

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES: IMPACTO Y PERSPECTIVAS*

SUMARIO

- I. SENTIDO DE UNA CONMEMORACIÓN**
- II. LA PLENA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS**
- III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, ESENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO**
- IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS HUMANOS: ALGUNAS CONSECUENCIAS**
- V. EL CARÁCTER ABIERTO DEL CATÁLOGO DE DERECHOS FUNDAMENTALES**
- VI. LA AMPLIACIÓN DE LOS SUJETOS TITULARES DE DERECHOS**
- VII. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS**
 - 1. Pérdida de protagonismo del legislador en la política de los derechos fundamentales**
 - 2. La tendencia a la iusfundamentalización de los principios rectores de la política social y económica**
 - 3. algunas consecuencias de la llamada dimensión objetiva de los derechos fundamentales**
- VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES Y UNIÓN EUROPEA**

I. SENTIDO DE UNA CONMEMORACIÓN

Si se examina con la mentalidad fría y racional tan querida para quienes sostienen una visión estrictamente formal del Derecho, el hecho de que nuestra Constitución haya cumplido sus primeros veinticinco años de vida es un dato irrelevante, que ni

* El presente texto fue preparado para una conferencia pronunciada en el marco de la Jornada de Estudio conmemorativa del XXV Aniversario de la Constitución que organizaron el Departamento de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra y el Instituto Navarro de Administración Pública y que se celebró en Pamplona el pasado 12 de diciembre. De cara a su publicación me he limitado a incorporar las notas indispensables para completar las referencias bibliográficas del texto (y para remitir a algunos trabajos anteriores donde he desarrollado de forma más extensa varias de las ideas que aquí aparecen expuestas de manera necesaria –y quizás excesivamente– sintética) y a añadir algunos apartados que rompan un poco la monotonía del discurso. Al Director de la Revista, José Antonio Razquin, le agradezco su amable ofrecimiento para publicarlo.

añade ni quita nada a su valor normativo. Pero el Derecho es más que forma y, en concreto, la Constitución es más que una simple norma jurídica. Como es bien sabido, la Constitución es –así se entiende el concepto de Constitución desde su nacimiento a finales del siglo XVIII– el documento que recoge el pacto a que hemos llegado los ciudadanos para establecer las reglas de nuestra convivencia; el documento en el que hemos fijado los puntos de acuerdo, o si se prefiere, y por utilizar una expresión de nuestro Tribunal Constitucional que ha hecho fortuna, el *marco de coincidencias*¹ que nos permite vivir en libertad, nos garantiza una participación suficiente en el ejercicio del poder y sienta las bases para alcanzar una igualdad que vaya más allá de la mera igualdad ante la ley para llegar a ser una verdadera igualdad de oportunidades. Por eso, estas conmemoraciones, aun a riesgo de parecer excesivas, están llenas de sentido. Y como se nos ha recordado en estos días, lo tienen de una manera muy especial en el caso de nuestra Constitución, pues al menos hasta el momento, nos ha permitido empezar lo que parecía una maldición que nos ha abocado a lo largo de nuestra Historia a tantos enfrentamientos.

Pero si se me permite, y aunque me aparte un tanto del tema de mi intervención, quisiera recordar algo que no por obvio resulta menos importante. Si la Constitución ha cumplido su papel de manera más que notable, no ha sido sólo –y me atrevería a decir que no ha sido principalmente– por sus cualidades técnicas. El adecuado tratamiento normativo de los problemas es una condición necesaria, pero no suficiente para garantizar la vida constitucional. Como ha recordado Konrad Hesse², hace falta que exista una “voluntad de Constitución” (*wille zur Verfassung*), un deseo de hacer efectivas todas las potencialidades del Texto constitucional. Deseo que tiene como fundamento el convencimiento de que es necesario un orden normativo e inviolable, de que tal orden vincula y de que, al mismo tiempo, se trata de un orden a realizar. Si ese deseo existe en los ciudadanos y en los actores políticos, se pueden suplir las imperfecciones técnicas, por otra parte inevitables; si desaparece, los preceptos constitucionales quedarán más tarde o más temprano en letra muerta. Y no cabe duda de que estos veinticinco años se han caracterizado –y la Comunidad Foral de Navarra constituye, sin duda, un claro ejemplo– por una clara voluntad de hacer efectivos los mandatos constitucionales. Y si en estos últimos tiempos hay hechos que ensombrecen este panorama, creo que no proceden tanto de los problemas constitucionales cuanto de la voluntad de algunos de buscar soluciones fuera de ese marco.

Esos problemas, bien conocidos por todos, no alcanzan afortunadamente a los derechos fundamentales, que son precisamente el objeto de mi intervención en la que, según el título previsto, debo en primer lugar analizar lo que han supuesto estos veinticinco años de Constitución en el terreno de los derechos y, desde ese análisis, intentar aventurar las perspectivas que se presentan de cara al futuro más inmediato.

