

Ernesto J. Vidal Gil  
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

# LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## SUMARIO

- 1 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC REFUERZA Y REACTUALIZA EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO: 1.1 Interpretación y Argumentación.
- 2 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC ACENTÚA EL SOMETIMIENTO A LA CONSTITUCIÓN: 2.1. La interpretación constitucional. 2.2. La motivación.
- 3 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC HA CONSTRUIDO UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 3.1. Positivización y generalización. 3.2 Dimensión subjetiva y objetiva. 3.3. Normas, valores y principios. Ponderación y proporcionalidad. 3.4. Internacionalización.
- 4 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC HA ESTABLECIDO SUS RASGOS MÁS IMPORTANTES: 4.1. Concepto y fundamento. 4.2. Titulares: universalidad. 4.3. Notas: a) personalísimos, b) permanentes e imprescriptibles. 4.4. Límites: absolutos y/o resistentes 4.5. Protección
- 5 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC IMPULSA SU EVOLUCIÓN: 5.1 De los *derechos humanos* a los *derechos fundamentales*: las generaciones de derechos 5.2 De los *derechos subjetivos* a los *derechos fundamentales*: la vinculación de los poderes públicos
- 6 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC MUESTRA LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS PRESUNTAMENTE ABSOLUTOS: 6.1. Derecho a la vida y derecho a la libertad. 6.2. Derecho al honor y derecho a la intimidad.
- 7 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC IMPULSA LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO: 7.1. Casos *fáciles, difíciles, y trágicos*. 7.2. La cuestión de inconstitucionalidad. 7.3. El control de legalidad de los Reglamentos. 7.4. La *questio facti* y la valoración de los medios de prueba. 7.5. La jurisprudencia.
- 8 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC (RE) LEGITIMA EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: 8.1. Del Estado de Derecho al Estado constitucional.

## 1 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC REFUERZA Y REACTUALIZA EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

La interpretación ya no se sitúa en el proceso de aplicación sino en el de la producción y creación del Derecho y es esencial para entender los ordenamientos actuales como sistemas abier-

tos y plurales. Las teorías de la interpretación y del razonamiento jurídico, conexas con el Estado Social y Democrático de Derecho, exigen la justificación y motivación de las decisiones, revisan la teoría de la *subsunción*, muestran el complejo proceso de resolución de los conflictos jurídicos y superan el modelo del *legislador racional* y la concepción dogmática del Derecho.

Frente al aforismo *in claris interpretatio non fit* ésta no sería sólo una actividad *noética* (de comprensión, cuyo resultado es la atribución de significado), ni lingüística (de enunciación, cuyo resultado es la adscripción de significado a una disposición), sino dianoética (de justificación, de argumentación). Como señala Guastini la clave está en la obtención de razones justificativas, de razones valorativas, objetivas y de guía que legitimen la decisión jurídica. De ahí la importancia de las teorías de la argumentación y la racionalidad práctica y discursiva <sup>1</sup>.

La teoría tradicional sustenta una concepción esencialista del lenguaje y una concepción antropomórfica de los órganos de producción normativa a los que atribuye una voluntad, real y auténtica, cuyo significado debe reconstruir y reduce la interpretación al conocimiento de la *voluntas legislatoris* que contiene la *respuesta correcta o la unidad de solución justa*. Estos presupuestos carecen de justificación, puesto que los significados lingüísticos son más un producto de convenciones, acuerdos y estipulaciones que *de concepciones esencialistas* aunque reconozcamos la *dimensión de autoridad* del lenguaje normativo que limita su alcance; las normas sólo adquieren significado tras el proceso de interpretación y no antes, es decir, no es que no haya un significado único que debamos descubrir mediante un acto de conocimiento, sino que en puridad, no hay, simple y llanamente, norma, hasta que mediante la interpretación no se le atribuye un significado. La norma no es el presupuesto sino el resultado de la interpretación o lo que es igual, no hay producción normativa sin interpretación, luego, tampoco hay voluntad auténtica alguna cuyo contenido sea susceptible de ser descubierto mediante la interpretación <sup>2</sup>.

1 Cfr. GARCÍA AMADO, J. A.: «Del método jurídico a las teorías de la argumentación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo 3, 1986, págs. 151 y ss. ATIENZA, M.: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1991; CALVO, M.: *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994.

2 Cfr. GUASTINI, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Trad. de M. Gascón. Unam, México, 2000. *Le fonti del Diritto e l'interpretazione*. Giuffrè, Milano, 1993. *Quindici lezioni di Diritto costituzionale*. Giappichelli, ed., Torino, 1992. (ID) *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Trad. de Jordi Ferrer i Bertrán. Gedisa, Barcelona, 1999, Tercera Parte: Interpretación y aplicación, págs. 201-307. ATIENZA, M.: «Estado de Derecho, Argumentación e Interpretación», en *AFD*, t. XIV (1997), págs. 465-484. DE ASÍS ROIG, R.: *Jueces y Normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

## 1.1 INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

La evolución desde el «*modelo tradicional*» abre el problema de la interpretación y aplicación del Derecho a la teoría de la argumentación jurídica donde sobresalen los trabajos de los profesores Atienza, de Asís, García Amado y Guastini. El núcleo actual de la *reflexión sobre el Derecho se ha desplazado* desde el *discurso del Derecho* al *discurso de los juristas*. Aquí confluyen una *razón de tipo teórico* centrada en el funcionamiento del Derecho de modo que la Teoría del Derecho se ocupe tanto de aspectos estructurales como funcionales, una *segunda razón, de tipo pragmático*, que sugiere aumentar la capacidad de argumentación del jurista y una *tercera razón, de tipo político*, conexas con un sentido profundo de la democracia *que exige la justificación racional de las decisiones mediante argumentos* pues la crisis de confianza en las autoridades, refuerza la exigencia de motivar sus decisiones<sup>3</sup>. La función del teórico del Derecho no sólo debe servir para «aclarar» en sentido amplio los conceptos jurídicos, sino también para sugerir cursos de acción y ayudar a que mejore la manera en la que funciona el Derecho<sup>4</sup>. Con razón escribe Gianformaggio que desde hace algunas décadas el centro de la reflexión sobre el derecho se ha desplazado desde el *discurso del Derecho* al *discurso de los juristas*<sup>5</sup>.

Las teorías sobre la argumentación sitúan el discurso jurídico en el discurso práctico general y recuerdan que el concepto de razón es el centro de la reflexión iusfilosófica. Son concepciones críticas orientadas hacia la *praxis* metodológica en la aplicación del Derecho, que dan mayor protagonismo a la decisión jurídica frente al análisis puramente normativo, aportan criterios que aseguren la racionalidad o corrección de las decisiones frente al subjetivismo de la conciencia individual y contraponen el proceso discursivo de la argumentación a los procedimientos de demostración estrictamente lógico-formales o exclusivamente empíricos, tratando de participar de ambos tipos de fundamentación.

3 Cfr. ATIENZA, M.: «Argumentación jurídica», en VV.AA. *El Derecho y la Justicia*, op. cit., págs. 231 y ss.

4 Cfr. ATIENZA, M.: «¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?», *La Crisis del Derecho y sus alternativas*, ed. CGPJ, cit., pág. 249.

