

DR 29 1334

Buenas noches y bienvenidos. Aquí comienza la Revista de Derecho que les acompañará durante setenta y cinco minutos y durante este tiempo de radio les presentaremos varios temas que hacen referencia a los contenidos que se imparten en el primer año de la carrera de Derecho. Comenzaremos hablando de las características de las constituciones y los derechos y libertades que se garantizan en ellas, así como el modelo que se utiliza para la defensa de la Constitución.

Después les contaremos cuáles son las técnicas para realizar un comentario histórico jurídico de un texto. Analizaremos también la importancia del derecho como agente de la organización social y cerraremos con una breve introducción a la historia de Roma y del derecho romano. Entramos sin más a ofrecerles el primer tema de esta noche en la revista.

Con nosotros se encuentra la profesora titular de Derecho Político, Yolanda Gómez, que nos va a analizar las peculiaridades de las constituciones y los derechos y libertades que garantizan estas. Muy buenas noches y bienvenida profesora Yolanda Gómez, a la revista Derecho. Muchas gracias.

Vamos a iniciar con un tema importante y además justo dentro de tres días vamos a celebrar los 22 años de nuestra Constitución, pero vamos a hacerlo centrándonos en las características que tienen las constituciones actuales. Sí, efectivamente, este es un momento de, yo creo que de celebración y de felicitación para todos, porque la Constitución española ha demostrado que es lo suficientemente sólida para haber organizado la vida de este país durante estos años, yo creo que en beneficio de la libertad. En ese sentido, como digo, yo creo que tenemos que felicitarnos.

En general, el régimen constitucional va unido a esta idea que acabo de expresar, es decir, a la idea de garantía de la libertad. La declaración francesa, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, ya establecía que en un país en el que no estuvieran garantizados los derechos y libertades y no estuviera igualmente garantizada la separación de poderes, no había Constitución. Era un concepto, se podría decir incluso que material de Constitución, en el cual se tomaba como referente la garantía de esos derechos y libertades y luego la separación de poderes, que lleva de forma natural al control del poder político.

En general, todas las constituciones han incorporado esta idea, lo que sucede es que algunas lo han hecho con mayor eficacia que otras. Yo creo que los países que podemos denominar de nuestra área sociopolítica, hoy podrían ser identificados quizá con los países de la Unión Europea y desde luego Noruega, también hay que incluir en este grupo de países, pues han establecido unos textos constitucionales que no solamente reconocen un elenco de derechos y libertades, no solamente establecen una separación de poderes que garantice el ejercicio libre de esos derechos, sino que cada vez más se tiende a que el propio régimen constitucional establezca unas garantías que sean efectivas para el ciudadano. Porque en muchas ocasiones

las menciones de la Constitución pueden quedar algo vacías de contenido si no van acompañadas de unos mecanismos jurídicos, de unos procedimientos jurídicos, diría yo, incluso que hagan efectivas esos derechos y libertades.

Hoy en general, como digo, casi todas las constituciones incorporan estos mecanismos. La más peculiar de todas ellas, que es la Constitución inglesa, en ocasiones citada como una constitución no escrita, lo cual a mi juicio es erróneo, es una constitución escrita, lo que no es es una constitución codificada, porque está compuesta de algunos textos antiguos que son considerados la Constitución del país, ha dado un paso recientemente muy importante incluso para codificar la parte dogmática, que como digo hasta este momento, hasta hace muy pocas fechas, no venía siendo así. Ha entrado en vigor una ley, la ley que incorpora esa parte dogmática de la Constitución, que se elaboró en 1998, pero que ha entrado en vigor muy recientemente, en la cual se ha codificado también esa materia de derechos y libertades, y además incorpora como parte adicional, como anexo, incorpora el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, el denominado Convenio de Roma.

Con lo cual, ya digo que incluso la más peculiar de esas constituciones, que era hasta ahora la inglesa, ha dado un paso adelante y por lo tanto hay una cierta, voy a decir, homologación en los textos constitucionales en esta materia. ¿Cómo recoge hoy en día en las constituciones el catálogo de derechos y libertades? Bueno, como se recoge actualmente el catálogo de derechos y libertades en las constituciones, difiere notablemente de cómo se hizo en un primer momento. Y ello se debe fundamentalmente a dos cuestiones.