II. LA PLENA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS

El impacto que nuestra Constitución ha tenido en el ámbito de los derechos fundamentales es de sobra conocido por todos. Frente a una situación en la que las libertades no estaban garantizadas sino más bien perseguidas, la Constitución de 1978 incardinó a España –y quiero creer que definitivamente– en el constitucionalismo de los derechos. En realidad, en los meses previos a la aprobación de la Constitución se habían dado pasos trascendentales con la ratificación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los demás Tratados internacionales sobre derechos, y con la

1. La expresión aparece por primera vez en el fundamento jurídico 6º de la STC 11/1981.

2. K. Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, traducción de P. Cruz Villalón, Madrid, 1983, pág. 28.

aprobación de normas sectoriales que garantizaron la libertad de expresión, la creación de asociaciones, sindicatos, etc. Pero no fue sino con la Constitución de 1978 cuando en España tuvimos un catálogo de derechos parangonable, por contenido y eficacia, al de las Constituciones de nuestro entorno, que nos incorporó a lo que, parafraseando a M. Capelleti, podríamos denominar como el “Derecho Constitucional de la libertad”. Y es que a diferencia de lo que ha sido la tónica habitual en nuestra Historia, no estamos ante una declaración de principios y ni siquiera ante meras directrices de actuación de los poderes públicos, sino ante verdaderos derechos subjetivos que, en cuanto tales –y según reza el art. 53.1 CE– vinculan a los poderes públicos y son exigibles ante los Jueces y Tribunales y, en algunos casos, ante el Tribunal Constitucional.

Posiblemente el estudio más interesante del impacto de la Constitución sobre los derechos no es el que yo voy a realizar aquí, sino el que llevara a cabo un análisis de tipo sociológico que permitiera valorar el nivel de protección e identificar aquellos ámbitos en los que ese nivel es aún insuficiente. Creo, no obstante, que aun sin contar con esos datos, no es aventurado afirmar que se ha conseguido un amplísimo grado de efectividad de los derechos; habitualmente son respetados por los poderes públicos y, cuando no es así, los remedios jurisdiccionales funcionan con eficacia (aunque quizás no siempre con la necesaria celeridad). Entiendo que hay un dato que avala esta afirmación: el escaso número de recursos de amparo que se plantean en el Tribunal Constitucional en relación con los derechos sustantivos (no es que los procesales no sean derechos, pero me parece que todos entendemos que operan de manera distinta, al menos por lo que al recurso de amparo se refiere), de los que por otra parte, no son estimados sino una pequeña proporción. Según la última de las Memorias publicadas por el Tribunal Constitucional, correspondiente al año 2002³, se presentaron 7285 demandas de amparo de las que sólo 1357 invocaban derechos distintos del 24 y del 14, lo que supone un 18.67 por ciento de los casos. Por otra parte, en ese año se llegaron a dictar 217 sentencias, de las que 129 fueron estimatorias. Quizás pudiera objetarse que el hecho de que el Tribunal Constitucional estime un porcentaje tan pequeño de demandas no es tanto un índice del grado de protección cuanto del rigor con que selecciona los recursos de amparo. Sin embargo, esa posible objeción se vería desmentida por el escaso número de asuntos en los que España ha sido condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Es evidente que una valoración de este tipo debe de tomarse con suma cautela, pues no todos los ciudadanos que ven lesionados sus derechos acuden a los tribunales y son muchos menos los que terminan llevando sus casos al Tribunal de Estrasburgo, pero creo que como índice aproximativo es revelador de un alto grado de observancia y respeto de los derechos; cabe afirmar, en todo caso, que se han alcanzado niveles de tutela inexistente en nuestra historia jurídica. Esto desde luego, no debe llevar a vanas autocomplacencias pues, parafraseando el título de la conocida obra de Dworkin⁴, es necesario seguir tomándose los derechos en serio o, si me permiten servirme del título de otra obra jurídica relevante, es necesario mantener una viva “lucha no sólo por el Derecho, sino también, y quizás principalmente, por los derechos”⁵.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, ESENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO

Derecho objetivo y derechos (subjetivos) fundamentales. Y es que, y me centro ya en lo que pretendo que sea mi exposición, el movimiento constitucionalista al que España se sumó en 1978 se centra más en los derechos que en el Derecho o quizás, y

3. Tribunal Constitucional, *Memoria 2002*, Madrid, 2003.

4. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, 2ª ed., Barcelona, 1989.

5. Cfr. R. von Ihering, *La lucha por el Derecho*, traducción de A. Posada, Buenos Aires, 1974.

por no presentar ambas realidades como antitéticas, pues no lo son, pone su atención en el Derecho como garantía de los derechos. Así se aprecia, desde luego, en el propio concepto de Constitución que es, sin duda, organización del poder y norma sobre las fuentes del Derecho, pero que debe ser principalmente norma que garantiza derechos de los ciudadanos. La idea estaba ya contenida *in nuce* en el celebre art. XVI de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, en el que derechos y organización de los poderes aparecen indisolublemente vinculados, primera y principalmente porque la última se basaba en un sistema –la división de poderes– cuyo objetivo era asegurar la libertad⁶. La Constitución se entendía entonces como el instrumento idóneo y necesario para garantizar la libertad y creo que no es exagerado afirmar que la Constitución es hoy, sobre todo, una Carta de derechos, y quizás no sea por eso casual que el proceso de elaboración de una Constitución para Europa se empezara precisamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. La Constitución se ha convertido, como ha recordado J. Jiménez Campo, en una “Constitución de ciudadanos”. Así es sentida por estos que, además, ven en los derechos no sólo límites al poder sino títulos para exigir de él determinados comportamientos.

