

## DERECHOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES

Por J. C. VIEIRA DE ANDRADE

1. Los derechos fundamentales sufren, como tal vez ninguna otra materia constitucional, un problema de imprecisión conceptual que se deriva inevitablemente de la variedad de términos empleados para hacer referencia a ellos. Tal variedad es, a su vez, resultado de la multiplicación de los usos lingüísticos en el espacio y en el tiempo, dada la diversidad de perspectivas (iusnaturalista, universalista o constitucional) a través de las cuales los derechos fundamentales son considerados (1). Se impone, por ello, aclarar que el título escogido para este artículo se justifica en la medida en que, desde el punto de vista de la estructura jurídica, la materia en causa se analiza o como posiciones jurídicas subjetivas atribuidas individualmente a las personas (que constituyen los derechos), o como principios y reglas objetivas que se orientan directamente a asegurar las condiciones de realización de esos derechos (que forman el conjunto de las garantías institucionales) (2). Derechos y garantías fundamentales corresponden así al estatuto jurídico fundamental de los hombres concretos en la sociedad política, uno de los «sectores básicos» de la Constitución en sentido material.

2. La Constitución portuguesa de 1976 dedica a los «derechos y deberes fundamentales» toda su parte I (arts. 12 a 79), conteniendo uno de los más exhaustivos catálogos positivados de derechos y garantías, si tenemos en cuenta la generalidad de las Constituciones europeas. Al lado de un abanico amplio y pormenorizado de derechos de libertad, se consagran derechos cívico-

---

(1) Sobre esta perspectiva véase VIEIRA DE ANDRADE: *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, págs. 11 y sigs. Sobre dificultades terminológicas y conceptuales, PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, págs. 21 y sigs.

(2) Sobre esta distinción véase nuestra obra (nota 1), págs. 94-96 y 171-173.

cos y de participación política y, sobre todo, una rica colección de derechos prestacionales: derechos económicos, sociales y culturales de los ciudadanos y, en especial, de los trabajadores. Esta profusión de derechos reconocidos a los portugueses no sorprende seguramente a quien tome en consideración la época histórica en que el texto constitucional fue aprobado. Las libertades, las libertades cívicas y los derechos políticos eran exigencias de primera magnitud, convergiendo en este sentido la reacción contra la práctica autoritaria del régimen anterior y los recelos concretos de que se instalase una nueva dictadura. Los derechos sociales, por su parte, correspondían a una manifestación necesaria de las ideas socialistas o socializantes que servían de bandera al movimiento revolucionario.

Sin embargo, el conjunto de los derechos fundamentales no sólo es vasto, sino también heterogéneo, tanto en su significado como en su estructura. Si los derechos de libertad tratan de garantizar un espacio en que los individuos y los grupos sociales se puedan desarrollar autónomamente sin intromisión estatal y, en cierta manera, contra ella, los derechos económicos y sociales exigen, por el contrario, la intervención de los poderes públicos a fin de que sea garantizada una mayor igualdad social, a través de la transformación de las estructuras sociales en beneficio de los estratos más desfavorecidos u oprimidos. Y a estos derechos de signo opuesto se suman aún otras figuras: derechos políticos, que son derechos (verticales) de participación, y derechos de solidaridad, que son derechos y deberes (horizontales) (3), así como principios de organización social, económica, política y administrativa, destinados a asegurar la realización efectiva de los derechos enunciados (4).

Un catálogo tan diverso y complejo de preceptos plantea naturalmente la cuestión de saber si es posible hablar de un conjunto unitario o, por lo menos, de una concepción constitucional coherente de los derechos fundamentales. La doctrina portuguesa ha afirmado que sí, pero desde posiciones diferentes, como se verá a continuación.

3. Para algunos autores (5), la coherencia de sentido del conjunto de los derechos fundamentales estaría, en última instancia, en la coherencia de la propia Constitución. Por un lado, en la medida en que los derechos fundamentales constituyen una parte «integrante e integrada» del orden constitu-

---

(3) Caso típico es el derecho al medio ambiente y a la calidad de vida (art. 66).

(4) Estas directrices de actuación estatal son particularmente frecuentes (e incluso pormenorizadas) en el dominio de los derechos sociales, acompañando la respectiva previsión constitucional.

(5) GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, 1984, págs. 109 y sigs.

cional global, en la cual se manifiestan las correlaciones íntimas entre la libertad, la democracia y la igualdad, de modo que el orden constitucional de los derechos fundamentales estaría orgánicamente ligada a la «constitución política» y al principio democrático y funcionalmente asociada a la «constitución económica» y al principio de socialización. Por otro lado, en la medida en que la concepción adoptada por la Constitución representa una teoría original, un «nuevo paradigma» en el que se superaría la concepción individualista por otra de raíz más solidaria y socializante, combinando de forma creadora elementos de la teoría liberal y de la teoría socialista de los derechos fundamentales (6).

