

# CONFLICTOS MATERIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 AMNISTÍA Y CONSTITUCIONALISMO DESDE LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA

**Edgardo Rodríguez Gómez**

Investigador del Centro de Desarrollo Humano de Puno

Doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos – U. Carlos III de Madrid

**SUMARIO.- INTRODUCCIÓN.- I. LOS VALORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.- I.1. Una perspectiva dualista.- I.2 Valores y Derecho.- I.3. Los valores superiores en el ordenamiento español.- I.4. La dignidad de la persona.- I.5. Los derechos fundamentales como norma.- I.6. Dificultades acerca del contenido axiológico constitucional.- II. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.- II.1. El Estado social y democrático de Derecho español.- II.2. La Constitución material en el modelo de Estado de Derecho.- II.3. El contenido institucional del Derecho.- II.4. La interpretación desde la sistemática constitucional.- III.- CONFLICTOS DESDE LA REALIDAD ESPAÑOLA Y RESPUESTAS CONSTITUCIONALES.- III.1. El contexto del franquismo.- III.2. Demandas de justicia.- III.3 El recurso a la amnistía.- III.4. La amnistía en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.- III.5. El cauce constitucional.- III.6. Criterios de razonabilidad y proporcionalidad.- CONCLUSIÓN.- BIBLIOGRAFÍA**

## INTRODUCCIÓN

En este se trabajo se intenta realizar un breve estudio acerca de una temática actual y relevante en el estudio del constitucionalismo centrada en el abordaje de la Constitución Española de 1978, próxima a cumplir treinta años de vigencia. Se trata de efectuar un análisis del contenido axiológico de la norma suprema en el ordenamiento español y los conflictos que le supone la expedición de leyes de amnistía mediante una perspectiva funcional que ofrezca respuestas concretas desde la clara comprensión de la existencia de un sistema jurídico en el que se opta por garantizar la dignidad de la persona y los derechos fundamentales que le son inherentes.

La Constitución española, cuya vigencia amerita un expreso reconocimiento a los notables beneficios que ella ha conllevado para la convivencia de quienes viven al amparo de sus normas, requiere, al mismo tiempo, ser sometida a un balance que permita traslucir sus insuficiencias y conflictos; sin dejar de estar de acuerdo en lo básico, tal como refiere el propio Jefe de Estado español cuando destaca su importancia; y es que se trata de:

*“Una Constitución redactada sobre la concordia, y reflejo del más amplio y generoso consenso nunca alcanzado entre los españoles. [...] que ha sido y es esencial para la transformación y modernización de España<sup>1</sup>.”*

---

<sup>1</sup> D. Juan Carlos I de Borbón, “Discurso de Su Majestad el Rey con motivo del XXV aniversario de la Constitución. 06 de diciembre de 2003”, *Diario El País*, Madrid, p 1.

Ahora bien, resulta inevitable recordar -como el propio Rey Juan Carlos I lo hace- que la Constitución de 1978 es el resultado de un proceso de transición a la democracia cuya complejidad no puede ser obviada<sup>2</sup>. En dicho proceso las cuestiones que dividían a sus distintos sectores políticos debieron ser puestas de lado en nombre de la consolidación del Estado democrático. Es pues, desde el marco de la reflexión acerca del tránsito a la democracia, y las mismas experiencias acaecidas en el ámbito latinoamericano posteriores a la transición española, que una perspectiva comparada se impone para contrastar las respuestas a los conflictos materiales constitucionales, que al menos en el plano teórico ameritan ser cotejadas con los indudables logros para la convivencia alcanzados en España, gracias a su Constitución.

El propósito, por tanto, de este trabajo es hacer un sintético recorrido a través del sistema jurídico español para encontrar respuestas a diversos cuestionamientos planteados a la vigencia del contenido sustancial de la Constitución<sup>3</sup>, especialmente cuando se contraponen exigencias de verdad, justicia y reparación por crímenes de lesa humanidad a las manifestaciones del principio de seguridad jurídica previstas en el texto constitucional.

Es por ello importante revisar una serie de temas que subyacen en la fórmula ética, política y jurídica de la Constitución; así, en una primera parte se abordará el tema de los valores superiores que dan sentido al ordenamiento español para entender cabalmente las palabras de su Jefe de Estado que expresan el alcance de dichos valores en el marco del juego democrático:

*“La Constitución, desde sus valores y principios, permite afrontar nuestros problemas y anhelos dentro del respeto a las reglas de juego adoptadas libre y democráticamente, evitando planteamientos que puedan poner en peligro la estabilidad y la seguridad de todos.”<sup>4</sup>*

Una estabilidad y seguridad de “todos” que se conjuga con un sistema de garantías individuales previsto en el contenido del Título I de la Constitución Española, que además requiere asentarse en presupuestos sociales y culturales presentes en la efectiva vigencia de una cultura democrática, prestaciones básicas para la subsistencia y una conciencia de derechos exigibles desde la fórmula constitucional del Estado social y democrático de Derecho que será analizada en la segunda parte de este trabajo.

---

<sup>2</sup> El profesor Gregorio Peces-Barba, miembro de la ponencia constitucional, señala al respecto: “No se puede olvidar el peculiar momento histórico en el que se elaboró la Constitución, después de cuarenta años de régimen autoritario que se inició con la victoria en una terrible y sangrienta guerra civil, y en el que la represión de las ideologías liberales y democráticas y la prohibición de los partidos políticos eran puntos centrales de su credo”. *La Constitución Española*, Prólogo de Gregorio Peces-Barba, Centro de Estudios Adams, Ediciones Valbuena S.A., Madrid, 2001, p. 19.

<sup>3</sup> Desde la denominada Asociación de la Recuperación de la Memoria Histórica se hace frecuente alusión a textos jurídicos del sistema universal de protección de los derechos humanos, ello en razón de que existe el interés de los llamados familiares de las víctimas del franquismo de dicha organización de interponer quejas internacionales contra el Estado español, atendiendo al carácter de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad acogido en el derecho internacional con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

<sup>4</sup> D. Juan Carlos I de Borbón, *Op. Cit.*, p. 4.

Finalmente, resulta imprescindible vincular a elementos clave de una constitución material, como son los valores superiores constitucionalizados y la fórmula del Estado social y democrático de Derecho, con la concepción –también material- de los derechos fundamentales asumidos como parámetros de validez de todo el ordenamiento y capaces de dar cauce, a través pautas de adecuación y proporcionalidad, a los conflictos planteados por la realidad social como los derivados de las secuelas del franquismo que será tratado en la parte final de este trabajo.

Es importante mencionar que muchas de las ideas desarrolladas en este breve ensayo tienen como referencia una reflexión cercana sobre la realidad latinoamericana y en especial sobre la peruana. Perú es uno de los países que hace muy pocos años ha iniciado un proceso de reconocimiento de su pasado reciente para procurar dar solución a la agenda de temas referidos a las violaciones masivas de derechos humanos, que si bien aún exhibe un saldo poco fructuoso en los intentos de lucha contra la impunidad por tales violaciones, va encontrándose salidas jurídicas, mediante cuestionamientos institucionales, al fácil recurso de las autoamnistías que abre paso así a la condena de perpetradores de crímenes y violaciones que afectaron a la dignidad humana; un esfuerzo en el que también se hallan otros estados americanos<sup>5</sup>.

## **I. LOS VALORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1978**

### **I.1. Una perspectiva dualista**

Intentar hacer una revisión del ordenamiento jurídico a partir de la Constitución Española requiere incorporar un análisis que tenga su origen en los valores superiores asumidos en su texto; para ello es necesario dejar de lado, en términos prácticos, posturas de confrontación teórico-jurídica irreductibles como las que se hallan en el positivismo ideológico que asume que lo válido es lo justo<sup>6</sup> sin dar cabida a criterios de moralidad al sustentarse en la pura legitimidad democrática mayoritaria.

---

<sup>5</sup> Las referencias más importantes de los últimos años en países como Chile y Argentina que sufrieron dictaduras férreas -aunque más breves- como la franquista y que vivieron procesos de transición a la democracia cuyos resultados fueron encauzados a través de las instituciones previstas constitucionalmente pronto se manifestaron en decisiones jurisdiccionales y en políticas públicas siendo algunas de las más destacadas, en el caso chileno, el reconocimiento de hechos y la necesidad de reparación que aparecen del célebre Informe Rettig de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de 1991, complementado por los alcances que proporciona el Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura de finales de 2004. En el caso argentino, las aspiraciones del Informe de la Comisión de la Verdad del año 1984, titulado Nunca Más, han sido plasmadas en la reciente sentencia de la Cámara en lo Criminal Federal de Argentina que declaró la inconstitucionalidad de los indultos otorgados por el ex presidente Carlos Menem a los dictadores Videla y Massera, remitiendo a ambos ex militares a una anterior sentencia de reclusión perpetua, impuesta en 1985, habiendo constituido ya un hito importante la decisión del órgano legislativo de anular las leyes 23492 y 23521 de punto final y obediencia debida en el año 2003.

<sup>6</sup> Peces-Barba, Gregorio en Llamas Cascón, Ángel, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Prólogo de Gregorio Peces-Barba, Ed. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p. 10.

Tampoco resulta favorable, para entender la presencia de los valores en el ordenamiento constitucional, una postura afincada en la mera moralidad que prescinde de su acogida en las normas expresamente dictadas mediante el órgano y el procedimiento formales que les otorgan validez<sup>7</sup>. En definitiva desde la vaguedad de un jusnaturalismo que abre las compuertas del Derecho a una moralidad no consensuada y menos aún transformada en pauta institucionalizada de validez jurídica, los valores conllevan el riesgo de procurar fines insospechados.

Se trata, en definitiva, de esbozar un marco sistemático y relacional de los valores en tanto normas jurídicas que contienen un mandato material asumiendo que su cabal comprensión no puede quedar aislada de un ámbito más amplio para su abordaje, es decir, que dicha comprensión no puede limitarse a la escasa referencia a un análisis jurídico estructural; por ello es interesante la apreciación de Llamas Cascón al señalar que:

*“Cuando un conjunto de normas deben seguir el mandato material de un valor identificado en estos casos como fin del Derecho hay un precedente ya en grandes filósofos de esta idea de sistema.”<sup>8</sup>*

En ese sentido, desde una perspectiva funcional más que estructural, el tratamiento de las normas que contienen valores, asumen un trasfondo que va más allá de una simple lectura reducida al ámbito estricto de lo jurídico manifiesto en los textos normativos; haciéndose necesaria una proyección hacia las esferas axiológica y filosófico-política que dotan de contenido a los valores puestos en juego en el ordenamiento.

Es factible, pues, realizar un acercamiento al análisis del ordenamiento jurídico constitucional español desde una postura dualista que resulta una tercera aproximación teórico-jurídica que quita preeminencia a la controversia, en cierta medida infructuosa, entre jusnaturalismo y positivismo, reconociendo los presupuestos efectivos de ambas para concretar un componente moral en la normatividad constitucional<sup>9</sup>.

