

COMENTARIO AL LIBRO «LA EUROPA DE LOS DERECHOS HUMANOS» (1)

RICARDO GARCIA MACHO

1. La obra que se comenta, aparecida a mediados del año 1998, se ocupa de un tema nuclear del Derecho Público, que gira en torno a la idea de los derechos humanos y los derechos fundamentales vistos desde una doble vertiente: por una parte, los efectos de la implementación de estos últimos en la vida cotidiana del ciudadano español, que ha llegado más tarde al disfrute del sistema democrático en relación con otros ciudadanos de nuestro entorno y, por otra parte, el proceso seguido para que se haya hecho realidad la idea de la Europa comunitaria más allá del mercado, y especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales. El título de la monografía es muy significativo al respecto, como asimismo que la obra sea encabezada por un artículo que reflexione sobre la Europa de los derechos humanos, y se cierre con otro, en el que se evoca que existe una Europa de los derechos fundamentales, ubicación de ambos artículos que no es ninguna casualidad, sino altamente simbólico, como nos recuerda el propio prof. L. Martín-Retortillo (pág. 16).

La obra recoge una pléyade de trabajos en los años ochenta y noventa, algunos de muy reciente elaboración, cuyo acervo común es la preocupación para que los derechos fundamentales sean garantizados por los poderes públicos, se profundice en su eficacia y el ciudadano considere que forman parte de su vida diaria, tanto en la esfera nacional como en la comunitaria. En este sentido, es significativo que el autor destaque el apuntalamiento de los derechos fundamentales realizado en el Tratado de Amsterdam y, asimismo, la potenciación del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH).

La monografía se divide en dos partes, la primera de las cuales se ocupa de

(*) LORENZO MARTÍN-RETORTILLO: *La Europa de los derechos humanos*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, 466 págs.

los derechos fundamentales vistos desde una perspectiva general, mientras que la segunda parte se consagra al estudio de algunos derechos fundamentales, ya en concreto. La mayoría de los trabajos han aparecido en revistas de carácter científico, otros en libros-homenaje, y algún otro son artículos periodísticos, por lo que eran de difícil localización. Por ello, la idea de reunirlos en una monografía es ciertamente acertada, pues hay un hilo conductor, mejor dicho, un doble hilo conductor que se solapa, que subyace en todos ellos, como ha sido ya destacado.

2. En el contexto de la primera parte es de gran relevancia, pues fija las ideas señeras del libro, el primer artículo cuyo título es precisamente «La Europa de los derechos humanos». Dos pilares básicos aparecen en él, la Revolución francesa con la aprobación de la Declaración de Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789, por una parte, y el Tratado de Maastricht, por la otra. Por lo que se refiere al primer evento, señala agudamente el prof. Martín-Retortillo una serie de principios básicos políticos y constitucionales que informan la Declaración: representantes del pueblo francés, derechos y deberes, corrupción de los gobiernos, contraste de los actos del Poder legislativo y del Poder ejecutivo, respeto a la Constitución o bienestar de todos (pág. 31). Son, sin lugar a dudas, algunos de los principios (concepto de representación, derechos fundamentales y división de poderes) que informan y constituyen el motor de las Constituciones del mundo occidental. Se interroga, asimismo, aquél sobre el origen de las ideas subyacentes a estos principios, encontrando la respuesta en la *Ilustración*, pues en ésta se encuentra el caldo de cultivo, que luego cristalizó en esos principios políticos y constitucionales, cuestiones a las que en profundidad y maestría se ha referido el prof. E. García de Enterría en su discurso de ingreso en la Real Academia. Otra de las cuestiones que le preocupan a Martín-Retortillo es la influencia que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos tuvo en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Constata el Catedrático de la Complutense esa influencia (pág.45), pero es también cierto que la Declaración de Derechos francesa tiene una personalidad propia y definida, que la diferencia nítidamente de la Declaración americana, como brillantemente ha destacado J. Habermas. El Consejo Constitucional francés, de otra parte, realza la Declaración al utilizarla como elemento de contraste a la hora de juzgar de la constitucionalidad de las leyes.

El otro pilar básico utilizado para mostrar la potenciación de los derechos humanos es el Tratado de Maastricht. Realiza el prof. Martín-Retortillo un recorrido histórico desde la creación del Consejo de Europa y la posterior institución por éste del CEDH de 4 de noviembre de 1950 (Convenio de Roma), para llegar al Tratado de Maastricht, que en el antiguo artículo F (hoy art. 6 del

Tratado de la Unión Europea en base al Tratado de Amsterdam) potencia los derechos humanos y establece que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal como se garantizan en el CEDH (pág. 52).