La concepción constitucional de los derechos fundamentales no sería socialista, porque los «derechos, libertades y garantías», que gozan de especial protección surgen configurados predominantemente como derechos negativos; porque no hay, salvo en algún caso, una vinculación de los derechos a la construcción o defensa de la democracia o del socialismo; porque la realización de los derechos no presupone necesariamente una modificación del sistema económico.

Pero tampoco se identificaría con una concepción liberal, visto que la Constitución prevé derechos positivos, derechos a acciones del Estado, obliga a éste a la creación de condiciones materiales de ejercicio de las libertades clásicas, reconoce una dimensión objetiva a los derechos (haciéndolos eficaces también frente a terceros y estableciendo deberes fundamentales de los ciudadanos) y desvaloriza en cierta medida, restringiéndolos, el derecho de propiedad y la libertad de empresa.

En suma, la concepción constitucional de los derechos fundamentales sería la expresión de un compromiso dinámico, reflejo del compromiso global entre la constitución política y la constitución económica.

Por nuestra parte, tendemos a interpretar de otro modo el significado del orden de los derechos fundamentales en la Constitución portuguesa.

4. En primer lugar, entendemos que los derechos fundamentales no son sólo una división sistemática del texto constitucional, sino que forman un *subsistema normativo* con una autonomía relativa en el contexto de la Constitución.

Autonomía relativa porque, en contra de la visión individualista de la separación sociedad-Estado, los derechos fundamentales no pueden ser pensados fuera del contexto de la organización política y social, estando la rea-

---

(6) Sobre las teorías de los derechos fundamentales véase V. ANDRADE (nota 1), páginas 54 y sigs., y PÉREZ LUÑO (nota 1), págs. 295 y sigs.

lización de la dignidad humana hoy asociada a la existencia de un régimen político, democrático y pluralista y a la intervención activa del Estado en la garantía de la construcción efectiva de una sociedad más justa y más libre.

Autonomía porque, sin perjuicio de la unidad jurídica de la Constitución, los derechos fundamentales constituyen una parte específica, una «institución» que tiene, al menos, una función y una intención propias. La función es seguramente la protección y garantía de determinados bienes de las personas o de cierto contenido de sus posiciones o relaciones en sociedad. La intención sólo puede ser la explicitación de una idea del hombre enraizada en la cultura de la sociedad y que se traduce en la garantía de la dignidad de la persona humana (7).

De este modo, exigiendo la Constitución la localización de un criterio sustancial para la identificación de los derechos fundamentales que no aparezcan consagrados en esta parte del texto (art. 16.1.º), ese criterio no puede ser la referencia indistinta a la libertad, a la democracia y a la socialización como valores constitucionales esenciales (8). Sólo pertenecerán a la materia derechos fundamentales, además de los preceptos que atribuyan posiciones jurídicas subjetivas básicas a las personas, aquellos otros que contengan normas que se destinen directamente o de manera esencial a garantizar esas posiciones jurídicas (9).

Apuntando la Constitución hacia una autonomía institucional de los preceptos que forman el estatuto fundamental de la persona en la comunidad política, esto bastaría para demostrar que el orden de los derechos fundamentales no es un mero reflejo o resumen del orden constitucional global, no pudiendo, en consecuencia, su coherencia o unidad de sentido ser identificada con el contenido del compromiso constitucional (10).

Pero la autonomía institucional de esta materia es, a nuestro modo de ver, más sólida, porque se deriva del propio fundamento, que en lo que respecta a su núcleo esencial trasciende, como a continuación se verá, la propia voluntad constituyente.

---

(7) En este sentido, V. ANDRADE (nota 1), pág. 85.

(8) Como defienden GOMES CANOTILHO y V. MOREIRA (nota 5), pág. 116.

(9) De aquí la distinción entre garantías institucionales y meras condiciones objetivas de realización de los derechos. Cfr. *supra*, nota 2.

(10) En el mismo sentido apunta la propia lógica de la protección de los derechos que, no siendo valores absolutos, son afirmados como valores-regla, que los aplicadores de la Constitución (máxime, el legislador) sólo pueden limitar o restringir en la medida de lo estrictamente necesario para su concordancia práctica con otros valores constitucionales y sobre la base de una ponderación equilibrada.

5. Nos parece poco esclarecedor, por no decir incorrecto, afirmar que en la Constitución portuguesa se ha dado un compromiso entre la concepción liberal y la concepción socialista de los derechos fundamentales, si se entiende la concepción liberal como liberal-burguesa o individualista y la concepción socialista como marxista-leninista.