Ahora bien, no se puede dejar de reconocer que una perspectiva dualista se inscribe en el desarrollo del denominado positivismo corregido como una postura teórico-jurídica dominante en estos tiempos que asume la necesidad de tener en cuenta los contenidos morales del Derecho en los que la garantía de la autonomía individual de las personas está vinculada a su dignidad; en esa medida esta perspectiva resulta distinta del positivismo tradicional que propende a la separación estricta de la moral y el Derecho al reconocer cauces de incorporación de la moralidad al Derecho positivo.

Así, la vaguedad de los elementos éticos se reconducen en una moralidad prevista en el ordenamiento, limitándose al juego de lo establecido constitucionalmente<sup>10</sup> que a su

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*, p. 9.

<sup>8</sup> Llamas Cascón, Ángel, *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>9</sup> Peces-Barba, Gregorio en *La Constitución Española...*, p. 25.

<sup>10</sup> Peces-Barba, Gregorio. Los valores jurídicos como ordenamiento material. Ángel Llamas C. Prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez. Ed. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado. Madrid.1993. Pág. 10 y 11.

vez se mantiene alerta a nuevas demandas de incorporación de pretensiones morales en la juridicidad, de manera que se alimenta de una dimensión externa de los valores y principios que se ponen en juego desde el marco político y cultural del Estado<sup>11</sup>.

Indudablemente, los intentos por hacer efectiva la presencia de los valores en el ordenamiento jurídico impone acoger el desarrollo jusfilosófico de la última mitad del siglo XX, por lo tanto resulta plausible reconocer que las propuestas teóricas de autores ya clásico como Herbert L. A. Hart y Norberto Bobbio son asumidos en la perspectiva dualista y ello se hace explícito en autores españoles como Elías Díaz, Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Luis Prieto Sanchís, Antonio Pérez Luño, Ángel Llamas Cascón, Javier Ansuátegui Roig y Rafael de Asís, entre los principales.

Por todo ello es imprescindible verificar las manifestaciones de la perspectiva dualista en la inevitable relación entre valores y Derecho conforme lo han señalado buena parte de los autores previamente mencionados.

## **I.2. Valores y Derecho**

La vinculación entre valores y Derecho, en el marco jurídico español, ha sido adecuadamente tratada por Llamas Cascón a partir de una reflexión filosófico-jurídica. Este autor ha propuesto un modelo relacional funcionalista que puede ser esquematizado en los siguientes términos:

En primer lugar se trata de reconocer equiparidad a ambos elementos de la relación en el sentido de que hay una intención manifiesta por evitar la supremacía *a priori* de alguno de ellos; por tanto lo que se produce -en términos de Llamas Cascón- es un “*reencuentro entre ética y Derecho*.”<sup>12</sup>

En segundo lugar, cabe dar apertura en la relación establecida por la ética y el Derecho a otro elemento indispensable en la configuración del fenómeno jurídico: el Poder; en tal sentido se configuran tres tipos de relaciones entre dichos elementos: ética-poder, ética-Derecho y Derecho-poder, donde el elemento de articulación para transferir los contenidos axiológicos al Derecho resulta siendo el poder, de forma que se revela -a decir de Llamas Cascón- “*un recorrido de los valores morales, hasta los valores jurídicos, con el intermedio de los valores políticos*.”<sup>13</sup>

Finalmente, la incorporación de elementos axiológicos en el contenido del ordenamiento jurídico a través de la intermediación política, reclama de esta última un grado de legitimidad que se pone en juego con la legitimidad de los otros elementos vinculados, de modo que caben exigencias de moralidad en el Derecho y la política que no pueden dejar de lado la eficacia del Poder ante conflictos valorativos que lleven a salidas

---

<sup>11</sup> Barranco A., María del Carmen, “La orientación funcional de la teoría de los derechos. El punto de vista externo y el punto de vista interno”, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 23 – 121.

<sup>12</sup> Llamas Cascón, Ángel. *Op. Cit.*, p. 161.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

extremas o a la parálisis, y al mismo tiempo -en tanto poder sometido al Derecho- para ser obedecido requiere ser obediente de las normas democráticamente expedidas; todo lo cual demanda -como lo señala Llamas Cascón- *“la ponderación de los valores en sus dimensiones ética, política y jurídica.”*<sup>14</sup>

Por otro lado, para Peces-Barba, la referencia al término “valores” exigen que éstos sean distinguidos entre aquellos que corresponden al ámbito de lo público y al de lo privado; es decir a los valores que se ponen en juego para concretar una ética pública que es una ética compartida en miras de la convivencia -y por tanto forma parte de la relación entre la ética, el poder y el Derecho-, y una ética más bien privada que conjugada con la autonomía personal y la elección libre de planes de vida, es garantizada por la primera<sup>15</sup>.

En ese sentido, los propios contenidos de la ética pública fundados en la idea de dignidad de la persona y considerados en el desarrollo de los principios y los derechos, no resultan indiferentes para ser manifestados desde una propuesta normativista, por lo que al ser incorporados en el texto del artículo 1,1 de la Constitución Española se asume que más allá de su carácter axiológico los valores requieren incorporarse al cauce de la creación e interpretación jurídica, lo cual desde una postura funcional importa que:

*“En efecto, los valores son ideas que sólo se completan cuando se realizan, cuando se plasman en la realidad. Así, los valores estéticos de lo bello sólo se perfeccionan en la pintura, en la literatura o en la escultura, cuando el autor ha concretado su ideal de belleza, [...]. Igual ocurre con los valores jurídicos. Sólo se completan cuando se recogen en el Derecho positivo.”*<sup>16</sup>

De ese modo, la incorporación de los valores superiores como una categoría expresa dentro del ordenamiento tiene en sus antecedentes pretensiones de concreción de la idea de justicia; por lo tanto estos valores se hallarían –siguiendo la lógica de Peces-Barba- en el ámbito de la denominada ética pública que evidencia el recorrido que señala Llamas Cascón desde los valores morales, pasando por los políticos y concretándose en jurídicos; lo cual en palabras de Peces-Barba significaría que *“si nos situamos en el interior del sistema jurídico, la ética pública jurídica que se identifica con esos valores se desarrolla en principios y derechos.”*<sup>17</sup>

Más allá de asumir tanto el modelo de relación entre valores y Derecho como la concreción de los primeros como principios y derechos, es necesario dejar planteadas las dudas que se presentan desde los intentos de concreción del modelo propuesto por ambos filósofos del derecho en el plano constitucional; en ese sentido quedan pendientes ciertas inquietudes referidas a los valores superiores constitucionalizados en lo que respecta a la "ordenación" de los mismos- tal como lo plantea Díaz Revorio-; es decir, sale a relucir una inquietud respecto de una jerarquía de valores jurídicos con efectos sobre todo el

---

<sup>14</sup> *Ibídem.*

<sup>15</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Col. Cuadernos y Debates 54, Madrid, 1995, pp. 15-16.

<sup>16</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 324.

<sup>17</sup> *Ibídem.*

ordenamiento, enseguida, surgen interrogantes acerca de si el “peso” constitucional de los valores prevalece respecto de otras normas constitucionales que recogen pautas principistas llamadas a ser ponderadas ante situaciones concretas<sup>18</sup>.

En ese sentido, cabe plantearse en el vasto contenido constitucional cuáles son los valores superiores en la Constitución si se asume que se manifiestan de diversos modos al interior de la norma suprema; asimismo cabe plantearse si es posible distinguir con alguna certeza lo que constituye en sí un valor superior y un principio -más allá de un manejo topográfico o estructural de la constitución- en sentido estrictamente material, en cuanto a los alcances que se proyecten para la práctica jurídica<sup>19</sup>.

Todas estas interrogantes se hacen más cercanas a los constitucionalistas latinoamericanos que han optado por no enunciar “valores superiores” en sus textos<sup>20</sup> y tienen claro que lo señalado no hace sino evidenciar la perplejidad en torno a la posibilidad de delimitar desde un marco jurídico estricto el contenido material y en este caso axiológico que se manifiesta en valores y principios. Resulta por ello necesario indagar en la forma cómo los “valores superiores” han sido ideados y se ponen de manifiesto en el ordenamiento jurídico español.

### **I.3. Los valores superiores en el ordenamiento español**

El artículo 1,1 de la Constitución Española de 1978 considera de manera explícita que España es “*un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”, por ello el estudio jurídico de los valores en el ordenamiento, cuando éstos se sitúan en la norma suprema, forma parte del ámbito del derecho constitucional en la medida en que por su ubicación presiden los principios fundamentales que una constitución moderna recoge.

Ahora bien, lo que resulta suficientemente establecido es que en el marco constitucional aunque no pueden encontrarse diferencias sustanciales en la naturaleza jurídica entre valores y principios y su eventual distinción no puede hacerse de forma nítida, resulta que el constituyente español ha encontrado criterios para inscribir dentro del “sistema de valores” constitucional, sólo algunos, aunque la exclusividad no implique una jerarquía específica en el marco de interpretación constitucional.

Es más, para Espín Templado, atendiendo a una perspectiva constitucional práctica, resulta que la dificultad de establecer los contornos de los valores y la posibilidad de

---

<sup>18</sup> Díaz Revorio, Francisco J., *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, p. 28.

<sup>19</sup> Díaz Revorio, Francisco J., *Op. Cit.*, pp. 26 - 27.

<sup>20</sup> En efecto, Díaz Revorio, en su tesis sobre *Valores superiores e interpretación constitucional*, indica: “Los valores que fundamentan el orden social y jurídico pueden deducirse implícitamente de dicho orden, o venir expresados precisamente en una norma jurídica, o incluso en una norma constitucional. Lo que ya no es tan usual es que un texto constitucional recoja de forma expresa la palabra “valores”, calificándolos como “superiores”, y citando además cuáles son.” *Ibidem*, pp. 32 - 33.

incorporar nuevos contenidos en su conceptualización se convierte en una desventaja al momento de intentar su aplicación; es decir:

*“En el supuesto de que podamos apoyarnos tanto en un valor como en un precepto constitucional con un contenido material concreto, tiene más fuerza este que aquél, que por su propia naturaleza permite más "interpretaciones" en el caso concreto. Entender otra cosa resultaría contrario tanto a principios básicos de interpretación -entre ellos el de *lex specialis*-, como al principio de seguridad jurídica.”<sup>21</sup>”*

No obstante, esta situación no implica la absoluta falta de efectividad de los valores inscritos en el ordenamiento si se tiene en cuenta que llegan a orientar el propio régimen político adoptado en el texto constitucional o el fin último que la unión política debe garantizar en el diálogo entre libertad e igualdad.

