

DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA APROXIMACIÓN GENERAL*

GUILLERMO ESCOBAR ROCA

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Alcalá

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

1. Precedentes; 2. Los derechos en el Estado liberal; 3. Los derechos en el Estado democrático; 4. Los derechos en el Estado social.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

5. Concepto; 6. Distinción de los derechos subjetivos; 7. Distinción de los derechos humanos; 8. Distinción de los derechos del CEDH y del Derecho comunitario; 9. Relación con los derechos subjetivos; 10. Relación con los derechos humanos; 11. Relación con los derechos del CEDH y del Derecho comunitario; 12. Tipos de normas de derechos fundamentales; 13. El catálogo de derechos fundamentales de la CE; 14. El doble carácter de los derechos fundamentales; en especial, el carácter objetivo.

* Este trabajo pretende ofrecer una síntesis de los conceptos básicos de una *Parte General de los derechos fundamentales* adaptada a la Constitución española de 1978, temática a nuestro juicio insuficientemente abordada en los manuales al uso. Está dirigido sobre todo a los estudiantes de la asignatura «Derecho Constitucional», pero creemos que puede también resultar de utilidad para los juristas no especializados en esta disciplina.

III. TIPOS Y FUNCIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

15. Introducción; 16. Derechos de defensa; 17. Derechos de participación; 18. Derechos de prestación.

IV. SUJETOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

19. Titulares: regla general; 20. Categorías especiales de titulares; 21. Obligados; en especial, los particulares.

V. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

22. El problema; 23. Los órganos de determinación; 24. Los métodos de determinación.

VI. LA INTERVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; SU JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

25. El concepto de intervención; 26. Los límites de los derechos; 27. Los límites de los límites: contenido esencial y principio de proporcionalidad; 28. El supuesto especial de la colisión de derechos fundamentales.

I. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

1. Hasta comienzos de la Edad Moderna la idea de dignidad de la persona no encuentra fácil acomodo en las concepciones jurídicas, morales y políticas dominantes, por lo que durante la Edad Antigua y la Edad Media no puede hablarse sino de *precedentes remotos* de los derechos fundamentales. Si bien en la época medieval aparecen una serie de documentos (cuyo exponente más conocido es la Carta Magna de 1215) que obligan al poder político a respetar determinadas posiciones individuales (propiedad privada, inviolabilidad del domicilio, etc.), se trata de textos muy diferentes a las modernas declaraciones de derechos, de las que difieren sobre todo por su extensión (situaciones concretas reconocidas en favor de los individuos, pero en cuanto miembros de un grupo social) y expresión jurídica (pactos, fueros o compromisos, no leyes generales).

A lo largo de los siglos XVI y XVII el *antropocentrismo renacentista* sentará las bases de la concepción moderna de los derechos fundamentales. Sin embargo, el comienzo de la Edad Moderna es

también el de aparición del Estado, configurado inicialmente como absoluto y por tanto difícilmente compatible con posiciones individuales que limiten al poder, si bien en algún caso se iniciará, por razones meramente pragmáticas, un tímido reconocimiento de las libertades religiosa y de conciencia; tal es, p. ej. el caso del Edicto de Nantes de 1598.

Posteriormente, desde fines del siglo XVII y con una clara voluntad transformadora del orden político del absolutismo, irán cobrando progresiva fuerza dos corrientes de pensamiento que sentarán los pilares, esta vez definitivos, del surgimiento de la idea de derechos fundamentales: la del *contrato social* (Locke, 1690), según la cual existen derechos naturales que pertenecen por naturaleza a todos los hombres por igual y cuyo respeto fundamenta la constitución de la sociedad; y la de la *separación de poderes* (Montesquieu, 1735), en cuya virtud el primer valor es la libertad individual, que sólo podrá ser garantizada adecuadamente si el poder se encuentra dividido.

2. Los derechos fundamentales surgen indisolublemente unidos al *concepto racional-normativo de Constitución*, como un elemento más (si acaso el más importante) de la construcción jurídico-política del *Estado liberal de Derecho*, que se implanta inicialmente, de forma revolucionaria, en Estados Unidos (1776) y Francia (1789). El modelo de Constitución propio de esta forma de Estado exige necesariamente la garantía de determinados derechos que, como emanación «natural» de la razón que son, limiten al poder político (arts. 1 de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789); como es obvio, la relación concreta de los derechos que constitucionalmente deben reconocerse reflejará la concepción política del liberalismo, por lo que los derechos de esta primera generación no son otros que los de libertad o, más propiamente, los de defensa.

Pese a la coincidencia sustancial en el catálogo de los derechos reconocidos, su eficacia jurídica no será la misma en todos los países: al encontrarse reconocidos en las Constituciones, correrán la misma suerte que éstas. Así, frente a lo que sucedió en los Estados Unidos, donde desde el primer momento y sobre todo a partir de 1803 (*Marbury versus Madison*), la Constitución de 1791 resulta ser plenamente normativa y por tanto los derechos en ella reconocidos son vinculantes para el legislador y exigibles ante los tribunales (elementos ambos esenciales al concepto estricto de derecho funda-

mental: *infra*, 5), en el continente europeo, la afirmación de la soberanía del Parlamento, única (monismo parlamentario francés) o compartida (dualismo monárquico alemán), tendrá como consecuencia que la Constitución carezca de auténtica fuerza jurídica vinculante, por lo que los derechos valdrán tan sólo lo que vale el principio de legalidad (Francia) o el de reserva de ley (Alemania).

En España, el Estado liberal de Derecho se abre paso en el contexto de la guerra de la independencia y se plasma inicialmente en la *Constitución de 1812*, texto en el cual encontramos ya un amplio, aunque disperso, reconocimiento, muchas veces parcial e indirecto, de los derechos de defensa que ya se contenían en los textos norteamericanos y franceses, con la peculiar exclusión de la libertad religiosa, que aparece incluso proscrita (art. 12): integridad física (art. 303), inviolabilidad del domicilio (art. 306), derecho de propiedad (arts. 294 y 304), libertades de imprenta (art. 131.24) y expresión (art. 371), así como un amplio elenco de garantías procesales, especialmente en materia criminal (art. 286 y ss.). En coherencia con la afirmación de la soberanía nacional (art. 3), doctrina que tiene aquí un claro significado ideológico, no se reconocen derechos políticos a todos los ciudadanos (arts. 23, 92, 317 y 330), consagrándose por el contrario el sufragio censitario (art. 25). Pese a la rigidez de la Constitución (arts. 375-384) y a la previsión en la misma de un peculiar derecho de petición (arts. 372-373), que no dejó de tener una cierta incidencia práctica, lo cierto es que la ausencia de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, unida a las convulsiones políticas del momento, hará que la naturaleza normativa del primer texto constitucional español (y, por tanto, la existencia de auténticos derechos fundamentales) resultara ciertamente discutible.

Tras el paréntesis del Estatuto Real de 1834, la *Constitución de 1837* ejemplifica bastante bien el modelo constitucional de nuestro Estado liberal de Derecho, en el que la inexistencia de un procedimiento de reforma, junto a la persistente ausencia del control de constitucionalidad de las leyes, dificultará aún más la comprensión de la Constitución como auténtica norma jurídica. Pese a ello, el catálogo de los derechos se mantiene, ya con una mejor sistemática, suavizando aunque manteniendo en el texto las limitaciones a la libertad religiosa (art. 11) y a los derechos políticos (arts. 5 y 23). El modelo de 1837 tendrá continuidad, sin cambios significativos, en la *Constitución de 1845* (cuyo art. 2, con su remisión al legislador en materia de libertad de imprenta muestra a las claras la dependencia de los derechos del principio de legalidad) y, tras el bre-

ve paréntesis democrático del Sexenio revolucionario, en la *Constitución de 1876*, la de más larga vigencia de nuestra Historia constitucional. En este último texto, calificado significativamente por Cánovas como «una ley como otra cualquiera», se sigue manteniendo, esta vez por omisión, el sufragio censitario, y aunque aparece algún nuevo derecho de libertad, como los de profesión y enseñanza (art. 12) y, sobre todo, los de reunión y asociación (art. 13), en la práctica se impone una legislación fuertemente represiva del movimiento democrático y asociativo, que no encuentra freno alguno en el texto constitucional, dotado por otra parte de no pocas cláusulas de habilitación para el recorte de los derechos (arts. 14 y 17, entre otros). En definitiva, los derechos constitucionales continúan siendo entre nosotros antes ideológica declaración de intenciones que auténticos derechos fundamentales vinculantes para el legislador y exigibles ante los tribunales.