Este entendimiento de la Constitución tiene unas consecuencias claras, bien conocidas tanto en sus efectos como en los riesgos que comportan. Las normas de derechos fundamentales tienen una estructura necesariamente abierta, que permite su aplicación a circunstancias muy diversas y que dota de un indudable protagonismo al Juez –y de manera especial al Juez constitucional– en detrimento del legislador. Esto conduce, al mismo tiempo, a un Derecho mucho más interesado en el caso que en la formulación de reglas generales; a un *case Law* en el que prima la ponderación sobre la subsunción y que, sin duda, ha acercado –esta acercando– el modelo europeo al norteamericano, con sus ventajas, pero también con sus riesgos que, además, en nuestro caso se ven acentuados por la ausencia de técnicas propias del *common Law*, tales como la vinculación al precedente judicial.

IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS HUMANOS: ALGUNAS CONSECUENCIAS

Me parece que sólo desde la consideración de estos factores puede entenderse la *vis expansiva* que, de la mano de la jurisprudencia constitucional, han tenido los derechos fundamentales. Pero antes de pasar a analizar algunas de las manifestaciones concretas, quiero subrayar otro factor en el que no siempre se insiste y que me parece esencial para entender lo que ha pasado en estos veinticinco años de vigencia del Texto constitucional. Se trata de la conexión existente entre los derechos fundamentales, como concepto netamente constitucional, y lo que habitualmente se denomina como derechos humanos. Los derechos fundamentales en cuanto tales son una creación del constitucionalismo –“una forma histórica de aseguramiento jurídico de la libertad” (D. Grimm)⁷–, y por eso su entendimiento sólo es posible en un concreto orden jurídico constitucional. Pero al mismo tiempo, la Constitución no hace sino plasmar unos derechos preexistentes: los derechos humanos. El aplicador de la Constitución tiene con frecuencia que salir del marco normativo para acudir a ese otro sistema. En palabras de R. Alexy⁸, el estudio jurídico-dogmático de los derechos fundamentales no resulta posible sin su comprensión ético-filosófica.

6. Según ese precepto, tantas veces transcrito, “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”.

7. D. Grimm, «Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft», en J. Kocka (dir.), *Bürgertum im 19. Jahrhundert*, vol. I, Munich, 1988, págs. 340-371, recogido ahora en D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1991, pág. 67.

8. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Madrid, 1993, págs. 174-175.

Por tanto, la comprensión profunda del sistema constitucional de derechos fundamentales no resulta posible si no se sale fuera del marco normativo. Pero es que, además, el propio autor de nuestra Constitución ha querido mantener viva esa apertura a elementos no positivados. Primero, a través de la vinculación de los derechos fundamentales con la dignidad de la persona que hace el art. 10.1 y que “permite afirmar que el constituyente partió de una determinada idea de la naturaleza humana” (F. Rubio)⁹; segundo, mediante la incorporación de la idea de contenido esencial (art. 53.1 CE), que supone la vinculación del legislador a valores materiales o, si se prefiere, a la tradición (J. Jiménez Campo)¹⁰.

Creo que esta referencia constante a elementos que, de alguna manera, están fuera de la Constitución, se ha mostrado, además de necesaria, especialmente útil y fructífera, y explica en buena medida la capacidad del Tribunal Constitucional para dar respuesta a nuevos problemas –o a problemas no tan nuevos, pero que no estaban bien resueltos en la Norma fundamental– sin necesidad de modificar el tenor literal de los preceptos. Y es que el sistema de derechos es, a pesar del grado de detalle a que ha llegado nuestro constituyente, un sistema no cerrado en el que, según J. Isensee¹¹, los derechos del hombre (no positivados) actúan respecto de los derechos fundamentales en una cuádruple dirección: 1) como criterios interpretativos; 2) como correctivos críticos, 3) como impulso de la eficacia de los derechos fundamentales; y 4) como reserva para el caso de que se aprecien lagunas en la Constitución. Esta concepción dota todavía de mayor protagonismo al Juez y plantea, al mismo tiempo la cuestión de dónde debe buscar éste las referencias extraconstitucionales, obligándole a acudir a criterios de interpretación sociológicos o, si se prefiere, culturales. Lo que ocurre es que, con ello, se producen las dos primeras de las paradojas que irán apareciendo a lo largo de mi exposición.

De un lado, el derecho fundamental aparece como un valor que se impone también a la mayoría, pero a la hora de la verdad, el Juez acude muchas veces al sentir de esa mayoría para definir los contenidos de los derechos. La segunda, que mientras que la noción de derecho fundamental pretende aprovechar la seguridad que aporta la referencia a un texto constitucional concreto, la consideración de los derechos humanos obliga constantemente a ir más allá del propio sistema jurídico-positivo. Nuestro constituyente ha intentado soslayar en parte estos problemas mediante al referencia a standards de protección internacionales, y básicamente europeos, y ello mediante la referencia del art. 10.2 CE a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los demás tratados internacionales sobre la materia. Lo que ocurre es que, como señalaré al final de mi exposición, esta solución plantea otros problemas.