Ahora bien, resulta a su vez inevitable advertir que vía la interpretación de los valores y especialmente vía el órgano que interpreta se corre un innegable riesgo de que se introduzcan cambios en el ordenamiento que trastocan el contenido de dichos valores al obviarse su tratamiento desde una opción sistemática. Ésta requiere estar asentada en presupuestos más amplios que los estrictamente literales para comprender claramente opciones éticas y filosóficas en los que se asiente la estabilidad constitucional; por ello es acertada la afirmación de Espín Templado cuando respecto de la relación del pluralismo político con los otros valores de la carta española señala:

*“En efecto, prescindir del pluralismo político -y la ruptura de cualesquiera de los otros valores implica, de ser efectiva y real, el abandono del mismo- supone no ya el abandono de un determinado modelo constitucional, sino la ruptura con la entera tradición del constitucionalista occidental.”<sup>22</sup>”*

Por ello, en el recurso a presupuestos previos para entender el papel que los valores tienen dentro de la Constitución de 1978, es aclaratoria la lectura que desde la Filosofía del Derecho realiza Llamas Cascón acerca del artículo 1,1 de la Constitución<sup>23</sup>; de modo que una referencia a los valores supone a) atender a un régimen político adoptado por los constituyentes –estado social y democrático de derecho- como medio para conjugar opciones éticas de libertad e igualdad, b) servir de referencia material para la determinación de la validez de las normas jurídicas de todo el ordenamiento jurídico, c) tratándose de normas jurídicas inscritas en el ordenamiento, les corresponde cumplir la tarea de normas de reconocimiento ante supuestos de falta de certeza y finalmente d) es necesario asumir que la enumeración de “valores superiores” es inconclusa por tanto se debe recurrir a ciertos “valores implícitos.”<sup>24</sup>”

---

<sup>21</sup> Espín Templado, Eduardo, Prólogo en *Valores superiores e interpretación constitucional...*, p. 18.

<sup>22</sup> Espín Templado, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>23</sup> Llamas Cascón, Ángel. *Op. Cit.*, pp. 160 y 161.

<sup>24</sup> Llamas Cascón, en este punto, precisa que los valores implícitos tendrían que referirse a la seguridad jurídica y a la solidaridad como lo sostiene Peces-Barba; sin embargo, desde una perspectiva constitucional, es necesario resaltar el carácter fundante de todos ellos (sean explícitos o implícitos) en la concreción de la dignidad de la persona. *Ibidem*, p. 161.

En definitiva, ante la pluralidad de valores puestos en juego en el ordenamiento español y en los sistemas jurídicos latinoamericanos, no se puede abandonar la reflexión en torno a la necesidad de alguna guía, o “valor-guía” que brinde identidad a la estructura política y jurídica; por ello cabe rescatar la apreciación de De Esteban, en el ámbito español, cuando reconoce los rasgos compartidos entre el sistema de valores alemán y español en un contexto de salida de regímenes dictatoriales vulneradores de derechos fundamentales que exige medidas concretas para la garantía de tales derechos<sup>25</sup>, una garantía que requiere estar fundada en un cabal reconocimiento de la dignidad de la persona.

#### **I.4. La dignidad de la persona**

Dentro de un marco de análisis estrictamente constitucional, una mirada comparativa entre la adopción en la Ley Fundamental alemana de 1949 de la garantía de la dignidad de la persona se conjuga con lo que aparece casi 30 años después en la Constitución Española; en ese sentido Díaz Revorio refiere que la dignidad de la persona ha llegado a ser interpretada en Alemania “*como el valor superior (casi desde un punto de vista jerárquico) de todo el sistema valores de la Ley Fundamental.*”<sup>26</sup>

La presencia de la dignidad humana en el texto constitucional no está desligada de una opción extra-jurídica del constituyente para haberla admitido en el seno del articulado, por ello desde el aporte filosófico-jurídico de Peces-Barba -además ponente constitucional del texto español vigente- los antecedentes de la dignidad humana recogen dos tradiciones complementarias; la primera concreta el ideal kantiano fundado en el ejercicio de la libertad de elección fundado en la autonomía individual y la segunda tiene una raíz humanista que reclama el valor de los seres humanos por sus especiales características en relación con otras especies animales<sup>27</sup>. El resultado es un reconocimiento intersubjetivo del especial valor de las personas.

Para este autor la vigencia de la idea de dignidad traza la ruta para confiar en la vigencia del proyecto humanista e ilustrado contenido en las dos vertientes de su origen y que son recogidos en los textos constitucionales, en la medida en que se pone en juego en el ámbito de la ética pública<sup>28</sup>, que es la que permite la convivencia desde un marco de garantías institucionales que son la manifestación de un poder legítimo.

En definitiva, la dignidad de la persona es un valor que concreta sus demandas institucionales históricamente al hallarse en la base de toda la evolución política y jurídica que se inicia con la configuración del Estado liberal de Derecho hasta llegar al actual

---

<sup>25</sup> Esteban, Jorge de, en VV.AA. *El régimen constitucional español*, Ed. Labor, Madrid, 1980, pp. 43-44.

<sup>26</sup> Díaz Revorio, Francisco J., *Op. Cit.*, p. 66. Asimismo Von Münch anota que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en la sentencia BVerfGE 45, 187 ha calificado a la dignidad como “*el valor jurídico supremo dentro del orden constitucional*”, en Von Münch, Ingo, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, Madrid, p. 11.

<sup>27</sup> Peces-Barba, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2002, p. 65.

<sup>28</sup> Peces-Barba, Gregorio. *Op. Cit.*, p. 69

Estado social y democrático de Derecho español. En términos prácticos, la consagración de la dignidad humana en los textos constitucionales de occidente constituye el resultado de un proceso histórico que ha recogido en lo concreto una ampliación de sus alcances en los hoy denominados derechos fundamentales<sup>29</sup>.

### **I.5. Los derechos fundamentales como norma**

Para Peces-Barba, un ordenamiento jurídico que garantice la efectiva vigencia de los derechos fundamentales debe contar con los siguientes elementos: a) un elemento político entendido como “*hecho fundante básico*” que tiene la capacidad de asegurar la eficacia del elemento normativo y b) un elemento normativo con características formales y materiales que puesto en funcionamiento permita establecer cuáles son las normas válidas dentro del ordenamiento, por lo que cumplen un papel de norma secundaria situado en el esquema hartiano; sin prescindir del control de la producción normativa a través del órgano y el procedimiento previsto constitucionalmente; en suma es necesaria “*una norma básica formal y material de identificación normativa.*”<sup>30</sup>

En efecto, la *norma básica de identificación normativa* contribuye a explicar el desempeño de los derechos fundamentales al interior del ordenamiento a partir de una perspectiva funcional; trata por ello de entender la forma como los derechos inciden en la configuración de todo el sistema de normas a partir de la acogida de valores, principios y derechos en el texto constitucional; es decir que el Derecho objetivo queda impregnado por el contenido material previsto en las normas constitucionales y en esa medida los derechos fundamentales son proyectados con sus rasgos principales en todo el ordenamiento para someterlo a sus premisas; de esa manera para Peces-Barba, si los derechos fundamentales se entienden como “*un subsistema dentro del ordenamiento jurídico*”, éstos “*son una prolongación de la norma básica material de identificación de normas, cuya raíz son los valores superiores del artículo 1,1 de la Constitución.*”<sup>31</sup>

Por otro lado, si desde su vertiente moral los derechos se fueron configurando históricamente como ámbitos de autonomía personal frente al poder político, el componente subjetivo de los derechos no puede ser obviado en el momento en que son recogidos con los especiales rasgo de fundamentalidad en las normas constitucionales; es decir, como bien señala Peces-Barba, “*los derechos fundamentales recogen en normas positivas, pretensiones morales justificadas de los individuos y de los grupos, en forma de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades*”<sup>32</sup>.

En suma, la inscripción de los derechos fundamentales en el Derecho objetivo como normas que son parte del contenido de la denominada *norma básica de identificación de normas*, le da visos de jerarquía funcional en relación con el resto de normas del

---

<sup>29</sup> Díaz Revorio, Francisco J., *Op. Cit.*, pp. 85 - 86.

<sup>30</sup> Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999. p. 354.

<sup>31</sup> Peces-Barba, Gregorio. *Op. Cit.* Pág. 415

<sup>32</sup> *Ibidem*.

ordenamiento<sup>33</sup> con lo cual concreta la tarea de garantizar la unidad de todo el sistema normativo.

Ahora bien, nada garantiza que el logro de dicha unidad sea pacífico puesto que desde que se manifiestan contenidos axiológicos que se ponen en juego con la compleja realidad que el marco constitucional quiere encauzar, el desarrollo legislativo y la interpretación operativa se someterán a las tensiones que genere el introducir nuevos o mayores contenidos a los derechos constitucionalizados y en esa medida a la norma básica de identificación normativa<sup>34</sup>; una problemática que plantea incertidumbre ante la finalidad de brindar certezas, propia del conjunto de la normatividad jurídica.

### **I.6. Dificultades acerca del contenido axiológico constitucional**

Los valores contribuyen a perfilar de manera decisiva el contenido material de determinadas categorías previstas en la constitución como son los derechos fundamentales; en ese sentido en materia de derechos -que resultan siendo la más directa plasmación del orden de los valores que ha dado sentido a la labor del poder constituyente- se evidencia que la eficacia interpretativa aparece iluminada atendiendo a los aspectos axiológicos contenidos en el sistema constitucional<sup>35</sup>.

Esta situación plantea cuestiones importantes acerca de la determinación del significado constitucional de los valores superiores en la interpretación de los derechos atendiendo al contexto social en un momento dado, de modo que se trata, en estas circunstancias, de determinar la influencia de la realidad social en el significado que se le asigne a los valores superiores verificándose su evolución cuando son encauzados a través de los órganos jurisdiccionales<sup>36</sup>.

Ahora bien, al efectuarse una revisión del texto constitucional español, resulta claro que los valores previstos en el artículo 1,1 están relacionados con los preceptos a los que el artículo 10,1 refiere como "*fundamento del orden político y la paz social*"; es decir "*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás.*"

Asimismo, los contenidos axiológicos vuelven a aparecer en el artículo 9,3 de la Constitución Española que garantiza "*el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos fundamentales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*", reconocidos principios de un Estado democrático de Derecho, a los cuales hay que agregar lo señalado expresamente como "*los principios rectores de la política social y económica*" que figuran en el capítulo III del Título I en el que se incluyen derechos y principios del denominado Estado social.

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*, p. 355.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, p. 365.

<sup>35</sup> Espín Templado, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>36</sup> Díaz Revorio, Francisco J., *Op. Cit.*, p. 27.

Las previsiones axiológicas no están restringidas a los iniciales y genéricos aspectos constitucionales que trazan el marco ideológico-constitucional sino, además, se verifican en una serie de referencias distribuidas a lo largo del texto constitucional, vinculados a determinados marcos principales como la unidad jurisdiccional, la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de bienes de dominio público, el principio de solidaridad entre otros.

