

UNA REVISIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA**

SUMARIO: I- El enfoque institucional de los derechos fundamentales y la naturaleza de los mismos: su dimensión material y formal . II- El régimen de los derechos fundamentales: reserva explícita y derechos sociales . III- Los derechos fundamentales como derechos positivos: carácter constitutivo de la declaración de derechos, derechos meramente constitucionales, titularidad colectiva de los derechos fundamentales y el límite del contenido esencial. IV- Referencia bibliográfica

I. EL ENFOQUE INSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA NATURALEZA DE LOS MISMOS: SU DIMENSIÓN MATERIAL Y FORMAL

Tengo que advertirles, entrando en materia, que el título de la conferencia resulta algo pretencioso. En realidad no me propongo ofrecerles una revisión de la teoría de los derechos fundamentales, entendiendo por tal un sistema conceptual acabado y perfecto de los mismos, sino mucho más modestamente, abordar algunos problemas de la teoría jurídica de los derechos fundamentales desde una idea o visión de los mismos, desde la perspectiva de la teoría institucional. De manera que lo que se hará aquí es ofrecer algunos, por decirlo así, picotazos, algunas reflexiones, no más, sobre determinadas cuestiones teóricas de los derechos fundamentales. Hablaremos entonces de los derechos fundamentales, esto es de los derechos más importantes que tenemos, consis-

* Se recoge el texto de la conferencia que impartí en un curso de verano de la Universidad del País Vasco en San Sebastián a comienzos de julio de 2000 sobre la problemática de los derechos fundamentales, dirigido por Alejandro Sainz. Va dedicada muy cordialmente a los jóvenes colegas donostiarras profesores de derecho constitucional con toda esperanza.

** Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid

tentes en esas facultades o pretensiones referentes a ámbitos vitales del individuo en su libertad, relaciones sociales o participación, que además de constituir el núcleo básico de su *status* jurídico, son imprescindibles en la democracia, pues son sus rasgos funcionales, sin los que ésta no puede existir como sistema político efectivo. Y lo haremos desde la teoría institucional.

Entiendo la teoría institucional de los derechos fundamentales como una concepción realista de los mismos, de manera que se tiene de ellos una idea a la vez positiva y efectiva. Se trata evidentemente de una idea jurídica y no moral o natural de ellos, y así hablamos de derechos verdaderos existentes antes de nada en el ordenamiento, y no en el terreno de las evidencias lógicas o ideológicas, de derechos además constitucionales aunque necesitados de conformación o configuración legal. Es precisamente la intervención del legislador en el establecimiento del régimen de los derechos fundamentales el objeto primordial al que dirige su atención el enfoque institucional, a lo que le lleva precisamente la preocupación por la efectividad de los derechos, que así no son meras prescripciones normativas sino instituciones o realidades efectivas. De manera que el estudio de los derechos no puede agotarse considerando sólo el plano de las normas, atendiendo exclusivamente a su figura conceptual o a su rango. El enfoque total de los derechos fundamentales propio de la teoría institucional lleva entonces a reparar en el relieve ideológico de los mismos, de modo que los derechos se refieren a los valores o ideas que los derechos suponen y a la correspondiente cultura o ética necesaria para realizarlos. Así los derechos son un referente imprescindible del constitucionalismo, como determinado modo de ordenar la vida política de la comunidad, justamente el que se propone al servicio de los derechos, y reclama un determinado contexto sin cuya existencia los derechos no existirían sino en el terreno del deber y no del ser. La cultura de los derechos es la de la tolerancia, el respeto a la libertad de todos y la aceptación del pluralismo.

En realidad la visión fuerte o *material* de los derechos fundamentales es imprescindible para el enfoque institucional en el estudio del concepto de los mismos pero con una proyección muy abundante en la consideración de muchas cuestiones sobre su régimen. Debe advertirse que lo que caracteriza antes de nada a los derechos fundamentales es su importancia. Son, decíamos, los derechos más importantes que tenemos. Ello deriva de su relación con la dignidad de la persona y de su imprescindibilidad en el sistema democrático. Son los derechos fundamentales, antes de nada, la proyección jurídica de la dignidad de la persona, justamente la condición de su desarrollo. En el estadio cultural en que nos movemos es imposible una vida verdaderamente humana sin el reconocimiento y ejercicio de estas facultades de obrar, relacionarnos,

participar o solicitar determinadas prestaciones, a las que llamamos derechos fundamentales. Alguien a quien no se reconocen los derechos de que hablamos es tratado indignamente, vejado en su condición de ser racional y libre.

Esta relación de los derechos fundamentales con la dignidad subraya la dimensión individual de los mismos. Pero hay otra dimensión objetiva o política de los derechos en la medida que estamos hablando de rasgos necesarios de la democracia, en el doble sentido de que los derechos son el objetivo que justifica el sistema político que recibe este nombre, que aparece entonces como un orden político necesariamente servicial o instrumental que no puede justificarse por sí mismo, o como instrumento de nadie que no sean los propios derechos de los ciudadanos, y como sistema político que no puede funcionar sin los derechos fundamentales, como verdadero orden de libertad que es.