La primera de ellas es, bueno, pues a que el propio Estado era distinto en los inicios del régimen constitucional. En general, el Estado Liberal de Derecho, como se conoce, era un Estado de corte abstencionista y, por lo tanto, recogía unos derechos muy básicos, recogía unos derechos regulados muy someramente. Ese modelo de Estado liberal, abstencionista, decimonónico, ha dado paso en los diversos países a modelos de Estado distintos.

En general, se podría también afirmar que ha dado paso a un modelo que hoy conocemos como un modelo de Estado social, que precisamente se caracteriza en lo económico, desde luego, por la intervención en el ámbito económico, de forma distinta según los países y según las circunstancias históricas de cada uno, pero esa intervención existe y, en general, se defiende que esa intervención es, pues, a favor de cierto equilibrio de la propia vida de los ciudadanos. Por lo tanto, ese primer elemento sería la transformación del Estado. Y un segundo elemento es que a ese primer modelo de Estado le correspondía, como también acabo de decir, unos derechos muy básicos, pero los derechos han ido evolucionando con el paso del tiempo.

Y esa evolución ha permitido que diversos autores lleguen a afirmar que se puede entender que ha habido unas generaciones de derechos. Esto significaría que a cada grupo de derechos que poco a poco se han ido constitucionalizando, le han ido siguiendo otros que se han incorporado, de tal suerte que, como digo, se pueden apreciar sucesivas generaciones de derechos. Hasta ahora, yo creo que la opinión específica en torno a la existencia de tres

generaciones de derechos, la primera de ellas se correspondería, a mi juicio, esto ya es una opinión personal, se correspondería, a mi juicio, con el Estado liberal de primera época, reconocería unos derechos muy básicos y, además, pocos derechos.

Vida, libertad y propiedad podría ser casi la expresión más característica de este primer momento del Estado liberal. Y a esta primera generación le seguiría una segunda generación de derechos, todavía dentro del Estado liberal de derecho, pero ya de un Estado liberal de derecho avanzado. Me atrevería incluso a decir de un Estado liberal cercado ya por los problemas, es decir, un Estado liberal que se encuentra ya a punto de transformarse en una forma de Estado distinta, una forma de Estado intervencionista, etcétera.

Y en esta segunda generación de derechos nos vamos a encontrar ya pues con la incorporación de algún derecho, pues por ejemplo, del derecho de asociación, muy quizá escasamente regulado en un principio, pero ya algún tipo de derecho de participación mayor del que había, es decir, una extensión de, por ejemplo, la participación política, el sufragio, algún derecho de esta naturaleza, de un derecho político más, etcétera. A esta segunda generación le seguiría una tercera, y esta tercera generación de derechos sí que supone un punto de inflexión importante en esta teoría, porque sería la generación que incorpora los derechos económicos sociales propios del Estado social. Por lo tanto, se trataría ya de un cúmulo de derechos inherentes a un modelo de Estado distinto del liberal del que estoy hablando, de un modelo Estado, como también he dicho hace un momento, intervencionista, que tiende a la nivelación de la desigualdad en favor de la libertad de las personas, etcétera.

Lo que García Pelayo en algún momento denominó la búsqueda de la procura existencial. Luego esto también se ha transformado y ha evolucionado, pero es una frase que a mí me parece que sigue conservando todo su encanto y todo su valor. Esta tercera generación de derechos, como digo, incorpora derechos como, por ejemplo, el reconocimiento del salario, ciertas prestaciones también ya en algunos países sanitarias, la protección de la familia, la protección quizá de los sectores de población que están en situaciones especiales, disminuidos, ancianos, niños... Este es el tipo de derechos propio de la tercera generación del Estado social.

Algunos defendemos todavía que hay ya una cuarta generación de derechos, pero esta ya no es opinión pacífica, desde luego ni pacífica, ni mucho menos unánime. Yo defiendo que esa cuarta generación de derechos existe ya, que no está en zona de penumbra, es decir, que ya ha emergido claramente en los países de nuestra área y esta cuarta generación de derechos comprendería fundamentalmente, a mi juicio, insisto, tres bloques distintos. El primero de ellos serían todos los derechos derivados de un nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana.

