

UN DEDO EN MI OJO. SOBRE LA JUSTICIA, EL DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES.

por Roberto-Marino Jiménez Cano *

Resumen: Este trabajo, partiendo de posiciones contrarias a una moral objetiva dentro de una sociedad plural, pretende, no obstante, elevar la categoría de los derechos fundamentales a un mínimo común ético que sirva para la convivencia pacífica de las diferentes personas y "emociones" que componen una sociedad actual. Los contornos y posibles conflictos entre tales derechos son fijados, además, por las propias normas jurídicas de cada propia sociedad plural.

Palabras clave: Constitución, derechos humanos fundamentales, emotivismo moral, pluralismo social.

El pequeño artículo que precede al presente en este primer número de la RTFD fue contestado el pasado 18 de marzo por otro interlocutor del canal de IRC #abogados. Ahora se trata de "Bear", abogado, el cual escribió en el "Ágora" del sitio www.abog.net lo siguiente:

Un dedo en el ojo de Ulpiano, por "Bear".

A la atención de D. Roberto Marino Jiménez Cano, y de cualquier otro lector que pueda disipar mi ignorancia:

Habiendo leído con atención, y quizás malicia, el artículo que publicado por Jiménez Cano acerca del posible conflicto entre Ley y Justicia, no llego a comprender la final conclusión según la cual en un Estado reconocedor y garante de los derechos humanos o fundamentales, no se pueda producir una confrontación entre aquéllas.

En su consecuencia, aún reconociendo mi desconocimiento de la materia, dejo constancia de mi perplejidad por lo que sigue:

1º) De entrada, no alcanzo a entender la reducción de la Justicia al respeto de los derechos humanos o fundamentales. ¿Acaso la justicia no es operativa, y hemos de dejar de hacer invocación a ella, en cuestiones más humildes en las que no estén en juego derechos humanos o fundamentales? De otro lado, ¿no es posible un conflicto de intereses en que los contendientes hagan invocación de sendos derechos humanos o fundamentales, existentes y reales, para postular soluciones antitéticas? Y, en tal caso, al optar por dar preferencia a una u otra solución, desconociendo o limitando el derecho fundamental que conduciría a la otra ¿como podemos decir que dicha solución es la justa y no lo es la contraria?

2º) Dándose a entender la existencia de una imposibilidad de tener acceso al contenido material del concepto de Justicia, por la diferente

* Confundidor y operador del canal del IRC-Hispano #abogados. Estudiante de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. **Artículo publicado el 20 de marzo de 1998.**

extensión que le es dado por los diferentes grupos e incluso por los diferentes individuos, ¿no sería preferible entonces hablar, no del "concepto", sino de un "sentimiento" de justicia, de una "emoción" -Kelsen dixit- que pueda derivar o ser afectada por factores sociales -vgr. un sistema o jerarquía de valores socialmente dominante-, pero también por factores individuales y subjetivos, incluso de índole sentimental o afectiva, del sujeto que hace el juicio de aprobación?

En lo que sigue me propondré contestar estas palabras de mi amigo "Bear", a quien dedico estas líneas.

Acepto, puedo llegar a comprender incluso, la perplejidad sufrida ante las siguientes afirmaciones (en relación con el contenido material de la Justicia): 1ª. «Una norma de un Ordenamiento jurídico de un Estado democrático de Derecho sólo puede ser injusta en caso de conculcar los derechos humanos fundamentales». 2ª. «...en un Estado democrático de Derecho, reconocedor y garante de los derechos humanos fundamentales, no se puede dar una confrontación Ley-Justicia, siendo no ya lo prevalente sino lo lógico el Derecho justo»¹ y el que se me acuse de reduccionista por circunscribir la Justicia al solo ámbito de los derechos humanos fundamentales (soy partidario de esta expresión o de la de "derechos fundamentales del hombre"²). ¿No es operativa la Justicia en casos más humildes en los que no entren en juego esos derechos fundamentales?, esto es, ¿no está bañado todo el ordenamiento jurídico por la Justicia? ¿Qué entendemos por Justicia, vuelvo a preguntar, si la vaciamos materialmente de contenido?, ¿un "sentimiento"?, ¿un "sentimiento" de un individuo, de un grupo o de la totalidad? "Bear" nos habla (y Kelsen *dixit*) de la Justicia como emoción, como defensa de los valores (subjetivos) de un individuo o grupo de individuos. Pero ante esto tengo una objeción, es evidente que un Ordenamiento jurídico contemporáneo es distinto a uno de hace, por