Otro de los artículos que constituyen la columna vertebral de la obra es el aparecido bajo el título «Eficacia y garantías de los derechos fundamentales», escrito para el libro-homenaje al prof. E. García de Enterría. Se trata de un trabajo cuyo interés científico es constatar la eficacia de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, si bien al final realiza una referencia al acceso al Tribunal de Estrasburgo, analizando alguna de sus sentencias y los efectos que tuvieron de salvaguardia de los derechos humanos (págs. 117 y sigs.).

Por lo que se refiere al Derecho español, entre las cuestiones de las que se ocupa la monografía, destaca una alusión al estado de la cuestión de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, con sus luces y sombras, las dificultades de sus comienzos, si bien finalmente el juicio es positivo, en cuanto ha sido, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, un eficaz medio de protección de los derechos fundamentales (pág. 98). También se ocupa del recurso de amparo, haciéndose eco de la relevancia de algunas de sus primeras sentencias, con referencia a cuestiones que plantean dificultades, así el amparo frente a infracciones de derechos fundamentales de los particulares (*Dritwirkung der Grundrechte*), cuestión particularmente espinosa, dado que el artículo 41.2 LOTC configura el amparo frente a las violaciones de derechos fundamentales por parte de los poderes públicos, excluyendo, por tanto, a los particulares. En caso de que éstos infrinjan derechos fundamentales, su garantía deberá solventarse ante la jurisdicción ordinaria, si bien se admite una posibilidad de amparo constitucional a través de la vía del artículo 44.1 LOTC, considerando que el órgano judicial no remedia la lesión producida por particulares. En este sentido se manifiesta G. Fernández Farreres, apoyándose en la STC 18/1984, de 7 de febrero.

Otra cuestión que es objeto de estudio es la referente a si los entes públicos pueden ser titulares de derechos fundamentales (pág. 110). Desde luego en la STC 16/1983, de 10 de marzo, nítidamente se defiende la titularidad de una Diputación del derecho fundamental del artículo 24, sentencia a la que Martín-Retortillo se refiere en un trabajo anterior en el tiempo «Las Corporaciones Locales y el recurso constitucional de amparo», y que está recogido en la obra que se comenta (págs. 214 y sigs.). Sin embargo, en la Sentencia 64/1988, de 12 de abril y otras, ya no está el Tribunal a favor de tal titularidad de forma tan nítida, por lo que pide una clarificación sobre el tema (pág. 112). Puede decirse, en relación con la cuestión, que hay un tendencia jurisprudencial a restringir la legitimación de las personas jurídicas para interponer recurso de amparo, como

lo demuestran las SSTC 123/1996, de 8 de julio, y 211/1996, de 17 de diciembre y, asimismo, el Auto de 12 de enero de 1998.

Es cierto, por otra parte, que el Tribunal Constitucional no es el escalón superior de la organización judicial, como bien dice el prof. Martín-Retortillo (pág. 114), pero sí es un órgano que tiene una función jurisdiccional, cuya ubicación en la Constitución debería haberse situado próxima al Título VI (Del poder judicial), y no en el Título IX, siguiendo el modelo del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1931, a pesar de que poco tiene que ver nuestro Tribunal Constitucional con aquél, como hace poco tiempo (enero 1999) ha recordado su Presidente, el prof. P. Cruz Villalón, en una conferencia dictada en el Club Siglo XXI.

Dentro de esta primera parte del libro, finalmente, se ocupa su autor de un tema, «El paradójico protagonismo de la Administración Pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales», con el que quiere llamar la atención sobre la importancia que tiene el funcionamiento eficaz de la Administración en la implementación y efectividad de algunos derechos fundamentales. En determinadas situaciones se exigirá de la Administración una no intervención como medio de garantizar el derecho fundamental. Ese es el caso en relación, por ejemplo, con el derecho de asociación, reunión, o bien inviolabilidad de domicilio e intimidad (págs. 275 y sigs.). En otras circunstancias, contrariamente, se requerirá de la Administración un hacer activo, o sea, una intervención como medio de hacer efectivo el derecho fundamental. En este sentido destaca cómo la intervención administrativa tendrá diversa intensidad y efectos, dependiendo de lo decidido por el poder constituyente. Así, existen tres niveles claramente diferenciados dentro del Título Primero, que se ocupa «De los derechos y deberes fundamentales». La clave se encuentra en el artículo 53 CE, que en cada uno de sus párrafos establece un diferente nivel de protección de los derechos y libertades (pág. 280). Alude, en este contexto, Martín-Retortillo a la labor de desarrollo del derecho a la educación (art. 27 CE) que corresponde realizar a las diversas Administraciones, ya sea creando centros docentes, o bien mediante medidas de fomento, normalmente a través de subvenciones. Por otra parte, y con referencia al derecho de asociación, constata que así como en algunas ocasiones su protección exige un no hacer de la Administración, en otras, como la protección de los consumidores (art. 51 CE), y más concretamente el fomento de sus organizaciones, se apela a los poderes públicos para que desarrollen tal derecho. En definitiva, en este artículo, examina el Catedrático de la Universidad Complutense las muy diversas funciones, con las dificultades que ello conlleva, pues a veces entran en conflicto los diversos cometidos, que debe realizar la Administración en su labor de protección y fomento de los derechos fundamentales.