Este trasfondo material ayuda a entender el concepto *formal* de los derechos fundamentales, que en realidad es su correspondencia necesaria e inevitable. Desde un punto de vista formal caracteriza a este tipo de derechos en primer lugar su *estructura* principal. Estamos hablando necesariamente de derechos contenidos en cláusulas abiertas, que adolecen de una evidente indeterminación o generalidad. Ciertamente que los derechos no son las únicas normas constitucionales principialistas, pues se trata de una característica en alguna medida propia de todas ellas, y cierto también que la apertura es especialmente notable en los derechos de libertad. Pero los derechos son normas necesitadas de completamiento o prolongación, que obviamente no agotan, en punto a su propio contenido y alcance, la regulación a la que se refieren. La cuestión es que esta incompletud no tiene una sola dimensión estática, o estructural, por decirlo así, sino un momento dinámico, de manera que habrá que ver quién completa el régimen de los derechos, si lo hace el legislador o también el juez constitucional y con qué alcance y límites.

Los derechos fundamentales desde el punto de vista formal se caracterizan también por su *rango*. Estamos hablando de derechos constitucionales, más exactamente de una clase de los mismos, pues como veremos si bien sólo hay derechos fundamentales constitucionales, no todos los derechos constitucionales son fundamentales. Derechos, por tanto *supralegales*. Son derechos cuya estructura demanda una configuración legal, necesitan, esto es lo que quiero decir, de la ley, pero están sobre ella. El desarrollo legal, si se nos permite utilizar esta expresión en su acepción no técnica, no tiene lugar en virtud de una habilitación en blanco, de modo que el constituyente atribuya en bloque la configuración efectiva del tipo al legislador, antes bien en la norma constitucional se contienen decisiones muy importantes y a veces abundantes

sobre el régimen del derecho. Es más incluso el constituyente decide a la vista de las características concretas de la normación la propia condición del legislador, atribuyendo en cada caso competencias al respecto o prohibiéndolas.

La intervención del legislador en el régimen del derecho si bien es necesaria no es ilimitada o incondicionada, pues debe producirse teniendo en cuenta la posición subordinada del legislador, como poder constituido que es, respecto del constituyente como poder soberano e incondicionado. La posición constitucional del legislador determina un límite evidente para el mismo que, con independencia de su formulación expresa en el propio texto constitucional, equivale a la prohibición de desfigurar el derecho fundamental cuando proceda a su normación.

Pero el derecho fundamental no sólo es un derecho supralegal, en realidad las normas que los reconocen son resistentes a la *reforma constitucional*, de modo que se imponen también al poder constituyente constituido y no sólo, como hemos visto, al legislador. Creo entonces que, con independencia de los problemas de interpretación que la letra de nuestra Constitución puede plantear para aceptar esta posición, entendiendo correctamente el alcance de la previsión de revisión total de la Constitución que hace el artículo 168 o de la reforma que afecte a los derechos fundamentales, haciéndola compatible con la condición de los mismos como inviolables que se les atribuye en el artículo 10, lo que estamos sosteniendo es que hay límites implícitos a la reforma de la Constitución, y, entre ellos, evidentemente los que preserven la posición de los derechos fundamentales. Nosotros atribuimos al poder constituyente constituido una intervención limitada a la conservación, mediante la reforma, de la Constitución, diferenciada radicalmente de la actuación fundante y jurídicamente soberana del poder constituyente originario, de manera que la dependencia del poder constituyente constituido respecto del originario no es sólo temporal o procesal. La actuación del poder constituyente constituido es obviamente sucesiva y llevada a cabo exclusivamente por los órganos y el procedimiento establecidos en la Constitución, y subordinada lógicamente o materialmente a la misma, de modo que no pueda proponerse más que los objetivos que le son propios, sin que pueda abordar una intervención fundante o absolutamente rectificadora de la Constitución, pues ciertamente una cosa es reformar la Constitución y otra, bien distinta, proceder a su destrucción.

A nuestro juicio una revisión anticonstitucional de la Constitución no puede presentarse como reforma de la misma, aunque se haya observado el procedimiento de su modificación, de modo que igual fraude constitucional representa una reforma constitucional llevada a cabo por órganos que no tie-

nen atribuida la función constituyente que una modificación que no respete los topes, implícitos pero obvios, constitucionales. Naturalmente cuando hablamos de estos límites implícitos no excluimos de la actuación constituyente ni una reforma generalizada ni una modificación radical de la forma política, alcanzando esas decisiones que Schmitt llamaba la Constitución positiva. Nos referimos exclusivamente al respeto de los topes que aseguran la condición democrática en su definición o funcionamiento del Estado, y entre los que necesariamente hay que incluir la existencia de un verdadero catálogo de derechos fundamentales, con independencia del régimen concreto de su configuración, este sí perfectamente modificable.