Esa influencia de los derechos humanos sobre los fundamentales se aprecia también en la clara tendencia al universalismo de estos últimos. Mientras que la noción de derecho fundamental, en cuanto concepto constitucional, remitía a la condición de ciudadano y a sus relaciones con el poder, la consideración de que los derechos se tienen por el simple hecho de ser persona –o si se prefiere, un ser humano– conduce necesariamente a una universalización de sus titulares, o dicho de otra forma, lleva a considerarse como difícilmente admisibles –y salvo el caso de los derechos estrictamente políti-

9. F. Rubio Llorente, «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», *Claves*, núm. 75, 1997, pág. 5.

10. J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, págs. 71 y sigs.

11. Cfr. J. Isensee, «Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung», en J. Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V (*Allgemeine Grundrechtslehre*), Heidelberg, 1992, pág. 373.

cos— limitaciones en la titularidad de los derechos derivadas de la condición de extranjero¹².

Quizás se pregunten a estas alturas a dónde quiero llegar y que tiene qué ver esto con la experiencia de veinticinco años de derechos fundamentales y, como trataré de exponer a continuación, tiene todo que ver.

V. EL CARÁCTER ABIERTO DEL CATÁLOGO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Este entendimiento de los derechos ha incidido, en primer lugar, en la identificación de cuáles son los derechos fundamentales. Aparentemente nuestra Constitución contiene un catálogo cerrado, además bastante completo porque el constituyente pudo servirse de las experiencias de otros países. Catálogo en el que hay que distinguir entre los verdaderos derechos, contenidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, y los principios rectores del Capítulo III. Aunque en ambos Capítulos se hable de “derechos”, hoy está relativamente aceptado que sólo el primero de ellos contiene derechos fundamentales, pues sólo de los derechos en él enunciados se predica la posibilidad de invocarlos de manera inmediata ante los Jueces y Tribunales y la existencia de un contenido esencial que aparece como un límite para el legislador. En todo caso, y volviendo a lo que decía anteriormente, tampoco el Capítulo II puede concebirse como un catálogo cerrado. Al menos así parece evidenciarlo la jurisprudencia constitucional de estos veinticinco años en los que el Tribunal Constitucional ha ido enriqueciendo la lista de derechos. En unos casos, esa labor no puede considerarse como verdaderamente creativa sino que aparece como la consecuencia lógica de la labor hermenéutica propia de los Tribunales: así ha ocurrido, por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional ha admitido la vertiente negativa del derecho de asociación o su dimensión colectiva¹³.

En otros casos, la labor del supremo intérprete de la Constitución ha ido más allá, extrayendo de los derechos contenidos sin duda conectados con el bien jurídico protegido por la Constitución, pero no mencionados en el tenor literal de sus preceptos. Un caso especialmente claro es el art. 24.1 CE, derecho que fue calificado hace años por J. García Torres¹⁴ como un “derecho fuente” por la posibilidad de extraer del mismo toda una serie de derechos no expresamente previstos: el derecho de acceso a la jurisdicción, pero también al recurso (en los términos, eso sí, que establezcan las leyes), a la motivación razonada y congruente, a la ejecución de las resoluciones firmes o a su inmodificabilidad. Son todos ellos, sin duda, contenidos estrechamente relacionados con el derecho a la tutela judicial efectiva, pero que han adquirido una sustantividad y unos perfiles propios como consecuencia de la acción del supremo intérprete de la Constitución.

Pero hay casos donde esa labor creadora es todavía más evidente: por ejemplo, la incardinación del principio de *ne bis in idem* en el art. 25 CE, a pesar de que poco tiene que ver con el principio de legalidad penal y sancionadora (doctrina constante del Tribunal desde la STC 2/1981), o la identificación de un derecho subjetivo a la protec-

12. Me he ocupado del tema con más detalle en «Titularidad de derechos fundamentales», M. Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Madrid, 2001, tomo III, págs. 119 y sigs. y en *La titularidad de los derechos fundamentales*, incluido en el *Manual de Derecho Constitucional* coordinado por el prof. Don Manuel Aragón Reyes e incorporado a los *Materiales para el estudio del Derecho de Ius-tel-Portal Derecho*.

13. Permítaseme remitir a mi trabajo, «Veinticinco años de derecho de asociación», *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004, págs. 243 y sigs.

14. «Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales», *Poder Judicial*, núm. 10, 1988, pág. 16.

ción de datos en el apartado 4º del art. 18 CE a pesar de que, formalmente, no contiene sino un mandato al legislador (STC 292/2000).