A todo ello se agregarían una serie de “*principios implícitos*” no citados expresamente en la Constitución, pero que parecen estar amparados por ella –según Torres del Corral- como son la supremacía de la Constitución, la interpretación conforme a la Constitución, la división de poderes, o la reserva de ley; en suma, contenidos materiales que hacen más confuso el panorama para distinguir entre principios y valores, por lo que resulta más viable en la “práctica” asumir el sistema axiológico constitucional en su conjunto para dar cauce a su aplicación concreta en los actos y resoluciones estatales y su vigencia en la sociedad<sup>37</sup>.

Dando cuenta del espectro de la apertura axiológica y la necesidad de asumir la sistemática constitucional material más allá de los textos, Prieto Sanchís refiere a principios implícitos que son normas que se obtienen a partir de una o varias disposiciones que se supone constituyen casos de aplicación o especificación de dicho principio, y principios extra sistemáticos, que no encuentran su base en disposiciones normativas, sino en “*doctrinas morales o políticas que se supone subyacen al orden jurídico*”<sup>38</sup>.

En definitiva, es posible encontrar un marco referencial amplio que dé sentido al contenido principal implícito o no de la Constitución, éste puede reconducirse a las expresiones de libertad, igualdad y dignidad, que a decir de Díaz Revorio “*sintetizan todos los derechos fundamentales, y están plenamente presentes y asumidos por la comunidad internacional*”<sup>39</sup>; derechos constitucionalizados que deben ponerse en juego con los otros principios que configuran el Estado social y democrático de Derecho.

## **II.- EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

### **II.1. El Estado social y democrático de Derecho español**

Se ha reconocido bastante que la categoría alemana “Rechtsstaat”, debida en sus inicios a Robert Von Mohl, es el antecedente del denominado “Estado de Derecho” conforme a la evolución ocurrida en la figura germana de acuerdo a los alcances de Friedrich Julius Stahl o Lorenz Von Stein. Como es bien sabido, este concepto que implica

---

<sup>37</sup> Torres del Moral, Antonio, *Principios del Derecho constitucional español*, Vol. I, Átomo ediciones, 2ª edición, Madrid, 1988, pp. 592.

<sup>38</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 23.

<sup>39</sup> Díaz Revorio, Francisco J., *Op. Cit.*, pp. 70 y 71.

el sometimiento del poder al Derecho acoge desde sus orígenes entre sus elementos esenciales el principio de legalidad y la seguridad jurídica como base de la separación de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales liberales<sup>40</sup>.

Los diversos contextos políticos han contribuido en la configuración de la categoría de Estado de derecho y sus variantes asumidas en el constitucionalismo de la España actual; en ese sentido, el Estado social de Derecho que asumió los avances logrados por el Estado liberal de Derecho es resultado de una evolución que significa una acción más decidida de la autoridad estatal llamada a reconocer las desigualdades sociales dando respuesta a éstas a través de derechos de carácter prestacional.

Ahora bien, para arribar al concepto de “Estado democrático de Derecho”, como variante acogida en el texto constitucional español, se parte por reconocer la vigencia de los principios sustentados en la soberanía popular que se traducen en el sufragio universal, el pluralismo político y la participación ciudadana que en términos formales se concreta en elecciones periódicas y representación legislativa; no obstante, no han sido escasos los autores españoles que le dan un claro sentido prescriptivo y teleológico a este modelo, al asumirlo como un punto de llegada en el que se manifiesten la igualdad real y la participación plena<sup>41</sup>.

En suma, en el marco de dicha evolución histórica la expresa referencia material a un “Estado de Derecho democrático y social” tiene su origen en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la misma que posteriormente se propagará desde el contexto alemán a la normativa constitucional de otros países europeos, -e incluso latinoamericanos- configurándose una elaborada doctrinal continental<sup>42</sup> y un notable desarrollo jurisprudencial constitucional.

Interesa, por ello, para efectos de este trabajo vincular el concepto de Estado social y democrático de Derecho junto a los valores y principios constitucionales que son la manifestación de los elementos político y axiológico contenidos en el sistema constitucional que dan cuenta de la necesaria articulación entre el poder, la ética y el Derecho al momento de dar concreción a la norma suprema del ordenamiento en la realidad; en otros términos, hacer efectivo el modelo de Estado de Derecho español parte por entenderlo como un “Estado material de Derecho” cuya interpretación no puede prescindir de normas que contienen a los denominados valores superiores del artículo 1,1,

---

<sup>40</sup> Díaz, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Grupo Santillana de Ediciones S.A, 9ª edición, 1998, España, p. 8.

<sup>41</sup> Puede verse dos posiciones célebres al respecto en un filósofo del Derecho como Díaz, Elías, *Op. Cit.*, p. 127, y en un notable constitucionalista, Lucas Verdú, Pablo, “¿Crisis del concepto de Constitución? La constitución española entre la norma y la realidad, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Vol. 50, N° 75, Madrid, 1998, pp. 367 – 394.

<sup>42</sup> Un breve repaso de esta evolución doctrinal puede encontrarse en Contreras Peláez, Francisco J., *Defensa del Estado social*, Universidad de Sevilla, 1996, pp. 191.

así como a la dignidad de la persona y a los otros principios contenidos en el artículo 10,1 del texto constitucional español<sup>43</sup>.

## II.2. La Constitución material en el modelo de Estado de Derecho

Robert Alexy, al plantear una reflexión en torno a la concreción de normas principales establece una relación necesaria entre los efectos de aquellas que contienen derechos fundamentales y el propio sistema jurídico<sup>44</sup>; de ese modo, es posible hacer una proyección de dichos efectos junto a los valores superiores previstos constitucionalmente. Tales efectos son los siguientes:

En primer lugar, cuando se plantea una delimitación de aquello que corresponde identificar como contenido del Derecho, los contenidos axiológicos tienen una repercusión en el conjunto del sistema jurídico que resulta sometido materialmente a la Constitución.

En segundo lugar, el recurso a la ponderación de contenidos principales con resultados que pueden ser variables en cada ocasión en la que se invocan derechos o valores jurídicos genera como efecto que el sistema sea identificado como un “*sistema jurídico abierto*”, poco apto a las respuestas predeterminadas.

Finalmente, en tercer lugar, el sistema jurídico abierto acoge elementos de una moralidad que traduce criterios filosóficos cuyos efectos inciden en las propias respuestas del sistema al momento de dar salidas jurídicas cuando de lo que se trata es de conjugar valores como la libertad, la igualdad y la dignidad, que también impregnan el modelo político<sup>45</sup>.

Así, establecida la vinculación entre la ética, el poder y el Derecho al efectuarse una reflexión en torno al Estado de Derecho, resulta que la vinculación de los valores y derechos a varios tipos de Estado ponen también de manifiesto los diversos sentidos que pueden tener los conceptos de libertad e igualdad.

A su vez, el valor dignidad se relaciona con el Estado de Derecho asumido como un valor de síntesis, capaz de contener las tres variantes de estado juridificado, contribuyendo así a superar las interpretaciones reduccionistas de la libertad, la igualdad y la democracia; todo ello reconociendo el propio texto constitucional interpretado por el máximo órgano de control de constitucionalidad que establece su vinculación con los expresos valores del artículo 1,1 que son el trasfondo de los diversos modelos de Estado de Derecho configurados en la unidad del ordenamiento material español<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> García de Enterría, Eduardo, “Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución”, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 104.

<sup>44</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 524 – 554.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 524 – 525.

<sup>46</sup> Para este efecto se puede revisar las sentencias: STC de 07 de febrero de 1984, STC de 18 de diciembre de 1984, STC de 31 de marzo de 1982 y STC de 19 de julio de 1985.

### II.3. El contenido institucional del Derecho

Aunque resulte una tarea compleja y arriesgada el intentar dar una definición del Derecho, en la práctica puede atribuirse a éste una doble configuración tanto como un conjunto de preceptos normativos o como un ordenamiento jurídico. En esta última variante puede también verse al Derecho como una institución en el entendido que no puede negarse un carácter objetivo complejo a normas de importancia jerárquica en la estructura normativa –como la Constitución- si no se entiende el sistema jurídico como “algo que va más allá” de un simple conjunto de normas jurídicas, que no deja de prescindir de aquellos elementos implícitos –no expresos- contenidos en él y que forman parte de su carácter jurídico<sup>47</sup>.

Ahora bien, para los fines previstos en este trabajo, es posible entender al “ordenamiento” de tres maneras:

- En primer lugar, como una versión limitada referida a un conjunto de normas que constituye el resultado de la simple suma de éstas.
- En segundo lugar, como un marco capaz de dar cabida a las distintas normas, imprimiéndoles sus características operativas y su propia definición dentro del sistema de modo tal que al hacerse referencia al “ordenamiento” es necesario identificar la validez de las normas, atendiendo a que dicha validez depende de la integración normativa en el ordenamiento.
- En tercer lugar, se utiliza el término “ordenamiento” a la estructura organizada que tiene a las normas como uno de sus elementos, lo cual en el marco de la teoría del Derecho se denominaría “*institucionalista*”<sup>48</sup>.

Atendiendo a estas comprensiones de ordenamiento, cabe optar por la tercera para conjugar la vinculación de las normas y la ineludible presencia del valor “justicia” que a su vez aparece ligado a la fórmula de Estado social y democrático de Derecho en su integridad, sintetizando la evolución histórica a la que se ha hecho referencia previamente por encima de cada uno de sus concretos elementos<sup>49</sup>.

### II.4. La interpretación desde la sistemática constitucional

Hacer compatibles una serie de criterios de opción axiológica y política asumidos en el marco normativo de una constitución hace necesario acudir a una teoría de la interpretación; así el Estado social y democrático de Derecho configurado jurídicamente como Estado constitucional<sup>50</sup> trasfiere, en algún modo, la necesidad de interpretar inscrita

---

<sup>47</sup> Díaz Revorio, Francisco J., *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>48</sup> Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Trad. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid, 1963, pp. 348.

<sup>49</sup> Díaz Revorio, Francisco J., *Op. Cit.* pp. 88 - 89.

<sup>50</sup> Un Estado constitucional cuyos requisitos están prefigurados de manera prescriptiva expresamente en el artículo 16 de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789 consistentes en la garantía de los derechos consagrados y la separación de poderes. « Art. 16. – *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas*

en el ámbito de la teoría del Derecho al de la teoría política del Estado, ambas impregnadas de referencias principialistas.

Díaz Revorio sostiene que en la actualidad hay un lugar común en la doctrina constitucional que está referido a la acogida y el desarrollo de una teoría constitucional que es incapaz de desdeñar el recurso a una interpretación “*principialista*” o “*valorativa*”<sup>51</sup> que surge del propio carácter de las normas constitucionales; en ese sentido, la interpretación constitucional adquiere un especial carácter que se pone en juego de manera permanente vía la ponderación y que a su vez proporciona criterios para hacer efectivos los resultados a los que dan lugar las exigencias de razonabilidad o proporcionalidad que surgen del juego de elementos axiológicos.