3. El *Estado democrático* se va imponiendo progresivamente, en un proceso histórico no exento de retrocesos, a medida que se reconoce como derecho fundamental el sufragio universal, siempre sin alterar sustancialmente la construcción jurídico-política del Estado liberal de Derecho (cuyo catálogo de derechos se mantiene), y generalmente tras la oportuna consolidación de los derechos de reunión y asociación, necesario anticipo de la democracia.

El reconocimiento constitucional del derecho de sufragio masculino está ya, pese a sus muchas limitaciones, en la Constitución norteamericana de 1787, que consagra así, con las matizaciones oportunas, un Estado que, además de liberal, es democrático (no lo será plenamente hasta la designación popular del Senado en 1910 —Enmienda 17— y hasta el reconocimiento del sufragio femenino en 1919 —Enmienda 19—). En Francia, el sufragio universal masculino habrá de esperar hasta la Constitución de 1848 y el femenino, hasta la vigente de 1958, si bien este derecho ya había sido reconocido por ley desde 1945. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, todos los textos constitucionales de nuestro entorno cultural reconocen ya el derecho de sufragio como derecho fundamental.

En *España* encontramos un primer atisbo de conformación democrática del Estado (al reconocer las libertades de reunión y asociación —arts. 17 a 19— y el sufragio universal masculino —art. 16—) en la *Constitución de 1869*, significativamente la primera que se acerca a nuestra concepción actual de Constitución, pues pese a no contar con un sistema de control de constitucionalidad de las le-

yes, se apartó del modelo imperante en nuestro siglo XIX al prever un procedimiento de reforma y al existir en el ánimo de los constituyentes el propósito de hacer valer ante el Tribunal Supremo la fuerza normativa de la Constitución, siguiendo el modelo norteamericano.

Tras el fin del Sexenio revolucionario, la Restauración implica un retroceso en el incipiente proceso de consolidación del Estado democrático en España, por lo que los derechos políticos no volverán a encontrar reconocimiento constitucional hasta la Segunda República, con la *Constitución de 1931*, ya plenamente normativa y democrática, con el reconocimiento por vez primera de esta fórmula y del sufragio universal, también femenino (arts. 36 y 52).

4. La proyección del *Estado social* (cuyos antecedentes más directos se encuentran en la Constitución de México de 1917 y en la alemana de Weimar de 1919) sobre los derechos fundamentales se mueve básicamente en una doble dirección: en primer lugar, en garantizar que determinadas actuaciones de los trabajadores (la actividad sindical en general y la huelga en particular) cuya finalidad es luchar por la mejora de sus condiciones de vida queden protegidas de intromisiones externas, al modo de los derechos de libertad; en segundo lugar (y en clara superación ya del viejo dogma liberal de la separación entre Estado y Sociedad), en concretar en prestaciones determinadas, que el Estado debe satisfacer, la obligación de los poderes públicos de luchar por la igualdad material, suministrando a todos los ciudadanos la llamada procura existencial.

Si bien las libertades sindicales y de huelga van encontrando progresivamente acomodo en casi todos los textos constitucionales de nuestro entorno cultural, no sucede lo mismo con los derechos de prestación, cuyo reconocimiento a este nivel suele resultar controvertido. Así, no reconocen derechos de prestación las Constituciones alemana o francesa y sí lo hacen las Constituciones italiana o portuguesa.

En España, la ya citada Constitución de 1931, junto al reconocimiento de las libertades sindical y de huelga, ofrece un catálogo bastante completo de derechos de prestación (articulados, por lo general, como mandatos a los poderes públicos: arts. 43 a 50), posiblemente el más avanzado de su época. Poco después, la dictadura del general Franco (1939-1975) abrirá un largo período de retroceso histórico en el proceso de evolución de los derechos fundamentales. En este sistema político de corte totalitario o autoritario (se-

gún los autores o las etapas del propio régimen), la idea de Constitución carece de sentido, por lo que no cabe hablar de derechos fundamentales; ni tan siquiera existen propiamente derechos de libertad, habida cuenta que los incluidos en el Fuero de los españoles de 1945 ni vinculan al legislador ni cuentan con garantía judicial directa. Habrá de esperarse a la reinstauración del Estado social y democrático de Derecho en la *Constitución de 1978* para poder hablar de nuevo de derechos fundamentales, los cuales, retomando la concepción de 1931, concretarán, en un admirable proceso de sedimentación histórica, los tres elementos de nuestra actual forma de Estado.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

5. Tanto por su origen histórico, en directa dependencia de la idea de Constitución racional-normativa, como por lo que resulta de las tradiciones constitucionales comunes de los países de nuestro entorno, los derechos fundamentales pueden ser definidos como los derechos subjetivos reconocidos en la Constitución, siempre que en ésta se dote a aquéllos de las garantías típicas de toda Constitución normativa, esto es, vinculación del legislador y tutela judicial.

6. De esta forma, los derechos fundamentales se distinguen de los meros *derechos subjetivos* en que éstos, pese a ser exigibles ante los tribunales, no vinculan al legislador, por lo que en principio podrían ser suprimidos por ley. Además, los simples derechos subjetivos carecen del llamado carácter objetivo, así como del conjunto de garantías adicionales (Defensor del Pueblo, preferencia y sumariedad y recurso de amparo), exclusivas de todos o de alguno de los derechos fundamentales.

En la práctica, los derechos subjetivos típicos, esto es, los tradicionales del Derecho privado, y los derechos fundamentales, de posterior aparición histórica, se presentan frecuentemente como un todo. La identificación de las facultades resistentes al legislador implica el establecimiento, en cada derecho subjetivo, de un núcleo esencial, coincidente, a modo de círculo secante, con la figura del derecho fundamental, lo que a su vez remite a la previa determinación del contenido de éste. Por ejemplo, si el legislador puede o no suprimir el derecho de servidumbre de paso (arts. 564 a 570 CC) dependerá de si esta facultad es contenido necesario del derecho de propiedad del artículo 33.1 CE.

7. Tampoco los derechos fundamentales pueden identificarse sin más con lo que, bien en el ámbito de la Filosofía del Derecho, Moral y Política, bien en el del Derecho internacional y las Relaciones Internacionales, habitualmente se conoce como *derechos humanos*. Desde una perspectiva filosófica, los derechos humanos (o, en otras concepciones, los derechos naturales o morales) pueden ser definidos como aquellas facultades que concretan las ideas de dignidad humana, libertad e igualdad y el ordenamiento jurídico *debe* reconocer, por lo que claramente se distinguen de los derechos fundamentales en que no son un concepto de Derecho positivo, sino un conjunto de valores morales (en el sentido amplio de este término) que se considera han de formar parte del mismo. Desde el Derecho internacional y las Relaciones Internacionales, por su parte, al hablar de derechos humanos, en una concepción no muy distinta a la anterior, se está pensando en los que bajo esa denominación se recogen en la Declaración Universal de Naciones Unidas de 1948 (y posteriormente, con una mayor precisión y exigibilidad, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966), la cual no puede considerarse, en términos estrictos, como norma jurídica, por lo que dicha Declaración se encontraría más bien a caballo entre lo puramente especulativo de la Filosofía Moral y la normatividad propia de las Constituciones modernas.

8. En el ámbito del Consejo de Europa, a partir del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 1950 (ratificado por España en 1977), nos encontramos con un nuevo catálogo de derechos, acompañado esta vez de un conjunto de órganos y procedimientos destinados a garantizar coactivamente su eficacia. Sin embargo, estos derechos (cuya relación coincide en lo sustancial, por lo demás, con la del Capítulo II del Título I CE), pese a ser (aun con matizaciones) jurídicamente exigibles, tampoco admiten el calificativo de fundamentales, al no formar parte de la Constitución formal, por lo que su rango se situaría en el nivel de los tratados internacionales. Lo mismo cabe decir de los llamados *derechos fundamentales de Derecho comunitario*, cuya única apoyatura jurídica es el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea de 1992, en cuya virtud «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo (...) y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el proceso de integración, con importantes implicaciones para la Dogmática jurídica (cada vez más favorable a la construcción de un Derecho constitucional común, dotado de categorías uniformes para los países miembros), seguramente incidirá en un futuro no muy lejano en favor de un concepto diferente de derecho fundamental, que tendrá por fuente de reconocimiento no sólo las Constituciones de los Estados sino también el Derecho comunitario. Tdo dependerá, en cualquier caso, de la existencia de una auténtica Constitución europea, vinculante para los legisladores nacionales.