5 Cfr. GIANFORMAGGIO, L.: «Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho» en *Doxa* (1984), cit. pág. 99.

## 2 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC ACENTÚA EL SOMETIMIENTO DE LA LEY A LA CONSTITUCIÓN

### 2.1 LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En los ordenamientos constitucionales la *soberanía de la Constitución* ha desplazado a la soberanía de la ley. La interpretación de la Constitución, plantea como advierte Prieto <sup>6</sup> algunas peculiaridades:

19 Que la Constitución, es la norma suprema del Ordenamiento que constituye el contexto hermenéutico necesario de todas las Leyes <sup>7</sup> y somete los criterios hermenéuticos del art. 3. 1 del Tít. Prel. Del Cc., a los que se derivan de la Norma suprema <sup>8</sup>. Su interpretación deberá respetar su carácter jurídico y su fuerza normativa en cuanto contiene las reglas, valores y principios del sistema. El intérprete constitucional está ante un sujeto libre, el Legislador; su tarea ha de ser más bien delimitar el camino dentro del cual la interpretación política resulte admisible o no arbitraria <sup>9</sup>. Su especificidad deriva del objeto de la interpretación, normas, que en ocasiones son reglas y en la mayoría principios; de la función, que no consiste en obtener un resultado óptimo, sino razonable y de la fuerza conformadora del ordenamiento, jurídico, que posee su jurisprudencia <sup>10</sup>.

29 Que aquí hay «un» intérprete supremo, cuya jurisprudencia vincula directamente a los demás tribunales. El art. 1 de la LOTC dice que es el «intérprete supremo de la Constitución», y el art. 40.2 recuerda que la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia habrá de entenderse corregida por la *doctrina derivada* de las sentencias y autos que resuelvan recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, lo que exige incluir tanto el *decisum* como la *ratio decidendi* <sup>11</sup>. Por eso las

6 Cfr. PRIETO SANCHIS, L.: «Notas sobre la interpretación constitucional», en *RCEC*, nº 9 (1991), págs.175-198.

7 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*,. Civitas, Madrid, 1981, págs. 95-103.

8 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «La interpretación de la Constitución», en *RCG*, nº 1 (1984)4, págs. 83-132. Ahora también en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984 (1ª ed.), cap. 6º.

9 Cfr. PRIETO SANCHIS, L.: «Notas sobre la interpretación constitucional», art. cit., pág 177.

10 Cfr. PRIETO SANCHIS, L.: *Ibid.*, art. cit, pág. 181.

11 Cfr. PRIETO SANCHIS, L.: «Notas sobre la interpretación constitucional», art. cit., pág. 180.

STC maximalizan las posibilidades de interpretación a fin de adecuarlas al marco constitucional. Así lo declara la STC n°11/81 (fj. 79), cuando advierte que «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos».

39 Que la interpretación de la Constitución de acuerdo con Pérez Luño, debe según los principios de unidad y coherencia constitucionales de concordancia práctica y ponderación de bienes, y de integración y efectividad de los bienes constitucionalmente protegidos, ampliamente observados por la jurisprudencia del TC. La Constitución. actúa como parámetro que define el contexto hermenéutico necesario, o como señala Pérez Luño, como orientación general para la interpretación de todas las normas que integran el ordenamiento <sup>12</sup>.

Por tanto Interpretación *del Ordenamiento de y desde*, la Constitución <sup>13</sup>. Cumpliendo el criterio jurisprudencial sustentado en sus primeras SSTC la STC n°4/81 (fj. 19) advierte:

19 Que el rango superior de la Constitución. exige interpretar todo el Ordenamiento jurídico de conformidad con ella y acarrea la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas incompatibles con ella.

29 Que los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución. tienen carácter informador de todo el Ordenamiento jurídico, que debe ser interpretado de acuerdo con ellos <sup>14</sup>. Pero cuando la oposición entre las Leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución. sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución. participan en la fuerza derogatoria de la misma. La STC n°9/81 declara que la Constitución. es una norma cualitativamente distinta por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política e informar todo el Ordenamiento jurídico. La Constitución es la norma fundamental y fundamentadora de todo el Ordenamiento jurídico.

12 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «La interpretación de la Constitución», art. cit., págs. 121 y ss.

13 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «La Interpretación de la Constitución», en *Revista de las Cortes Generales*, nº 1 (1984), págs. 83-132. Sobre el mismo tema cfr. PRIETO SANCHIS, L.: *Ideología e Interpretación jurídica*, op. cit.

14 Cfr. PRIETO SANCHIS, L.: *Normas y principios. Problemas del razonamiento jurídico*, cit. págs. 135 y ss.

Naturaleza singular que se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas anteriores que han de ser valoradas *desde* la Constitución (fj. 39).

Reitera la Sentencia de 11.VI.84 que «la normativa vigente ha de interpretarse en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental (art. 24.1 CE), pues aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, con repudio por lo tanto de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, mas teniendo en cuenta que no puede dejarse al arbitrio de cada parte el cumplimiento de los requisitos procesales ni la disposición del tiempo en que han de cumplirse». Se trata de tener en cuenta con Pérez Luño la tesis de la fuerza normativa de la Constitución, que consiste en «el equilibrio capaz de evitar el sacrificio de la dimensión normativa de la Constitución ante las condiciones de la realidad, así como la consideración formalista de la normativa constitucional ajena a la realidad y carente de contenido»<sup>15</sup>.

La STC 119/90 (fdto. jdco. n<sup>o</sup>5 *in fine*) recuerda que «las leyes deben ser interpretadas de manera que se maximalice, en lo posible, la eficacia de los derechos fundamentales en un criterio hermenéutico derivado del “mayor valor” de aquéllos (STC 66/85 fj. n<sup>o</sup>2 vide) que ha sido aplicado reiteradamente por este Tribunal». La interpretación y aplicación legislativa de los conceptos constitucionales definidores de ámbitos de libertad o inmunidad (STC 341/93, fj. n<sup>o</sup> 8) es tarea en extremo delicada en la que no puede el legislador disminuir o relativizar el rigor de los enunciados constitucionales que establecen garantías de los derechos, ni crear márgenes de incertidumbre sobre su modo de afectación. Ello no es sólo inconciliable con la idea misma de garantía constitucional, sino contradictorio, incluso, con la única razón de ser – muy plausible en sí– de estas ordenaciones legales, que no es otra cosa que la de procurar mayor certeza y precisión en cuanto a los límites que enmarcan la actuación del poder público, también cuando este poder cumple, claro está, el «deber estatal de perseguir eficazmente el delito» (STC 41/82). La eficacia en la persecución del delito cuya legitimidad es incuestionable no puede imponerse sin embargo, «a costa de los derechos y de las libertades fundamentales».

15 Cfr. PÉREZ LUÑO A. E.: «La interpretación de la Constitución», art. cit., pág. 88.

En definitiva, interpretar las leyes según la Constitución (STC 20/90 ffj. n.º 4 y 5), conforme dispone el art. 5.1 de la LOPJ exige el máximo respeto a los valores que en ella se proclaman.

## 2.2 LA MOTIVACIÓN

La contribución de la Teoría del Derecho a la práctica judicial muestra los problemas que implican decidir sin ser un *decisionista*, explicar, justificar y motivar las decisiones, controlar la discrecionalidad, y reconocer los límites de la razón integrando la racionalidad con la razonabilidad, la compasión, y los sentimientos<sup>16</sup>. La motivación es un deber constitucional (art. 120.3 CE) y es una garantía que asegura la defensa de los derechos y la continuidad del *Reino de la ley*<sup>17</sup>.