Por ello hubo ruptura constitucional y no mera reforma en el proceso constituyente democrático, a pesar de que no se dio interrupción jurídico formal entre las leyes fundamentales y la Constitución, de modo que nadie en su sano juicio puede presentar a la Constitución española de 1978 como una reforma de las leyes fundamentales del régimen anterior. Es más una reforma constitucional que conlleve la supresión de los derechos fundamentales o una restricción o devaluación significativa de los mismos es objetable no sólo por suponer un fraude constitucional claramente anticonstitucional, sino porque en realidad implicaría una actuación afectada de nulidad radical desde un punto de vista jurídico y ello, insisto, aunque se llevase a cabo con observancia de las exigencias procedimentales más rigurosas. Porque ¿quién puede renunciar a su libertad, sino el que no es libre?. Cabe perfectamente una renuncia de nuestros derechos, nuestros derechos concretos, o a un ejercicio determinado de los mismos, pero ¿cabe una renuncia al derecho a tener derechos?. ¿Cabe una desposesión radical y absoluta de nuestros derechos fundamentales?. Me parece, como acabo de decir, que sólo quien ya no es libre, es decir quien no puede vincularse jurídicamente, puede renunciar a sus derechos fundamentales. Lo que ocurre es que tal renuncia, al adolecer de un vicio esencial de voluntad, no puede reputarse válida.

Los derechos fundamentales, por último, no sólo obligan al legislador y, en su configuración esencial, son indisponibles para el poder constituyente constituido, sino que se imponen incluso al *poder constituyente originario*, que en efecto no puede llevar a cabo su actuación prescindiendo de los mismos, pues desde el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que estableció el canon indubitable constitucional, no hay Constitución sin derechos. De manera que sólo hay derechos fundamentales constitucionales pero no hay Constitución sin derechos fundamentales. Es más donde el constituyente lleva cabo una actuación creadora, constitutiva de verdad, es en el plano de los derechos, antes que en el propiamente institucio-

nal. En el plano institucional el constituyente decide soberanamente sobre la forma política al organizarla según un determinado patrón de acuerdo con las exigencias constitucionales que se formulan en el artículo 16 que hemos mencionado. Pero el constituyente no crea el Estado, lo configura sólo sobre el nuevo principio de la separación de poderes. El Estado preexiste al constituyente, más aún está constituido, pues si no sería una organización permanente y soberana como sin duda lo es la monarquía del antiguo régimen, aunque obviamente no es constitucional. Donde sí que el constitucionalismo revolucionario lleva a cabo una verdadera innovación es en el plano de los derechos fundamentales que no caben en el viejo Estado donde sólo hay súbditos y no ciudadanos en libertad.

II. EL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: RESERVA EXPLÍCITA Y DERECHOS SOCIALES

Pero como decíamos anteriormente la atención a la dimensión material de los derechos fundamentales debe servir además de para comprender su naturaleza para resolver algunos problemas de su régimen. Pensemos, en concreto, en dos cuestiones. Me refiero, en primer lugar, a la existencia en nuestra Declaración de *derechos con reserva de ley y sin ella* y tratemos de entender esta diferencia de modo inteligente, esto es atribuyéndole algún significado, respetando entonces el carácter plenamente normativo de toda la Constitución, de modo que no hubiesen decisiones constitucionales superfluas o vacías de contenido.

Recordemos que la reserva de ley no tiene en nuestro ordenamiento, en el que se parte de la competencia universal del legislador, el cometido que a la misma le correspondía en los sistemas monárquicos del siglo XIX, en donde la reserva de ley, esto es la previsión por parte del constituyente de una actuación normativa de la ley, suponía una habilitación concreta del legislador para normar la materia a la que se refería la cláusula constitucional. En nuestro sistema constitucional la reserva no habilita, sino que obliga, suponiendo entonces antes que nada una prohibición a quien no sea el legislador a regular el objeto de la reserva. De otro lado la problemática de la existencia de reservas concretas en algunos casos no puede hacer olvidar que de cualquier modo la normación en relación con los derechos fundamentales, si no fuese inevitable en razón de los mismos supuestos de nuestro sistema, que como hemos visto, como consecuencia de la soberanía exclusivamente parlamentaria, parten del reconocimiento de la competencia universal del legislador, está además prevista en términos generales en el artículo 51 CE para la regulación del ejerci-

cio de los derechos del capítulo 2º, y en el artículo 81 CE para el desarrollo de los mismos. De modo, esto es lo que quiero decir, que con independencia de la existencia de una reserva concreta o no que acompañe el reconocimiento de los derechos singulares en nuestra Declaración, sobre los mismos, sobre todos ellos, es posible llevar a cabo una intervención legal, sea cual sea el alcance de la misma, y sin reparar en la veste exacta del legislador, que son cuestiones que obviamente no nos importan, prevista en los términos a que acabamos de hacer referencia en las reservas generales mencionadas .