Creo que los casos citados son un claro ejemplo de la *vis expansiva* de los derechos a que antes me refería y de la necesidad de encontrar acomodo en el catálogo de derechos a lo que se percibe como una exigencia de justicia material. Es verdad que en algunos casos el Tribunal ha podido justificar su decisión mediante una referencia a los tratados internacionales y a la jurisprudencia sobre los mismos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10.2 CE (así, por ejemplo, en el derecho a la doble instancia penal o en la libertad de elección de centros docentes). Pero esa referencia no ha sido posible en todos los casos, sin que ello haya supuesto un obstáculo para la incorporación de nuevos derechos cuando se ha visto necesario. Creo que esta es –ha sido– una virtualidad de nuestra Norma fundamental y el fruto de una gran labor del Tribunal Constitucional, pero pienso que a nadie se le ocultan los problemas que lleva consigo y que dejo para más adelante.

VI. LA AMPLIACIÓN DE LOS SUJETOS TITULARES DE DERECHOS

Pero esa fuerza expansiva de los derechos va –ha ido en estos veinticinco años– más allá, hasta alcanzar a la definición misma de sus titulares. La determinación de quiénes sean los sujetos de los derechos fundamentales se presenta *prima facie* como una de las decisiones básicas del constituyente y, por tanto, como uno de los contenidos necesarios de la Norma fundamental. Y de hecho, nuestra Constitución incluye algunas referencias, especialmente en el art. 13. Sin embargo, también en este terreno el Tribunal Constitucional ha ido más allá de lo que parecía deducirse de las previsiones normativas. Lo ha hecho en primer lugar, en relación con la titularidad de derechos por los extranjeros. El art. 13.1, con fórmula poco afortunada, dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Aunque la identificación de cuáles sean las libertades públicas no es desde luego tarea fácil, la lectura del precepto sí parece en todo caso conceder al legislador cierto margen de maniobra cuando se trate de ellas, margen que le llevó en 1985 a introducir restricciones en la titularidad de determinados derechos (básicamente reunión y asociación) que sin embargo fueron declaradas inconstitucionales en la STC 115/1987. La problemática se ha vuelto a repetir, como es bien sabido, con motivo de las reformas introducidas por la LO 8/2000 en la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España, Ley muy generosa con los extranjeros que se encuentran legalmente en territorio nacional pero que limita de manera importante algunos derechos de aquéllos que carecen del oportuno permiso de residencia. No puedo detenerme en el análisis de esta cuestión, que debe resolver ahora el Tribunal Constitucional, pero sí quiero subrayar cómo la comprensión de los derechos fundamentales como derechos que se dan en un concreto sistema político y de los que gozan básicamente los ciudadanos, se ha ido sustituyendo (con la única salvedad, quizás, del derecho de sufragio) por una visión más propia de los derechos humanos que, en cuanto tales, corresponden a toda persona, con independencia de cuál sea su status cívico y político.

Pero en el terreno de la titularidad el Tribunal ha ido todavía más allá y ha reconocido como titulares de derechos fundamentales a las personas jurídicas. Con una construcción inspirada en la doctrina alemana y que básicamente comparto¹⁵, el Tribu-

15. Me he ocupado detenidamente del tema en «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2002, vol. I, págs. 387 y sigs.; publicado también en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002, págs. 49 y sigs.

nal ha determinado, sin un apoyo constitucional expreso, que las personas jurídicas nacionales pueden ostentar la titularidad de aquellos derechos que por su naturaleza les sean aplicables. Esto, claro está, para las personas jurídico privadas; en el caso de las jurídico públicas, y como es conocido, la postura del Tribunal ha sido básicamente la contraria, con la excepción de los derechos procesales que, aunque con no pocas limitaciones, también les ha reconocido. Quizás por esta generosidad del Tribunal Constitucional a la hora de reconocer nuevos titulares de derechos, que entiendo perfectamente fundada, choca aún más la solución adoptada en el caso del *nasciturus* al que se ha negado la titularidad del derecho a la vida, aunque admitiendo, eso sí, que también se encuentra protegido por el art. 15 CE, en su dimensión objetiva. Me cuesta entender las razones jurídicas que conducen a esta solución, como digo excepcional frente a las construcciones expansivas adoptadas en los demás casos, y que, además, entiendo poco coherente con los propios presupuestos de que ha partido el Tribunal, que ya en la STC 53/1985 afirmó que el embrión es un *tertium* distinto de la madre, un ser humano, por tanto, con una subjetividad propia que implica la capacidad de ser sujeto de derechos, como por otra parte siempre lo ha reconocido y sigue reconociendo el Derecho civil¹⁶.

VII. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

Me parece que los ejemplos expuestos son una buena muestra de la potencialidad de los derechos fundamentales y, más en concreto, del juego que la Constitución ha dado en estos veinticinco años por obra de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esta flexibilidad del sistema tiene, además, la virtualidad de permitir la adaptación del catálogo de derechos a las exigencias cambiantes –y cambiantes a ritmos cada vez más rápidos– de nuestra sociedad y ello sin necesidad de acudir al procedimiento de la reforma constitucional, siempre más gravoso, especialmente en el caso de los derechos fundamentales de la Sección primera del Capítulo II, cuya reforma debe hacerse por el procedimiento sumamente agravado del art. 168 CE. Pero como suele ocurrir en la vida, la principal virtud es al mismo tiempo el principal foco de riesgos o de posibles problemas. Sin ánimo de ser exhaustivo quisiera dedicar lo que queda de mi exposición a señalar algunas de las dificultades que lleva consigo este entendimiento de los derechos. Con ello abordo también lo que debería ser la segunda parte de mi intervención: las perspectivas, pues creo que los problemas a los que me voy a referir constituyen los retos más relevantes –o al menos algunos de ellos– que deben afrontarse en el futuro.