Por lo tanto, todo lo relativo al inicio de la vida humana, todo lo relativo al fin de la vida humana y lo que hay entre uno y otro elemento. Por lo tanto, ahí tendríamos que analizar todas las nuevas tecnologías reproductivas, pero también la creación de órganos, también la creación de tejidos y todo lo que eso lleva aparejado para la vida del hombre. De ahí van a surgir derechos importantes que van a cambiar la vida de las personas.

Un segundo grupo de derechos de esta cuarta generación que definiendo serían los derechos que yo denomino del ecosistema, que exceden con mucho el derecho al medio ambiente. El derecho al medio ambiente es conocido, pero yo hablo de un cúmulo también de derechos derivados de la situación por la que atraviesa el propio planeta, es decir, todo aquello que significa o pone en peligro o puede poner en peligro la vida del hombre en este planeta, en la Tierra. Así que estoy hablando de los alimentos transgénicos, estoy hablando también de todos los derechos que serán inherentes a estas nuevas tecnologías.

Y por último, un grupo de derechos que serán los que deriven de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Eso es absolutamente nuevo, eso va a cambiar sin duda en el tercer milenio la vida del hombre y dará paso a una serie de derechos no conocidos hasta ahora, porque no va a ser posible interpretar el derecho a la información, el derecho a la intimidad, la propiedad intelectual de la manera como se ha ido, digamos, interpretando hasta ahora, porque las nuevas tecnologías son completamente distintas. Al menos esos tres bloques, digamos, creo que forman parte de esa cuarta generación de derechos.

Profesora Gómez, con toda esta evolución de los derechos que nos está contando, ¿de alguna manera este catálogo de derechos se reflejan igual o parecido en todas las constituciones o cómo se van incorporando a las constituciones si es necesario incorporarlos? Esta es una pregunta muy interesante porque hasta hace unos años yo habría contestado, hasta hace unos pocos años, no uno o dos, unos pocos, habría contestado que sí, que hay una homologación y que casi todas las constituciones tratan básicamente los mismos derechos. Hasta la tercera generación yo creo que eso era cierto, hasta la tercera generación, es decir, casi todas las constituciones tuvieron un corte liberal, en materia de derechos y libertades me refiero, y casi todas incorporaron los que he denominado de tercera generación y por lo tanto pues aquellos, digamos, de carácter económico, social, de prestación. Los de la cuarta generación ahora ya se están incorporando de manera desigual según las constituciones.

Sin embargo, yo creo que la homologación nos va a venir a través del ámbito internacional. Por ejemplo, si se termina aprobando definitivamente, cosa que se hará en estos días o al menos se sabrá algo en estos días, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que se ha estado elaborando durante todo este año 2000. Claro, esa Carta de Derechos Fundamentales y efectivamente tiene carácter vinculante para los estados.

No cabe duda de que con las matizaciones que corresponden al derecho comunitario, es decir, que no es exactamente derecho constitucional interno, hay matices, naturalmente, y matices muy importantes, pero no cabe duda de que será un paso adelante en la homologación, digamos, de todos esos derechos. ¿Qué va a pasar? Pues no sé, yo creo que eso es lo que tendremos que ver en el tercer milenio y ojalá pues lo podamos ver. Supongo que sí, sobre todo lo rápido que van todas las cosas en estos momentos, ¿no profesora Gómez? Muchísimas gracias por habernos dedicado estos primeros minutos de la revista a hablar de un tema que es tan importante para todos los ciudadanos como es la Constitución y nuestros derechos.

Muchas gracias a ustedes. Y tras la intervención de la profesora Yolanda Gómez, pasamos a ofrecerles otro tema de derecho político que hace también referencia a la Constitución, más concretamente a la defensa de la Constitución. El profesor Juan Manuel Goig-Martínez nos explica cómo son los modelos que se pueden aplicar.

Muy buenas noches. Aun cuando por algunos sectores se ha cifrado el nacimiento de la justicia constitucional en Inglaterra, el origen real de ésta se puede situar en los inicios de la historia de los Estados Unidos como República Federal. Concretamente, se suele definir su nacimiento en la célebre sentencia que pronunciara el juez Marshall, en el caso Marbury contra Madison, en 1803, aunque tampoco podemos olvidar los precedentes que existen en las aportaciones de Hamilton en el Federalista.