La inexistencia de reserva legal concreta en el caso de algunos derechos fundamentales, si no puede impedir la normación de los mismos, como hemos visto, tampoco puede llevar a admitir la diferencia entre derechos constitucionalizados o *derechos humanos* que la Constitución se ve forzada a reconocer pero que en realidad tienen una existencia *pre* o *praeter* constitucional y sobre los que , en virtud de su origen se excluiría en cuanto ello fuese posible su conformación legal, o al menos la atribución a la misma de un significado constitutivo, y *derechos fundamentales* o derechos establecidos por el constituyente y en los que dicha base positiva autoriza una intervención de mayor fuste, si se quiere constitutiva, del legislador. Una diferencia de esta naturaleza entre los derechos fundamentales supondría la admisión de una jerarquización de los mismos, que una concepción meramente positiva de ellos no puede aceptar, de manera que sobre la base precisamente de decisiones del constituyente caben diferencias en el régimen de los derechos fundamentales, y en concreto las que tienen que ver con una intervención distinta del legislador sobre él, pero no una diferencia cualitativa entre los mismos. El problema del origen o la referencia ideológica de los derechos es un problema político si se quiere, determinado por consideraciones teóricas o históricas, pero en la tabla de los derechos fundamentales no caben distinciones, en virtud de la imprescindibilidad de todos ellos para el desarrollo de la persona y el funcionamiento de la democracia, según vimos. Para lo que sirve esta diferencia es para apreciar que no todos los derechos fundamentales son igualmente políticos, o necesitan de igual modo del legislador, y así la normación del legislador tendrá, seguramente, un menor alcance en el caso de los derechos sin reserva expresa, intervención que todavía habrá de llevarse a cabo con mayor cautela por parte del reglamento, especialmente vinculado en el caso de estos derechos a las exigencias del principio de legalidad. De modo que la inexistencia de reserva no indicaría la liberación del poder reglamentario, sino que, antes bien, sería exponente, en el caso de los derechos sin reserva, de la especial dependencia de dicha potestad respecto de la ley.

La atribución por nuestra parte de una gran importancia a la dimensión material de los derechos fundamentales puede ayudarnos a fijar una posición en torno a la caracterización correcta de *los derechos sociales* como derechos fundamentales, lo que no es óbice naturalmente para reconocerles especificidades importantes en su régimen. Estamos en el caso de los derechos sociales, esto es aquellos que reconocen el acceso o disfrute de determinados servicios o prestaciones, ante verdaderos derechos fundamentales, lo que se deriva de la imprescindibilidad de las facultades en que tales derechos consisten, al menos en el caso de grandes sectores de la población, para llevar una vida digna o poderse desarrollar cabalmente como personas. Para nosotros la verdadera fuente de la fundamentalidad radica en la relación del derecho con la dignidad de la persona y el funcionamiento democrático de la sociedad, de manera que, como hemos señalado en diversas oportunidades, los derechos fundamentales finalmente se protegen por su importancia, pero, obviamente, no deben su importancia a su protección.

La cuestión estará, con todo, y en primer lugar, en saber si los derechos sociales de que hablamos son verdaderos derechos, esto es tienen la estructura normativa que es propia de esta categoría jurídica y no nos hallamos, más bien, ante cláusulas que lo que reconocen es principios. Desde luego la condición principialista de los preceptos del capítulo 3º es muy clara, de modo que a veces es evidente que nos encontramos ante normas exclusivamente programáticas, no porque no obliguen a los poderes públicos, sino justamente porque no hacen más que esto, esto es no atribuyen ya, desde ellas mismas, derechos a los ciudadanos; pero sin olvidar que el principialismo de las cláusulas prescriptivas es inherente a todas ellas aunque en grado diferente (desde este punto de vista no es mucho más concreto el derecho a la educación del artículo 27 CE que el de la protección a la salud del artículo 43 CE, dependientes ambos de una especificación de sus facultades y de la organización de un servicio público que los garantice), pues con independencia de su aplicación inmediata, todos los derechos fundamentales –o casi- necesitan finalmente de configuración legal. Esta dependencia legal no puede hacer olvidar que en cualquier caso estamos ante derechos fundamentales constitucionales, aunque necesitados de regulación legal. Tal raíz constitucional es obvia asimismo en el caso de los derechos sociales: de modo que hay un derecho o un principio, entendido como línea de actuación u orientación propuesta a los poderes públicos, establecido ya por el constituyente, y no una simple deferencia al respecto en blanco de la Constitución al legislador.