El TC debe presentar al pueblo, como señala García de Enterría, las decisiones constitucionales «como un producto de la artesanía jurídica a partir de los principios constitucionales y no como *ukases*, como decisiones de poder que sólo podrían apoyarse en las inclinaciones personales de los Jueces constitucionales, inclinaciones irrelevantes para el pueblo y que carecen de legitimidad para erigirse en motivos últimos de dichas decisiones»<sup>18</sup>.

El deber de motivar los Autos y Sentencias, no es como dice el TS un requisito de *elegantia iuris*, sino como recuerda el TC, un deber constitucional que contribuye a la aceptación del Fallo en el marco de las sociedades pluralistas supliendo mediante el consenso, la función que anteriormente cumplían la autoridad y/o la tradición<sup>19</sup>. De ahí la importancia del deber que proviene del constitucionalismo norteamericano e introducida merced a una enmienda del prof. Peces-Barba contiene el art. 90.2 de la LOTC de incorporar los votos particulares al texto de la resolución, para poder controlar en todo momento el razonamiento judicial.

16 Cfr. ATIENZA, M.: «¿Qué puede hacer la Teoría por la Práctica Judicial?», en VV.AA., *La crisis del Derecho y sus alternativas*, CGPJ, Madrid, 1995, págs. 249-262. Mas in extenso vide *Las Razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1989.

17 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, op. cit., págs 165-175. PRIETO SANCHIS, L.: *Ideología e Interpretación judicial*, op. cit., pág. 116.

18 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit, págs, 236 y ss.

19 Cfr. ATIENZA, M.: *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación jurídica*, op. cit., pp. 25 y ss.

### 3 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC HA CONSTRUIDO UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 3.1 POSITIVIZACIÓN Y GENERALIZACIÓN

Recuerda Bobbio que en la actualidad la principal tarea con respecto a los Derechos Humanos no consiste tanto en la fundamentación (respecto a la que se ha llegado a un consenso estable en torno a la *DUDHs* de 10 de diciembre de 1948) cuanto en la protección y en la provisión de un eficaz sistema de garantías jurisdiccionales que posibilite una real tutela judicial.

De ahí la conveniencia de distinguir entre derechos humanos y derechos fundamentales para no reducirlos a su positivación, pero para no caer en el espejismo de que por ser exigencias morales universales y representar la satisfacción de bienes básicos, ya son Derecho (positivo) legalmente válido. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento nacional y/o internacional actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas, pero los derechos humanos no son meros postulados de deber ser; faltos de su dimensión utópica y de su vinculación a un proyecto emancipatorio real y concreto perderían su función legitimadora del Derecho, pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus rasgos de humanidad<sup>20</sup>.

Para Bobbio la *DUDHs* de 1948 comienza una tercera y última fase *en la que la afirmación de los derechos es a la vez universal y positiva*: universal pues los destinatarios de sus principios no son ya solamente los ciudadanos de tal o cual Estado, sino todos los hombres; positiva, pues pone en marcha un proceso en cuya culminación los derechos humanos no sólo serían proclamados o idealmente reconocidos, sino efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los viola. Los derechos humanos nacen como Derechos. Naturales Universales, se desarrollan

<sup>20</sup> Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «Derechos Humanos y Constitucionalismo en la actualidad», en VV.AA. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio* (A. E. Pérez Luño, coord), Marcial Pons, Madrid, 1996, págs 10-52. El texto cit, en la pág. 15.

como Derechos Positivos Particulares para encontrar al fin su plena realización como Derechos Positivos Universales. La Declaración Universal contiene en germen la síntesis de un movimiento dialéctico que comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales, pasa a la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales y termina con la universalidad no ya abstracta sino concreta de los derechos positivos universales»<sup>21</sup>.

Desde sus primeras sentencias el TC reafirma el proceso de *positivización* y *generalización* de los derechos fundamentales y recuerda su carácter de norma básica de identificación de normas. El *Voto Particular* a la STC n.º 5/81 (fj. 19.º) redactado por D. Fco. Tomás y Valiente proclama su *positivización* cuando advierte que «los derechos y libertades fundamentales son elementos del Ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución, y constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero (vide arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 53 de la CE)», lo que conlleva su irrenunciabilidad y la nulidad de las disposiciones que la contengan.

La STC 21/81 (fj. 10.º) dirá que «los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y de principios de alcance universal que subyacen a la *DUDHs* y a los diversos Convenios internacionales ratificados por España y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro Ordenamiento jurídico», La STC 25/81 (fj. 5.º) recuerda que «los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso del Estado social y democrático de derecho»<sup>22</sup>.

Es evidente, señala la (STC 19/85 fj. 1.º) que «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la CE es un componente esencial del orden público y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contradichas incompatible con este respeto».

Esta doctrina se completa con lo declarado por la STC 163/86 (fj. n.º 1 *in fine*), pues «lo cierto es que acerca de los derechos fundamentales no podríamos repetir la máxima de que de *minimis non curat praetor* porque con apoyo en su condición de elementos objetivos del ordenamiento, dotados de importancia y protección máximas, ya ha dicho este Tribunal que nada de lo que concierna a los derechos fundamentales podrá considerarse nunca ajeno a su competencia ni a su atención» (STC 26/81 fj. n.º 4 y STC 7/83 fj. n.º 1).

21 BOBBIO, N.: «Presente y porvenir de los Derechos Humanos», en *El Tiempo de los Derechos* (trad. de R. de Asís Roig), Sistema, Madrid, 1991, págs. 63-84. El texto citado, en la pág. 68.

22 Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, cit. pág. 415. *Ibid*, pág. 417.

Finalmente, señalar que «la integridad de los derechos fundamentales no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración pública, la ejerza o no con prudencia, por incidir sobre los valores esenciales y trascendentes de un sistema democrático que se configura como Estado de Derecho con el norte simultáneo de la libertad y la justicia para el respeto de la dignidad de la persona» (STC 50/95 fj. 7).

### 3.2 DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA

Para el prof. Pérez Luño, que con clarividencia anticipa la doctrina del TC, los derechos fundamentales poseen una irrenunciable dimensión objetiva y subjetiva. Mientras que en su dimensión objetiva sistematizan el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático en su dimensión subjetiva los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí.

El TC ha sabido captar puntualmente esta nueva situación en el fj. 5<sup>o</sup> de la St. 21/81 reiterado en la 25/81 de 14 de julio de 1981 al aludir a este doble carácter. «En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un orden objetivo de la Comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y más tarde, en el Estado social de Derecho o en el Estado social y democrático de Derecho según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1). Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales se recoge en el art. 10.1 de la CE<sup>23</sup>.

De acuerdo con el prof. Peces-Barba esta Sentencia conjuga la dimensión estructural con la dimensión funcional de los derechos fundamentales ya que si desde el punto de vista subjetivo recogen en normas positivas pretensiones morales justificadas de los individuos y de los grupos en forma de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades, funcionalmente, representan los elementos esenciales de un Ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional en

23 Cfr. PÉREZ LUÑO A. E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, 1ª ed. Cito por la 6ª ed. (1995), págs. 23-25.

cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica <sup>24</sup>.