3. Por lo que se refiere a la Segunda Parte del libro, se ocupa su autor del estudio de algunos derechos fundamentales concretos. Comienza Martín-Retortillo con el análisis de un derecho, la protección de la infancia y juventud, del que apenas se ha ocupado la doctrina, a pesar de su evidente importancia. En un espléndido trabajo, bajo el título, «Libertad artística y de expresión y protección de la infancia y juventud», pone de manifiesto el desamparo en que frecuentemente se encuentran los niños y jóvenes, y analiza el estado de la cuestión de los medios de protección existentes, al hilo de la sentencia del «caso Müller y otros» del TEDH, de 24 de mayo de 1988. Realiza el prof. L. Martín-Retortillo un estudio detallado de la Convención de los Derechos del Niño (págs. 318 y sigs.), que fue aprobada y ratificada por España, entrando en vigor el 5 de enero de 1991. Estudia aquél en detalle la Parte I, que se ocupa de los derechos, titularidades y garantías de los niños, con especial referencia a los derechos fundamentales que les protegen. Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión (art. 13), la libertad de pensamiento y de religión (art. 14) y derecho a la intimidad (art. 16). A ello se añaden las garantías contra la explotación económica (art. 32), explotación sexual (art. 34) y que los medios de comunicación tengan siempre presente a los niños, para lo cual los Estados Partes velarán para que la información tenga como finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental (art. 17).

También se lleva a cabo en ese trabajo un estudio detallado de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (págs. 327 y sigs.), que modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, ocupándose sustancialmente del Título primero, y más concretamente, en la línea de reflexión emprendida en este artículo, de algunos de los derechos fundamentales del menor. Comienza Martín-Retortillo con el derecho a la intimidad de los niños (art. 4), que transcribe el artículo 18 CE, y en cuya defensa participa el Ministerio Fiscal, «que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada» (apartado cuarto). Otro de los derechos es el derecho a la información (art. 5), planteado en el sentido de protección de los niños frente a determinado tipo de informaciones, dado que hay informaciones radicalmente incompatibles con el carácter, sentimientos, mentalidad y forma de ser de niños y jóvenes dentro de su lógica evolución (pág. 335). La información que reciben éstos debe ser adecuada a su desarrollo, y veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales. Finalmente, hace referencia el Catedrático de la Complutense al derecho a la libertad de expresión (art. 8), que considera una norma reiterativa, ya que el precepto sigue las líneas del artículo 13 de la Convención del Niño, lo recogido en la Constitución y en el artículo 10.2 del CEDH. Si destaca el trabajo que la moral,

a través de estos mecanismos, se introduce en el Derecho español como límite a la libertad de expresión, cuestión que se plantea en el caso Müller.

El caso «Müller y otros» (págs. 355 y sigs.) está en el origen de este trabajo, como el mismo Martín-Retortillo recuerda, y desde su perspectiva se ha escrito. El asunto tiene como efecto una sentencia del TEDH de 24 de mayo de 1988, a propósito de la exhibición de tres cuadros muy grandes del pintor J. F. Müller en una sala del Cantón de Friburgo en la que no había ningún tipo de restricciones para entrar. Las diligencias comenzaron en base a la actuación del fiscal, que puso en marcha el procedimiento penal, a consecuencia de la denuncia de un padre de familia debido a la fuerte reacción de su hija, menor, ante los tres lienzos, que tenían carácter obsceno, con escenas provocativas de sexo duro. Los bienes jurídicos que entran en conflicto son la libertad de expresión artística, que es parte del derecho a la libertad de expresión, y el estándar de la moral, que se considera agredida, y así lo consideran los tres Tribunales suizos intervinientes, el primero de los cuales ordenó el secuestro de los lienzos, debido a la brutalidad sexual de las escenas, y a que la entrada a la sala donde se exhibían los cuadros era libre. Prevalece en el caso concreto la protección de la moral en conexión con la protección de los derechos ajenos, que en el caso Müller se manifiesta como protección de los menores al hilo del artículo 10.2 del Convenio (pág. 373). El prof. Martín-Retortillo reflexiona, debido a que se está limitando un derecho tan relevante como la libertad de expresión artística, sobre el significado de esta sentencia, y si ello hubiera podido menoscabar la creación artística de grandes creadores, aparecidos con las grandes corrientes de creación cultural como la renacentista, surrealista u otras, a veces tan provocadoras en lo afectante al sexo. Concluye que esta sentencia no debe sacarse de su contexto, y que lo único que subraya es la trascendencia de la protección de los niños y jóvenes en el actual panorama, que se caracteriza por su frecuente desprotección.