9. Si bien los derechos subjetivos, los derechos humanos y los derechos reconocidos en tratados de ámbito europeo son figuras que deben distinguirse conceptualmente de los derechos fundamentales, todas ellas mantienen con éstos indudables relaciones. En primer lugar, resulta de aplicación, con las matizaciones oportunas, toda la rica teoría elaborada desde la Dogmática iusprivatista sobre el derecho subjetivo, por lo que las categorías típicas de éste (estructura, objeto, sujetos, límites, etc.) son en principio aplicables también a los derechos fundamentales.

10. La argumentación propia de la Filosofía del Derecho, Moral y Política, convenientemente adaptada, será asimismo de utilidad para la determinación del siempre evanescente contenido de los derechos fundamentales¹, habida cuenta de que los artículos 1.1 (valores superiores) y 10.1 CE (dignidad de la persona), pese a no reconocer derechos propiamente dichos (*infra*, 12 y 13), pueden ser conceptualizados como cláusulas de apertura del razonamiento jurídico a la Moral. No podemos olvidar que, sin necesidad de tomar partido en favor de la teoría axiológica (que, en un peligroso juego de abstracciones, entiende a los derechos antes como expresión de un jerárquico orden de valores objetivos que como expresión de pretensiones individuales), todo el sistema de los derechos, y aun el conjunto del orden constitucional, encuentra su fundamento en una concreta Filosofía Moral (inicialmente, la propia del liberalismo, a la que después se añadirán las corrientes democrática y socialista), sin cuyo conocimiento cualquier estudio de los derechos fundamentales resultaría incompleto.

¹ El profesor GARCIA SAN MIGUEL no sólo ha prestado oportuna atención a la problemática de los derechos humanos (vid., sobre todo, los trabajos contenidos en *Tras la justicia*, Tecnos, Madrid, 1992), cuestión central de la Filosofía del Derecho, sino que ha abordado también el estudio de los derechos fundamentales (en especial, del derecho a la intimidad y del derecho a la igualdad) desde la perspectiva de la Dogmática jurídica, enriquecida, como es obvio, por su amplia formación filosófica. Todo un ejemplo de lo fructífero del diálogo entre Filosofía y Dogmática jurídicas.

Obviamente, la utilidad de la Filosofía Moral será mayor cuanto menor claridad presenten los datos ofrecidos por el ordenamiento jurídico. Desde luego, a nadie se le ocultan los riesgos de subjetivismo que siguen a la utilización de este tipo de razonamiento, pero parece más oportuno hacer explícitas las posiciones filosóficas (o ideológicas) del intérprete que ocultarlas bajo el manto de una ilusoria *cientificidad* jurídica. En otros países, el recurso a la construcción filosófica de categorías como la dignidad de la persona ha resultado especialmente fructífero, en especial para solucionar casos difíciles, como los planteados por la objeción de conciencia, la autodeterminación informativa o los avances de la Medicina y la Biología.

11. El análisis de los derechos reconocidos en los textos internacionales ratificados por España (entre los que cobra especial relevancia el ya citado Convenio Europeo de 1950) resulta, por otra parte, jurídicamente obligado, puesto que el artículo 10.2 CE prescribe que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Preciso es señalar que esta norma no permite ampliar el catálogo de los derechos de la CE, sino que recoge únicamente un criterio interpretativo meramente auxiliar y secundario, que entra en juego «una vez agotadas las posibilidades hermenéuticas que ofrece la propia Constitución sin que se logre despejar las dudas acerca del concreto alcance de los derechos fundamentales» (STC 38/1981, FJ 4).

Aunque la tesis es discutible, posiblemente habría de sostenerse que el Derecho internacional sólo serviría para determinar el contenido de los derechos fundamentales, nunca para justificar intervenciones sobre los mismos. Desde esta perspectiva, por ejemplo, no podría aducirse el artículo 11.2 del Convenio Europeo para negar a los miembros de las Fuerzas Armadas los derechos de reunión y asociación, habida cuenta que estas restricciones no se encuentran expresamente previstas en la CE.

12. De entrada, para poder afirmar la existencia de un derecho fundamental será preciso encontrar una *norma material*, que de forma directa y expresa (con fórmulas del tipo «todos tienen derecho», «se garantiza», «se reconoce» y similares) así permita entenderlo.

Ahora bien, no sólo en normas materiales encontramos referencias a los derechos fundamentales: éstas pueden hallarse en todos los tipos de normas que conviven en nuestra vigente Constitución:

a) Acabamos ya de hacer referencia a la eficacia interpretativa de las *normas de principio*, fundamento en muchos casos de los derechos concretos. Sobre todo, los principios de Estado de Derecho, Estado democrático, Estado social y los valores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político serán de utilidad para determinar el contenido de cada figura.

Por ejemplo, el Estado democrático obliga a entender que los supuestos de objeción de conciencia que pongan gravemente en riesgo la continuidad del proceso democrático han de considerarse fuera del contenido de la libertad ideológica, o que la libertad de expresión e información ha de servir, al menos, para la construcción de una opinión pública libre, imprescindible para que los ciudadanos puedan votar con conocimiento de causa en unas elecciones.

b) La relación entre los *mandatos a los poderes públicos* y los derechos fundamentales resulta ser, por su parte, todavía más estrecha, pues en no pocas ocasiones dichos mandatos se encuentran directamente encaminados a garantizar mediante actuaciones positivas de los poderes públicos los derechos reconocidos en normas materiales.

Así por ejemplo, la obligación estatal de mantener «relaciones de cooperación» con las confesiones (art. 16.3), el mandato al legislador de limitar «el uso de la informática» (art. 18.4) o de establecer la obligación de «reparar el daño causado» a los recursos naturales (art. 45.3) contribuyen, respectivamente, a garantizar los derechos a la libertad religiosa, a la intimidad y a un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona.

c) Lo mismo sucede, por último, con las *normas de organización*, ya que el sentido último de la configuración constitucional de diversos órganos y procedimientos resulta ser asimismo el de la garantía de los derechos fundamentales, bien para todos ellos (art. 161.1 b), bien para su mayor parte (arts. 53 y 54), bien para alguno en particular.

Así por ejemplo, el *habeas corpus* (art. 17.4) es un procedimiento destinado a la mejor protección del derecho a la libertad personal, la organización de medios públicos de comunicación (art. 20.3) sirve a la garantía de la libertad de expresión y del derecho a ser informado, o la autonomía universitaria (art. 27.10) contribuye a garantizar la libertad de cátedra, si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha entendido más bien que el artículo 27.10 no contiene una norma de organización sino una norma material de reconocimiento de un derecho distinto.