Para concluir, señalaré que, de acuerdo con la STC 53/85 (fj. 49), los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son en fin, como dice el art 10 de la CE el *fundamento del orden jurídico y de la paz social*.

### 3.3 NORMAS, VALORES Y PRINCIPIOS. PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD

La creciente importancia de los principios jurídicos «corre paralela a la progresiva judicialización del Derecho». Los principios sirven como instrumento de explicación de la realidad jurídica, y cumplen una doble función: didáctica o informativa, en cuanto permiten describir el funcionamiento de las instituciones jurídicas y sistemática, puesto que posibilitan el entendimiento del Derecho como algo ordenado y dotado de sentido. La proliferación de principios mantiene la imagen (ficticia) del Derecho como unidad racional dotada de sentido, sobre todo cuando existen casos difíciles o dudas en la atribución de sentido o significado a una disposición normativa respecto a un determinado supuesto real.

Especial atención merece la distinción entre principios y reglas que ya advirtió Esser y prosigue en Dworkin y Alexy entre principios y directrices; la distinción estructural, la distinción entre principios explícitos que son razones para la acción independientes del contenido pero no perentorias e implícitos que son razones no independientes ni perentorias <sup>25</sup>, sus dimensiones metodológica como metanormas que sirven para conocer analizar y aplicar las normas (1.4), ontológica como *ratio essendi* a la que el Ordenamiento remite al determinar el sistema de fuentes (9.3), y axiológica, como postulados éticos que deben inspirar el Ordenamiento y sus funciones explicativa sistemática, y justificativa *que acentúa la necesidad de motivar y limita el poder*.

<sup>24</sup> Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, cit, pág. 417.

<sup>25</sup> Cfr. M. ATIENZA, y J. RUIZ MANERO: *Las piezas del Derecho*, cit., págs. 19-20.

La STC 185/89 (ff.jj. 1 y 2) señala que «cuando se trata de la valoración de normas constitucionales, y en particular, de la ponderación de derechos fundamentales en ningún caso cabe decir que este Tribunal no puede revisar la efectuada por los Tribunales ordinarios, ya que es el supremo intérprete de la CE y por consiguiente, quien debe determinar en última instancia el contenido de los derechos que la CE garantiza. Una errónea delimitación del contenido de un derecho fundamental o una ponderación entre derechos fundamentales que no se ajuste al contenido respectivo delimitado por la CE y en su caso por el TC puede y debe llevar, sin género de dudas a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada efectuando una revisión de la valoración constitucional». En el mismo sentido SSTC 219/92 (fj. 2º), 223/92 (fj. 1º), 227/92 (fj. 2º) y 240/92 (fj. 3º).

La STC 85/92 (fj. 4º) añade la exigencia de proporcionalidad: «es importante destacar que al efectuar la ponderación ha de tenerse también muy presente la relevancia del criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho cuya condición de canon de constitucionalidad reconocida en Sentencias del más variado contenido (62/82, 35/85, 65/86, 6/88, 19/88, 209/89, 37/89, 113/89, 138/89, 178/89 y 154/90) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares. Así lo declara la STC 37/89, “en la que se hace referencia a la reiterada doctrina según la cual la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental”, doctrina que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos y a exigir que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y la finalidad de cada uno de ellos».

Cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, dice la STC 215/94 (fj. 2º) la función del intérprete constitucional alcanza la máxima importancia «y se ve obligado — como dice la STC 53/1985— a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos».

El principio de proporcionalidad exige (STC 50/95 fj. 7) «una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario de los derechos fundamentales (STC 66/85) cuyo contenido es intangible. Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad de los poderes públicos cuya interdicción proclama el art. 9 CE. Por otra parte, ha sido configurado también jurisprudencialmente por el TEDHs cuya recepción se impone en este ámbito desde la propia Ley suprema (art. 10.2 CE)... En sintonía con los casos *Chappel y Niemietsz* (SSTEDH de 30 de marzo de 1989 y de 16 de diciembre de 1992) exige la imposición de garantías y cautelas que eviten comportamientos arbitrarios en la ejecución... En sintonía con la más reciente jurisprudencia europea – St de 25 de febrero de 1983, caso *Funke*–, este TC había advertido ya con anterioridad a la jurisprudencia antedicha que las medidas restrictivas de los derechos fundamentales han de reducirse al mínimo indispensable adoptando en su ejecución las cautelas imprescindibles al efecto bajo la salvaguardia del juez (SSTC 22/84, 137/85, 144/87, 160/91 y 7/92)».

### 3.4 INTERNACIONALIZACIÓN

Según el art. 10.2 la CE se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la *DUDHs* y los tratados y acuerdos sobre la materia ratificados por España (STC 62/82 (fj.19). La STC 78/82 (fj. 49) extiende su ámbito de aplicación «no sólo a las normas contenidas en la C., sino a todas las normas del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Norma fundamental». La STC 34/83 (fj. 49) añade que «en materia de derechos fundamentales la legalidad ordinaria ha de ser interpretada en la forma más favorable para la efectividad de tales derechos». Los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CE son, advierte la STC 34/83 (fj. 39) de aplicación directa, «sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo».

Señala la STC 254/93 (fj. n.º3) que «la adecuación de una norma legal o de una disposición o actuación de los poderes públicos a lo preceptuado por un Tratado internacional, y por consiguiente, si las autoridades españolas han cumplido o no los compromisos derivados de un Acuerdo internacional, son cuestiones que, en sí mismas consideradas, resultan indiferentes para asegurar la protección de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 53.2 CE

que es el fin al que sirve la jurisdicción de este Tribunal en el ámbito del recurso de amparo. Sin embargo, es lo cierto que los textos internacionales ratificados por España pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos protegidos en la CE, como hemos mantenido en virtud del art. 10.2 desde nuestra STC 38/91».

Las SSTC 120/90 (fj. 39) y 215/91 (fj. 19) señalan que no le corresponde a este Tribunal al conocer en recurso de amparo examinar la observancia o inobservancia *«per se»* de textos internacionales que vinculen a España, sino comprobar el respeto o infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, deban tales preceptos ser interpretados «de conformidad con la DUDHs y los Tratados u acuerdos internacionales sobre las misma ratificados por España». Sin embargo esta declaración *tiene un alcance limitado*, pues la STC 245/1991 (ff.jj. 1º y 2º) declara que las resoluciones del *Tribunal Europeo* tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos en este caso Sentencias, declarados contrarios al *Convenio*. Reaparece la tesis de las *límites de los límites* pues según el TC (ff.jj. nº2 y 3) «que el *Convenio Europeo* no obligue a España a reconocer en su ordenamiento interno la fuerza ejecutoria directa de las Sentencias del TEDHs no implica la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el *Convenio*». El TEDHs es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del *Convenio* y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado. De ello se sigue que, declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el *Convenio Europeo* que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra CE, corresponde enjuiciarla a este Tribunal como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales respecto de los cuales nada de lo que a ella afecta puede serle ajeno.