En el contexto de esta Segunda Parte brillan con luz propia otros dos artículos por su carácter simbólico. El título del primero es ya significativo, «Hay libertades que obligan», en el que Martín-Retortillo llama la atención sobre el ejercicio de responsabilidad que implica para quien disfruta de los derechos fundamentales de libertad de cátedra y a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión, derechos que afectan a la libertad de expresión (art. 20 CE). Se recuerda el esfuerzo que ha supuesto históricamente la introducción del derecho a la libertad de cátedra, lo que exige como contrapartida una exquisita rigurosidad en su ejercicio (pág. 381). Por lo que respecta a la libertad de prensa, recuerda L. Martín-Retortillo la trascendencia que lleva consigo el ejercicio de tal derecho, y de forma muy especial que la información sea «veraz», lo que implica deberes y responsabilidades para los informadores

(art.19.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y art.10 CEDH).

Se cierra esta Segunda Parte con un artículo breve, pero enjundioso, «Hablemos de otra Europa», que constituye el cierre del libro, lo que tiene carácter simbólico, si se tiene en cuenta que la obra está encabezada con otro trabajo, que también se ocupa de Europa, como ya se apuntaba en la introducción. Pero además, el contenido de este artículo es alegórico al ocuparse de un tema tan sensible como la pena de muerte, y la muy diferente perspectiva que se tiene de ella en dos partes del mundo occidental, como son los Estados Unidos y la Europa comunitaria. La cuestión surge al hilo del «caso Soering», joven alemán que cometió un crimen en los Estados Unidos, y que fue posteriormente detenido en Gran Bretaña. Se solicitó la extradición por el primer país, pero ésta fue denegada, sospechando con fundadas razones que allí sería condenado a muerte y ejecutado, después de una larga espera. El Tribunal de Estrasburgo concluye en su Sentencia de 7 de julio de 1989, en base a estas circunstancias, que J. Soering estaría sometido a «penas o tratos inhumanos o degradantes», lo que va en contra del artículo 3 del CEDH. Hace el prof. Martín-Retortillo una reflexión final (pág. 461), señalando el ejercicio de poder brutal que implica la pena de muerte, los muy diferentes valores existentes en Europa y los Estados Unidos en torno a la pena de muerte, y lo que esto significa. De cualquier forma, la pena de muerte y su abolición es un tema que preocupa hondamente a L. Martín-Retortillo, pues ya en el primer trabajo (págs. 56 y sigs.) reflexiona en torno a la cuestión con lucidez.

4. Ha sido un acierto la recopilación de estos artículos dispersos en la obra que se comenta del prof. L. Martín-Retortillo, por la trascendencia que siempre tiene el tema de los Derechos Humanos, por el interés de las cuestiones concretas tratadas, algunas de las cuales se han puesto de relieve en las páginas precedentes, y por la oportunidad, e incluso, por qué no decirlo, la amenidad, con se tratan cuestiones, a veces, arduas. Eso tiene que ver con la forma clara y directa con la que está escrita la monografía, lo cual es un mérito añadido.

El libro, por otra parte, está escrito con maestría, con aportaciones novedosas y relevantes sobre los Derechos Humanos en general, y más concretamente en torno a los Derechos fundamentales. Un ejemplo de ello, lo constituye su último trabajo cronológicamente, «Libertad artística y de expresión y protección de la infancia y juventud», que sobre un tema de actualidad y del que la bibliografía es escasa, lo que demuestra la oportunidad de su tratamiento (en el Homenaje a H. F. Zacher, aparecido en 1998, Ch. Tomuschat ha escrito sobre la Convención de los Derechos del Niño, ocupándose de la dificultad y confusión

que plantea su implementación en el Derecho interno), lleva a cabo un estudio riguroso y profundo, realiza una ponderación de los derechos fundamentales que entran en conflicto al hilo del «caso Müller y otros», y establece las líneas básicas de protección de los niños. Otro de los trabajos paradigmáticos de la monografía es el primero, «La Europa de los Derechos Humanos», en el que define con rasgos claros y precisos una línea de desarrollo de los Derechos Humanos desde la Revolución francesa al Tratado de Maastricht.