¹ Recordemos, como expone Larenz comentando a Stammler, que «con tal que en conjunto [un Derecho positivo] se oriente hacia la idea del *Derecho justo*, podemos decir que está en el camino hacia el Derecho justo» y, continúa líneas abajo, «un ordenamiento en su conjunto no puede serlo nunca [justo], pues no sería ya un ordenamiento jurídico». Karl Larenz en su *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Civitas. Madrid, 1.985, p. 28.

² Expresión esta última preferida por Eusebio Fernández García, en *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Debate. Madrid, 1.984, p. 78.

ejemplo, tres mil años y, principalmente, porque las sociedades antiguas eran más cerradas, menos cosmopolitas, quizá con una única religión, una única moral, un pensamiento único, una única emoción. En este tipo de sociedades podría ser factible inundar todo el Ordenamiento jurídico de una Justicia "objetiva" basada en la misma (única) emoción, llegando a confundirse los términos «Justicia» y «Derecho», aún más, desconociéndose hasta el término «Derecho» u «Ordenamiento jurídico». Mas hoy, donde existen, *v. gr.*, hombres negros o blancos o musulmanes o cristianos o ateos o amorales o comunistas o liberales donde nunca los hubo, ¿sería aconsejable sumergir todo el Derecho en una misma emoción?, ¿se respetarían así las emociones de otros individuos, de otros grupos?, ¿sería posible una convivencia pacífica entre varios grupos si para cada conflicto de intereses o cuestión jurídica hubiera que estimar la mayor Justicia de uno de ellos o de la decisión judicial sobre la base de distintas "emociones" o costumbres? («la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos *de los demás* son fundamento del orden político y de la paz social» -art. 10.1 CE [Constitución Española de 1.978, la cursiva es mía]-). Creo que el Derecho es una cosa y la Justicia otra y que ésta únicamente debe actuar en el Derecho como un *mínimum* para la supervivencia social (el contenido moral *mínimo* del Derecho o el «contenido *mínimo* del Derecho natural» de Hart³). Ahora bien, si la Justicia no debe ser atributo de todo el Derecho de qué parte, ¿de los derechos humanos fundamentales? ¿Son los derechos fundamentales ese *mínimum*? Creo que sí porque son los decisivos para una convivencia pacífica y por ser los más comunes a las distintas "emociones" humanas. Los derechos humanos (fundamentales) constituyen la única prueba de un Derecho y una Justicia (o un Derecho justo) universales, si se quiere incluso de un Derecho, una Justicia y unos valores y emociones "objetivos", intentando así salvar -

³ Vid. H.L.A. Hart. *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1.961

difícil es- ese «juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo» -Kelsen *dixit*-⁴. En palabras de Bobbio «la Declaración universal de derechos humanos representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez»⁵.

“Bear” también me objeta un posible conflicto entre derechos humanos fundamentales, ¿cuál debería prevalecer?, ¿sería justo el optar por uno e injusto no optar por otro? Con estas preguntas “Bear” ha dado en el clavo de la crítica puesto que cualquier conclusión final no será satisfactoria *erga omnes*. Ahora bien, podemos allanar un poco el camino. Para ello voy a centrarme en la regulación que hace la Constitución española de 1.978 de los derechos fundamentales en su Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”) y en diversas sentencias del Tribunal Constitucional, dejando al margen otras regulaciones nacionales o internacionales.

El Título I CE está estructurado de la siguiente forma:

- a) Artículo 11
 - b) Capítulo 1.º De los españoles y los extranjeros (arts. 11-13).
 - c) Capítulo 2.º Derechos y libertades.
- .- Artículo 14.