En conclusión y de acuerdo con Pérez Luño los derechos fundamentales constituyen un sistema de valores objetivos dotados de una *unidad de sentido* que representan la suprema expresión del orden axiológico de nuestra sociedad así como también de la comunidad internacional a la

que pertenecen. La existencia de esta *unidad de sentido* explica la razón de ser de la solemne afirmación constitucional de la dignidad de la persona en el propio quicio del Título I, y se reitera con la exigencia de que los derechos y libertades constitucionales sean interpretados de conformidad con la *DUDHs* de la ONU y los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España y se refleja finalmente en el reconocimiento de un *contenido esencial*<sup>26</sup>, lo que supone aceptar que éstos poseen un núcleo previo cuya objetividad deberá respetar el propio legislador. Pero junto a esa *unidad básica*, nuestro orden axiológico constitucional responde a una estructura abierta y dinámica, corolario del pluralismo político, de modo que nuestro estatuto de derechos y libertades está fundado en un orden pluralista, acorde con una sociedad abierta. La STC de 8 de abril de 1981 articula los principios de unidad y pluralismo pues « corresponde al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más acá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53»<sup>27</sup>.

#### 4 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC HA ESTABLECIDO SUS RASGOS MÁS IMPORTANTES

Para el profesor Pérez Luño, los derechos humanos constituyen la concreción axiológica de la justicia y concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente tanto por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En la noción de los derechos humanos se conjugan su raíz ética con su vocación jurídica. A tenor de ella los derechos humanos poseen una irrenunciable dimensión prescriptiva o deontológica, son exigencias de «deber ser» que legitiman su reivindicación allí donde no han sido reconocidas. Pero, al propio tiempo, constituyen categorías que no pueden desvincu-

26 Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Prólogo de Andrés Ollero, Madrid, CEC, 1997, págs. 17-39.

27 PÉREZ LUÑO A. E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, 1ª ed. Cito por la 6ª ed. (1995), págs. 134-135.

larse de los ordenamientos jurídicos: su propia razón de ser se cifra en ser modelo y límite crítico a las estructuras normativas e instituciones positivas. Cuando esta recepción se produce en el Derecho interno, nos encontramos con los derechos fundamentales. En el plano internacional se ha mantenido la denominación «derechos humanos» para designar las más importantes Declaraciones y pactos en la materia. Así por ejemplo, la *DUDhs* de la ONU de 1948 o el *CPDhs* del Consejo de Europa de 1950<sup>28</sup>.

Los derechos fundamentales son como señala Peces-Barba pretensiones morales justificadas necesarias para llevar una vida digna que exigen su realización inmediata. Pueden comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos significando la relevancia moral de una idea que comprende la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en la norma básica material del ordenamiento y es instrumento para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Integrando su posición con la de Pérez Luño, concluye afirmando que los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica<sup>29</sup>.

## 4.1 CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Recuerda el TC la inescindible conexión entre el concepto y el fundamento de los derechos (derechos humanos y/o fundamentales). Frente a Bobbio para quien lo urgente y prioritario tras la Declaración del 48 es la protección, advierte el prof. Pérez Luño<sup>30</sup> la necesidad de fundamentar sólidamente los Derechos pues, sólo desde la convicción y la fuerza moral que conllevan el ser

28 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «Justicia y Derechos humanos», en (ID) *Teoría del Derecho. Una Concepción de la Experiencia Jurídica*. Con la colab. de C. Alarcón Cabrera, R. González Tablas y A. Ruiz de la Cuesta, *op. cit.*, págs. 222-234. El texto citado, en la pág. 222.

29 Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Con la colaboración de RAFAEL DE ASÍS ROIG, CARLOS. R. FERNÁNDEZ LIESA y ANGEL LLAMAS CASCÓN. Univ. Carlos III de Madrid/BOE, 1995 (1ª ed.), pág. 37.

30 Cfr. PÉREZ LUÑO A. E.: «El concepto de los derechos humanos y su problemática actual», en *Derechos y Libertades*, nº 1 (1993), págs. 179-195. Del mismo autor vide «Los Derechos Humanos, revisados: crítica y autocrítica», en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001 (7ª ed.), págs. 547-578.

exigencias de la dignidad igualdad y libertad que deben ser reconocidas a nivel interno e interna - cional derivará su protección y garantías.

Con razón señala Peces Barba que los derechos fundamentales reúnen la moralidad legalizada que comprende los valores, principios y derechos que ninguna norma puede contradecir y que normalmente aparecen en la Constitución y en las leyes orgánicas de desarrollo, que forman el bloque de constitucionalidad, interpretado por el TC. Actúan como normas básicas de identificación de normas que cumplen una función prescriptiva consistente en definir *a priori* la moralidad legalizada siendo en este sentido guía de producción y aplicación de normas y límite de las normas y una función descriptiva que consiste en comparar a posteriori dichos criterios para ver si las normas los cumplen realizada por la jurisdicción y muy específicamente por el TC<sup>31</sup>.

#### 4.2 TITULARES: UNIVERSALIDAD

Aún cuando los Derechos Humanos son una categoría histórica que se plasma con la Modernidad, la Universalidad con raíces en la *humanitas* y en la *pietas* postula unos presupuestos jurídicos básicos comunes a todos los hombres sin excepción, siguiendo la estela de los principios de dignidad, *humanitas, fides y pietas*, para los que *homo homini res sacra est*<sup>32</sup>, que exigen como señala J. Ballesteros el reconocimiento y la garantía de los principios de *no discriminación y no violencia*<sup>33</sup>.

La STC 21/81 (fj 10<sup>o</sup>) señala que «no cabe desconocer que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la *DUDHs* y a los diversos Convenios internacionales sobre DHs ratificados por España y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico», de ahí que vinculen a todos los poderes públicos (arts. 9.1 53. 1 CE) y sean origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos.

Distingue Peces-Barba entre la universalidad racional, temporal y espacial. En el plano racional, «hacemos referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos

31 Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, cit, pág. 347.

32 Sobre la «humanitas» véase, SCHULZ, F.: *Principios del Derecho Romano*. Trad. de Manuel Abellán Velasco, Cívitas/U. Compl. Madrid, 1990, págs. 211-

33 Cfr. BALLESTEROS, J.: *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la Filosofía Jurídica*. Tecnos, Madrid, 2001 (3ª ed.), págs. 128 y ss. Id.: *Sobre la fundamentación antropológica de la Universalidad de los Derechos Humanos*, Real Academia de Cultura Valenciana, Valencia, 1999, págs. 5-37.

cuyos rasgos son la racionalidad y la abstracción congruentes con esa titularidad de todos los hombres y con pretensión de validez general con los criterios de moralidad contenidos en los derechos. En el plano temporal, la universalidad de los derechos supone que tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si por fin nos situamos en el plano espacial, por universalidad entendemos la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción. Si vemos por fin quienes son los contrarios de estos postulados, es decir, qué aproximaciones doctrinales se oponen a ellas, encontramos frente a la noción racional al utilitarismo y al relativismo, frente a la histórica al historicismo y al romanticismo y frente a la cultural y cosmopolita al nacionalismo»<sup>34</sup>.