Si bien para Pérez Luño la interpretación acompaña a todo acto de aplicación y realización del Derecho debido a que “*toda norma*” expresada a través del lenguaje se presta a ser entendida de forma diversa según quien se aproxime a ella, con lo que descarta la creencia en una simple adecuación de la norma a la realidad<sup>52</sup>, resulta indispensable recurrir a la interpretación constitucional para concretar de algún modo el cierre de la pauta de significado en especial cuando se trata de normas cuyo contenido expresa una mayor generalidad.

De esa manera puede apreciarse que por un lado la interpretación de los valores superiores –en especial aquellos contenidos en el artículo 1,1- no podría considerarse sencilla o indubitada; mientras que por otro lado, la irradiación de los valores y principios constitucionales –no sólo los expresamente superiores- en el proceso interpretativo se produciría solamente en los “casos dudosos”, asumiéndose la existencia de algunos preceptos “claros” cuyo sentido unívoco es determinado con menor dificultad a través de la lectura del texto constitucional.

Por tanto, en este trabajo se considera que los contenidos axiológicos manifestados en valores, principios y derechos recogidos en el articulado del texto constitucional español y vinculados al modelo político en él adoptado no pueden ser concretados ni comprendidos en toda la amplitud de sus significados si no se recurre a los criterios y pautas correspondientes a una “*interpretación en sentido estricto*”; aunque no son extrañas en materia interpretativa las referencias a la “finalidad” conforme a los valores, más aún si en el contexto español, el Tribunal constitucional ha afirmado que la observancia del sistema constitucional de valores requiere una interpretación finalista de la norma fundamental<sup>53</sup>.

Por todo ello, al ser los elementos axiológicos los que en buena medida contribuyen en la configuración de la interpretación constitucional, no puede olvidarse al subsistema que configuran al interior del ordenamiento, lo cual da sentido a la creación de normas, a su aplicación efectiva y a la legitimidad de las decisiones en el marco estatal; es decir, los

---

*assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* » Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Août de 1789.

<sup>51</sup> Díaz Revorio, Francisco J., *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>52</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 8ª edición, Madrid, 1984, p. 257.

<sup>53</sup> STC 18/1981, 8 de junio, folio 2.

principios y valores constitucionales dan coherencia al régimen político al recurrirse a una interpretación constitucional sistemática.

### III. CONFLICTOS DESDE LA REALIDAD ESPAÑOLA Y RESPUESTAS CONSTITUCIONALES

#### III.1. El contexto del franquismo

La primera constatación relevante que aparece de la revisión del marco jurídico fundamental del régimen franquista es que, a pesar de tratarse de un modelo político negador de derechos fundamentales y de los valores de la democracia -todos ellos sustentados en los valores de libertad, igualdad y dignidad-, algunos de sus contenidos normativos en las denominadas “Leyes fundamentales” hacen referencia literal de aspectos axiológicos propios de un régimen constitucional, así, el artículo 1 del Fuero de los Españoles señala por ejemplo que: “*El Estado español proclama como principio recto[r] de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana, reconociendo el hombre, en cuanto portador de valores eternos y miembro de una comunidad nacional, titular de deberes y derechos, cuyo ejercicio garantiza en orden al bien común*<sup>54</sup>”.

No obstante, resultaba ya entonces evidente que el uso de tales expresiones contiene una especial retórica que no admite su acogida como *norma básica de identificación normativa* en la misma línea de los textos constitucionales europeos de la postguerra –por ejemplo los de Alemania o Francia- ante la evidencia de que en el plano de la realidad se manifestaba un régimen dictatorial dispuesto a encubrirse bajo el aura de legitimidad universal de conceptos como dignidad de la persona, libertad y derechos.

Los regímenes dictatoriales en general y el franquista en particular son el resultado de procesos de concentración del poder que en el caso español fue el resultado de una guerra civil a partir de la cual se asume el control pleno del orden institucional y se mantiene una ideología basada en el poder represivo del Estado, sospechosa de cualquier atisbo de oposición al caudillo Franco; en ese sentido, según Santos Juliá:

*“La dictadura apareció como una prolongación de la guerra y se representó con el mismo discurso que desde tiempo atrás había representado la guerra: no se podía salir de ella más que por una amnistía general”<sup>55</sup>.*”

---

<sup>54</sup> Fuero de los Españoles de 1945, Título Preliminar, Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Madrid, disponible en internet:

[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/67926282101469673765679/p0000001.htm#I\\_1](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/67926282101469673765679/p0000001.htm#I_1), Última revisión 10 dic 2007.

<sup>55</sup> Juliá, Santos, “Memoria y amnistía en la transición”, *Claves de Razón Práctica*, Nº 129, Madrid, 2003, p. 22.

Cabe recordar, en ese sentido, que España no fue ajena a dar cuenta de una de las características más saltantes referidas al origen de las graves violaciones a los derechos humanos, su ejecución desde el poder o con la complacencia del mismo, lo cual conlleva a que se adopten decisiones que aseguren la impunidad de los autores de este tipo de hechos mediante el actuar de las instituciones y los poderes públicos.

El propio Santos Juliá recuerda cómo la transición novedosa de la España franquista hacia un régimen democrático se basó en una amplia y genérica amnistía que trasladó los efectos de la agenda coyuntural de ese momento a todo el periodo dictatorial, e incluso a la guerra, como resultado del *“papel que los diferentes actores de la política española desempeñaron después de la muerte de Franco.”* Todo lo cual se concretó en una *“amnistía general y renuncia a represalias enunciado durante los largos años de oposición como imprescindible exigencia para la apertura de un proceso constituyente”*<sup>56</sup>.

Aunque la amnistía se puso en ejecución antes de la vigencia de la Constitución de 1978, sus efectos no pueden quedar al margen del control constitucional, toda vez que se manifiestan en el marco del Estado social y democrático de Derecho iluminado por pautas axiológicas que dan sentido al Estado constitucional; es necesario, por ello, revisar la coherencia del ordenamiento para verificar los cauces jurídicos a las demandas de justicia como pretensiones colectivas que aparecen en la realidad.

### **III.2. Demandas de justicia**

Resulta acertada la opinión de Díaz Revorio cuando refiere que con los valores del artículo 1,1 de la Constitución Española lo que se da es una *“ruptura frente al régimen anterior”* concretando uno fundado sobre otras bases al asumirse como Estado *“social y democrático de derecho.”*<sup>57</sup>

Bajo el nuevo modelo estatal, las afectaciones que han sido producidas desde el poder plantean problemas de orden ético, político y jurídico los mismos que al conjugarse dan lugar a serias dificultades para encontrar respuestas satisfactorias para el conjunto de la sociedad y, de manera especial, para quienes se consideran afectados por situaciones que motivan reclamos legítimos irresueltos y no olvidados que se plasman en pretensiones morales y jurídicas como un derecho a saber qué pasó realmente, qué sanciones son las adecuadas y cómo se reparan los daños en el nuevo contexto democrático.

En definitiva, las experiencias que dan cuenta del rechazo a la impunidad como política estatal no sólo identifican a ésta con la ausencia de sanciones, sino, desde una mayor radicalidad formulan un cuestionamiento a la imposición de sanciones que no resultan proporcionales con la gravedad del crimen cometido o que acogiendo a la protección proveniente del poder público, dichas sanciones son evadidas fácilmente prolongando el clamor de los afectados<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> *Ibíd*em, p. 20.

<sup>57</sup> Díaz Revorio, Francisco J., *Op. Cit.* Págs. 79 y 80.

<sup>58</sup> Véase Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional, Ad Hoc*, Buenos Aires, 1999, pp. 479.

Ahora bien, atendiendo a que el Derecho en los Estados constitucionales refleja el “sistema de valores” de la sociedad, y siendo que el valor jurídico por antonomasia en el Derecho es la justicia<sup>59</sup>, entendida como criterio para valorar el sistema jurídico, ésta se conjuga con otros criterios axiológicos de evaluación procedentes de la libertad, la igualdad o la seguridad<sup>60</sup>.

No obstante, el propio valor “justicia” posee una marcada ambigüedad que le permite encontrar su plaza en diversas formas de Estado, o en ninguno; de modo que es posible afirmar que dicho valor puede llegar a escapar a la estrecha correlación entre valores y modalidades de Estado de Derecho, y por ello se hace imposible asirlo ante la necesidad de certezas en el Derecho. No le falta razón a Prieto Sanchís cuando refiere que de los cuatro valores enunciados como superiores en el texto constitucional, la indeterminada justicia brinda menos seguridad en comparación con los demás valores<sup>61</sup>.

Bajo este escenario teórico, al atender a las experiencias en las que se ha optado por salidas que prescinden de la sanción -mediante el recurso a políticas del olvido- en situaciones de graves violaciones a los derechos humanos, se han planteado conflictos aparentes y reales referidos a la exigencia de concreción del valor justicia y el cierre político y doctrinal a favor de una de las manifestaciones de dicho valor como es el principio de seguridad jurídica. Este principio, concretado en figuras jurídicas como la amnistía, la cosa juzgada o la prescripción, ha generado lecturas éticas, políticas y jurídicas abundantes, en especial, respecto de la primera figura que es materia de este trabajo.

### **III.3. El recurso a la amnistía**

El antecedente inmediato de la amnistía, como figura jurídica constitucionalizada en los ordenamientos contemporáneos, se encuentra en las prerrogativas con las que contaban los príncipes soberanos absolutos cuyos supuestos orígenes divinos les conferían la potestad de disponer de la aplicación o no de una sanción ante un crimen llevado a cabo por sus súbditos. La evolución histórica de esta figura y los nuevos contextos políticos de legitimidad conducirán a los parlamentos a detentar dicha atribución basándose en su legítima representación popular<sup>62</sup>.

Pese a la acogida de la amnistía en los textos constitucionales de la actualidad, su permanencia en los ordenamientos jurídicos no ha resultado pacífica; así, en el ámbito del derecho penal español existe una controversia abierta que cuestiona su propia regulación en los textos punitivos al considerarse que a través de ella pierden contundencia aspectos importantes de la configuración del derecho penal como los fines de prevención general y,

---

<sup>59</sup> Así, para Radbruch: “*Derecho es la realidad cuyo sentido estriba en servir a la justicia*”, Radbruch, Gustav, *Filosofía del Derecho*. Editorial Comares S.L., Estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Trad. Javier Medina Echevarría. 4ª ed., Granada, 1999, p. 78.

<sup>60</sup> Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, pp. 92-93

<sup>61</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993, p. 139.

<sup>62</sup> Lozano, Blanca, “El indulto y la amnistía frente a la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Editorial Civitas. S.A. Tomo II, Madrid, 1991, pp. 1027 – 1031.

de manera más extrema, conlleva a un sinsentido el principio de legalidad especialmente cuando a través de la amnistía se pone entre paréntesis la vigencia efectiva de la ley penal respecto de ciertas conductas calificadas como delictivas por el propio ordenamiento, resultando lícitas en abierta contradicción con la norma prohibitiva<sup>63</sup>.