Esto no corresponde, desde luego, a la realidad histórica, si se considera el compromiso como un acuerdo de voluntades, puesto que ninguna fuerza política defendió en la Asamblea constituyente la teoría liberal-individualista y las fuerzas socialistas dominantes no se identificaban con el marxismo-leninismo.

Por otro lado, dentro de una perspectiva global (hermenéutica, si se quiere), tampoco es feliz la afirmación porque escamotea la oposición central en esta materia, que es la que distingue las concepciones liberales, más o menos sociales, de la concepción marxista-leninista.

De hecho, las teorías liberales más significativas ya no son individualistas, sino que se han abierto a la idea de solidaridad y al reconocimiento, al lado de las libertades tradicionales, de los derechos de participación, derechos y prestaciones públicas y, en general, a la intervención del Estado en la creación de las condiciones de eficacia de los derechos. A su vez, algunas concepciones socialistas, por lo menos las que pertenecen al área de la socialdemocracia y del «socialismo democrático», se desmarcan del marxismo-leninismo y revalorizan las libertades individuales en el cuadro de la democracia pluralista. De aquí que se hable hoy de una *concepción liberal moderna*, que reuniría todas estas posiciones, en las que se busca, con base en el reconocimiento de la dignidad del hombre como ser libre y autónomo, un equilibrio entre las diversas generaciones de derechos fundamentales (11).

En este panorama, aparentemente sincrético, se mantiene, con todo, una oposición y un conflicto esencial, el que enfrenta no dos teorías o tendencias, sino *dos concepciones antropológicas*: de un lado, las posiciones que defienden que el núcleo de los derechos fundamentales se refiere al hombre individual con identidad personal absoluta (12); de otro, las teorías que conciben los derechos como poderes-deberes, concedidos a los individuos y organizaciones sociales para que colaboren en la tarea de construcción de una comunidad justa o perfecta. En el primer caso, los derechos fundamentales son expresión de autonomía del «yo» personal, del valor absoluto de la persona

(11) En este sentido, YVES MADIOT: *Droits de l'homme et libertés publiques*, Parfs, 1976, págs. 50 y sigs.

(12) «Un proyecto y un destino únicos e irrepitibles», como dice Cardoso da Costa en su voto particular en la sentencia del Tribunal Constitucional número 25/84, publicada en el *Diario da República*, serie II, de 4 de abril de 1984.

humana (13); en el segundo, los derechos están sujetos a una funcionalización total, eliminándose la autonomía de su dimensión subjetiva (14).

Por ello, entendemos que la Constitución portuguesa no realiza en este plano ningún compromiso entre la concepción liberal (moderna) y la concepción socialista (marxista-leninista), consagrando inequívocamente en su texto la concepción antropológica del humanismo occidental (15).

La precedencia sistemática de los derechos fundamentales frente a la organización económica y política, la opción por un concepto sustancial de derechos fundamentales, la vinculación del conjunto de los derechos a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el establecimiento de un régimen especial, más favorable, para los «derechos, libertades y garantías» en comparación con la generalidad de los «derechos sociales» son otros tantos argumentos normativos que legitiman esta conclusión (16).

Por otro lado, el reconocimiento de los derechos sociales como derechos positivos, la garantía de la efectividad de los derechos como tarea estatal y, en general, la concepción de los derechos fundamentales también como orden de valores jurídicos comunitarios no pueden considerarse solamente como producto de la concepción socialista (marxista-leninista), sino que forman parte del patrimonio de las concepciones liberales de hoy día.

En realidad, todos los derechos fundamentales, incluso los derechos sociales, pueden encontrar su referencia en el principio de la dignidad de la persona humana, aunque no todos constituyan atributos esenciales y, por ello, plasmaciones de primer grado de esa dignidad (17). Por otra parte, el

---

(13) Valor absoluto no significa valor ilimitado ni el reconocimiento de una abstracta naturaleza humana. Sobre esto véase BAPTISTA MACHADO: *Participação e descentralização*, Coimbra, 1978, págs. 89 y sigs.; CASTANHEIRA NEVES: *A revolução e o Direito*, Coimbra, 1976, págs. 79 y sigs. y 155 y *passim*.

(14) Reconociendo el «corte antropológico» que la teoría marxista realiza, véase G. CANOTILHO: *Direito Constitucional*, 4.ª ed., Coimbra, 1986, pág. 430.

(15) En el mismo sentido, JORGE MIRANDA: *A Constituição de 1976*, Lisboa, 1978, pág. 322.

(16) G. Canotilho y V. Moreira reconocen la no funcionalización de los derechos fundamentales e incluso, en lo que respecta al compromiso, el «énfasis» de la concepción liberal (nota 5, pág. 114).