«La extensión de esos derechos a todos crea un amplio grupo de titulares de los mismos, que no tienen un apoyo en la moralidad básica, puesto que no necesitan esos derechos para el desarrollo pleno de su personalidad. En un contexto de escasez suponen un despilfarro que carece de razón y carecen del rasgo de la universalidad que no es la del punto de partida ni la del punto de llegada. Si situamos a estos derechos como derechos del hombre concreto, en el ámbito del proceso de especificación y con una universalidad en el punto de llegada, eso exige un trato desigual a través de la igualdad como diferenciación, excluyendo de la titularidad de los mismos a quienes no lo necesitan»<sup>35</sup>. La universalidad en el punto de llegada no sólo afecta a la titularidad, sino al ejercicio de los derechos, y exige renunciar al disfrute egoísta de no pocos derechos y privilegios carentes de justificación moral en cuanto no son universalizables, la sectorialización, la discriminación (inversa) y especificación (no perversa). Es importante distinguir como señala Pérez Luño, «la universalidad *en* los derechos que tiene sentido descriptivo y la universalidad *de* los derechos en sentido prescriptivo como un rango que les es inherente de modo que los derechos humanos son universales o no lo son pues la exigencia de universalidad es condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos humanos inherentes a todos los seres humanos más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación»<sup>36</sup>. Urge corregir la Universalidad abstracta y formal de los derechos, *contextualizarlos, protegerlos y garantizarlos más allá de las fronteras*. Las correcciones *positivista, temporal y realista* exigen

34 Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: «La Universalidad de los Derechos Humanos» en *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General, op. cit.*, págs. 297-320. El entecomillado en las págs. 299 y 300.

35 Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: «La Universalidad de los Derechos Humanos» , en *Curso de Derechos Fundamentales*, cit, págs. 319 y 320.

36 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «La Universalidad de los Derechos Humanos» en VV.AA., *Los Derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*. José A. López García y J. Alberto del Real coord, Univ. de Jaén/Dykinson, 2000, págs. 61-68.

contextualizar y teniendo en cuenta, la *escasez*, administrar racional y razonablemente *las exigencias de la dignidad la libertad y la igualdad y las pretensiones morales justificadas en que consisten los derechos*.

En esta línea la STC 107/84 dice que: «El problema de la titularidad y del ejercicio de los derechos, y más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, y, cuya regulación ha de ser igual para ambos; son aquellos que derivan de la condición humana y le son inherentes como integrantes de la dignidad de la persona que la CE reconoce en su art. 10 como *fundamento del orden político y de la paz social* ; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23.2 CE, según dispone el art.13.2 y con la salvedad en cuanto a criterios de reciprocidad pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales, y existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros, según lo dispongan los tratados y las Leyes siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

La STC 19/83 afirma que «la legitimación para interponer el recurso de amparo no corresponde sólo a los ciudadanos, sino a cualquier persona – natural o jurídica– que sea titular de un interés legítimo – *víctima indirecta*– » dirá la STC 214/91, aun cuando no sea titular del derecho fundamental que se alega como vulnerado (fj. 3º). La expresión «*todas las personas*» que utiliza el art. 24.1 de la CE hay que interpretarla en relación con el ámbito del que se trata, es decir, con la «tutela efectiva de los J y T» que comprende lógicamente – en principio– a todas las personas que tiene capacidad para ser parte en un proceso.

#### 4.3 NOTAS: a) PERSONALÍSIMOS

La STC 231/88 (fj. 3º – *caso Paquirri*– señala que los derechos a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad derivados sin duda de la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 CE e implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario – según las pautas de nuestra cultura– para

mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como perso -  
nalísimos y ligados a la misma existencia del individuo.

#### 4.3 b) PERMANENTES E IMPRESCRIPTIBLES

Para el TC no existen derechos (fundamentales) ilimitados ni, por consiguiente, absolutos, si  
bien como señala la STC 7/83 (fj. 3º), en cuanto establecen una relación entre el Estado y los  
ciudadanos son permanentes e imprescriptibles. Así la STC 2/82 (fj. 5º) citando la de 8 de abril  
dice que «en efecto no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites... que en al -  
gunas ocasiones establece la C. por sí misma mientras en otras deriva de manera mediata o in -  
directa de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no  
sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegi -  
dos». Sin embargo «la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales no impide que el or -  
denamiento limite temporalmente la vida de la acción dirigida a reparar la lesión sufrida, esta -  
bleciendo, para el ejercicio de la correspondiente reclamación jurisdiccional plazos que guardan  
conexión con el ámbito normativo donde la violación se ha producido».

#### 4.4 LÍMITES: ABSOLUTOS Y/ O RESISTENTES

Pérez Luño, Laporta y Prieto señalan lo infundado de este rasgo pues su reconocimiento en  
sentido fuerte falsearía los derechos humanos porque ninguno de ellos tiene carácter absolu -  
to. Con razón Prieto dice que son de *resistentes*<sup>37</sup>. La *ponderación de bienes*<sup>38</sup> permite tratar el con -  
flicto entre los derechos, principios y bienes constitucionales en donde «la Constitución y en  
particular las normas de principio y los derechos fundamentales representan una invitación al  
razonamiento jurídico en términos abiertamente superadores de la subsunción»... lo impor -  
tante es que se hace del razonamiento una exigencia constitucional, y por ello, cabe decir que  
«los valores, principios y derechos fundamentales contribuyen a hacer más difíciles los casos

<sup>37</sup> Cfr. PRIETO SANCHIS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, págs. 83 y ss.

<sup>38</sup> Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «Concepto y concepción de los derechos humanos. (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)», art. cit., pág. 55.

fáciles, esto es obligan a un planteamiento siempre más problemático de las soluciones sencillas basadas en la subsunción»<sup>39</sup>.

La STC 62/82 (ff.jj. 3º y 4º) recuerda que «de acuerdo con el art. 20. 4 en relación con el art. 53.1 CE, la ley puede fijar límites siempre que su contenido respete su *contenido esencial*. Tanto la DUDHs (art. 29.2) como el PIDCy P (art. 19. 3) como en el *Convenio de Roma* (art. 10) prevén que el legislador puede establecer límites a la libertad de expresión con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral hasta el punto que la Constitución... «El concepto de *moral pública* puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, si bien tal utilización ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que se produzca una limitación injustificada de los derechos fundamentales y las libertades públicas». Por ello habrá que ponderar los límites (STC 81/83 fj. nº3 *in fine*) en cada caso, pues en cuanto restringen un derecho fundamental «han de ser interpretados a su vez restrictivamente».

Entre éstos, dice el TC (STC 22/84 fj 3º) «existen *ciertamente fines sociales* que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución». Esta doctrina se repite en la STC 181/90 (fj. 3º) pues los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados<sup>40</sup>. Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que pudieran fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 11/81, 1/82, 91/83, 110/84, 77/85, 159/86 y 120/90). Así, p.e., como señala la STC 120/83 (fj. 1º), «el ejercicio del derecho de libertad de expresión debe enmarcarse en unas determinadas pautas de comportamiento que el art. 7 del Cc expresa con carácter general al precisar que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe».

También los límites tienen sus limitaciones. La STC 159/86 (fj. 6º) reconociendo que los derechos fundamentales no son absolutos advierte que tampoco puede atribuirse tal carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas

39 Cfr. PRIETO SANCHIS, L.: *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997, págs. 40 y 41.

40 Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Prólogo de Andrés Ollero, cit. págs. 115 y ss.

de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público, que en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto estas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás son igualmente considerados por el art. 10.1 CE como *fundamento del orden político y de la paz social*, siendo «elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional» (STC 25/81).