La jurisdicción constitucional surge históricamente hablando como reacción cautelar conservadora ante la eventual desmesura en las actuaciones de un legislativo democráticamente legitimado. En Estados Unidos se piensa que la autoridad de los legisladores no va más lejos de los poderes establecidos, puesto que es la propia Constitución de donde obtienen sus poderes. Totalmente diferente es la experiencia europea en este terreno, donde el control de constitucionalidad de la ley no será fruto de un desarrollo hasta cierto punto natural y espontáneo de la creación del poder judicial como ocurrió en Estados Unidos, sino que fue resultado de una opción política expresamente adoptada en determinados procesos constituyentes en el que se reflejarían prácticamente todas las dificultades del paso del Estado liberal al Estado democrático.

La tardía aparición del control de constitucionalidad en Europa se debe principalmente a dos motivos que constituyen premisas básicas sobre las que se asienta el constitucionalismo de este periodo. En primer lugar, porque la Constitución consiste fundamentalmente y casi exclusivamente en la existencia del poder legislativo, es decir, del Parlamento, de tal forma que nada pues que menoscabe la autoridad del Parlamento puede resultar políticamente aceptable. En segundo lugar, porque el número de ciudadanos con derecho a participar en los asuntos políticos será muy reducido.

Fue precisamente la crisis de la concepción de la soberanía parlamentaria, unido al surgimiento de los Estados federales, hecho que provoca la necesidad de arbitrar soluciones a los conflictos competenciales y la necesidad de garantizar de una forma eficaz los derechos reconocidos por los textos constitucionales, lo que provocó que en Europa se recibiera, aunque con variantes respecto del sistema americano, el concepto de justicia constitucional. La defensa de la Constitución puede confiarse a órganos políticos o órganos judiciales, teniendo cada uno de estos sistemas diversa motivación y justificación. Confiar la defensa de la Constitución a un órgano político parte de la consideración de que quien examina la constitucionalidad de la ley se sitúa, de alguna manera, por encima de ella, de tal forma que esta no es función que se pueda encomendar al juez al que se le ha atribuido la misión de juzgar según la ley, pero no el juzgar las leyes.

Este tipo de control es característico del ordenamiento francés y los principales inconvenientes de este sistema de control serían tanto el reclutamiento de sus miembros como el modo de actuar, ya que se le puede hacer carecer de independencia o convertirlo en un órgano que resuelva enfrentamientos políticos y no de jerarquía normativa, que sería su verdadera función. La defensa de la Constitución, atribuida a órganos judiciales, se apoya principalmente en las siguientes consideraciones. La identidad asistente la tratación de un hecho bien fáctico, bien delictivo, con una norma propia de la actuación judicial, la imparcialidad judicial y las ventajas que ofrece el procedimiento judicial con sus principios de publicidad, contradicción y garantía.

Este sistema, que sin duda es el más arraigado, ha pasado por otorgar el poder de control de constitucionalidad a los jueces, por entender que son estos los únicos competentes para cumplir esta misión, y arrazonada esta elección, en este sistema se pueden apreciar dos manifestaciones importantes, consistentes, en otorgar el control a todos los órganos judiciales, con todo el difuso, o bien crear un tribunal especial, control concentrado. Existe una tercera variante, que es conferir la defensa de la Constitución a un solo tribunal que ya existe y que es el máximo órgano judicial del Estado, generalmente los tribunales supremos. Existen dos modelos clásicos de jurisdicción constitucional.

El sistema americano, cuyas características más importantes son que la declaración de inconstitucionalidad no es privativa del tribunal supremo, sino que se hace a todos los jueces garantes de la primacía constitucional, aun cuando el tribunal supremo americano asegura un control uniforme a conocer en vía de apelación las decisiones de todos los tribunales inferiores. La inconstitucionalidad sólo puede plantearse en vía de excepción y con ocasión de un litigio principal. La declaración de inconstitucionalidad tiene efectos particulares y la declaración de inconstitucionalidad no supone la anulación de la ley, sino solamente su mera inaplicación al caso.