13. Para la exacta determinación del catálogo de los derechos fundamentales de la CE, esto es, de qué figuras concretas pueden, según nuestra norma suprema, ser calificadas como pertenecientes a esta categoría, no parece relevante (frente a lo insistentemente reclamado por un sector de la doctrina) acudir al simple criterio de la ubicación sistemática. Los derechos, como decíamos, han de encontrar necesariamente expreso reconocimiento en normas materiales, pero deben también ser identificables con posiciones jurídicas individuales (derechos *subjetivos*) y contar con las garantías típicas de toda Constitución normativa, como sabemos, vinculación del legislador y tutela judicial. Ahora bien, para que esta última goce realmente de rango constitucional, el particular deberá poder exigir la existencia o no desarrollo legislativo. De este punto de partida se infieren las siguientes consecuencias:

a) Como afirma la doctrina mayoritaria, no existe en nuestro ordenamiento ni un *derecho general de libertad* (o al «libre desarrollo de la personalidad») ni un *derecho a la dignidad de la persona* con categoría de derechos fundamentales. Si bien el Tribunal Constitucional llega a esta conclusión basándose en el discutible criterio de la ubicación sistemática (STC 57/1994, FJ 3 A), al mismo resultado podría llegarse desde la necesaria determinación de un contenido concreto, exigida por el concepto mismo de derecho subjetivo; en otras palabras, la ambigüedad de las categorías utilizadas por el artículo 10.1 parece tan elevada que este precepto suele entenderse como norma de principio y no como norma material de reconocimiento de derechos. La cuestión es, en todo caso, muy discutible, pues otros ordenamientos han procedido sin demasiadas dificultades a dotar de contenido a dichas categorías, articulándolas como auténticos derechos fundamentales.

b) Los derechos reconocidos en normas materiales (arts. 3.1, 105 a) y b), 106.2, 119, etc.) ubicadas *fuera del Título I CE* («De los derechos y deberes fundamentales») son en principio jurídicamente equivalentes a los demás, de ahí que resulte más clarificador y coherente hablar también en relación con aquéllos de derechos fundamentales. Pese a no contar con las garantías del artículo 53 CE, son igualmente derechos subjetivos judicialmente tutelables (*ex* arts. 9.1 y 24.1) que vinculan al legislador (arts. 161.1 a) y 163).

c) En el *Capítulo III del Título I CE* («De los principios rectores de la política social y económica») encontramos sobre todo mandatos a los poderes públicos cuya función no es la de reconocer posiciones jurídicas individuales. Ahora bien, en dicho Capítulo apare-

cen también normas en las que, bajo la estructura gramatical típica de las normas materiales (arts. 43.1, 44.1, 45.1 y 47), parecen consagrarse auténticos derechos subjetivos. El obstáculo para la calificación de los mismos como derechos fundamentales en sentido estricto radicaría ahora en la discutible existencia *ex Constitutione* de tutela judicial, habida cuenta de que en el artículo 53.3 se dispone que «los principios reconocidos en el Capítulo III (...) sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Si bien parece posible oponer una interpretación alternativa, a juicio de la mayoría de la doctrina el precepto recién transcrito impide apreciar en el citado Capítulo III la presencia de derecho fundamental alguno, pero la explicación última de tal afirmación no está seguramente en la letra del artículo 53.3, sino en las dificultades de precisar y garantizar el contenido mínimo, indisponible por el legislador, de los derechos de prestación (*infra*, 18).

14. Como consecuencia de la importancia que los derechos fundamentales adquieren en el conjunto del sistema constitucional surge la tesis, formulada por nuestro Tribunal Constitucional bajo la clara influencia de su homólogo alemán, del *doble carácter* de los derechos fundamentales, en cuya virtud éstos, además de derechos subjetivos, resultan ser «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional» (STC 25/1981, FJ 5).

El exacto alcance del *carácter objetivo* de los derechos fundamentales resulta controvertido. Este, de tan impreciso, es a veces definido como la concreción de todos aquellos elementos del derecho fundamental distintos a los típicos del derecho subjetivo. En realidad, bajo la fórmula del carácter objetivo se encierran efectos muy diversos, a saber:

a) Tópicos argumentales útiles para el Tribunal Constitucional en su labor de determinación del contenido de determinados derechos o de solución de conflictos entre los mismos (*infra*, 28). Es en este punto donde se ponen de manifiesto los riesgos de la teoría, que a veces se convierte en fácil excusa para la decisionista resolución de casos controvertidos, con peligro para la genuina vertiente de los derechos fundamentales, que no es otra que la subjetiva (*infra*, 24b).

Veamos dos ejemplos: la afirmación de que en el derecho de propiedad predomina su faceta objetiva sobre la subjetiva se traduce en una considerable reducción de su ámbito protegido, que queda a expensas de

la expropiación legislativa (STC 111/1983, FJ 8); el acentuado carácter objetivo de la libertad de expresión justifica a veces su «prevalencia» sobre otros derechos (STC 159/1986, FJ 6), como el honor o la intimidad, que resultan de esta forma minusvalorados.

b) La articulación de instrumentos de protección de los derechos fundamentales no directamente dirigidos en favor de un particular (control abstracto de normas, reserva de ley, etc.), que seguramente carecerían de sentido si aquéllos fueran meros derechos subjetivos.

c) El llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales (en realidad, mera aplicación del criterio de interpretación de las leyes de conformidad con la Constitución), según el cual a la hora de aplicar el Derecho ordinario debe tenerse en cuenta la mayor relevancia de los mismos.

d) La ampliación del contenido constitucional de determinados derechos, especialmente mediante la configuración de prestaciones adicionales, las cuales, pese a que no resultan *ex Constitutione* judicialmente exigibles por los particulares (pues quedan fuera del derecho subjetivo fundamental), no dejan de tener cierta relevancia constitucional (*infra*, 18).

III. TIPOS Y FUNCIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

15. En principio, resultan posibles múltiples criterios de clasificación de los derechos fundamentales. El más útil es seguramente el que combina su origen histórico con la función característica de cada una de las *tres generaciones de derechos* (correspondientes a las etapas del Estado de Derecho, Estado democrático y Estado social), por lo general asociada también a una estructura peculiar. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, cualquier clasificación resultará siempre meramente aproximativa, pues, como consecuencia de la mutua interacción entre los tres elementos esenciales de nuestra forma de Estado, en muchas figuras conviven diversas funciones (la llamada *multiplicidad funcional de los derechos*) y estructuras (dando lugar a *derechos de estructura compleja*), si bien normalmente será posible identificar una función y una estructura dominante en cada derecho.

16. Los *derechos de defensa*, originarios del Estado liberal y traunto de la separación entre Estado y Sociedad que éste propugna, tienen inicialmente por objeto preservar de la intervención estatal una serie de situaciones y actuaciones que, encontrándose en peligro, se consideran de especial importancia para el desarrollo de la persona.

La estructura de los derechos de defensa responde a una doble tipología:

a) *derechos reaccionales*, que prohíben toda injerencia sobre una concreta posición o situación individual, generalmente poseída por su titular de un modo inconsciente (la vida, el honor, la intimidad, etc.).

b) *derechos de libertad*, que impiden al poder público que prohíba, dificulte o sancione el ejercicio consciente de determinadas actuaciones (practicar una religión, circular por el territorio nacional, expresarse, reunirse, asociarse, etc.).

En la actualidad, las importantes transformaciones acaecidas en la estructura del Estado liberal, cuyos postulados no obstante se mantienen en lo esencial, obligan (*ex art. 9.2 CE*) a una concepción en cierto modo nueva de los derechos de defensa, y ello en un doble sentido:

a) en la ampliación de los sujetos obligados hacia los particulares, desde el entendimiento de que el Estado no es el único peligro para la libertad individual (*infra*, 21 b).

b) en la inclusión adicional en el contenido de algunos derechos de defensa de una faceta que, si no es estrictamente prestacional, contiene al menos determinadas exigencias positivas de protección por parte de los poderes públicos (STC 53/1985, FJ 12), las cuales pueden incluso resultar judicialmente exigibles de forma directa en cuanto resulten imprescindibles para el disfrute efectivo y en condiciones de igualdad de los intereses que dan vida a cada derecho.

Esto se conoce como el *deber estatal de protección* (de los derechos de defensa), reconocido indirectamente por el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones: por ejemplo, el derecho a la intimidad permite exigir a la Administración que ésta informe sobre los datos personales informatizados (STC 254/1993) o la libertad de expresión autoriza a reclamar la apertura de un concurso para la concesión de emisoras de televisión por cable (STC 31/1994). El problema reside aquí en distinguir entre lo exigible políticamente y lo exigible constitucionalmente al Estado y, dentro de este segundo supuesto, entre lo exigible jurisdiccionalmente por los ciudadanos y lo exigible por otras vías.

17. Los *derechos de participación* sirven directamente a la construcción y mantenimiento del orden político democrático. La estructura de estos derechos, ubicados básicamente en el artículo 23, está lejos de responder a un esquema sencillo y unívoco: derechos similares a los de defensa (así por ejemplo, la libertad —sobre la que en principio resulta prohibida toda intromisión externa— de pertenecer a un partido político parece una facultad integrante del contenido del derecho a participar directamente en los asuntos públicos) se entremezclan con estructuras bien distintas, por cuanto encontramos figuras que contienen también exigencias positivas de actuación a los poderes públicos y no ya su mera abstención.