Bajo este escenario, los fundamentos y los fines de la amnistía se han ido adaptando para que sea admitida como una figura vigente en el ordenamiento jurídico español de conformidad con las pautas axiológicas y el modelo de Estado social y democrático de Derecho en el que se inscribe; de modo tal que en el plano práctico ello ha conllevado no sólo a su mantenimiento en los textos jurídicos sino también a una reconocida aceptación social.

En las amnistías en las que se establece no sancionar situaciones de graves violaciones de derechos humanos, el acto decisorio ha sido expedido por una autoridad legítima -en este caso un parlamento- que a su vez acogió a los sectores representativos de la política estatal de acuerdo con las formalidades previstas para la expedición de las leyes; no obstante, los fines que se pretenden servir con dicho acto pueden ser distintos e incluso contrarios a los que se exige a un órgano de tal naturaleza; es decir, las amnistías que impiden sanciones a responsables de crímenes contra derechos fundamentales al garantizar la impunidad defraudan el fin de garantía de la dignidad personal prevaleciendo pautas de seguridad jurídica.

En ese sentido, frente a la problemática que plantean las amnistías en casos de graves violaciones a los derechos humanos -tal como lo ha verificado la Defensoría del Pueblo peruana- se puede asumir tres posturas:

En la primera postura se sostiene que bajo ninguna circunstancia es admisible dejar sin efecto los actos o decisiones que han dejado sin sanción situaciones de violaciones de derechos humanos u otros delitos previstos en las normas penales, en consecuencia aunque las violaciones se hayan producido en periodos ilegítimos resulta imposible, a través de un juicio constitucional, someter a un control de legitimidad a normas como las leyes que contienen amnistías, de modo que en esta posición *“primaría fundamentalmente la seguridad jurídica, antes que criterios de justicia.”*

En una segunda postura se sostiene que es posible llevar a cabo un control de actos y decisiones que consagran una especial protección en determinadas situaciones cuyo efecto es sustraer a sus autores de la aplicación de las normas penales ordinarias y por ende se alejan de los fines por los cuales una sociedad se dota de un ordenamiento punitivo; es decir que esta posición *“estaría avalada fundamentalmente por razones de justicia, por lo que comprendería incluso aquellos casos en los que la impunidad es el resultado de las deficiencias estructurales de los sistemas de justicia o los errores de los operadores.”*

Finalmente, en una tercera postura es posible efectuar un control de las normas que prescinden de sanciones en situaciones que por su especial complejidad y la grave afectación de valores que den sentido al marco constitucional y al sistema jurídico en

---

<sup>63</sup> Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Lecciones de Derecho Penal*, Praxis, Barcelona. 1996, p. 64.

general se haga necesaria una revisión de los contenidos de actos y normas que consagran la impunidad, de manera excepcional; de modo que a decir de la Defensoría del Pueblo peruana: “Aquí el problema radicaría en encontrar los parámetros dentro de los cuales estas excepciones resultarían admisibles”, en suma, “[e]sta tercera posición combina tanto razones de justicia como de seguridad jurídica, dando cabida a ambos principios.”<sup>64</sup>”

Ahora bien, estos argumentos hallan su correlato en la doctrina y las decisiones adoptadas en el ámbito internacional tanto universal como interamericano de protección de los derechos humanos en los que al atenderse –en especial en este último escenario regional- a la permanente existencia de regímenes de facto, conflictos armados internos y violaciones graves de derechos fundamentales se ha configurado un tratamiento especial que ha puesto en evidencia la ilegitimidad de las normas que contienen amnistías.

#### **III.4. La amnistía en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se verifica el desarrollo favorable en el cuestionamiento de las amnistías lo cual ha trascendido en la respuesta de diferentes estados, en especial del ámbito latinoamericano, que estuvieron comprometidos en la consagración de estas figuras jurídicas. Conviene pues retrazar algunos casos importantes que han orientado hacia la crítica de las amnistías en casos de graves violaciones de derechos humanos como un proceso que se consolidado a través de la intervención de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que ameritan ser tomados en cuenta para la dramática experiencia española.

En primer lugar es necesario referir al caso argentino en el que luego de una seria crítica de la Comisión Interamericana, a través del Informe N° 28/92 de 1992, a las leyes N° 23492 de 1986 y N° 23521 de 1987 -conocidas como leyes de punto final y obediencia debida- así como al Decreto presidencial de indulto N° 1002 de 1989, por considerar que son contrarios a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en especial, vulneradoras del deber de garantía estatal de protección de dichos derechos previsto en el artículo 1° de la Convención, así como del derecho a las garantías judiciales (artículo 8°) y a la protección judicial (artículo 25°) de dicho tratado, se adoptaron decisiones judiciales como la del juez Gabriel Cavallo de 6 de marzo de 2001 que declaró la inconstitucionalidad y consecuente nulidad de las leyes cuestionadas; dicha sentencia sería confirmada por la Cámara Federal al año siguiente y por la Corte Suprema en el 2005. Asimismo el año 2003, el Congreso argentino expidió una norma declarando la nulidad de las normas calificándolas de inconstitucionales para amplificar su alcance permitiendo la sanción de quienes se beneficiaron con las mismas<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Defensoría del Pueblo de Perú, *Amnistía versus Derechos Humanos. Buscando Justicia*, Informe N° 57, Lima, 2001, p. 19.

<sup>65</sup> Un recuento somero y actual del proceso en el seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con respecto del caso argentino puede apreciarse en internet. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 127 periodo ordinario de sesiones CIDH: Seguimiento del informe 28/92, Argentina, Palabras de los representantes del CELS y del Gobierno argentino. 6 mar 2007. Revisado el 26 dic 2007.  
<http://www.oas.org/OASpage/videosondemand/show/video.asp?nCode=07-0052&nCodeDet=1>

En segundo lugar, es necesario revisar el proceso uruguayo desde que la Comisión Interamericana en su informe número 29/92 de 1992 declaró la incompatibilidad con los artículos 1º, 8º y 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la ley N° 15848 de 1986 en la que se declaró que había “*caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales [...] por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el periodo de facto*”<sup>66</sup>.

No obstante, si bien no se ha llegado a declarar la nulidad de la referida ley -como en el caso argentino- y subsiste una actitud renuente a dar cumplimiento a las recomendaciones del informe 29/92, decisiones importantes han sido adoptadas para el procesamiento de personas que intervinieron directamente durante la dictadura en la comisión de delitos de lesa humanidad<sup>67</sup> que han permitido la privación de la libertad y el juzgamiento de los ex gobernantes de facto Juan María Bordaberry y Gregorio Álvarez, junto a otros funcionarios civiles y militares del régimen dictatorial. Ello gracias a que la Suprema Corte de Justicia de Uruguay desestimó un recurso de inconstitucionalidad en contra del artículo 21º de la Ley 18026 que prevé que la desaparición forzada es un delito de carácter permanente, siendo perseguible incluso por hechos ocurridos tres décadas antes de la expedición de la norma.

En tercer lugar, en el caso chileno se da cuenta de los cuestionamientos que desde la doctrina de la Comisión Interamericana se ha efectuado al decreto ley N° 2191 de 1978 (al que denomina de auto-amnistía) en el informe 36/96 de octubre de 1996. Dicho decreto ley, expedido por el gobierno de facto de Augusto Pinochet tenía –según la propia CIDH- la finalidad de “*perdonar los crímenes cometidos por personeros de ese régimen entre los años 1973 y 1978*”<sup>68</sup>. Si bien el referido decreto ley subsiste en el ordenamiento jurídico chileno y las decisiones jurisdiccionales no son uniformes en cuanto a la aplicabilidad o no de la autoamnistía, a finales de la década del 90 se han dictado sentencias en las que reconociéndose la característica de permanencia de la desaparición forzada –asumida como secuestro en el caso Caravana de la Muerte para cuya investigación Pinochet fue desaforado- se estableció que la amnistía no podía ser aplicable a sus perpetradores, argumento que al ser vinculado a la aplicación de normas internacionales sobre delitos de lesa humanidad condujo a la sanción de altos ex oficiales de la dictadura chilena el año 2007 por la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Ley N° 15.848. FUNCIONARIOS MILITARES Y POLICIALES, *Se reconoce que ha caducado la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985*, Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, publicada en el Diario Oficial el 28 dic 1986, p. 22295.

<sup>67</sup> Véase Ley N° 18.026, *Cooperación con la Corte penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y lesa humanidad*, Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, publicada en el Diario Oficial el 4 oct 2006, p. 27091.

<sup>68</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Garay Hermosilla et al. v. Chile, Caso 10.843, Informe No. 36/96*, OEA/Ser.L/V/II.95, 15 de octubre de 1996. Disponible en internet en el portal de la CIDH: <http://www.cidh.org/annualrep/96span/Chile10843.htm>, Última revisión 26 dic 2007.

<sup>69</sup> Diario El Mercurio Online, *Corte de Apelaciones revocó amnistía en caso Caravana de la Muerte*, Editora El Mercurio, Santiago de Chile, 27 jul 2007. Disponible en internet:

Otro caso destacable en Chile es el de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez con el que se ratificó la concepción del secuestro como delito permanente favoreciendo la sanción de militares de la dictadura en el año 2003; asimismo este proceso se alinea con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Barrios Altos Vs. Perú* en fecha 14 de marzo de 2001, cuando se estableció que “[...]son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”<sup>70</sup>

A estas experiencias cabe añadir lo dispuesto por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano de protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos coincidente con lo señalado por la Comisión Interamericana acerca de la incompatibilidad de las leyes de amnistía en diferentes experiencias de dictaduras frente a la obligación que tienen los Estados parte del Pacto de investigar las violaciones de los derechos humanos a fin de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar porque no se ejecuten en el futuro tal como lo prevé el artículo 2º párrafo 1 del PIDCP<sup>71</sup>.

Ahora bien, en el ámbito europeo -como lo ha destacado Espín Templado-, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha mostrado una importante eficacia integradora que se conjuga con el marco constitucional nacional, especialmente cuando se hallan referencias en el marco del derecho comunitario de los derechos fundamentales comúnmente consagrados al interior de las normas constitucionales de los países que integran la Unión Europea y los que son desarrollados en el programa del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>72</sup>.

### III.5. El cauce constitucional

Para establecer el cauce constitucional que dé cabida a un tratamiento desde el marco axiológico de la Constitución Española de 1978, cabe reconocer las dificultades que se presenta desde el contexto político existente en España -y en cada uno de los países en los que se ha asumido como pauta política confrontar el pasado reciente- así como las

---

<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=263993>. Última revisión 26 dic 2007.

<sup>70</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención”, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, p. 15, Disponible en internet: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf). Última revisión 26 dic 2007.