El modelo austríaco, construido por Kelsen, se define por cuatro elementos. En primer lugar, la asistencia de un tribunal único, justificado por la consideración de que el examen de la constitucionalidad es materia delicada y especial, que exige una composición numérica limitada, un sistema de designación que asegure la independencia de sus miembros respecto a los poderes clásicos, que sus componentes sean personas conocedoras de la ciencia del derecho y que se mantenga alejado de la política. En segundo lugar, la posibilidad de acudir ante el mismo por vía de acción, aunque limitando la legitimación para acudir ante el tribunal constitucional para evitar que se convierta en una acción popular.

También la anulación absoluta de la ley declarada inconstitucional y, en cuarto lugar, la eficacia erga omnes que tiene la declaración de inconstitucionalidad. Este sistema, instaurado en la Constitución austríaca de 1 de octubre de 1920, ha funcionado en Alemania, Italia, en la Constitución española de 1931 y en el vigente régimen español con algunas variantes. No obstante, en el desarrollo de los modelos examinados, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, se ha podido observar que las fundamentaciones teóricas que los inspiraron han perdido parte de su vigencia y ha sufrido modificaciones, hecho que ha provocado que en

la actualidad ninguno de los modelos se dé en su pureza.

Así, se le ha otorgado legitimidad a los tribunales ordinarios por vía de excepción para acudir ante el Tribunal Constitucional y plantear cuestión de inconstitucionalidad cuando el órgano judicial, en el transcurso de un proceso, tenga dudas sobre la constitucionalidad de una ley aplicable al caso concreto y de cuya validez dependa el fallo. También algunos ordenamientos constitucionales, como el caso de Alemania o España, han extendido las competencias del Tribunal Constitucional a la protección de los derechos fundamentales, hecho similar a lo sucedido en los Estados Unidos, con lo que en parte se virtúa el origen primero de esta institución. En el caso español, el ordenamiento jurídico español reconoce, en el título 9 de la Constitución, la institución del Tribunal Constitucional regulado por ley orgánica 2 barra 79 de 13 de octubre y según el artículo 1 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional, se trata de un órgano constitucional que goza de paridad de rango en las relaciones de coordinación que mantiene con los demás órganos constitucionales, independiente de los demás, e intérprete supremo de la Constitución, aunque no el único, y sometido solamente a la Constitución y a su ley reguladora.

Seguimos con la revista. Es ahora la profesora de Historia del Derecho Español María Dolores del Mar Sánchez González, quien tomando como ejemplo un importante ordenamiento de la Baja Edad Media, nos explica las diferentes técnicas y normas básicas que hay que tener en cuenta a la hora de realizar un comentario histórico jurídico. Se trata del ordenamiento de las Cortes de Alcalá de Henares del año 1348, en el que se adoptaron importantes medidas para el derecho civil, la administración de justicia y la administración militar.

Oigamos a la profesora Sánchez. En primer lugar, me gustaría dar las buenas noches a todos nuestros oyentes y, en especial, a los alumnos de la Asignatura de Historia del Derecho, a los que va específicamente dedicada esta parte del programa Revista de Derecho. El objeto de mi intervención va a ser introducir a nuestros oyentes en la técnica del comentario histórico jurídico, que no es otra que la de identificar unas instituciones y tratar de dar unas explicaciones a unos determinados textos.

En definitiva, esta es la labor que realizamos cotidianamente los historiadores del derecho. Para ello, lo primero es realizar un ejercicio mental de, llamémosle, descontaminación de cualquier noción que se pudiera tener acerca de un comentario de textos. El comentario de textos yius históricos no tiene absolutamente nada que ver con cualquier otro tipo de comentario.

Sí me gustaría advertir que no existe una regla fija para poder comentar un texto y que cualquier intento de enumeración taxativa de una serie de elementos que es preciso encontrar suele hacer demasiado rígido el comentario, además de encontrar dificultades a la hora de pretender dar respuesta a esos posibles elementos que se consideren necesarios de encontrar en un texto. Por lo demás, hay tantas formas distintas de hacer comentarios históricos jurídicos como historiadores y cada vez que se estudia una fuente pueden salir interpretaciones nuevas. No obstante, todos los yius historiadores coinciden en la existencia de unos aspectos esenciales

a los que hay que contestar en todo comentario de texto.