1. Pérdida de protagonismo del legislador en la política de los derechos fundamentales

Una primera cuestión, recordada con frecuencia pero que quizás ahora adquiere matices nuevos, es la referente a la relación legislador-tribunales (y específicamente Tribunal Constitucional) en el desarrollo de los derechos. Aparentemente la solución es fácil: el legislador es el que debe realizar la política de los derechos, a él le corresponde decidir donde la Constitución no lo ha hecho y concretar donde la Constitución se ha limitado a formulaciones abstractas. Al Tribunal Constitucional le compete, por el contrario, corregir los excesos que el legislador pueda cometer en esa labor de configuración y delimitación. Como formulara hace ya algunos años Böckenförde, al legislador corresponde la preferencia para el desarrollo de los derechos y al Tribunal Constitucional la supremacía¹⁷. En la práctica, la situación es más complicada, pues la determina-

16. Véanse los trabajos citados en la nota 12.

17. Cfr. E.W. Böckenförde, «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental», incluido en sus *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, traducción de J.L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Baden-Baden, 1993, págs. 95 y sigs.

ción del contenido constitucionalmente garantizado por cada derecho puede hacerla el Tribunal Constitucional pero no el legislador. Esto hace que, en la práctica, el legislador haya ido muchas veces detrás de las decisiones jurisdiccionales y que, con frecuencia, se haya limitado a poner en forma articulada los contenidos de la fundamentación jurídica de las sentencias constitucionales e, incluso, haya esperado para aprobar una determinada ley a la solución de controversias que se encontraban pendientes ante el Tribunal Constitucional.

Creo que los ejemplos podrían multiplicarse: la legislación antiterrorista, inspirada en la STC 199/1987; la normativa sobre los derechos de los extranjeros a que antes me refería y que siguió las pautas marcadas por las SSTC 107/1984 y 115/1987; o, por poner un último ejemplo especialmente significativo, la reciente Ley Orgánica reguladora del derecho de asociación, que ha venido a remolque de la STC 173/1998, dictada en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley vasca de asociaciones. Se produce, además, el riesgo de que el Tribunal adopte *ope sententiae* decisiones que vienen a cerrar –al menos para los actores políticos, pues el Tribunal siempre puede revisar su jurisprudencia– lo que el constituyente dejó abierto o, a la inversa, a ofrecer una interpretación que se aparta de forma clara de la que fue voluntad del constituyente, con el inconveniente de que cuando el Tribunal da por resuelta una de estas controversias, excluye la posibilidad de que continúe el debate político e impone decisiones que, al menos en casos especialmente significativos, requerirían el contraste de las distintas posiciones ideológicas que debe ser previo a una reforma constitucional.

No creo que esta pérdida de protagonismo de los actores políticos sea positiva pues, como he dicho, debe ser el legislador democrático y no los Tribunales el que haga la política de los derechos, aunque ya he puesto de relieve que, en alguna medida, y por la propia naturaleza de los derechos fundamentales, esto no resulta fácil de conseguir (así, y por seguir con algunos de los ejemplos que ya han ido saliendo, a lo largo de esta exposición parece claro que no hubiera sido constitucionalmente legítimo que el Parlamento determinara mediante ley que el art. 25 CE garantiza el principio de *ne bis in idem* o que las personas jurídicas de Derecho privado son titulares de derechos fundamentales).

2. La tendencia a la iusfundamentalización de los principios rectores de la política social y económica

Una segunda cuestión, estrechamente relacionada con la anterior, es la tendencia que se viene apreciando en estos últimos años en algunas decisiones judiciales a dotar a los principios del Capítulo III del Título I de la Constitución, que no contiene derechos sino principios inspiradores de la actuación de los poderes públicos, de la eficacia propia de los derechos fundamentales. Es decir, a reconocerles eficacia inmediata y directa con independencia de la legalidad y a convertir en controversias de derechos fundamentales lo que en principio no es sino un problema de aplicación de la legalidad ordinaria. Creo que un buen ejemplo de lo que quiero decir lo constituyen algunas decisiones recientes sobre contaminación acústica. Quisiera fijarme, en concreto, en la STC 119/2001¹⁸, que resolvió un recurso de amparo cuyo origen estaba en la reclamación que la recurrente presentó ante el Ayuntamiento de Valencia al objeto de que se le abonaran 649.280 ptas. en concepto de indemnización; esa cantidad correspondía a las obras que había tenido que realizar en su domicilio para protegerse del elevado ruido producido por una serie de establecimientos molestos ubicados en la zona, así como al tratamiento que había tenido que recibir como consecuencia del insomnio que esa situación le había provocado. La recurrente invocaba ya en este momento sus derechos

¹⁸ Un breve comentario a la misma se recoge en A.J. Gómez Montoro y F. Caamaño, «Crónica de jurisprudencia constitucional: las decisiones del Tribunal Constitucional español durante 2001», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 14, 2002, págs. 290 y sigs.