<sup>71</sup> Para Louis Joinet las obligaciones estatales que contribuyan a salir de políticas de impunidad requieren estar basadas en: a) el derecho de las víctimas a saber, b) El derecho de las víctimas a la justicia, c) El derecho a obtener reparación y una serie de medidas para garantizar que no se repitan las violaciones. Joinet, Louis, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1, 2 oct 1997, pp. 33.

<sup>72</sup> En Díaz Revorio, Francisco J., *Op. Cit.*, p. 74.

propias trabas de los sistemas normativos para dar respuestas que satisfagan a todos los sectores sociales y políticos concernidos con la política de perdón y olvido. La excepcionalidad teórica de los regímenes de facto no ofrece insumos para confrontar situaciones que al provenir de su propia actuación puedan ser encauzados hacia un control judicial efectivo.

Inclusive las normas penales ordinarias resultan insuficientes cuando se ven confrontadas con situaciones en las que el aparato político se ha puesto de manifiesto en toda su amplitud para mantener políticas represivas que optan conscientemente por subordinar los derechos fundamentales -manifestaciones de la dignidad humana- a fines colectivos de orden público y seguridad interna, lo cual conllevó a la consagración de un amplio margen de permisividad en el actuar de dirigentes y funcionarios de los regímenes de facto quienes al sobrepasar el control discrecional fundamentan el ejercicio del poder en el uso de la fuerza y la arbitrariedad.

Consecuentemente, los ordenamientos jurídicos, en general, no suelen contar con reglas que favorezcan la invalidez de los actos y decisiones que contribuyeron en la consolidación de la impunidad por graves violaciones de derechos humanos, una vez logrado el retorno a un régimen democrático; todo lo cual explica el camino tortuoso pero posible, descrito anteriormente, en algunas democracias de Latinoamérica por judicializar conductas como la desaparición forzada de personas y el secuestro junto a otros delitos de lesa humanidad recurriendo a previsiones normativas y criterios de interpretación jurídica del marco internacional configurando el desarrollo de nuevos principios y conceptos de amplio aceptación a nivel global.

En efecto, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos se ha caracterizado por una constante elaboración de principios y criterios interpretativos que le permitan afrontar nuevas situaciones de afectación de los derechos humanos que han sido denominados en la doctrina interamericana "principios emergentes", que para Juan E. Méndez –ex Presidente de la CIDH- se entienden así:

*“Hablamos de "principio emergente" porque reconocemos que no se trata de una norma claramente descrita en un tratado internacional y cuya vigencia fuera, por ello, incuestionable. Se trata más bien de un modo llamativamente uniforme y pacífico de interpretar tales normas para situaciones que no fueron previstas en su momento. Esta es, por otra parte, la forma usual de generar derecho internacional, especialmente en materia de derechos humanos, cuyo "desarrollo progresivo" se cumple precisamente a través de opinio juris y jurisprudencia de órganos de protección que dan contenido enriquecedor a normas necesariamente escuetas.”<sup>73</sup>*

Ahora bien, el Tribunal Constitucional español ha destacado desde muy temprano la importancia de los derechos fundamentales en relación con el "sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos

---

<sup>73</sup> Estos principios, denominados emergentes han sido caracterizados en la doctrina como "un modo llamativamente uniforme y pacífico de interpretar tales normas para situaciones que no fueron previstas en su momento", Méndez, Juan E., *Derecho a la verdad frente a graves violaciones a los derechos humanos*, p. 1. Disponible en internet: [http://www.aprodeh.org.pe/sem\\_verdad/documentos/Juan\\_E\\_Mendez.pdf](http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Juan_E_Mendez.pdf). Última revisión 27 dic 2007.

*convenios internacionales sobre Derechos Humanos*<sup>74</sup>” en cuya vigencia el reino de España está comprometido, de modo que en la medida en que tienen una relevancia constitucional indiscutible iluminan la interpretación de tales derechos de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales.

Asimismo el criterio de “desarrollo progresivo de los derechos humanos” –al que refiere Juan Méndez- ha experimentado un desarrollo interesante en el modelo comunitario europeo, más allá de la vigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su órgano de protección, la Corte de Estrasburgo, ya que en la actualidad el ordenamiento “constitucional” europeo se impondría sobre las previsiones nacionales, no prevaleciendo el ordenamiento europeo si se configura una situación de menor protección respecto de las previsiones constitucionales nacionales<sup>75</sup>.

En ese sentido, en términos generales, la expedición de leyes de amnistía –más aún si se trata de aquellas que coadyuvan a mantener sin sanción graves violaciones de derechos humanos- no pueden ser evaluadas sólo en función de su conformidad con las exigencias formales para su existencia que implica pasar por el cauce democrático de aprobación por el parlamento; lo cual implica que su dictado y su vigencia deben sujetarse a límites previstos constitucionalmente que parten en primer lugar del reconocimiento de su excepcionalidad<sup>76</sup>, incluso para dar salida a situaciones en que la aplicación de la ley resulta desproporcionada.

Un segundo límite en el marco del Estado social y democrático de Derecho es el que establece el propio subsistema de los derechos fundamentales juntos a los valores que concretan la denominada “*norma básica de identificación normativa*” de todo el ordenamiento; en esa medida los derechos son un límite frente a los actos y decisiones del poder estatal operando como triunfos ante las mayorías políticas, configurando esa “*parte de la existencia humana que, necesariamente, permanece individual e independiente y que se encuentra, por derecho, fuera de toda competencia social*”<sup>77</sup>”, desde una de las

---

<sup>74</sup> STC 21/1981, 11 de junio, fja.10.

<sup>75</sup> Al respecto señala Díaz Revorio que “[e]l Tribunal Constitucional federal alemán, en la decisión del caso Solange I (BVerfGE 37,271 ss., 1974), afirmaba que el catálogo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn es un elemento esencial e irrenunciable de la propia estructura de la constitución vigente, de manera que “mientras que” (solange) las Comunidades Europeas no cuenten con un catálogo de Derechos fundamentales con un contenido claro y suficientemente determinado, homologable con el alemán, prevalecerán las garantías de la Ley fundamental, [...]. En cambio, en 1986, en el caso Solange II (BVerfGE 73,387), el tribunal federal, aplicando la misma doctrina, llega a la solución contraria en el caso concreto, por cuanto considera que el nivel de protección de los derechos fundamentales en la Comunidad europea está más avanzado, resultando suficiente. Reconoce por tanto la plena preeminencia del Derecho comunitario sobre los Derechos fundamentales del ordenamiento interno”. Díaz Revorio, Francisco J., *Op. Cit.*, p. 74.

<sup>76</sup> Como bien lo señala Pérez del Valle: “Una relevancia especial en ese aspecto tiene, desde mi punto de vista, la repetida idea de que la amnistía constituye una “excepción”, en particular cuando sitúa las leyes que la acuerdan como una esfera en la que determinados mandatos dirigidos al legislador penal carecen de eficacia.” Pérez del Valle, Carlos, “Amnistía, Constitución y justicia material”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 61 Año 21. Enero/abril 2001. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, p. 197.

<sup>77</sup> Constant, Benjamín, “Principios de política” en *Escritos Políticos*, Trad. M<sup>a</sup> Luisa Sánchez Mejía, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 10.

dimensiones básicas -la liberal clásica- de los derechos que involucra aspectos de seguridad personal.

La amnistía ha de cumplir, además, con las exigencias de proporcionalidad y razonabilidad de todo orden constitucional, especialmente cuando el Estado y la sociedad españoles deben recurrir a esta figura para hacer frente a *“la necesidad de satisfacer bienes constitucionales de igual o mayor trascendencia que los bienes jurídicos cuya afectación el estado finge olvidar a través de la amnistía”*<sup>78</sup>. La indispensable intervención del sistema judicial -como se ha dado en los casos latinoamericanos- debe operar en el caso español y ello amerita un desarrollo más detallado de esta última exigencia.

### III.6. Criterios de razonabilidad y proporcionalidad

En gran medida, corresponde a las instancias jurisdiccionales, incluso más que a las parlamentarias, afrontar el problema que plantea investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, verificando la constitucionalidad de las medidas que consagran la impunidad de tales hechos<sup>79</sup>; de este modo, los intentos de dar respuesta a los casos planteados requieren asumir el marco axiológico para trascender la mera legalidad, elaborándose soluciones creativas que favorezcan la garantía de la dignidad personal que está en la base de los derechos.

Por ello, si bien las soluciones que se adopten requieren que se tome en consideración a la constitución desde su perspectiva sistemática atendiendo al conjunto de valores, principios y normas que dan sentido a su marco político-jurídico expresado en el Estado social y democrático de Derecho, es imprescindible una toma de partido de los operadores jurídicos a fin de concretar tres elementos básicos presentes en la teoría constitucional:

- a) La supremacía normativa de la Constitución sobre el resto del ordenamiento prevista en el artículo 9,1 de la Constitución Española que la hace prevalecer sobre toda norma legal y le adjudica preferencia en caso de incompatibilidad con esta última.
- b) La garantía de los derechos fundamentales consagrada en los artículos 1,1, y 10,1 de la Constitución Española como manifestación de una opción que pone de relieve a la persona

---

<sup>78</sup> Defensoría del Pueblo de Perú, *Op. Cit.*, p. 22. No obstante, como señala el experto de Naciones Unidas Robert Goldman: “[...] si bien el derecho del estado de abolir u olvidar los crímenes de aquellos que han infringido su soberanía mediante la rebelión o de otra forma, emana del papel del estado como víctima. En tales casos el estado puede hallar que sus intereses, tales como la reconciliación y otros, son mejor servidos por una amnistía. Sin embargo, el estado no debería tener la prerrogativa de abolir u olvidar sus propios crímenes o los de sus agentes cometidos contra sus propios ciudadanos, ese derecho sólo pertenece a las propias víctimas.” Goldman, Robert. *La decisión de la ley uruguaya de caducidad con el Pacto de San José (Convención Americana)*, mimeo sin foliar, citado en Landa, César. “Límites constitucionales de la Ley de Amnistía peruana”. En *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Nº 24. Julio-Diciembre 1996. San José, p. 78.

<sup>79</sup> Al respecto puede verse el Dossier de la conferencia del Magistrado de la Sala 2ª de lo Penal del Tribunal Supremo de España, Martín Pallín, José Antonio, “Nulidad de los juicios franquistas y retroactividad de los derechos fundamentales” en *Seminario permanente Derecho y Justicia*, Grupo de investigación sobre derecho y Justicia, Universidad Carlos III de Madrid, 18 dic 2006, Getafe, pp. 49.

individual, por encima de los fines colectivos estatales y sociales desde la base del reconocimiento del valor-guía de la dignidad.

c) La concurrencia y permanencia de principios constitucionales asentados en el ordenamiento material constitucional con su carácter abierto y conflictual que demanda una actitud prudente a favor de soluciones ponderadas para permitir el orden unitario constitucional.