⁴ Kelsen, H. *¿Qué es Justicia?* Ariel, Barcelona, 1.982, p. 39.

⁵ Bobbio, N. “Presente y porvenir de los derechos humanos” en Anuario de Derechos Humanos 1.981, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, enero 1.982, p. 10. En cuanto a los resultados de la votación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1.948, fueron los siguientes: (la ONU tenía entonces 56 miembros) se aprobó por 48 votos a favor, ninguno en contra, ocho abstenciones (Arabia Saudita, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Unión Sudafricana, URSS y Yugoslavia) y hubo dos ausencias (fuente de los datos: Truyol y Serra, A. *Los Derechos Humanos*. 3ª ed. Editorial Tecnos. Madrid, 1.982, p. 56).

.- Sección 1.^a De los derechos fundamentales y de las libertades públicas (arts. 15-29).

.- Sección 2.^a De los derechos y deberes de los ciudadanos (arts. 30-38).

d) Capítulo 3.^o De los principios rectores de la política social y económica (arts. 39-52).

e) Capítulo 4.^o De las garantías de las libertades y derechos fundamentales (arts. 53-54).

f) Capítulo 5.^o De la suspensión de los derechos y libertades (art. 55).

Ante este esquema pronto nos percatamos que si bien todo el Título queda englobado como "De los derechos (y deberes) fundamentales" sólo la Sección 1.^a (arts. 15-29) lleva propiamente el encabezado *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. ¿Indica esto que los derechos de esta sección son más "fundamentales" que el resto de derechos enumerados en el Título I? Pues lingüísticamente parece que sí, pero además esta conclusión nos viene reforzada por la garantía cualificada que les otorga el art. 53 CE, siendo además este artículo no sólo el garante de los derechos sino también su clasificador. Así «los distintos derechos fundamentales aparecen catalogados, en orden decreciente, de acuerdo con la amplitud de los medios de protección jurisdiccional que garantizan su tutela. Pueden, de este modo, distinguirse: a) El artículo 14 y la Sección 1.^a del Capítulo 2.^o (arts. 15 a 29), garantizados ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será también aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 (art. 53.2). Asimismo estos derechos se hallan tutelados por el recurso de inconstitucionalidad previsto en el artículo 161.1a) (art. 53.1); b) Los derechos consagrados

en la Sección 2.^a del Capítulo 2.^o (arts. 30 a 38), protegidos por el recurso de inconstitucionalidad (art. 53.1); c) Los derechos formulados en el Capítulo 3.^o (arts. 39 a 52), que informarán la práctica judicial y serán alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»⁶.

Observado esto, la primera conclusión que podemos sacar es que los derechos fundamentales enumerados en los artículos 14 al 29, incluso el derecho de objeción de conciencia (art. 30), tienen una posición más reforzada que el resto de los derechos fundamentales y en caso de conflicto entre uno de ellos y cualquier otro derecho fundamental prevalecen aquéllos, siempre con la exigencia de que «su ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento que el art. 7 del Código civil expresa con carácter general, al precisar que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» (Sentencia del Tribunal Constitucional 120/83, f. j. 2^o y STC 186/93).

Ahora bien, ¿qué ocurre si hay un conflicto entre derechos fundamentales de la misma escala, con la misma protección? ¿Cómo se deben ponderar los derechos fundamentales?

Antes de nada debemos comprobar tres cosas:

1^a Si se han ejercido con buena fe.

2^o Si su contenido se ajusta a la definición constitucional.

3^o Si se respeta el contenido esencial del derecho.

Detengámonos en los dos últimos puntos. El Tribunal Constitucional (STC 31-5-1993, núm. 178/1993, Fecha BOE 05-07-93), ante un conflicto entre la libertad de información (art. 20.1.d) CE) y el

⁶ Pérez Luño, A. E. *Los Derechos Fundamentales*. 6^a ed. Tecnos. Madrid, 1.995, pp. 164 y 165.