Resulta consustancial a varios de los derechos de este tipo el deber estatal de articular, si no prestaciones en sentido estricto, sí al menos determinadas *organizaciones y procedimientos* que, en vez de configurarse como garantías adicionales de derechos de defensa (*supra*, 12 c), forman parte del contenido mismo del derecho.

Por ejemplo, la existencia de una Administración electoral no garantiza el derecho de sufragio, sino que el derecho de sufragio consiste, entre otras cosas, precisamente en la existencia de una Administración electoral.

18. En principio, los *derechos de prestación* tienden a garantizar, como proyección de la igualdad material que propugna el Estado social, que las necesidades básicas de todos los ciudadanos se encuentren cubiertas. Generalmente las prestaciones a las que se refiere esta categoría son aquellas de tipo económico (por lo que quedarían fuera las organizaciones y procedimientos) que podrían obtenerse también a través del mercado (lo que excluiría de esta categoría a la tutela judicial). Su estructura es bien diversa de la de los derechos de defensa: el sujeto pasivo (en última instancia, el poder público, por mucho que éste pueda confiar a los particulares la gestión de determinados servicios, bajo fórmulas como la del servicio público u otras similares) no está obligado a no actuar, sino precisamente a lo contrario: a suministrar al titular del derecho las prestaciones constitucionalmente reconocidas.

En tanto dependientes de la *reserva de lo económicamente posible*, los derechos de prestación plantean importantes problemas de efectividad, por lo que no faltan autores que, desde una perspectiva realista entreverada en ocasiones de una *precomprensión* liberal de la Constitución, les niegan de entrada el carácter de funda-

mentales o pretenden, cuando menos, relativizar su alcance. No pocos de estos argumentos tienen su parte de razón: en primer lugar, la inexistencia de un sistema de control de constitucionalidad directo de las omisiones dificulta enormemente la vinculación del legislador, primer destinatario de estos derechos; en segundo lugar, resulta también problemática su tutela judicial en ausencia de desarrollo legislativo, tanto por razones teóricas (peligro, en todo caso discutible, para los principios democrático y de división de poderes) como prácticas (inadecuación del sistema judicial tradicional, pensado antes para castigar las acciones estatales ilegales que para imponer a los poderes públicos actuaciones positivas).

En todo caso, al igual que lo que acontece en relación con el deber estatal de protección de los derechos de defensa (*supra*, 16), parece posible obtener (bien que excepcionalmente) la tutela judicial de los derechos de prestación en aquellos casos en los que el legislador no haya garantizado tan siquiera su *contenido mínimo*, cuya exacta determinación no será desde luego fácil. Desde el punto de vista estrictamente constitucional el problema principal se plantea cuando el legislador ha omitido otorgar toda prestación (omisión absoluta) o, lo que será más frecuente, cuando ha previsto un catálogo de prestaciones notoriamente inferior a lo que cabría deducir del contenido mínimo del derecho (omisión relativa). Como alternativa al más dificultoso control de la inactividad del legislador, la Administración, de no poder interpretar la ley de forma extensiva o favorable a la efectividad de los derechos, podría encontrarse obligada a dictar un reglamento regulador de las oportunas prestaciones (a menos que exista una reserva específica de ley, a comprobar en cada caso), resultando esta vez su omisión más fácilmente controlable por los tribunales contencioso-administrativos.

IV. SUJETOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

19. Como consecuencia de la relación que todos los derechos fundamentales guardan con el principio de dignidad de la persona, común a todos los seres humanos, como regla general son igualmente sujetos activos o *titulares* de tales derechos todas las personas físicas, salvedad hecha de aquellas figuras que por su propia naturaleza sólo pertenecen a los individuos integrados en grupos determinados.

Circunstancias especiales motivan esta excepción al *principio de universalidad* de los derechos: p. ej. el reconocimiento de la libertad de cátedra (perteneciente sólo a los profesores, art. 20.1 c) CE) o de la cláu-

sula de conciencia de los informadores (art. 20.1 d) CE) podría justificarse en la función social que cumplen estos derechos, ya que el ejercicio de los mismos por esas especiales categorías de personas comporta un beneficio para toda la comunidad. En otro orden de cosas, la libertad sindical, de la que únicamente son titulares los trabajadores, se explica históricamente, desde el origen del Estado social, por la necesidad de favorecer de forma especial a un colectivo considerado desprotegido.

20. Esta regla general debe ser sin embargo matizada en relación con determinadas categorías especiales de personas:

a) Pese a la afirmación genérica del artículo 3 LOPJM, los *menores* no son titulares de aquellos derechos fundamentales que exijan una cierta madurez o responsabilidad para su ejercicio. A veces la ley excluye expresamente a los menores de la titularidad de determinados derechos, como el de sufragio (arts. 2.1 y 6.1 LO-REG) o el de matrimonio (art. 46 CC); en los demás casos, habrá de estarse a las peculiaridades de cada figura y de cada situación concreta, pudiéndose incluso admitir que los menores ejercen alguna de las facultades integrantes del contenido del derecho y no otras.

Por ejemplo, un menor podrá oponerse (*ex* arts. 16.1 CE y 6.1 LOPJM) al cumplimiento de un deber por motivos de conciencia siempre que pueda demostrarse en el caso concreto que cuenta con la madurez de juicio suficiente; podrá participar en una manifestación pero sólo convocarla «con el consentimiento expreso de sus padres» (art. 7.3 LOPJM), etc.

b) De la equívoca redacción del artículo 13.1 CE («Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley») no puede derivarse que los *extranjeros* pierdan la titularidad de sus derechos fundamentales cuando libremente así lo disponga el legislador. Como regla general, son titulares de los mismos derechos que los españoles (STC 107/1984, FFJJ 3 y 4), salvo que la concreta norma material de reconocimiento emplee expresiones del tipo «los españoles» (arts. 14, 19, 29.1, 35.1 y 47) o «los ciudadanos»(art. 23).

De lo anterior puede deducirse que, en relación con esta materia, existen dos categorías de derechos:

a') los de titularidad universal, que pertenecen en principio por igual a españoles y extranjeros. Salvo que resulten «impres-

cindibles para la preservación de la dignidad humana» (según el Tribunal Constitucional, al menos la vida y la integridad física y moral, la libertad ideológica y religiosa, la libertad personal, la intimidad y la tutela judicial), el legislador puede sin embargo prever «condicionamientos adicionales» a su ejercicio por parte de los extranjeros (STC 115/1987, FJ 3), siempre y cuando, claro está, esos condicionamientos cuenten con justificación objetiva y razonable.

b') los de titularidad restringida a los españoles, que sin embargo pueden pertenecer también, *como derechos fundamentales*, a los extranjeros, siempre que así lo prevean los tratados o la ley. Como en el caso anterior, una vez reconocida la titularidad del derecho a los extranjeros, podrá el legislador introducir «condicionamientos adicionales» a su ejercicio por aquéllos, mediando justificación.

La Ley básica sobre la materia, la LODLE se refiere a algunos derechos fundamentales, dando a entender que los no citados por ella pertenecen por igual, sin condicionamiento adicional alguno, a españoles y extranjeros. Reconoce como derechos fundamentales de los extranjeros casi todos los derechos que, según la CE pertenecen sólo a los españoles: libertad de circulación (art. 5), participación pública (art. 6), derecho al trabajo (art. 10) y derecho a la vivienda (art. 13). Por último, la LODLE introduce restricciones específicas en relación con alguno de los derechos que regula: por ejemplo, los extranjeros han de ser residentes para promover una asociación (art. 8), sólo tienen «derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes» (art. 12.2), etc.

c) En relación con la clásica y hoy en desuso categoría de las relaciones de sujeción especial, cabe decir lo siguiente:

a') Los funcionarios, los militares y los estudiantes de centros públicos de enseñanza tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos. Únicamente podrá limitarse el ejercicio por estos colectivos de alguno de sus derechos (mediando en todo caso límites directos —por ejemplo, art. 28.1 CE— o indirectos —por ejemplo, art. 103.1—: *infra*, 26), pero nunca suprimirse de entrada la titularidad de los mismos.

b') Los *reclusos* no son titulares de aquellos derechos «que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria» (art. 25.2). Como en el caso de los extranjeros, la remisión al legislador no puede entenderse como una habilitación en blanco, por lo que los condicio-

namientos al ejercicio de determinados derechos que en su caso puedan establecerse habrán de encontrar también una justificación objetiva y razonable.

d) Como excepción a la regla de la relación necesaria entre derechos fundamentales y personas físicas, derivada a su vez de la conexión de aquéllos con la dignidad de la persona, normalmente se admite (como consecuencia de la *sociedad organizacional* de nuestros días, tácitamente reconocida por el art. 9.2 CE) que también las *personas jurídicas* son titulares de derechos fundamentales: no sólo de los expresamente atribuidos a entes colectivos (arts. 16.1, 27.6, 28.1 y 29.1), sino también de aquellos otros cuyo ejercicio no sea estrictamente personal (STC 19/1983, FJ 2), tales como la igualdad, la inviolabilidad del domicilio, el honor, la libertad de expresión o la tutela judicial. Ahora bien, la tendencia dominante afirma que, como tales personas jurídicas, éstas sólo pueden pretender la defensa de los derechos de sus miembros que formen parte de los fines de la asociación (STC 141/1985, FJ 1).