(17) Por ejemplo, el derecho a la huelga y los derechos de los trabajadores, siendo derechos históricamente contingentes, corresponden a la protección especial de la dignidad y la libertad de los trabajadores subordinados, cuya posición en el proceso económico y en la estructura social los convierte en particularmente vulnerables a un trato deshumano, no debiendo ser considerados como derechos corporativos o de clase. En el sentido de que los derechos sociales están relacionados con el pleno desarrollo de la personalidad, véase C. J. FRIEDRICH: «Rights, Liberties, Freedoms: A reappraisal», en *American Political Science Review*, 57 (1963), pág. 844.

principio de socialización, integrado hoy en la idea del «Estado social de Derecho», aunque haya sufrido la influencia de las concepciones marxistas, no se deriva exclusivamente de ellas: la doctrina social de la Iglesia católica, e incluso las ideas de autores significativos desde los prolegómenos del Estado posrevolucionario, muestran que los ideales de igualdad y de justicia social pueden ser entendidos como instrumentos de liberación y de personalización de los ciudadanos, de cara a una comunidad poliárquica y diferenciada de hombres libres (18).

Por esta razón, se puede afirmar que la tradición liberal occidental no se disolvió con el movimiento socializador, pasando de una manera natural y perfectamente coherente de los derechos de libertad a los derechos políticos y después a los derechos económicos y sociales (19).

Y pensamos que es esa tradición, en que nacieron y evolucionaron los derechos fundamentales (20) y que es propia del espacio cultural al que pertenecemos, la que se encuentra plasmada en el texto constitucional, formando el núcleo esencial y dando carácter y fundamento a la institución de los derechos fundamentales (21).

6. Una de las notas características del orden constitucional de los derechos fundamentales reside en la diversidad de regímenes jurídicos o, más exactamente, en la existencia de un régimen especial para los «derechos, libertades y garantías», que constituyen el título II de la parte I de la Constitución, contrapuestos, desde luego, a los «derechos económicos, sociales y culturales», a los cuales se dedica el título III.

---

(18) Esta idea surgió de modo particularmente expresivo en CONDORCET (*Tableaux historiques des progres de l'esprit humain*), como nos cuenta BARBOSA DE MELO: «Introdução às formas de concertação social», en *Boletín de la Facultad de Derecho de Coimbra*, vol. LXI, Coimbra, 1983, pág. 20, nota 83.

(19) Véase DAVID D. RAPHAEL: «La tradition libérale occidentale», en *Revue Internationale des Sciences Sociales*, 1966, pág. 33; RIVERO: *Les libertés publiques*, volumen I, París, 1973, págs. 52 y sigs.

(20) Sobre la génesis iusnaturalista de los derechos fundamentales, véase PÉREZ LUÑO (nota 1), págs. 176 y sigs.; BAPTISTA MACHADO: *Antropología, Existencialismo e Direito*, Coimbra, 1965.

(21) Está claro que no se niega la influencia que las teorías marxistas han ejercido en la conformación del texto constitucional, donde en aspectos formales, de pormenor o alcance limitado, surgen elementos normativos que no encajan perfectamente en una concepción liberal. Sin embargo, la desideologización del texto emprendida, en consonancia con la práctica constitucional, por la ley de reforma de 1982, especialmente la eliminación del artículo 50, confirma que la decisión constituyente en esta materia se fundamenta en la autonomía ética del hombre.

6.1. En el conjunto de los derechos, libertades y garantías, los derechos de defensa del individuo frente al Estado se engloban en el epígrafe de derechos, libertades y garantías personales (los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad, las garantías del procedimiento penal y de la intimidad de la vida privada y familiar, la libertad de conciencia, de religión y de culto y las libertades cívicas, desde la libertad de expresión y de información hasta los derechos de reunión y de manifestación y la libertad de asociación); los derechos, libertades y garantías de participación política (donde, además de un derecho general de participación, se consagran los derechos de petición, de sufragio, de acceso a los cargos públicos y de creación de partidos políticos), y los derechos, libertades y garantías de los trabajadores (los derechos a la seguridad en el trabajo y a la constitución de comisiones de trabajadores, a la libertad sindical y el derecho a la huelga, así como la prohibición del *lock-out* y ciertos derechos de los sindicatos y de las comisiones de trabajadores).