derecho al honor (art. 18.1 CE) estima lo siguiente: «SEGUNDO.- Se plantea, pues, un conflicto entre libertad de información y derecho al honor a resolver a la luz de la doctrina de este Tribunal en resoluciones anteriores, sintetizada en nuestra STC 240/92, en la que expresábamos al respecto que conviene recordar, ante todo, que la función de este Tribunal en los recursos de amparo interpuestos a consecuencia de un conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor consiste en dilucidar si la ponderación judicial de los derechos en presencia ha sido realizada de modo que se respete su correcta valoración y definición constitucional, para, de llegar a una conclusión afirmativa, confirmar la decisión judicial, o, en caso contrario, reputarla lesiva de uno y otro derecho fundamental (SSTC 171/90, f. j. 4; 172/90, f. j. 6, 40/92, f. j. 1, 219/92, f. j. 2)»

Como los derechos fundamentales tienen límites (tal y como ha expuesto el TC en multitud de ocasiones), para una correcta ponderación se ha de estar a la definición constitucional y al concreto contenido esencial de cada uno, pero ¿qué se entiende por "contenido esencial"? Según la STC 11/1981, de 8 de abril, para delimitar el contenido esencial cabe seguir dos caminos: «El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar naturaleza jurídica» y, así, lo compone «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose por así decirlo». En el segundo camino se puede hablar «de una esencialidad del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (se lesionaría «el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección»).

Por tanto, si los derechos fundamentales no se desvirtúan, si mantienen su contenido esencial se puede optar, en un conflicto, por uno u otro derecho sin que esa decisión pueda llegar a ser injusta mientras que la afirmación de uno de los derechos no niegue el contenido esencial del otro (no desvirtúe al derecho). Eso sí, para ello se deberá estar al caso concreto, siendo imposible dar una solución general. En palabras de Prieto Sanchís «como advertimos al hablar de su presunto carácter absoluto, los derechos humanos son «por naturaleza» limitados o, si se prefiere, presentan unos límites inmanentes que derivan de la propia necesidad de preservar no sólo los demás derechos, sino también otros bienes constitucionalmente valiosos; pero esa limitación ha de estar en todo caso justificada, es decir, no sólo ha de poder invocar en su favor algún otro derecho o valor constitucional, sino que ha de acreditar una adecuación o proporcionalidad entre la necesidad de la medida para preservar ese derecho o valor y el sacrificio que la misma comporta para la libertad fundamental. En principio, y salvo que la prioridad derive de la propia Constitución, todos los derechos y valores constitucionales se sitúan en un plano de igualdad o importancia equivalentes, por lo que «se impone una necesaria y casuística ponderación» (STC 104/1.986, de 17 de junio, f. j. 5); ponderación cuyo resultado es difícilmente previsible y que, desde luego, no puede ofrecernos una «teoría general» de los límites que permita asegurar cuándo hemos de reconocer preferencia al derecho y cuándo hemos de sacrificar éste en aras de otro derecho o valor, pero que representa una garantía mínima de toda disposición limitadora de las libertades»⁷.

Para finalizar, y sólo por si "Bear" me pidiera que concretara más, recojo estas palabras del Tribunal Constitucional (TC 1ª, S 31-5-1993, núm. 178/1993, Fecha BOE 05-07-93): «Según los criterios que se han ido perfilando en la jurisprudencia constitucional -añade la STC

⁷ Prieto Sanchís, L. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Debate, Madrid, 1.990, p. 147.

240/92- esa confrontación de derechos ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica, que sobre los derechos denominados de la personalidad del art. 18 CE ostenta el derecho a la libertad de información del art. 20.1 d) CE, en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la información de la opinión pública (SSTC 104/86, f. j. 5; 171 y 172/90, ff. jj. 5 y 2, respectivamente; 40/92, f. j. 1; 85/92, f. j. 4) y "alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información" (STC 107/88, f. j. 2). Tal valor preferente del derecho a la información no significa, sin embargo, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que han de ceder únicamente en la medida en que resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática, como establece el art. 20.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De modo que, la legitimidad de las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales, como el derecho al honor, requiere no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere, ya que, de otra forma, "el derecho a la información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo del discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso del derecho al honor y a la intimidad de las personas con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno en relación con el interés general del asunto" (STC 172/90, f. j. 2)».