Que los derechos sociales sean en cuanto a su naturaleza, y siempre que estemos con cláusulas de esta estructura, derechos fundamentales no salva

alguna importante especificidad de su régimen y de su protección. Los derechos sociales necesitan de la *interpositio legislatoris*, lo que no pone al legislador en situación de absoluta libertad en su actuación normativa, en la doble medida en que se trata de una actuación debida y, además, vinculada a los términos del reconocimiento constitucional del derecho. Ciertamente son las leyes las que establecen las pretensiones concretas en que consisten estos derechos, de manera que los jueces no quedan vinculados inmediatamente a dichos derechos, que sólo se pueden reclamar en los términos de su desarrollo legal. Así hay que aceptar que la especificación y garantía de estos derechos no es preferentemente jurisdiccional, depende sobre todo del legislador y de la administración, entre otras cosas para impedir al juez adoptar funciones de distribución que no suponen un ejercicio de jurisdicción sino que denotarían un poder político que un órgano judicial ni tiene ni conviene que tenga en un Estado de derecho en el que ha de impedirse a la jurisdicción el desempeño de una función que no sea de mera aplicación de la ley. Pero todo lo dicho no puede conducirnos a ignorar la protección jurisdiccional que también acompaña a estos derechos. Así, primeramente, su conculcación por parte del legislador puede generar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, según apreciación del Tribunal Constitucional. Han de informar, en segundo lugar, la práctica judicial, sin duda en cuanto proyección de la condición social de nuestro Estado, de modo que se les considere criterios de interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes. Por último, y en lo que se refiere a la protección jurisdiccional del amparo, obviamente no disponible directamente en el caso de los derechos sociales, no hay que olvidar las posibilidades de acceso al mismo, a través del artículo 14 CE, que garantiza dicha vía de protección para aquellas lesiones materiales de este tipo de derechos que supongan discriminación.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS POSITIVOS: CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA DECLARACIÓN DE DERECHOS, DERECHOS MERAMENTE CONSTITUCIONALES, TITULARIDAD COLECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL LÍMITE DEL CONTENIDO ESENCIAL

La insistencia en la teoría institucional de los derechos fundamentales de la dimensión material o ideológica de los mismos, que denota algo así como una huella iusnaturalista, no debe hacernos olvidar la importancia que en el enfoque institucional tiene la condición verdaderamente positiva de estos derechos, lo que se muestra en primer lugar reparando *en su relación con el*

Estado. Es cierto que son los poderes públicos los destinatarios o sujetos pasivos de los mismos, esto es aquellos que quedan obligados en relación con las facultades o pretensiones en que los derechos consisten. Quiere esto decir que los derechos fundamentales se tienen normalmente frente al Estado al que obligan bien directamente o como garante final de su observancia. Esto es cierto y especialmente claro en los derechos de libertad, que después de todo son los derechos que primero se afirman y que de algún modo prefiguran los demás. Así los derechos fundamentales son derechos públicos subjetivos y por ello el peligro para los mismos normalmente proviene de la autoridad pública, su potencial enemigo. Pero los derechos fundamentales, como todos, necesitan del Estado, pues fuera del mismo no hay orden jurídico sino anarquía política e inseguridad jurídica. Así los derechos fundamentales se tienen *en el Estado*, en la medida que es el orden jurídico estatal el que protege los derechos, que no son postulados filosóficos o exigencias éticas sino pretensiones accionables ante órganos jurisdiccionales, pero nunca *contra el Estado*, pues, como acabamos de decir, no hay derechos constitucionales sin el Estado, aunque los mismos normalmente se esgriman frente a él.

La condición positiva de los derechos fundamentales conlleva necesariamente *el carácter constitutivo* de la Declaración de derechos. Ello quiere decir que no tenemos otros derechos fundamentales que los expresamente identificados como tales por la Constitución, así, obviamente, ni los principios son derechos, ni los derechos enunciados lo son a título de ejemplo, pudiéndose ampliar mediante una actuación al respecto del juez constitucional, que dedujese de la tabla constitucional nuevos derechos, en realidad integrados tácitamente en la misma. O admitiendo la incorporación a nuestro ordenamiento de los derechos humanos en virtud de su inclusión en Declaraciones internacionales suscritas por el Estado español.

Establecer el carácter cerrado de la declaración, que no obstante deja un importante margen de actuación al juez constitucional y que no es óbice a la atribución de un papel relevante a la apertura internacional de nuestro ordenamiento en materia de derechos fundamentales, es la consecuencia de la asunción de un concepto verdaderamente normativo de Constitución, cuya fijación además no hay que entender como una operación meramente lógica transportando principios o instituciones desde una referencia metapositiva o *cielo de valores*, sino como una actuación del constituyente incorporando determinados contenidos en virtud de una experiencia histórica y voluntad política propias. Del mismo modo que no hay otro procedimiento de modificación de la Constitución que el establecido en el título X, cualesquiera que puedan ser sus deficiencias o limitaciones, porque si ello no fuese así dejarían de tener efecto

las cláusulas constitucionales de la reforma, tampoco podemos tener otros derechos que los contenidos precisamente en la declaración de los mismos.