En relación con las *personas jurídico-públicas* las reglas anteriores sufren importantes modulaciones. Con la excepción de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial, suele negarse la titularidad de derechos fundamentales a estos sujetos, salvo que la ley expresamente así lo reconozca.

21. Los sujetos pasivos u *obligados* de los derechos fundamentales pertenecen a dos categorías bien diferenciadas:

a) Los *poderes públicos*, que están obligados directamente por la Constitución (arts. 9.1 y 53.1) tanto a no intervenir en el contenido de los derechos de defensa como a realizar las actuaciones necesarias (imprescindibles, por definición, en los derechos de organización y procedimiento y en los derechos de prestación) cuando la naturaleza de cada derecho así lo requiera. No es preciso insistir por el momento en el hecho evidente de que, como consecuencia de la distinta posición que cada órgano del Estado ocupa en el sistema constitucional, la vinculación de los poderes públicos en relación con los derechos fundamentales no es idéntica en todos los casos. Así por ejemplo, la libertad del legislador es mayor que la que corresponde a la Administración o a los tribunales, sobre todo cuando el primero ha regulado ya el ejercicio del derecho.

b) En segundo lugar, siempre que la naturaleza de cada figura lo permita, los derechos fundamentales vinculan a los *particulares* (art. 9.1), idea ésta que, según vimos, supera la concepción

clásica de los derechos de defensa propia del Estado liberal, bajo cuyas coordenadas la Constitución no parecía afectar en nada al orden jurídico privado. En la actualidad, desde la concepción de la Constitución como norma superior de todo el ordenamiento, tanto el carácter objetivo de los derechos (que, por lo que aquí interesa, obliga a interpretar el Derecho privado ordinario de conformidad con la Constitución) como sobre todo los principios de dignidad de la persona (que se ha de proteger con independencia del origen público o privado de las intervenciones) y Estado social (en su función transformadora del orden social existente, expresamente consagrada en el art. 9.2) traen como consecuencia la *eficacia directa o inmediata* de los derechos en las relaciones entre particulares, lo que significa que los titulares de los derechos pueden exigir judicialmente su respeto por parte de otros particulares, exista o no expresa previsión legislativa al respecto. El hipotético riesgo de pérdida de autonomía del Derecho privado que se seguiría de esta opción podría evitarse con relativa facilidad mediante la oportuna ponderación con bienes constitucionales que servirían de contrapeso, ya que la típica autonomía de la voluntad del Derecho privado adquiere reconocimiento constitucional tanto en la referencia del artículo 10.1 al libre desarrollo de la personalidad como, para el ámbito mercantil y laboral, en el derecho fundamental a la libertad de empresa (art. 38).

Sea como fuere, es preciso señalar que lo que hemos denominado eficacia directa de los derechos en las relaciones entre particulares resulta ser en la práctica escasamente problemática: en los ámbitos penal y administrativo, el principio de legalidad (art. 25.1) prohíbe en realidad dicha eficacia directa; en los ámbitos civil y laboral, por su parte, existen cláusulas legales que permiten (art. 1255 CC, entendiendo a los derechos fundamentales como integrantes de la moral o el orden público) y aun exigen (arts. 5.4 y 55.5 ET) la vinculación de los particulares.

Resulta significativo comprobar cómo la jurisprudencia constitucional toma partido de hecho (así por ejemplo, al admitir en numerosas ocasiones la vinculación del empresario a los derechos fundamentales de los trabajadores sin cita expresa de los preceptos correspondientes del ET) en favor de la tesis de la eficacia directa, sin considerar necesario detenerse en defender dicha tesis de las críticas doctrinales a las que se ha visto sometida. Lo relevante, en definitiva, no es tanto el origen público o privado de las intervenciones como las peculiaridades de la relación concreta entre los sujetos activo y pasivo del derecho fundamental.

V. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

22. Todo derecho fundamental está compuesto de un conjunto de facultades concretas (articuladas básicamente como situaciones o acciones inmunes a injerencias externas o como exigencias de configuración de organizaciones y procedimientos o de aportación de determinadas prestaciones) que integran su contenido. Aunque en alguna ocasión la propia Constitución precisa en parte estas facultades, por lo general la determinación del contenido de los derechos (esto es, la enumeración precisa de las referidas facultades) habrá de ser realizada por los distintos órganos del Estado mediante la utilización del método jurídico (con peculiaridades, cuando del legislador se trata), debiendo procurarse en todo caso dejar abierta la posibilidad de nuevos desarrollos, con el fin de impedir una inaceptable *petrificación* del texto constitucional.

Por ejemplo, según el art. 20.1 d) la información constitucionalmente garantizada es sólo la información «veraz»; el art. 21.1 CE únicamente protege las reuniones pacíficas y sin armas; según el art. 28.1 la libertad sindical comprende al menos al derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección; etc. Incluso en estos casos la tarea de determinación del contenido del derecho no ha hecho más que empezar, pues las citadas previsiones constitucionales sólo se refieren a una alguna de las facultades del derecho y, en todo caso, se encuentran necesitadas de precisiones ulteriores: así, la CE ni aclara el significado del término «veraz» ni de la expresión «pacífica y sin armas» ni nos permite afirmar con seguridad, por ejemplo, si el derecho a fundar un sindicato admite exigir al Estado una subvención para ello o si el derecho a afiliarse incluye el derecho a no hacerlo.

23. Como consecuencia de la consustancial indeterminación del texto constitucional, única fuente en sentido estricto de los derechos fundamentales, se admite la presencia de *fuentes secundarias* de éstos, que contribuyen necesariamente a determinar su contenido.

a) En primer lugar, la jurisprudencia del *Tribunal Constitucional*, intérprete supremo de la Constitución, cuyas decisiones se imponen a todos los poderes públicos (art. 164.1 CE y 5.1 LOPJ), resulta en este punto decisiva. A lo largo de sus sentencias, especialmente las que ponen fin a recursos y cuestiones de inconstitucionalidad contra leyes recurridas por vulnerar derechos fundamentales y las que resuelven recursos de amparo, el Alto Tribunal ha ido construyendo un corpus doctrinal de trascendental

importancia para precisar el conjunto de facultades que conforman el contenido de cada una de las figuras. Su relevancia, en todo caso, no puede hacer olvidar que también las sentencias pueden ser objeto de interpretación, que muchas veces su alcance es más limitado de lo que parece (por ejemplo, si la sentencia se dictó en un proceso de amparo sus razonamientos podrían no ser válidos para otros supuestos de vulneración del mismo derecho fundamental) y que, por supuesto, no resultan inmunes a la crítica doctrinal.

b) Como lógica consecuencia del principio democrático, la competencia determinadora del contenido de los derechos ha de recaer de forma inicial y ordinaria en el *legislador*. Así, según el artículo 53.1 CE, la regulación del ejercicio de los derechos del Capítulo II del Título I sólo podrá hacerse por ley, que deberá ser orgánica cuando se desarrollen (tarea ésta que, al ser más genérica aún que la de regular el ejercicio —STC 127/1994, FJ 3—, permite la «colaboración internormativa» entre leyes orgánicas y ordinarias sobre un mismo derecho) los de la Sección I del citado Capítulo II (art. 81.1) y que sólo limitadamente podrá ser autonómica, habida cuenta de que pertenece en exclusiva al Estado «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1). De otro lado, tampoco se permite en principio al decreto-ley determinar el contenido de los derechos (art. 86.1) con carácter general, aunque sí intervenir sobre ellos en casos concretos (STC 111/1983, FJ 8).