La distinción entre derechos, libertades y garantías no es sí importante, pudiendo este triduo ser considerado como un nombre colectivo, ya que la Constitución no vincula a esa distinción ninguna diferencia de régimen jurídico y la utilización de las tres designaciones no obedece a un criterio claro de clasificación (por ejemplo, se habla de *libertad* de asociación y la referencia inmediata es el *derecho* de reunión). Con todo, tiene interés destacar la diferencia entre los preceptos que consagran posiciones jurídicas subjetivas —sean derechos propiamente dichos, derechos-libertades o derechos-garantías— de aquellos que prevén garantías institucionales o condiciones materiales de organización, es decir, principios de organización económica o política colocados aquí por razones de vecindad o de refuerzo.

No obstante, el régimen jurídico especial es aplicable, en los términos del artículo 17, a los derechos designados por ese nombre e incluso a los derechos de naturaleza análoga, lo que implica la necesidad de descubrir el criterio que fundamenta la diferencia de régimen adoptada. Ese criterio es objeto de discusión en la doctrina, pero parece el de *determinabilidad* de los preceptos constitucionales. De acuerdo con este criterio, el régimen de los derechos, libertades y garantías debe ser aplicado a aquellos derechos cuyo contenido está determinado en el texto constitucional o es determinable a través de las reglas generales de interpretación jurídica por las autoridades encargadas de su aplicación (*máxime*, el Tribunal Constitucional). No debe ser aplicado a los derechos cuyo contenido es objeto de enunciación general en el nivel constitucional, pero que sólo puede ser concretado por el legislador ordinario, es decir, siempre que pueda concluirse que la Constitución no quiso o no pudo optar por sí misma y, mediante delegación, impuso al legis-

lador la obligación de definir el contenido del derecho fundamental (es el caso de la generalidad de los derechos sociales).

6.2. El régimen jurídico especial de los derechos, libertades y garantías pretende conferir una mayor seguridad y estabilidad a los preceptos respectivos y les asegura una eficacia más acentuada en comparación con otros preceptos constitucionales. Se trata, en este sentido, de una protección complementaria que refuerza la que resulta ya, en virtud del principio de constitucionalidad, de su inclusión en la Constitución.

6.2.1. En primer lugar, los preceptos relativos a derechos, libertades y garantías son directamente aplicables (art. 18, núm. 1), es decir, pueden ser invocados por sus titulares y deben ser aplicados por los órganos competentes, fundamentalmente por los tribunales, aunque no hayan sido desarrollados por el legislador ordinario, o directamente en vez de la ley, cuando ésta contradiga lo dispuesto en la Constitución (por ejemplo, es legítimo el recurso a la huelga por parte de los funcionarios públicos, aunque la ley haga referencia solamente a los trabajadores de las empresas privadas).

6.2.2. Además, los preceptos relativos a derechos, libertades y garantías vinculan a las entidades públicas y privadas (art. 18, núm. 1, 2.ª parte). De aquí resulta, por un lado, un deber especial por parte de los entes públicos (Administración pública) de respetar y promover la eficacia de los derechos, pudiendo incluso en ciertas circunstancias admitirse que dejen de aplicar una ley en caso de que contravenga evidentemente tales derechos; por otro lado, los principios o normas de valor contenidos en los preceptos constitucionales son aplicables también, con algunas excepciones, al ámbito de las relaciones entre particulares, pudiendo incluso ser invocados contra particulares con un importante poder social (por ejemplo, grupos, empresas monopolistas o aquellas que pongan a disposición del público bienes y servicios esenciales).

6.2.3. Los derechos, libertades y garantías no son absolutos, sino que tienen límites derivados de la consagración de otros derechos o valores comunitarios. No obstante, con independencia de la necesaria armonización entre derechos y entre derechos y valores constitucionalmente protegidos, el legislador solamente puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos previstos en la Constitución (art. 18, núm. 2, 1.ª parte). Las leyes restrictivas no pueden tener efectos retroactivos ni pueden ser selectivas en cuanto a las personas o destinadas a regular un caso concreto; no pueden tampoco atacar el contenido esencial de los preceptos que limitan, debiendo las restricciones efectuarse solamente *cuando y en la medida* en que sean necesarias para la salvaguarda de los intereses constitucionalmente protegidos

y siempre que la restricción no sea manifiestamente desproporcionada en relación con el beneficio a alcanzar (art. 18, núms. 3 y 2, 2.<sup>a</sup> parte).

6.2.4. Los derechos, libertades y garantías no pueden ser suspendidos por los órganos de soberanía salvo cuando se den los presupuestos de la declaración de estado de sitio o de emergencia y, aun así, han de enumerarse los derechos cuyo ejercicio se suspende, habiendo un conjunto de derechos que en ningún caso pueden ser afectados (art. 19).

6.2.5. Cualquier individuo puede desobedecer las órdenes que vulneren sus derechos, libertades y garantías, pudiendo oponerse, ignorarlas o, en situaciones excepcionales, defenderse de ciertos actos evidentemente inconstitucionales de los poderes públicos (art. 21).