Ciertamente que su formulación se hace en cláusulas particularmente abiertas, necesitadas de completamiento normativo e interpretativo. Pero la incompletud constitucional, sea por insuficiencia o indeterminación, no puede colmarse de cualquier modo. Legislador y juez son poderes constituidos, sometidos a la Constitución, sin capacidad entonces para disponer sobre ella. El juez constitucional, en concreto, establecerá el contenido de los derechos, en una labor de desciframiento y especificación, llevada a cabo, además, teniendo en cuenta el carácter sistemático del conjunto constitucional, a entender entonces como un todo, integrado más que por cláusulas declarativas de derechos, por añadiduras relacionadas entre sí y con el resto de la Constitución. Pero el juez no puede ampliar la Declaración, asumiendo una función constituyente, que no sería de interpretación sino de creación constitucional, que no le corresponde. Algunas actuaciones del Tribunal, cuya legitimidad en esta materia es capital, pues se trata de asegurar la supremacía de la Constitución frente al legislador y garantizar en última instancia los derechos de los ciudadanos ante la autoridad, pueden llevarse a cabo en un terreno límite como cuando el Tribunal procede a recalificar un derecho o integra en un nuevo tipo una determinada variedad de los mismos, establece cierta relación sistemática entre ellos, y quizás sobre todo específica de modo innovador las facultades o pretensiones que alberga, por no referirnos al supuesto en que se abre la vía del amparo para la protección de concretas facultades implícitas en un derecho, procediendo por ejemplo a su detallamiento, o aun a la utilización de este medio procesal para la defensa de derechos, en principio no amparables, mediante la garantía de su disfrute en condiciones de igualdad.

En relación con la apertura internacional de nuestra Declaración de derechos hay que recordar que el artículo 10 de la Constitución impone la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados al respecto suscritos por España. Pero esto no significa ciertamente que los españoles tengan más derechos fundamentales que los contenidos en la Declaración incluida en nuestro título I, sino que la interpretación de estos derechos tiene asegurado un nivel mínimo (no necesariamente coincidente con el contenido esencial) que al menos reconozca las facultades deducidas -directamente y a través de los órganos jurisdiccionales que los interpreten- de tales derechos de las declaraciones internacionales correspondientes, lo que explica que, en efecto, sean muy numerosas las referencias - a veces no sólo en un sentido meramente confirmativo sino como principal base de apoyo- de la doctrina del Tribunal Constitucional, por ejemplo, a la Convención así como a Jurispru-

dencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, como ha visto muy bien Alejandro Sainz

La exploración cabal del carácter constitutivo de la Declaración de derechos nos lleva necesariamente a constatar que los derechos fundamentales no son los únicos derechos que hay en la Constitución. De modo que no sólo ocurre que en la Declaración hay más figuras que derechos fundamentales, así garantías institucionales, principios, normas competenciales, etc., sino que en la Constitución hay derechos fuera de la Declaración, *derechos*, entonces, *simplemente constitucionales*. Podemos referirnos a algunos de ellos, por ejemplo el derecho a una justicia pública, o el derecho a tomar parte en el jurado. Pero los problemas que presenta la comprensión de la naturaleza y régimen de estos derechos quizás se puedan presentar de un modo más patente si fijamos nuestra atención por un momento en el derecho de usar el castellano del artículo 3 de la Constitución.

Se trata conceptualmente de un derecho de libertad (aunque puede haber otros derechos constitucionales de tipo prestacional, como el de la justicia gratuita) que consiste en la facultad de utilizar el castellano sin traba alguna. Obviamente es un derecho suprallegal y con un ámbito de aplicación estatal, de modo que se disfruta en todo el territorio nacional siendo oponible a cualquier poder público, con independencia de su alcance territorial. Caracteriza a este derecho la elementalidad de su reconocimiento, todavía más marcada que en las demás cláusulas prescriptivas en las que puede haber decisiones no sólo importantes sino relativamente abundantes para la configuración del régimen del derecho. La regulación del derecho a que se procede tiene un significado claramente funcional, de modo que la misma completa una institución o se añade a una determinada figura constitucional, pero no se lleva cabo como consecuencia del designio independiente o *per se* del constituyente de atribuir un derecho individual a los ciudadanos. Así la cláusula que reconoce el derecho de que estamos hablando en realidad es un elemento importante pero subordinado del régimen del castellano, cuya configuración es el verdadero propósito del artículo 3^oCE.

La singularidad del derecho a usar el castellano se manifiesta cuando se trata de entender su contenido o su protección. Ocurre en efecto que las facultades en que consiste se determinan en buena parte por la conexión del mismo con otros derechos, relación que también es muy importante para entender su protección. Así las facultades que comprende el derecho se tendrán en los términos establecidos en el régimen de otros derechos, ahora fundamentales, referentes a un objeto con una dimensión lingüística, como es el recibir la edu-

cación en una lengua vehicular determinada o la libertad de expresión si en la misma se incluyera también la de utilizar para ello cualquier lengua, esto es, derechos, diríamos, con una trascendencia lingüística para el castellano. De otro lado el entronque de los derechos sobre el castellano en un precepto sin la cobertura reconocida a los derechos fundamentales no impedirá asegurar dichos derechos mediante la vía del amparo denunciando las infracciones con relevancia lingüística del correspondiente derecho fundamental.