En suma, los conflictos generados por el control constitucional de las leyes de amnistía en casos de graves violaciones de derechos humanos se inscriben en el ámbito de las normas materiales de la Constitución; de modo que mientras se presenta una exigencia de pretensiones -en algunos casos expresadas en derechos- como la tutela judicial efectiva, la integridad física y psíquica o la demanda de verdad, a su vez se plantea bloqueos al cuestionamiento de las leyes de amnistía en base a criterios de seguridad jurídica como la irretroactividad o el principios de cosa juzgada que también cuentan con reconocimiento constitucional.

En ese sentido, la posición que asume de manera excepcional -afectación extrema de la exigencia de proporcionalidad- y bajo ciertos supuestos -afectación al valor-guía de dignidad humana- admite negarle efectos jurídicos a las leyes de amnistía ante graves violaciones de derechos humanos así como cuestionar las manifestaciones de la seguridad jurídica como la irretroactividad de la norma punitiva o el principio de cosa juzgada; todo ello en el marco del modelo de Estado social y democrático de derecho. Así, sólo desde esta posición es aceptable la posibilidad de la ponderación de los elementos axiológicos constitucionales en conflictos sin excluir de manera absoluta a alguno de ellos.

Finalmente, la invalidez de las leyes de amnistía ante situaciones de graves violaciones a los derechos humanos, surgida de un principio emergente del derecho interamericano garantista, puede ser acogida en el propio ordenamiento constitucional español y latinoamericano sin traicionar su estricto carácter jurídico pese a dejarse inspirar por las pautas de una moralidad pública que ha confundido favorablemente la concepción de los derechos humanos con su matriz teórica genérica en la que se asienta que es la justicia.

## **CONCLUSIÓN**

Pese a los notables aportes de la Constitución de 1978 en la vida jurídica e institucional de España, los temas vinculados a su dramático pasado de guerra y dictadura plantean cuestionamientos sustentados axiológicamente en los contenidos materiales que la propia Carta adopta. Una lectura dualista, planteada por el destacado filósofo del Derecho Gregorio Peces-Barba -quien ha teorizado ampliamente sobre los derechos fundamentales además de ser uno de los siete “padres” de la Constitución Española- resulta adecuada cuando en base a un modelo funcional de relación entre los valores y el Derecho se puede determinar si ante salidas que optan por no sancionar situaciones de graves violaciones de derechos humanos, previas a la proclamación de la norma fundamental y con efectos que se prolongan durante su vigencia, se concreta un encuentro entre la Ética y el Derecho.

De ese modo, ya el artículo 1,1 de la Constitución Española, al reconocer de manera explícita valores superiores, pone en relación una moralidad legalizada con un poder político democrático formulado en la misma Carta como Estado social y democrático de Derecho, el cual junto a la configuración de los derechos fundamentales y otros criterios principialistas de la norma suprema concretan un contenido material entendido como una norma básica de identificación de la validez del resto de normas del ordenamiento jurídico español.

En dicho ordenamiento, la dignidad humana –valor-guía- se halla en la base de toda la formulación que irrumpe con la propia configuración inicial del Estado de Derecho como Estado liberal de Derecho para llegar ser consagrado como Estado social y democrático de Derecho en España y en otras experiencias constitucionales europeas y latinoamericanas. La dignidad –asumida como exclusiva del ser humanos por el propio Rector Peces-Barba- se concreta constitucionalmente en la categoría jurídica de derechos fundamentales.

En el escenario axiológico de la Constitución española los valores de libertad, igualdad y dignidad pueden llegar a sintetizar teóricamente la gama de los derechos fundamentales siendo plenamente asumidos por la comunidad internacional; pese a que en la práctica su violación sea desgraciadamente frecuente, los derechos humanos traducen una nueva ética moderna con pretensión universal. Desde las pautas del derecho internacional, el derecho constitucional admite que una teoría actualizada de la Constitución se asiente en una teoría de la interpretación constitucional “principialista” o “valorativa”. Un modelo constitucional como el español, además, se opone a los regímenes dictatoriales que son la expresión de un proceso de concentración del poder que invariablemente se someten a cuestionamientos de índole moral, política y jurídica que históricamente han intentado ser resueltos con políticas de perdón y olvido manifestadas en amnistías.

Estas experiencias, consideradas en la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos como políticas de impunidad, a nivel interno han motivado un aparente conflicto entre la necesaria vigencia de estos derechos y el respeto al principio de seguridad jurídica y sus expresiones garantistas de irretroactividad, prescripción o cosa juzgada. El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha conllevado a un serio cuestionamiento de las amnistías, en especial en países de Latinoamérica gracias a la intervención de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, algunas de cuyas decisiones merecen la atención en España.

En suma, asumir el modelo de Estado social y democrático de Derecho implica tener presente que los problemas materiales planteados en el marco constitucional actual requiere una actitud decidida de sus órganos jurisdiccionales y un control certero de constitucionalidad desde los valores y derechos consagrados. En ese escenario, las soluciones que se adopten requieren ser planteadas en términos de adecuación y proporcionalidad. Los actos estatales que consagran la renuncia a la persecución de los autores de graves violaciones de derechos humanos deben ser sometidos al control de constitucionalidad optándose por la prevalencia de los fines personalistas que encierra el valor-guía de la dignidad humana. Renunciar a tales fines anteponiendo el fin colectivo una

vez alcanzada la estabilidad, implica un déficit de legitimidad del modelo de Estado asumido, y una renuncia al logro de la justicia como meta del Derecho; justicia que está traducida hoy en la categoría de derechos humanos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 607.

Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 479.

Barranco A., María del Carmen, “La orientación funcional de la teoría de los derechos. El punto de vista externo y el punto de vista interno”, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 440.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Lecciones de Derecho Penal*, Praxis, Barcelona. 1996, pp. 370.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Garay Hermosilla et al. v. Chile, Caso 10.843, Informe No. 36/96*, OEA/Ser.L/V/II.95, 15 oct 1996. Disponible en internet en el portal de la CIDH: <http://www.cidh.org/annualrep/96span/Chile10843.htm>, Última revisión 26 dic 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 127 periodo ordinario de sesiones CIDH: Seguimiento del informe 28/92, Argentina, Palabras de los representantes del CELS y del Gobierno argentino. 6 mar 2007. Disponible en internet: <http://www.oas.org/OASpage/videosondemand/show/video.asp?nCode=07-0052&nCodeDet=1>. Última revisión el 26 dic 2007.

Constant, Benjamín, “Principios de política” en *Escritos Políticos*, Trad. M<sup>a</sup> Luisa Sánchez Mejía, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 289.

Contreras Peláez, Francisco J., *Defensa del Estado social*, Universidad de Sevilla, 1996, pp. 191.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención”, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, pp. 32, Disponible en internet: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf). Última revisión 26 dic 2007.

Defensoría del Pueblo de Perú, *Amnistía versus Derechos Humanos. Buscando Justicia*, Informe N° 57, Lima, 2001, pp. 87.

Diario El Mercurio Online, *Corte de Apelaciones revocó amnistía en caso Caravana de la Muerte*, Editora El Mercurio, Santiago de Chile, 27 jul 2007. Disponible en internet:

<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=263993>.

Última revisión 26 dic 2007.

Díaz Revorio, Francisco J., *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 592.

Díaz, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Grupo Santillana de Ediciones S.A, 9ª edición, 1998, España, pp. 203.

Esteban, Jorge de, en VV.AA. *El régimen constitucional español*, Vol. I, Ed. Labor, Barcelona, 1980, pp. 44.

Fuero de los Españoles de 1945, Título Preliminar, Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Madrid, disponible en internet:

[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/67926282101469673765679/p0000001.htm#I\\_1](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/67926282101469673765679/p0000001.htm#I_1), Última revisión 10 dic 2007.

García de Enterría, Eduardo, “Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución”, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Civitas, Madrid. 1984, pp. 182.

Goldman, Robert. *La decisión de la ley uruguaya de caducidad con el Pacto de San José (Convención Americana)*, mimeo sin foliar, citado en Landa, César. “Límites constitucionales de la Ley de Amnistía peruana”. En *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. N° 24. Julio-Diciembre 1996. San José, pp. 523.

Joinet, Louis, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1, 2 oct 1997, pp. 33.

Juliá, Santos, “Memoria y amnistía en la transición”, *Claves de Razón Práctica*, N° 129, Madrid, 2003, pp. 14 - 24.

*La Constitución Española*, Prólogo de Gregorio Peces-Barba, Centro de Estudios Adams, Ediciones Valbuena S.A., Madrid, 2001, p. 134.

Ley N° 15.848. FUNCIONARIOS MILITARES Y POLICIALES, *Se reconoce que ha caducado la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985*, Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, publicada en el Diario Oficial el 28 dic 1986, p. 22295.

Ley N° 18.026, *Cooperación con la Corte penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio , los crímenes de guerra y lesa humanidad*, Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, publicada en el Diario Oficial el 4 oct 2006, p. 27091.

Lozano, Blanca, “El indulto y la amnistía frente a la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Editorial Civitas. S.A. Tomo II, Madrid, 1991, pp. 1027 – 1031.

Lucas Verdú, Pablo, “¿Crisis del concepto de Constitución? La constitución española entre la norma y la realidad, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Vol. 50, Nº 75, Madrid, 1998, pp. 367 – 394.

Manuel, Atienza, *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, pp. 403.

Martín Pallín, José Antonio, “Nulidad de los juicios franquistas y retroactividad de los derechos fundamentales” en *Seminario permanente Derecho y Justicia*, Grupo de investigación sobre derecho y Justicia, Universidad Carlos III de Madrid, 18 dic 2006, Getafe, pp. 49.

Méndez, Juan E., *Derecho a la verdad frente a graves violaciones a los derechos humanos*, pp. 18. Disponible en internet: [http://www.aprodeh.org.pe/sem\\_verdad/documentos/Juan\\_E\\_Mendez.pdf](http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Juan_E_Mendez.pdf). Última revisión 27 dic 2007.

Peces-Barba, Gregorio, *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Col. Cuadernos y Debates 54, Madrid, 1995, pp. 152.

Peces-Barba, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 78.

Pérez del Valle, Carlos, “Amnistía, Constitución y justicia material”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 61 Año 21. Enero/abril 2001. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, pp. 187 - 206.

Pérez del Valle, Carlos. “Amnistía, Constitución y justicia material”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 61 Año 21. Enero/abril 2001. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. pp. 434.

Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 8ª edición, Madrid, 1984, pp. 639.

Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 186.

Radbruch, Gustav, *Filosofía del Derecho*. Editorial Comares S.L., Estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Trad. Javier Medina Echevarría. 4ª ed., Granada, 1999, p. 78.

Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Trad. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid, 1963, pp. 348.

Torres del Moral, Antonio, *Principios del Derecho constitucional español*, Vol. I, Átomo ediciones, 2ª edición, Madrid, 1988, pp. 592.

Von Münch, Ingo, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Trad. Jaime Nicolás Muñiz, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, Madrid, pp. 9 - 33.

VV.AA. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999. pp. 720.