a la vida, salud, intimidad e inviolabilidad del domicilio. Ante la falta de respuesta, la afectada interpuso recurso contencioso-administrativo por la vía especial de la entonces vigente Ley 62/1978, de protección de los derechos fundamentales de la persona. La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desestimó el recurso por entender, básicamente, que el nivel de decibelios medidos, que oscilaba entre 35 y 37, no podía considerarse suficiente para entender vulnerados los derechos de los arts. 15 y 18.1 y 2 CE. El recurso de amparo se dirigió tanto frente a la resolución administrativa (*ex silentio*) como frente a la sentencia que desestimó el recurso. A la segunda imputaba la recurrente la lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la aplicación de la ley, motivos ambos que son desestimados por el Tribunal Constitucional y que carecen ahora de especial de interés. El problema principal se planteaba respecto de la resolución administrativa, confirmada en vía judicial que, en opinión de la demandante, habría infringido los arts. 9, 10, 14, 15, 17, 18, 19, 33.3, 39.1, 43, 35 y 47 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional admitió a trámite la demanda y dictó una sentencia, eso sí desestimatoria, en la que como punto de partida afirma que “los derechos han adquirido una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales”; puesto que la Constitución no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, “se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada” (FJ 5º). Uno de esos riesgos es el ruido, “que puede llegar a representar un factor psicopatológico destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos” (*id.*), como lo acreditan las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental.

A partir de aquí, el Tribunal examina si se han podido ver afectados los derechos invocados y concluye en el caso del derecho a la integridad física y moral (art. 15.1), intimidad personal y familiar (art. 18.1) e inviolabilidad del domicilio (art. 18.2) que esa violación es posible, aunque terminará por desestimar la demanda porque no se acredita la vinculación entre la falta de sueño y el ruido ni que los niveles de éste fueran excesivos.

Más allá del caso concreto, me parece que estos planteamientos implican una distorsión de los derechos fundamentales. Es evidente que el ruido puede ser una tortura, en sentido real, no metafórico. Pero no creo que se puedan ver afectados los demás derechos invocados por la recurrente. Sería necesario preguntarse: ¿hay un nivel objetivo a partir del cuál el ruido lesiona esos derechos?; ¿ese nivel es el mismo para todos los sujetos?; ¿quién debe fijarlo?; ¿el legislador, o las organizaciones nacionales o internacionales sobre salud y medio ambiente? Además, el Tribunal obvia cuestiones fundamentales, entre otras que el ruido no lo provoca el poder público sino establecimientos particulares. Por ello, sería necesario aclarar si en estos casos la vulneración la produciría la Administración por conceder las licencias o por no garantizar el cumplimiento de la normativa sobre actividades molestas e insalubres o si la lesión del derecho deriva del incumplimiento de los mandatos de protección que los derechos encierran.

Es evidente que, como se afirma en la sentencia, los derechos deben dar respuesta frente a “los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada” (FJ 5º); no lo es menos que del Estado cabe esperar –e incluso exigir– una tutela del medio ambiente y, con carácter más general, la promoción de las condiciones para que los ciudadanos disfruten de una cierta calidad de vida, e incluso cabe admitir que, como afirma el Presidente Jiménez de Parga, los derechos tengan “un contenido ambiental”. Pero creo que hay motivos para preguntarse si, con carácter general, tales cuestiones deben resolverse por la vía de una ampliación del contenido de los derechos fundamentales o si no es más adecuado exigir al legislador que establezca las regula-

ciones legales para asegurar el respeto de las condiciones medioambientales adecuadas y reconocer a los ciudadanos una amplia legitimación para exigir su cumplimiento siempre que, de una u otra manera, se vea afectado su ámbito de intereses. Sucede, sin embargo, que también en este caso el legislador ha ido a remolque y sólo hace unas semanas se ha aprobado la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido. Es el legislador el que tiene que determinar la tutela contra el ruido, así como otras exigencias de la tutela medioambiental. Esas normas deben interpretarse desde el art. 45 CE, pero de aquí a la construcción de un verdadero derecho fundamental hay un salto importante que, en la práctica, se intenta obviar mediante la incorporación de nuevos contenidos en los verdaderos derechos fundamentales.

Es cierto que se trata de un caso un tanto especial, cuya decisión venía además condicionada por una condena del Tribunal de Estrasburgo en el caso *López Ostra contra Reino de España* (1994), pero no se trata de un caso aislado. Construcciones de este tipo se están produciendo en relación con el derecho a la salud; así, la STC 95/2000 otorgó el amparo frente a la negativa a incluir a la pareja de hecho, extranjera, entre los beneficiarios de la Seguridad Social y con frecuencia leemos en los periódicos noticias de decisiones judiciales que han obligado a la Seguridad Social a pagar operaciones realizadas en centros privados como consecuencia de las listas de espera o similares. Con estas resoluciones, quizás de alabar desde la perspectiva de la justicia material, el derecho a la salud del art. 43 CE se convierte en derecho fundamental –o al menos se le reconoce la eficacia propia de estos–, olvidando su naturaleza de principio y suprimiendo, o al menos limitando, el margen de libertad del legislador.