#### 4.5 PROTECCIÓN

No tenemos derechos porque una norma con particular jerarquía e intensidad los proteja, sino que por el contrario, las normas que protegen esos derechos son de tal grado jerárquico e intensidad porque las pretensiones morales justificadas en que consisten los derechos así lo requieren<sup>41</sup>. Con razón para Solozábal los derechos fundamentales se protegen por su importancia pero no deben su importancia a la protección<sup>42</sup>, de modo que el uso de la fuerza se justifica para proteger y garantizar esos derechos, y no al revés. La STC 245/91 (fj. 59 recuerda que el recurso de amparo protege a los ciudadanos de las violaciones frente a los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 (se olvida del 30.2) dando efectividad a esos derechos permitiendo restablecerlos o en su caso, preservarlos (arts. 41.2 y 3 LOTC) y dice que «los derechos fundamentales no sólo son normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva desde la que también resulta intolerable el mantenimiento en prisión de unas personas cuya condena no ha sido impuesta con las garantías constitucionalmente exigibles».

41 Cfr. LAPORTA, F.: «Sobre el concepto de derechos humanos», art. cit, págs. 36 y 37.

42 Cfr. SOLOZÁBAL, ECHEVARÍA, J. J.: «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales, en *REP*, nº 71 (1991), pág. 92.

## 5 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC IMPULSA SU EVOLUCIÓN

### 5.1 DE LOS DERECHOS HUMANOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LAS GENERACIONES DE DERECHOS

La praxis del TC muestra que los derechos no están en el *cielo de los conceptos jurídicos* sino que responden diacrónica y sincrónicamente a las aspiraciones sociales concretas de su tiempo. Si la libertad fue el valor guía de los derechos de primera generación, como lo fue la igualdad para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tienen como principal valor de referencia a la solidaridad. Los nuevos derechos humanos se hallan anudados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen para su realización la comunidad de esfuerzos y responsabilidades a escala planetaria. Sólo mediante un esfuerzo solidario de sinergia, de la cooperación y el sacrificio, voluntario y altruista, de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida y a la libertad informática<sup>43</sup>. Con buen criterio, señala Nino que la aceptación política del valor solidaridad supone una concepción de los derechos humanos como acciones positivas de los poderes públicos que justifican la adscripción de deberes positivos, es decir de obligaciones de hacer que convierten en relevante el concepto de omisión.

Para la STC 53/85 (fj. 4º) «es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. La doctrina manifiesta – en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos– que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos en defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos a su cargo (arts. 9.2, 17.4, 18, 1 y 4; 20.3, 27 de la CE).

Estas consideraciones confirman la vinculación entre la teoría y en la praxis de los derechos humanos. Con razón el prof. Pérez Luño observa que «el planteamiento abstracto y racional, ajeno a la experiencia y a la historia que se traduce en una concepción de los derechos huma-

<sup>43</sup> Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «Las generaciones de derechos humanos», en *Revista del CEC*, nº 10 (septiembre-diciembre, 1991), págs. 203-217. El entrecorillado en las págs. 210 y 211.

nos configurados como categorías universales, absolutas e inalienables, que evoca las coordenadas mentales de las corrientes iusnaturalistas menos sensibles a la historia no constituye la mejor plataforma para un enfoque de los derechos humanos abierto a las exigencias de nuestro tiempo»<sup>44</sup>.

Subrayando la continuidad de las generaciones de derechos, el prof. Pérez Luño, señala los perfiles solidarios de un derecho catalogado hasta ahora de personalísimo como el derecho a la intimidad garantizado en el art. 18 CE del que derivan deberes generales y positivos de solidaridad. En una brillante descripción de su evolución muestra «el tránsito desde la intimidad como privilegio individual a la intimidad como valor colectivo constitucional. Su evolución está condicionada por la ideología de la clase social que la reclama», lo que explica su marcado matiz individualista que se concreta en la reivindicación de unas facultades destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente, notas estas que recuerdan los instrumentos jurídicos de delimitación del derecho de propiedad. Es más, la continuidad entre *privacy* y *property*, no es puramente jurídico-formal, sino que la propiedad es condición para acceder a la intimidad; en este sentido se ha podido aludir con razón a que «*poverty and privacy are simply contradictories*». Resulta evidente que la idea burguesa de intimidad está pensada para su disfrute por grupos selectos sin que, en consecuencia exista una inquietud para hacerla llegar a los estratos más humildes de la población. «(...) En la actualidad, la intimidad ha dejado de ser un valor al servicio exclusivo de los grupos privilegiados de la sociedad, para convertirse en lo que Spiros Smitis ha considerado como una exigencia imprescindible para asegurar a los ciudadanos su capacidad de participar en la sociedad democrática»<sup>45</sup>.

Las SSTC 121/89, 171 y 172/90 reiteran que «la excepcional trascendencia de las libertades del art. 20 que no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano sino también condición de existencia de la opinión pública libre indisolublemente unida al pluralismo político que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático otorga a las expresadas libertades un valor de derecho prevalente sobre los derechos de la personalidad

44 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «Concepto y concepción de los Derechos Humanos», art. cit., págs. 53 y 54.

45 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «Perfiles morales y políticos del derecho a la intimidad». Separata de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, año XLVIII, nº 73, Curso Académico 1995-96, Madrid, 1996, págs 311-339. El texto citado en la pág. 328.

garantizados por el art. 18. 1 CE en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática».

## 5.2 DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. LA VINCULACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

El prof. Pérez Luño describe el proceso de evolución de las sucesivas generaciones de derechos humanos. «En el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho se advierte:

19 Una superación de la categoría de los derechos públicos subjetivos, de inequívoca inspiración individualista a través de los derechos fundamentales. En ella se integran, junto a las libertades tradicionales personales, civiles y políticas, los derechos económicos, sociales y culturales. El reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales ha comportado a su vez un cambio en: *a)* la *fundamentación* de los derechos constitucionales, que ya no se circunscriben a la protección de intereses individuales, sino que se extienden a la protección de intereses sociales y colectivos; *b)* la *titularidad* que se ampliará también a sujetos colectivos, y *c)* la naturaleza jurídica al dejar de ser meros derechos de defensa (lo que la doctrina germana denomina (*Abwehrrechte*) frente a la opresión estatal, para devenir derechos de participación (*Teilhaberechte*) y prestaciones para cuya realización no basta la abstención del Estado, sino que se hace indispensable la movilización de los poderes públicos.

29 Esta peculiar *naturaleza jurídica* de los derechos fundamentales exige superar la rígida distinción entre la parte dogmática y la parte orgánica de los textos constitucionales, ya que la participación y las prestaciones no pueden interpretarse al margen de las reglas que encauzan la organización y el funcionamiento de los poderes públicos.

39 Por último, junto a la técnica de *positivización casuística* predominante en las constituciones liberales para fijar el estatuto de las libertades, los derechos fundamentales aparecen reconocidos en la actualidad también como valores o principios básicos del sistema jurídico-político, lo que condiciona el método de su interpretación»<sup>46</sup>.

46 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «La Interpretación de la Constitución», en *Revista de las Cortes Generales*, nº 1 (1984), págs. 83-132. Ahora en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, *op. cit.*, págs. 250-283. El texto citado en la pág. 252.