El enfoque institucional de los derechos fundamentales, en la medida en que propugna una visión normativa y realista de los mismos, quizás pueda considerarse particularmente apropiado para afrontar la cuestión de *los llamados derechos colectivos*, cuya existencia suele ser negada con cierta vehemencia por los filósofos morales que denuncian su utilización frecuente precisamente contra los derechos de los individuos. Un jurista puede compartir cierta prevención ante ellos, derivada en efecto de la frecuente instrumentalización antidemocrática que su reclamación ha propiciado, lo que ha de llevar a algunas precisiones sobre su verdadera naturaleza y sobre todo a exigencias sobre la intervención en la definición de las facultades en que tales derechos colectivos consisten. Pero parece, con todas estas cautelas, imposible negar su existencia. Ciertamente que en nuestra Constitución no hay, como ocurre en el ordenamiento alemán, art. 19.3 de la Constitución, una cláusula general atributiva de derechos fundamentales a las personas jurídicas (lo que no ha impedido a nuestro Tribunal Constitucional admitir la titularidad colectiva de dichos derechos por este tipo de personas y, en su caso, grupos o colectivos que no lo sean, por ejemplo partidos o asociaciones de electores sin dicha condición, en la medida que lo permitan los términos de su reconocimiento y la naturaleza de su objeto, contenido o relaciones vitales a que se refieran (STC 64/1988)). Pero la Constitución reconoce explícitamente algunos derechos fundamentales de titularidad colectiva como ocurre con las confesiones religiosas -art. 16 CE- o las personas jurídicas que fundan un centro educativo, siendo imposible, de otro lado, negar a las personas jurídicas el derecho a la igualdad o las garantías constitucionales procesales, de modo que estos sujetos tuvieran reconocida una capacidad jurídica ordinaria, pero no plena, lo que ocurriría si se les privase del último nivel de protección, esto es el constitucional. En ese orden de cosas el derecho de asociación, con un contenido que podemos sintetizar en la facultad de desenvolvimiento en libertad o autodeterminación asociativa, corresponde también a la propia asociación. Naturalmente esto no puede significar olvidar el carácter necesariamente instrumental de este reconocimiento, inherente por lo demás a la propia técnica de la personificación, que es un medio al servicio de las necesidades jurídicas de los individuos, propósito

que esta detrás de la titularidad colectiva de los derechos fundamentales. En este orden de cosas tampoco pueden perderse de vista las exigencias funcionales que, sobre todo, en determinadas asociaciones, relacionan a los integrantes de las personas jurídicas, esto es a los socios, con la formación de la voluntad de éstas, asegurándoles una participación en la constitución y actuación de los órganos asociativos.

El problema de la titularidad por personas jurídicas de los derechos fundamentales debe separarse del reconocimiento a las mismas de legitimación para acceder al amparo constitucional, acceso que, frente a una interpretación exclusivamente terminológica del art. 53 CE, franquea tanto el artículo 162.1b CE como el reconocimiento de la tutela judicial efectiva que se hace en el artículo 24 CE, bajo la referencia "a todas las personas", en favor tanto de las físicas como de las jurídicas (SSTC 53/1983 y 241/1992). Así, a través del amparo, la persona jurídica defenderá, en su caso, sus propios derechos materiales o procesales y los de sus miembros, cuya protección, por así decirlo, le importa, y respecto de los que puede alegar un interés legítimo.

El enfoque institucional quizás puede servir para proponerse finalmente una cuestión que evidentemente tiene una dimensión normativa, pues a fin de cuentas de lo que se trata es de interpretar una cláusula constitucional concreta, pero que presenta también un aspecto de fondo o material. Me refiero *al problema del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Como se sabe el artículo 53.1 de nuestra Constitución impone al legislador de los derechos fundamentales el límite del respeto del contenido esencial de los mismos cuando procede a la regulación de su ejercicio, estableciendo una reserva de ley reforzada y general en materia de derechos fundamentales.

Vamos a prescindir en el análisis de esta cláusula de una serie de aspectos de los que ya se ha dicho algo anteriormente, así cuando hablábamos del significado de la reserva como norma falsamente atribuidora de una competencia y que en realidad juega como prohibición de intervención, cuasi absoluta, para el reglamento, o al comentar la compatibilidad de esta reserva general, aunque no la única de este tipo, con otras reservas concretas, o cuando señalábamos el destinatario efectivo de la misma, que es tanto el legislador estatal como el autonómico, etc. En realidad diremos algo sobre la cláusula del contenido esencial exclusivamente en relación con su significado, finalidad y carácter.

Parece evidente que lo que contiene el artículo 53.1 es una prohibición de desfiguración del derecho fundamental dirigida al legislador que lo regula. La intervención del legislador en el establecimiento del régimen del derecho es

necesaria pero limitada y por ello el derecho después de su normación tiene que poder ser reconocido como tal. Obviamente el mantenimiento de la apariencia, del *nomen*, se corresponde con la conservación de la capacidad funcional del derecho o acervo de facultades en que consiste. (“Se entiende por ‘contenido esencial’ aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte de contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga...” -STC 11/1981-).