c) Desde la jurisprudencia constitucional, no siempre lineal y coherente, la competencia de determinación no reside exclusivamente en el legislador, ya que el Alto Tribunal mantiene un concepto más bien restringido de regulación del ejercicio (identificable con la determinación general o básica —esto es, no exhaustiva— de cada derecho), en la línea de una concepción relativa de la reserva de ley, por lo que siempre habrá de reconocerse un cierto margen (muy limitado, en cualquier caso) de actuación complementaria a la potestad reglamentaria de la *Administración*, mayor en relación con los derechos del capítulo III, no afectados por la reserva general del artículo 53.1 (*supra*, 18).

d) Por último, las reservas de ley tampoco impiden a los *tribunales ordinarios* precisar para cada caso concreto el contenido de los derechos fundamentales, determinación ésta que resulta necesaria no sólo cuando la ley no dé respuesta clara al conflicto planteado, sino también cuando omita toda regulación. Obviamente, la

determinación judicial del contenido de un derecho sólo tendrá eficacia entre las partes.

24. Para la correcta determinación del contenido de los derechos fundamentales hemos de acudir inicialmente a las reglas tradicionales de interpretación jurídica (art. 3.1 CC), convenientemente adaptadas a las peculiaridades de la norma constitucional. Estas fundamentan principios peculiares de la interpretación constitucional, que vendrían a complementar las aludidas reglas tradicionales.

a) Inicialmente deberá partirse de los datos que ofrece el propio texto (*interpretación literal*), donde en ocasiones se precisa en parte el contenido de cada figura (*supra*, 22).

b) A continuación habrá que atender a la función y a los intereses a los que cada derecho sirve (*interpretación finalista*), teniendo siempre en cuenta que los derechos fundamentales son ante todo derechos de los individuos y sólo secundaria y complementariamente se encuentran, en su caso, al servicio de bienes colectivos. En otras palabras, para evitar la inaceptable *funcionalización* de los derechos, el carácter objetivo no debería ser utilizado para reducir su alcance como derechos subjetivos.

En este punto, central en el proceso de determinación del contenido de los derechos, es donde se hace más presente la precomprensión del intérprete y la previa Teoría de los derechos fundamentales, implícita o explícita, por la que aquél opta. En síntesis, las diversas teorías sobre los derechos pueden caracterizarse por la función de la Constitución que consideran prevalente. Así, nos encontraríamos, sobre todo, con teorías liberales (los derechos como frenos a la injerencia estatal), democráticas (los derechos al servicio del proceso democrático) o sociales (los derechos como garantía de la igualdad material), sin olvidar las múltiples combinaciones y matizaciones posibles.

c) También puede ser útil la consideración de cada derecho en su evolución histórica (*interpretación histórica*) y en el proceso de su elaboración, a la vista de los trabajos de las Cortes Constituyentes (*interpretación auténtica*). Ambas reglas metodológicas habrán de tomarse con las necesarias precauciones, pues los derechos pueden perfectamente alcanzar un significado más amplio que el que cabe deducir de su antecedentes históricos y de los debates constituyentes; entender lo contrario nos conduciría a la antes criticada petrificación del texto constitucional.

d) Especialmente importante resulta atender al lugar que ocupa cada derecho en el conjunto del sistema constitucional (*interpretación sistemática*); en este sentido, resulta de gran interés el recurso a los principios constitucionales (*supra*, 12 a) y a los textos internacionales ratificados por España (*supra*, 11). Desde un entendimiento amplio del término sistema también puede ser útil acudir al análisis de las Constituciones y de la jurisprudencia constitucional de los países de nuestro entorno, así como a la tradición filosófica en la que se inserta cada derecho (*supra*, 10), ya seguramente introducida de modo implícito al definir la función del derecho que se considera prevalente.

e) Otros argumentos de tipo lógico, usados con profusión por la Dogmática jurídica desde hace siglos, pueden también emplearse en la tarea de determinación del contenido de los derechos fundamentales. Entre estos podríamos citar la regla según la cual debe evitarse en lo posible la *conurrencia de derechos* (situación en la que una misma facultad forma parte, en principio, del contenido de varias figuras) mediante el *criterio de la especialidad*, optándose en consecuencia por la norma material más específica en detrimento de la más genérica.

Por ejemplo, las expresiones proferidas en una manifestación o en un aula forman parte respectivamente del contenido de los derechos de manifestación y a la libertad de cátedra y no del reconocido en el art. 20.1 a) CE; el derecho a no ser filmado durante la realización de una huelga pertenece al derecho de huelga y no al derecho a la intimidad, etc.

f) Por último, los principios de la interpretación constitucional pueden servir para completar (y, en su caso, matizar) las reglas anteriores. Los de mayor originalidad (otros son mera adaptación de los tradicionales al Derecho constitucional) resultan ser el de *corrección funcional* y el de *eficacia integradora*. Según el primero, el intérprete ha de respetar la posición que ocupa en el sistema constitucional, procurando no invadir el ámbito reservado a otras instancias; en virtud del segundo, debe optarse por aquellas soluciones que contribuyan al mantenimiento de la unidad política, finalidad última de toda Constitución.

Desde luego, ambos principios son meramente auxiliares y difícilmente nos permitirán fundar afirmaciones concluyentes. El principio de corrección funcional apunta sobre todo hacia la *autocontención* judicial, prohibiendo a los tribunales imponer al legislador facultades del dere-

cho no claramente deducibles del texto constitucional, pero no siempre resultará fácil obtener consenso sobre el ámbito de aplicación del principio y sobre su adecuada utilización (por ejemplo, ¿se excede el Tribunal Constitucional cuando impone al legislador actuaciones positivas sin las cuales un derecho quedaría desprotegido?). Por su parte, el principio de eficacia integradora es todo menos preciso; aun compartiendo su presupuesto teórico quedaría por definir con claridad cómo se consigue la integración en cada caso concreto (por ejemplo, ¿qué resulta más integrador, la represión de los objetos de conciencia en beneficio del interés común o el reconocimiento de su singularidad?).

g) Cuando, pese a la utilización de las reglas anteriores, no pueda todavía saberse con certeza (lo que será frecuente) si una facultad concreta forma o no parte del contenido de un derecho fundamental, seguramente la opción más razonable sea la de incluir provisionalmente aquella facultad en dicho contenido, para que sea después el contrapeso de otras normas constitucionales lo que termine de precisar su exacta relevancia constitucional; la opción contraria (esto es, la exclusión inicial de la facultad controvertida) resultaría indudablemente menos respetuosa con el valor de la libertad, consagrado en el artículo 1.1 CE.

VI. LA INTERVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; SU JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

25. La intervención o injerencia sobre un derecho fundamental es aquella acción realizada por un sujeto pasivo (público o privado) del derecho y que afecta negativa y significativamente a una o más de las facultades que integran su contenido.

Las hipótesis de intervención son numerosísimas. Básicamente pertenecen a tres categorías: dificultades, prohibiciones y castigos, directamente relacionados con el ejercicio de los derechos. Aunque en algunos casos no pueda establecerse con claridad esta relación directa, el problema más importante que suelen plantear las intervenciones es el de la constatación de su relevancia, pues pueden existir intervenciones de *bagatela* o de muy escasa entidad e intervenciones *disuasorias*, de difícil objetivación. Por ejemplo, ¿tiene entidad suficiente la filmación policial de una manifestación como para afectar negativa y significativamente al derecho de manifestación?; ¿disuade realmente de ejercer el derecho a los recursos la consignación previa de una determinada cantidad?

La intervención procede del exterior del derecho y sólo resulta posible sobre el contenido del mismo, que previamente habrá de determinarse. En consecuencia, el concepto de intervención es esencialmente relacional, ya que se encuentra siempre en directa dependencia de lo que en cada caso se entienda por contenido del derecho al que la intervención se dirige.