6.2.6. Los principios fundamentales relativos a los derechos, libertades y garantías no pueden ser subvertidos mediante mutaciones constitucionales, constituyendo un límite material al poder de revisión, que ha de respetar su contenido esencial [art. 290, apartado *d*)].

6.3. Los derechos económicos, sociales y culturales (derecho al trabajo, ciertos derechos de los trabajadores, como el derecho al descanso y a unas condiciones dignas de organización y prestación del trabajo, etc.: derechos económicos; el derecho a la seguridad social, a la vivienda, al medio ambiente y a la calidad de vida, a la protección a la maternidad, a la infancia, a los minusválidos, deficientes y ancianos: derechos sociales; el derecho a la educación, a la enseñanza, a la creación cultural y al deporte: derechos culturales), aunque no se benefician del régimen especial descrito, no son solamente manifestaciones políticas o principios programáticos sin fuerza jurídica. Los preceptos relativos a los derechos sociales vinculan al legislador, son normas impositivas de legislación, cuyo no cumplimiento puede dar lugar a la inconstitucionalidad por omisión (que puede ser declarada, pero que no comporta sanción jurídica alguna). Además, si los tribunales no pueden normalmente controlar el contenido de las opciones legislativas, en virtud de la indeterminabilidad de los derechos a nivel constitucional, no queda excluido que en casos excepcionales, cuando haya error manifiesto en los juicios de hecho de que parte el legislador o cuando haya una violación evidente o arbitraria de los preceptos constitucionales, el Tribunal Constitucional o, incidentalmente, los jueces puedan pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las normas legislativas. Y es que, por difícil o imposible que pueda resultar determinar el contenido de los derechos sociales, no puede negárseles un contenido mínimo jurídicamente determinable y susceptible de control judicial. Por otro lado, es evidente que los preceptos constitucionales relativos

a los derechos sociales influyen la interpretación de las normas legales con ellos conexiones. Lo que no es aceptable, salvo en circunstancias excepcionales, es el principio de prohibición del retroceso, de acuerdo con el cual la consagración constitucional de los derechos sociales sería contrario a la disminución del grado de eficacia legal anteriormente alcanzado (22).

7. La relevancia jurídica de los derechos fundamentales está íntimamente ligada a cómo son, en la realidad, los preceptos constitucionales entendidos y aplicados. En este contexto adquiere especial importancia el Tribunal Constitucional, que desde la reforma de 1982 asume, entre otros, el encargo de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas, sobre todo las emanadas del legislador ordinario, habiendo desarrollado con este motivo una jurisprudencia altamente técnica. Y de esa jurisprudencia destacamos dos de las sentencias más significativas y que ilustran la comprensión práctica de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico portugués.

7.1. La primera es la sentencia número 25/84, de 19 de marzo (publicada en el *Diario de la República*, serie II, de 4 de abril), que hace referencia a la cuestión del aborto, más rigurosamente al problema de la legitimidad de la exclusión de la ilicitud penal en algunos casos de interrupción voluntaria del embarazo.

Se trataba del control preventivo, a petición del Presidente de la República, de la constitucionalidad de una ley de la Asamblea de la República que excluía la ilicitud del aborto practicado bajo control médico y con consentimiento de la embarazada, cuando, según el avance de los conocimientos y la experiencia de la medicina: constituyese «el único medio de evitar el peligro de muerte o de grave e irreversible lesión para el cuerpo o la salud física o psíquica de la embarazada» o fuese «lo indicado para evitarla», siempre que, en este último caso, se realice en las doce primeras semanas de embarazo; hubiese «seguros indicios para prever» que el nasciturus pueda «sufrir, de forma incurable, una grave enfermedad o malformación», siempre que se realice en las primeras dieciséis semanas; hubiese «serios indicios de que el embarazo se produjo por violación sufrida por la mujer», siempre que se realice en las primeras doce semanas de embarazo. Estaba en causa, fundamentalmente, el derecho a la vida, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, asociado a otros preceptos constitucionales.

El Tribunal acordó que también la vida intra-uterina cabe en el ámbito

---

(22) Contra la opinión de G. CANOTILHO: *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, págs. 374 y 483 (tesis 7.5); véase también V. ANDRADE (nota 1), págs. 307 y sigs.

normativo del derecho a la vida y, por tanto, merece la protección exigida por el principio de dignidad de la persona humana. Sin embargo, la mayoría de los jueces entendieron que ello no implicaba una prohibición absoluta del aborto, no teniendo la vida del nasciturus, especialmente en los primeros meses de gestación, que gozar de una protección exactamente igual a la de las personas nacidas, puesto que ese valor entra en conflicto con intereses específicos de las madres, también merecedoras de la tutela constitucional.

