional, que debe ser homogéneo en este mundo de redes sociales.

El derecho se proyecta sobre situaciones concretas. No se regula en abstracto. La concreta situación de los ciudadanos en el siglo XXI —insistimos— está definida por la revolución técnica que ha generado Internet, la más importante red informática mundial, susceptible de servirse de numerosas redes: teléfono, sistema interno de empresa, televisión por cable, satélite, fibra óptica. En esta situación, radicalmente distinta, con percepción nueva del tiempo y del espacio, cambian las relaciones de los individuos entre sí y de éstos con el mundo que los rodea. La protección de los derechos resulta insuficiente si aplicamos las recetas del siglo XX. Acabamos de recordarlo.

El certificado de nacimiento jurídico de Internet fue la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de fecha 26 de junio de 1997, en la que se anularon, por inconstitucionales, dos preceptos de una ley sobre telecomunicaciones conocida como la Ley de Decencia. Se aplicaron a Internet los criterios de la libertad de expresión en la prensa. Pero con este acta de nacimiento no se han solucionado, sino que han aumentado, los riesgos de una difusión irresponsable, sin posibilidad de identificar a los autores, difusión que pasa por encima de las fronteras de los Estados, con contenidos a veces dañinos. La inmoralidad de algunos de estos mensajes, ilícitos otros, obliga a reaccionar con más firmeza y sentido de la realidad que el que demostraron los jueces norteamericanos.

El sistema del control necesario está abierto a las iniciativas de los juristas.

Hablar de los “nuevos” derechos fundamentales es añadir unos en las Tablas características del siglo XX y reconsiderar todos los derechos en las presentes circunstancias con la “televisación de lo público” y la “sociedad en red”.

Termino con la consideración de dos derechos que tienen importancia en el momento actual: el derecho a no soportar ruidos excesivos y el derecho a no ser víctima de reclamos publicitarios o informaciones no deseadas.

Sobre el ruido ya se pronunció nuestro Tribunal Constitucional en su STC 16/2004.

El ruido en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las Directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v.gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas).

Consecuentemente, conviene considerar la posible incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales.

Desde esa perspectiva de los derechos fundamentales implicados, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE.

Me referiré ahora al art. 18 CE. Mientras que el art. 8.1 CEDH reconoce el derecho de toda persona *“al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”*, el art. 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2). Respecto del primero de estos derechos fundamentales el TC ha precisado que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima.

Una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer *la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad, personal y familiar*, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el *libre desarrollo de la personalidad*. Así se ha pronunciado el TC.

Y respecto a la intromisión en la vida privada, con ataques a la intimidad, los mismos derechos fundamentales que el TC protegió contra los ruidos excesivos son violados a diario mediante llamadas telefónicas que ofrecen cambios en los servicios de los grandes suministradores, o que ofertan machaconamente cosas que no se desean. El famoso *“spam”* (práctica de enviar indiscriminadamente mensajes de correo electrónico no solicitados) tiene como aliados perversos a quienes telefonan a los domicilios particulares. Son muchísimas las víctimas de la prepotencia comercial. Ya no son sólo los *“spammers”* (individuos o empresas que envían *“spam”*) los que nos asedian. Y las leyes sancionadoras de estas conductas ilícitas están resultando ineficaces, tanto en España como en otras naciones.

En definitiva, con el reconocimiento y protección de estos derechos (no incluidos expresamente en la Constitución de 1975) se pretende retocar el edificio sin afectar a sus partes esenciales. He aquí el destino de un texto constitucional que resulta viejo con sólo 30 años, pues se aplica a una sociedad en la que el modo de ser y de convivir cambia vertiginosamente al iniciarse el siglo XXI.