El problema esencial es aquí, en realidad, el de la determinación del contenido de los derechos, aunque a veces se confunda esta cuestión con la de la irrelevancia de la intervención. Por ejemplo, cuando el legislador prohíbe las reuniones con armas no está realizando una intervención irrelevante sobre el derecho de reunión sino que, lisa y llanamente, no hay intervención propiamente dicha, pues las reuniones con armas están *ex Constitutione* excluidas del contenido del derecho. Normalmente esta exclusión no resultará tan evidente, pero en cualquier caso la existencia de la intervención estará en función de, repetimos, el contenido del derecho previamente determinado: por ejemplo, saber si la prohibición municipal de vallas publicitarias o si la sanción penal de quien insultó son intervenciones en sentido estricto dependerá respectivamente de si la publicidad forma parte del contenido de la libertad de información o de si la libertad de expresión incluye el derecho a insultar.

Por otra parte, al consistir la intervención en una acción positiva, el concepto no resulta en principio aplicable a los derechos de prestación, cuyo contenido, por definición, se ve afectado negativamente por omisiones de los poderes públicos, no por actuaciones de éstos. En consecuencia, las afirmaciones que seguirán, relativas a la justificación constitucional de las intervenciones, resultarán tan sólo aplicables a los derechos de defensa. Una teoría bien desarrollada (al modo de la que veremos a continuación) sobre las vulneraciones de los derechos de prestación es todavía una tarea pendiente de la Dogmática.

26. Las intervenciones sobre el contenido de los derechos fundamentales han de encontrarse en todo caso constitucionalmente justificadas. En primer lugar, deben hallar fundamento en otra norma constitucional, la cual opera como necesario *límite* (para cuya determinación juegan también las reservas de ley de los arts. 53.1 y 81.1) al derecho en cuestión: una cosa es la intervención (por ejemplo, la sanción penal impuesta al autor de un artículo periódico) y otra el límite que forzosamente ha de justificarla (por ejemplo, el derecho al honor). Los fines y valores sociales, por importantes que sean, no podrán ser utilizados como límite de los derechos si no encuentran reconocimiento en el texto fundamental (STC 22/1984, FJ 3).

Según la jurisprudencia constitucional (STC 11/1981, FJ 7), los límites de los derechos fundamentales pueden de dos tipos: directos (los expresamente mencionados como tales en relación con determinados derechos) e indirectos (todos los demás). La justificación constitucional de las intervenciones mediante los límites del segundo tipo habrá de ser especialmente cuidadosa, pues de otro modo se corre el riesgo de reducir a la nada la fuerza normativa de los derechos; sobre todo, deberá evitarse en lo posible el recurso tanto a aquellas normas cuya finalidad está claramente alejada de lo que podríamos denominar el sistema de los derechos fundamentales como, en general, a las normas de principio, cuya característica indeterminación no permite obtener resultados fiables en la resolución de este tipo de problemas.

Como ejemplos de límites directos podemos citar la pena de muerte en tiempo de guerra en relación con el derecho a la vida (art. 15) o el orden público como límite a las libertades ideológica y religiosa (art. 16.1); como ejemplos de límites indirectos, el principio de jerarquía de la Administración (art. 103.1) en relación con la libertad de expresión de los funcionarios o el deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos (art. 39.3) como límite al derecho a la integridad física en el caso de las pruebas biológicas de paternidad. Lo peligroso e insatisfactorio del recurso a normas de organización y de principio como límite a los derechos puede ejemplificarse respectivamente en la utilización del dominio público (art. 132.1) para justificar la prohibición de la televisión por cable (STC 189/1991) y en la abstracta referencia al principio de sujeción de los ciudadanos «al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1) como argumento para imponer límites de tal naturaleza al derecho de objeción de conciencia que éste acaba prácticamente desapareciendo (STC 160/1987).

27. Aun contando con fundamento en otra norma constitucional, las intervenciones sobre los derechos fundamentales encuentran dos nuevas barreras, que juegan así al modo de *límites de los límites* de los derechos.

a) En primer lugar, las intervenciones sobre el contenido de los derechos del Capítulo II del Título I habrán de respetar el *contenido esencial* de los mismos, norma que si bien se dirige inicialmente al legislador (art. 53.1 CE), resulta aplicable también, *mutatis mutandis*, a las intervenciones que provengan de otros sujetos. Si queremos dotar de algún significado específico al mencionado precepto, entendiéndolo por tanto que añade algo al genérico deber de respeto a los derechos fundamentales, el contenido esencial habrá de ser caracterizado de modo absoluto, esto es, considerando que en relación con él no resulta legítima intervención alguna. De esta

forma, los derechos del mencionado Capítulo II admitirían una bipartición en su contenido, debiendo diferenciarse entre un contenido esencial, que nunca podría verse negativamente afectado, y un contenido no esencial, sobre el que resultarían en principio posibles las intervenciones. Obviamente, el problema se desplaza una vez más a la determinación del contenido de los derechos, con la dificultad añadida de tener que distinguir ahora qué facultades forman parte del contenido esencial y cuáles del no esencial; prueba de esta dificultad es la cada vez más escasa mención a esta garantía en la jurisprudencia constitucional.

b) En segundo lugar, adquiere progresiva fuerza en la jurisprudencia constitucional (sobre todo, a partir de la STC 215/1994) la idea de que las intervenciones sobre los derechos fundamentales, además de encontrar fundamento constitucional en un límite directo o indirecto, deberán respetar el *principio de proporcionalidad*, el cual a su vez se concreta en tres exigencias:

a) *Adecuación o idoneidad*. La intervención debe resultar adecuada o idónea para el fin que se propone, que no es otro que el contenido en la norma constitucional que le dota de cobertura, bien como límite directo, bien como límite indirecto.

b') *Necesidad o indispensabilidad*. Cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el medio que menos daño cause a los derechos fundamentales.

c') *Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*. Habida cuenta de que, por definición, entran en colisión dos normas constitucionales (el derecho y su límite) debe intentarse, en la medida de lo posible, una ponderación o equilibrio entre ambas, procurándose que los intereses subyacentes se respeten en lo esencial.

Ni que decir tiene, por último, que los criterios examinados hasta ahora para juzgar la constitucionalidad de las intervenciones, al estar muchas veces teñidos de valoraciones políticas, debe ser utilizados con cautela, especialmente cuando lo que se está cuestionando es la actuación del legislador; de otro modo, podría ponerse en riesgo el principio de corrección funcional.

La naturaleza no estrictamente jurídica (valoración de situaciones fácticas) y tendencialmente política del principio de proporcionalidad se pone de manifiesto, sobre todo, en los juicios de necesidad y de ponderación. Por ejemplo, determinar si sancionar con la pena de un año de

prisión a quien se niega a someterse a un control de alcoholemia es indispensable (es decir, que no existen otros medios para conseguir igualmente el fin pretendido) para proteger la vida de otros conductores (art. 15 CE) depende indudablemente de apreciaciones fácticas difícilmente reconducibles a categorías jurídicas; decidir si los intereses de la defensa nacional (art. 8 CE) y de los objetores de conciencia al servicio militar (art. 30.1 CE) resultan adecuadamente ponderados entre sí con la configuración de una prestación social sustitutoria de tres meses más de duración a la de éste depende indudablemente de apreciaciones valorativas, etc.

Por otra parte, los aludidos criterios, como los métodos de interpretación de las normas en general, operan en la argumentación jurídica de modo acumulativo; de esta forma, si una intervención tiene un débil fundamento en un límite indirecto, parece afectar al contenido esencial del derecho y resulta discutiblemente ajustada a los tres elementos del principio de proporcionalidad, podemos esperar con más seguridad su declaración de inconstitucional que si únicamente la intervención hubiera afectado al principio de ponderación.

28. Un supuesto especial de intervención es el de la *colisión entre derechos fundamentales*. En estos casos dos derechos intervienen entre sí, por lo que la necesaria previsión constitucional del límite se encuentra, por definición, en la norma material de reconocimiento de otro derecho fundamental. En principio, bastaría para solucionar estos conflictos con acudir al principio de ponderación o de proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha acudido a otros tópicos argumentales complementarios, de los cuales, aunque no cabe deducir la existencia de una auténtica jerarquía de derechos, sí cabe extraer en alguna ocasión tesis en favor de un cierto valor preferente de determinados derechos (así, la libertad de expresión), asentado sobre una determinada concepción de los mismos (la democrática, por seguir con el ejemplo recién citado).