Planteada la cuestión como un problema de colisión de derechos y deberes constitucionalmente protegidos, sujeto, por tanto, al principio de concordancia práctica o de armonización (23), la mayoría del tribunal consideró que la circunstancia de que se despenalizara solamente el aborto terapéutico, eugenésico y por motivo de ilícito penal, pero no el aborto por causas sociales y económicas, sin embargo, el más frecuente, unida a la condición (salvo en caso de necesidad para evitar el peligro de muerte o lesión grave de la madre) de que se efectuara el aborto durante los primeros meses de gestación, ponía de manifiesto que el legislador había efectuado una ponderación de los valores constitucionales en juego, no habiendo, por ello, violado manifiestamente el orden constitucional. Por esta razón, a pesar de las dudas en cuanto a la necesidad, proporcionalidad y adecuación del sacrificio de la vida humana intra-uterina, especialmente en los casos de aborto eugenésico y por motivo de ilícito penal, no se pronunció por la inconstitucionalidad de la ley, haciendo prevalecer una presunción de no inconstitucionalidad de las leyes.

A su vez, entre las razones invocadas por los jueces disidentes, resaltan las que mantienen que no se realizó una concordancia práctica entre los preceptos constitucionales en conflicto, porque el legislador, al optar por la exclusión de la ilicitud, cuando podía haber optado por la exclusión o atenuación de la culpa o de la pena, escogió una solución innecesaria y desproporcionada. El legislador habría violado el núcleo esencial del derecho a la vida del nasciturus, sacrificándolo en abstracto, de una manera desproporcionada, evidente sobre todo en los casos de aborto eugenésico y por motivo de ilícito penal, donde ni siquiera se le podría contraponer el derecho fundamental de la madre.

Es curioso que en esta sentencia, a pesar de la materia en causa, lo que parece decisivo no es la diferencia entre las concepciones morales, filosóficas o religiosas de los jueces, sino el problema de la autocontención de los jueces, es decir, los límites de la competencia del Tribunal Constitucional en sus re-

---

(23) Sobre la coalición de derechos, véase G. CANOTILHO (nota 14), págs. 495 y siguientes; V. ANDRADE (nota 1), págs. 220 y sigs.

laciones con la libertad de conformación del legislador ordinario. De hecho, a pesar de las dudas («lacerantes» en el caso del ponente), el Tribunal entendió que, siendo la Constitución solamente un «código de parámetros» y no un «código detallado», incluso en lo que toca a los derechos fundamentales, sólo podría censurarse al legislador cuando éste adoptase «valoraciones inequívocamente refutables o manifiestamente erróneas». Así, el Tribunal evitaría sobrepasar la frontera entre lo jurídico y lo político, respetando el principio de separación de poderes, según el cual debería reservarse al poder legislativo «la competencia para la definición de los objetivos políticos y sus criterios de adecuación, así como los riesgos por las expectativas o previsiones sobre los cuales fundamenten sus decisiones normativas».

Esta legítima preocupación del Tribunal por no sobrepasar los límites de su función aparece incluso a propósito de preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías, que son derecho de aplicabilidad inmediata, precisamente porque se presupone su determinabilidad constitucional, es decir, porque pueden ser objeto de concreción o densificación jurídica, una tarea propia de los tribunales, a quienes compete expresar, en última instancia, la conciencia jurídica de la comunidad. Considerado esto así, la resolución de un conflicto de derechos o de deberes en este área por el legislador ordinario debería ser objeto de control total por el Tribunal Constitucional. Este, sin embargo, no lo hizo y esgrimió ciertas cautelas, eventualmente comprensibles de cara a los objetivos prácticos de política criminal y sobre todo dado el cariz emocional que divide a las conciencias y hace difícil definir los contornos de un consenso dominante. Exageró, no obstante, seguramente por timidez, al admitir la justificación del aborto de una manera tan amplia.

7.2. Otra sentencia importante fue la número 39/84, acordada por mayoría con fecha 11 de abril de 1984, menos de un mes después de la anterior. Estaba en causa, a instancias del Presidente de la República, juzgar la competencia del Gobierno para, a través de decretos-leyes, revocar una parte sustancial de una ley de bases emanada de la Asamblea de la República y relativa a la organización del Servicio Nacional de Salud. Además de la cuestión suscitada, el tribunal decidió apreciar otra, relativa al mismo precepto, la de su inconstitucionalidad material por violación del derecho a la salud. Fue esta cuestión, planteada de oficio por el propio Tribunal, la que determinó la importancia de la sentencia, incluso, porque el alto órgano declaró la inexistencia de inconstitucionalidad orgánica en el texto gubernamental.