Es a ellos a los que me voy a referir. ¿Qué es, en esencia, un comentario de textos yius históricos? Pues no es otra cosa que el análisis de una determinada fuente que puede tener carácter jurídico o no, pero que siempre nos va a hacer referencia a cómo era el derecho o las instituciones de una determinada etapa. Por tanto, dos son los elementos que van a aparecer.

De un lado tendremos una fuente en el sentido de medio a través del cual tenemos conocimiento del derecho o de las instituciones. Y de otro, el propio derecho y las instituciones que aparecen en el texto. El continente y el contenido.

De la fuente, del continente, con pocas palabras basta. Si el texto procede de una ley o conjunto de leyes importantes, debemos hablar algo de ellas, situarlas temporalmente, dar algunos datos esenciales, pero sin convertirla en el objeto principal del comentario, salvo que en el propio texto del comentario se esté haciendo referencia directa a la mencionada ley o cuerpo legal. Por lo demás, hay que tener en cuenta que no sólo las leyes, los decretos o las colecciones legales nos informan sobre el derecho.

El Quijote, las obras de Quevedo, una obra de teatro, una moneda, una inscripción, pueden realizar la misma función. Por ello, lo verdaderamente importante es el contenido, las instituciones que aparecen en el texto. A ellas es a las que hay que prestar especial atención.

En primer lugar, a identificarlas y definir las. En segundo, comentarlas, no repitiendo el texto con nuestras palabras, sino demostrando lo que conocemos de ellas e integrándolas en el contexto histórico en que se produjeron. Si quisiésemos poner un ejemplo, el mejor sería el del enólogo que tiene en su mano una copa de vino.

Primero, observaría la copa, que podría ser de cristal de bohemia, de cristal glass o de duralés, e identificaría la copa y admiraría su diseño. Pero lo verdaderamente importante será el vino. Por su color, su catadura, sabrá decirnos si es un Rueda, un Valdepeñas, un Penedés, etcétera.

Son tan buenos y tan variados nuestros caldos, pero por ellos nos dirá el año de la cosecha, si en su realización se ha empleado uva tempranilla o garnacha y sabrá determinar todos sus atributos. De la misma forma, en el comentario, analizando las instituciones que aparecen en el texto, podremos identificar la institución, encuadrarla en su época, decir algo de ella y relacionarlas con las otras instituciones de la misma etapa. Una vez presentada la teoría, vamos a aplicarla a la práctica realizando el comentario de un texto del que me he permitido hacer una versión libre para facilitar así nuestra comprensión.

El texto sería el siguiente. Leo. Nuestra intención y nuestra voluntad es que los nuestros naturales y los moradores de nuestros reinos sean mantenidos en paz y en justicia, y como para ello sea menester dar leyes ciertas por las que se libren los pleitos y las contiendas que se produjeran entre ellos, y aunque en nuestra corte usan del fuero de las leyes y algunas villas de nuestro señorío lo tienen por fuero y otras ciudades y villas tienen otros fueros que son de

partidos.

Por ende, queriendo poner remedio conveniente a esto, establecemos y mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquellas que nosotros entendemos que se deben mejorar y enmendar, y en las que son contra Dios, contra razón y contra las leyes de nuestro libro presente. Por estas leyes de nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleitos y contiendas que no se pudieran librar por las leyes de este nuestro libro y por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes contenidas en los libros de las siete partidas que el rey don Alfonso, nuestro bisabuelo, mandó ordenar, como quiera que hasta ahora no han sido publicadas por mandato del rey. Dámolas por nuestras leyes y tenemos por bien que sean guardadas y valederas de aquí adelante en los pleitos y en los juicios y en todas las cosas que en ellas se contienen, en aquello que no fueran contrarias a las leyes de este nuestro libro y a los fueros sobredicho.

Y porque al rey pertenece y tiene poder de hacer fueros y leyes y de interpretarlas y declarar y enmendar donde viere que es preciso, tenemos por bien que si en los dichos fueros o en los libros de las partidas sobredichas o en este nuestro libro fueron menester interpretación o declaración o enmendar o añadir o quitar o cambiar, que nos lo hagamos.