Ahora bien el principal problema que plantea la interpretación de esta cláusula es decidir sobre su propio carácter constitutivo, lo que es muy importante para entender la vinculación del legislador y de los demás poderes con los derechos fundamentales. Quiero decir al respecto, primero, que la indisponibilidad del contenido esencial para la ley no se deriva de la prohibición del artículo 53CE sino de la propia posición constitucional del legislador a quien obviamente le está vedada, de acuerdo con la idea normativa de la Constitución, una actuación desfiguradora de la misma, tampoco posible por tanto en materia de derechos fundamentales. Así, la cláusula a que nos referimos tendría antes bien un carácter declarativo, explicable entonces por razones de política legislativa más que de estricta técnica constitucional.

Ello hace posible que extendamos el límite del contenido esencial más allá del supuesto contemplado en el artículo 53CE, que establece la garantía del contenido esencial sólo en el caso de la regulación del ejercicio de los derechos del capítulo 2. Así tal límite existe asimismo para el desarrollo de los derechos fundamentales, a que se refiere la reserva de ley orgánica del art. 81 CE. Esto resulta obvio, pues el contenido esencial de un derecho corre más peligro ante una actuación definidora del mismo, que es la que corresponde a su desarrollo. Además tal límite nuclear afecta a otras figuras que no son derechos fundamentales, se trate de derechos simplemente constitucionales o categorías como la garantía institucional. Recuérdese en efecto como el Tribunal constitucional en el caso del derecho simplemente constitucional a la justicia gratuita se ha referido, sin atreverse a mentar su contenido esencial, a su contenido indisponible, asegurando el pago de los gastos procesales a quienes en razón de su situación económica no podrían litigar. De otro lado es sabido que la idea de la imagen maestra de la garantía institucional prefigura la del contenido esencial de los derechos fundamentales como núcleo irreductible al legislador.

Por otra parte la configuración preferentemente espacial del concepto del contenido esencial se adecua mal a las características de los derechos relacionales o derechos-principio, así el de igualdad, derechos formales, así secreto de las comunicaciones, o derechos procesales (me refiero al que abre el artículo 24 CE- “derecho a la tutela judicial efectiva”- si no se entiende como rúbrica de los que vienen a continuación) de modo que el contenido esencial en algunos casos es difícilmente desprendible de decisiones del constituyente y queda absolutamente en manos del Tribunal Constitucional.

La comprensión de la cláusula del contenido esencial como declarativa y no propiamente constitutiva, incluida, como decíamos, en el documento constitucional por comprensibles razones de política legislativa que hacían plausible la insistencia en la necesidad de que el legislador respetase los derechos fundamentales, nos permite entender aspectos importantes del límite constitucional del contenido esencial.

En primer lugar que este límite obliga a los demás poderes y desde luego al juez. En realidad la suerte de los derechos fundamentales está en manos del juez (y subsidiaria o finalmente el juez constitucional) que es quien lleva cabo en concreto el juicio de ponderación entre los derechos fundamentales en situaciones determinadas. Pero el límite del contenido esencial no puede concebirse en el plano de la vida efectiva del derecho como absoluto, sino como un mandato de optimización, imponiendo en el sacrificio concreto del derecho determinadas precauciones constitucionales, entre ellas las exigidas por el principio de proporcionalidad. Téngase en cuenta que el régimen del derecho no consiste sólo en la especificación en abstracto de las facultades que comprende, sino, sobre todo, en la previsión de los conflictos con otros derechos o bienes constitucionalmente reconocidos y su resolución. La ordenación del derecho la establece el legislador pero su aplicación corresponde al juez; en todo caso, en el plano de la norma o en su aplicación, el límite del contenido esencial no puede operar como método propiamente dicho de resolución de conflictos sino como garantía de que dicha resolución busca la compatibilización de los derechos al no aceptarse la jerarquía entre los mismos.

En concreto en el nivel de la práctica los tribunales ordinarios, y finalmente el Tribunal Constitucional, resolverán los conflictos de estos derechos entre sí y con otros bienes constitucionales asumiendo la imprescindibilidad de todos los derechos fundamentales y tras la correspondiente ponderación, inclinándose por la prevalencia en un caso concreto de un derecho sobre otro, en razón de las circunstancias en que la colisión tiene lugar, actuando según las exigencias del principio de proporcionalidad que impone el sacrificio de un

derecho sólo si la resolución del conflicto lo demanda y produciendo en el que cede el sacrificio mínimo, si no es posible la compatibilización de los derechos, de manera que se huya de la absolutización por principio y en todo caso de ninguno de ellos.

IV. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Permítaseme mencionar tres trabajos míos en los que se desarrollan algunas cuestiones aquí esbozadas . “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales” *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 32 . “Los derechos fundamentales en la Constitución española” *Revista de Estudios Políticos*, Nº 105. “Principialismo y orden Constitucional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 2. Pero, sobre todo, F.RUBIO, “Los Derechos Fundamentales” *Claves* , Nº 75, Madrid 1997. J.JIMENEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid 1999. M. ARAGON, *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid 1998. A. SAINZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid 1999.