Creo que hay, al menos, dos razones para explicar esta situación: la primera tiene que ver con el hecho de que la legitimidad de un Estado se vincula cada vez más en nuestras sociedades con la capacidad de garantizar un mínimo de calidad de vida (mínimo que, además, se va elevando de forma progresiva). La segunda tiene que ver con una característica específica de nuestro sistema constitucional: la existencia del recurso de amparo. La discusión en el nivel de los tribunales ordinarios “no necesita” en muchos casos de los derechos fundamentales; estos pueden conocer y garantizar cualquier derecho, sea constitucional o meramente legal. Sin embargo, para poder acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional es imprescindible que el derecho invocado tenga engarce en alguno de los garantizados por los arts. 14 a 29 CE.

3. Algunas consecuencias de la llamada dimensión objetiva de los derechos fundamentales

Un tercer ámbito de problemas se refiere a la llamada dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Estos se han entendido tradicionalmente como derechos subjetivos frente al poder; hoy se conciben también como “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución” (STC 25/1981). Los derechos no son sólo límite al poder sino que se entienden también como objetivos a cumplir; en palabras de R. Alexy¹⁹, dejan de ser un orden marco para convertirse en un orden fundamental. No son normas que establecen barreras que el poder no debe traspasar sino mandatos de optimización. Este entendimiento de los derechos tiene consecuencias de un gran alcance²⁰: el llamado efecto irradiación, que lleva a impregnar de derechos fundamentales la legalidad ordinaria; la eficacia de los derechos en las rela-

19. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.

20. Sigue siendo básico en relación con este tema el citado trabajo de E.W. Böckenförde, «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental».

ciones entre particulares, que permite imponer límites a la autonomía de la voluntad; o el entendimiento de los derechos como mandatos de acción y deberes de protección. Aunque a primera vista estos efectos vendrían a reforzar la efectividad de los derechos fundamentales y por ello deberían ser bien recibidos, tienen consecuencias que deben ser afrontadas con precaución. Entre ellas cabe destacar la limitación que suponen para la autonomía de la voluntad, clave de bóveda del Derecho privado y manifestación básica de la libertad que los derechos fundamentales están llamados a proteger; y la habilitación al Estado para que, so capa de proteger determinados derechos, proceda a la limitación de la libertad, lo que sucede de manera especialmente grave cuando se ven en los derechos mandatos de tipificación penal.

VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES Y UNIÓN EUROPEA

Este análisis de las perspectivas que se plantean en el terreno de los derechos no podría concluir sin una alusión a una realidad que pienso está en la mente de todos: la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su incorporación al proyecto de Constitución que, si se superan las actuales dificultades, puede ser aprobada en los próximos meses. Podría pensarse que la incidencia de la Carta en nuestro sistema de derechos no ha tener tanta trascendencia, primero porque muchos de los derechos en ella contenidos están formulados en términos no muy distintos de los de nuestra Norma fundamental. En segundo lugar, porque las disposiciones generales de la Carta, y en especial su art. 51, limitan su eficacia a aquellas decisiones que los Estados miembros adopten en aplicación del Derecho de la Unión. Pienso, sin embargo, que cuanto aquí se ha visto permite aventurar que, en adelante, la decisión sobre el alcance de los derechos –también sobre el alcance de los derechos en nuestra Constitución–, va a venir determinada, en buena medida, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo. El amplio margen con que cuentan los Tribunales supremos a los que corresponde la interpretación última de las declaraciones de derechos, unido a la necesidad de armonizar contenidos, creo que va a conducir de manera inexorable a un traslado del centro de gravedad en la toma de decisiones sobre el alcance de los derechos. En buena medida esto está ocurriendo ya con el Tribunal de Estrasburgo, que se ha convertido en referencia obligada de nuestro Tribunal Constitucional, y es previsible que ocurre de manera aún más importante en el caso de la Unión Europea. A esto se añade una segunda dificultad: como he venido subrayando, la determinación del contenido garantizado por cada derecho no puede hacerse, en muchas ocasiones, sin acudir a valores que están fuera de la Constitución. Esta tarea no es desde luego fácil, tampoco en el ámbito de un único Estado y de una sociedad más o menos homogénea, pero parece que se complicará necesariamente cuando esa sociedad incluya a países que, aún teniendo un patrimonio cultural común, presentan claras y notorias diferencias.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN

Termino como he empezado, recordando que el balance de estos veinticinco años de derechos fundamentales es –a pesar de alguna sombra– especialmente positivo, tanto por los niveles de protección alcanzados como por los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales. Esa afirmación no se ve empañada por los aspectos problemáticos que he puesto de relieve en la segunda parte de esta exposición, aspectos que requieren sin duda análisis más detenidos y una cierta prudencia que evite la iusfundamentalización de todas las relaciones jurídicas y que recupere el protagonismo del Parlamento frente al Juez. Entiendo, sin embargo, que el hecho de que los problemas actuales sean en ocasiones de “exceso de derechos” es bien significativo de que, afortunadamente, estamos mucho mejor que hace veinticinco años.