En los términos del número 2 del artículo 64 de la Constitución, el derecho a la protección de la salud, enunciado en el número 1, «se llevará a cabo

mediante la creación de un servicio nacional de la salud, universal, general y gratuito, mediante la creación de las condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen la protección de la infancia, la juventud y la tercera edad y mediante la mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo, así como mediante la promoción de la cultura física y deportiva, escolar y popular y el desarrollo de la educación sanitaria del pueblo».

De aquí concluyó el Tribunal que la creación de un servicio nacional de salud, siendo un instrumento necesario para la realización del derecho a la salud, es un elemento integrante del derecho fundamental y que corresponde a una «imposición constitucional concreta» al legislador.

La ley revocada por el decreto-ley en cuestión se orientaba al cumplimiento de ese mandato, estableciendo las bases generales de un servicio nacional de salud. Sin embargo, el Gobierno, transcurridos tres años, en vez de desarrollar las bases optó por revocar la ley.

La mayoría de los jueces consideró que el Gobierno al proceder así actuó contra la Constitución, no por falta de competencia, sino porque tratándose de una ley que creaba una estructura necesaria para la realización de un derecho (fundamental), el derecho a la salud, su pura y simple revocación reconducía a la situación anterior de inejecución de la norma constitucional, situación de omisión inconstitucional, en virtud de la eficacia dirigente de los preceptos relativos a los derechos sociales, especialmente cuando prescriben tareas concretas y definidas del legislador (24).

El Gobierno podía haber sustituido o reformado el servicio nacional de salud creado por la ley, pero no podía simple y puramente extinguirlo, bajo pena de ofensa directa a la Constitución, lo que comportaba una inconstitucionalidad material.

Para los jueces minoritarios, la tesis que sustenta la sentencia sólo tendría sentido si la ley de bases revocada hubiese adquirido fuerza constitucional, por ejemplo, si hubiese radicado en la conciencia jurídica general la convicción de su obligatoriedad, como concreción del derecho a la salud. Pero la ley se había limitado a enunciar las bases y ni siquiera había sido desarrollada, es decir, no había creado efectivamente ningún servicio, por lo que el decreto-ley en cuestión no había destruido nada. Además, ya había y continuó habiendo servicios públicos de salud que, a pesar de no estar articulados en un servicio único, aseguraban la protección del derecho a la salud constitucionalmente consagrado. Por ello, concluían que realmente el decreto-ley no había violado la Constitución.

---

(24) Sobre las «imposiciones constitucionales» concretas véase, por todos, G. CANTILHO (nota 22), pág. 315.

Así vistas las cosas, estamos ante un caso simétricamente opuesto al de la sentencia relativa al aborto. La diferencia entre las posiciones de los jueces radicaba, en última instancia, en la comprensión de la Constitución y en el papel que corresponde al legislador y al juez en la concreción y aplicación de las respectivas normas.

Para la minoría, el Tribunal Constitucional ha de ser prudente y utilizar el principio de autocontención, precisamente por estar en causa opciones políticas relativas a la forma de organización de los servicios de salud, opciones que tienen que ver con las concepciones dominantes sobre el modo más adecuado de realización del progreso social y que implican decisiones sobre la afectación de recursos escasos, es decir, opciones que son típicamente responsabilidad del poder legislativo, democráticamente legitimado.

El sector mayoritario de los jueces, sin embargo, interpretó literalmente el número 2 del artículo 64 de la Constitución, como si de él se derivara la necesidad de un servicio nacional de salud en cuanto estructura de organización enteramente unificada, hecho tanto más significativo cuanto que es inapelablemente programático el enunciado de los restantes instrumentos previstos en ese número para la realización del derecho fundamental. Así, en contraste con la idea de la Constitución como código de parámetros afirmada en la sentencia relativa al aborto, el tribunal hizo una interpretación maximalista, por no decir ideológica, del texto constitucional y restringió el papel del legislador en su concretización, al reconocer con tan gran amplitud la «eficacia irradiante» de la protección constitucional del derecho a la salud en relación con el derecho ordinario emanado en su ejecución.

La curiosidad o extrañeza de la situación está en que el Tribunal Constitucional dedicó particulares cuidados de autocontención en un dominio en que estaba en causa la concreción de valores comunitarios básicos, definidos en normas constitucionales de aplicabilidad inmediata y relativos a derechos fundamentales que gozan de un régimen especial de protección y asumió la postura de «guardián de la Constitución» en un dominio en que estaba en causa una directiva de organización administrativa destinada a la aplicación de un derecho social que, por su estructura y significado, ha de caracterizarse, en el contexto de la Constitución, como «derecho a reservas de lo posible».

(Traducción de TERESA QUINTELA.)