De la importancia de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la CE no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales sino también, la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde «un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse supuestos para su defensa», siendo por consiguiente preferentes a una regulación funcional (STC 109/85 (fj. 9º). Aunque como matiza la STC 120/90 (fj. 4º), «el art. 9.2 CE refleja la dimensión social del ED e impone determinados cometidos a sus poderes, pero no reconoce derecho subjetivo alguno que sea susceptible de protección de amparo».

Así lo reitera la STC 15/82 (fj. 8º) cuando advierte que «los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones. Su aplicabilidad inmediata no tiene más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable». El TC con buen criterio rechaza las omisiones legislativas, pues «el que (la objeción de conciencia) sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, ... la dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella, ya que de otro modo el amparo previsto en el art. 53.2 C. carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico».

La STC 171/89 (fj. 2º) dice que «el hecho de que la CE sólo establezca de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos no implica una exclusión absoluta dado que como señala la STC 18/84 en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con

carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social»... Asumiendo la *Drittwirkung* la STC 177/88, dice que «las relaciones entre particulares si bien con ciertas matizaciones, no quedan, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se revise la igualdad de trato».

## 6 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC MUESTRA LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS PRESUNTAMENTE ABSOLUTOS

### 6.1 DERECHO A LA VIDA Y DERECHO A LA LIBERTAD

No hay una posición clara en la jurisprudencia del TC sobre la naturaleza y los límites del derecho a la vida y de los actos que implican disposición del propio cuerpo. Para Ruiz Miguel se perfila una doble dirección que afirma la disposición del derecho sujeta a ciertas limitaciones en el conflicto interpersonal donde los titulares del derecho son dos sujetos distintos, y parece admitir, su indisponibilidad en el conflicto intrapersonal <sup>47</sup> (el caso de los Grapo), a falta de la regulación legal o la respuesta jurisprudencial sobre el complejo problema de la Eutanasia y de la ortotanasia <sup>48</sup>.

En contra de la STC 53/85 la jurisprudencia admite una cierta disponibilidad en las SSTC n.º 120 y 137/1990. La Stcia. n.º 196/96 de la Audiencia Provincial de Huesca que declara la ino-

47 Cfr. RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)», en *Revista del CEC*, n.º 14, enero-abril 93, págs. 135-165. ATIENZA, M.: «La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO», en *JPD*, n.º 9 (1990), págs. 31-41. (ID), «Cuestiones de vida o muerte. Sobre el alcance del derecho a la vida», en *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel Derecho, Barcelona, 1993, págs. 88-143. El más reciente completo y documentado estudio que conozco a nivel general es el de JUANATEY DORADO, C.: *Derecho, Suicidio y Eutanasia*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1994, Véase por fin, VIDAL GIL, E.: *Los conflictos de derechos en la legislación y la jurisprudencia española. Un análisis de algunos casos difíciles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 189-283.

48 Cfr. BALLESTEROS, J.: Ortotanasia: el carácter inalienable del derecho a la vida en VV.AA. (Fco. J. Ansuátegui Roig, coord.), en *Problemas de la Eutanasia*, Univ. Carlos III/Dykinson, Madrid, 1999, págs 47-59.

encia de los padres del delito de comisión de homicidio por omisión, de un menor de 13 años a consecuencia de la negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos, reconoce su autodeterminación para rechazar un tratamiento médico, constituye la más rotunda declaración de un órgano jurisdiccional sobre el derecho a la propia vida. Esta, rebasa la STC 215/1994 que autoriza la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica, sobre la naturaleza, límites y garantías de la disposición del propio cuerpo. Todas ellas forman un *corpus* jurisprudencial en el que se perfila el carácter limitado y relativo de derechos que antes parecían absolutos, porque proclama, por primera vez, un derecho de autodeterminación de la persona (menor de edad), en orden a la aceptación o rechazo de un determinado tratamiento y que limita el postulado de la indisponibilidad de la vida y del propio cuerpo<sup>49</sup>, y agudiza el debate entre las concepciones liberales y paternalistas de ejercicio de la autonomía individual<sup>50</sup>. Sin embargo, ha sido parcialmente anulada por la STS de 27 de junio de 1997, n.º 4987/1997, que admite el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y condena a los acusados como autores de un delito de homicidio concurriendo la agravante de obcecación como muy cualificada a la pena (mínima) de dos años y seis meses de prisión, declarando ello no obstante la Sala, por las mismas excepcionales situaciones de este caso, su predisposición de informar favorablemente un indulto parcial, caso de que así se solicitara por los acusados. El TS sitúa el derecho a la vida y a la integridad física y moral como un superderecho fundamental con carácter preferente frente y sobre el resto de los demás derechos fundamentales. Con ello se alinea con las posiciones asumidas (parcialmente) en la Sentencia n.º 53/1985 que afirman su indisponibilidad absoluta, frente al art. 16.1 CE y el 18.1 del *PIDCyP*.

## 6.2 DERECHO AL HONOR Y DERECHO A LA INTIMIDAD

El *caso Friedman* aborda el problema de la colisión entre derechos fundamentales que muestra que todos los derechos son esencialmente limitados y relativos. Así sucede con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE) y el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1), y el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1).

La STC 214/91 de 11 de noviembre es importante porque anula por ser contrarias a la C. las Sen -

49 Cfr. FERNÁNDEZ BERMEJO, M.: «Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (I) y (II)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 132 y 133 (1996).

50 Cfr. GARZÓN VALDÉS, E.: «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico» (id.), «Intervencionismo y paternalismo», en *Derecho, Ética y Política*. Introducción de M. Atienza. CEC, Madrid, 1993, págs. 361-378 y 379-399, respectivamente.

tencias de los Tribunales inferiores, reconociendo por primera vez *legitimación activa* no sólo al ofendido y a sus herederos (doctrina tradicional), sino a *toda persona, integrante de un grupo étnico o social determinado*, asegurando de este modo, la protección, la tutela judicial efectiva y el pleno control jurisdiccional respecto a los derechos de las minorías que en otro caso quedarían indefensos frente a estas u otras ofensas.

## 7 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TC IMPULSA LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Los arts. 117.1 de la CE y 1 de la LOPJ dicen que «la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por J y M integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a al imperio de la Ley», «a quienes corresponde exclusivamente (art.2 LOPJ), el ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado». El art. 5.1 de la LOPJ recuerda que «la Constitución. es la norma suprema del ordenamiento. jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos». Ello unido al principio de separación de poderes<sup>51</sup>, al Estatuto orgánico de los Jueces y Tribunales, independientes, inamovibles y sometidos únicamente a la Constitución ( *adenda* tan importante como inadvertida del art. 1 LOPJ respecto al 117.1 de la CE) y al «Imperio de la ley»<sup>52</sup>, limita el poder creador del juez en nuestro ordenamiento. jurídico. Así el art. 1.6 del TP del C. civil niega que la jurisprudencia sea fuente de D<sup>o</sup> y el art. 1.7. afirma que los jueces y Tribunales tienen «el deber inexcusable de resolver los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

Reconociendo con Carrió que la expresión *los jueces crean derecho* es ambigua, es obvio, como

51 Cfr. GARCÍA PASCUAL, C.: *Legitimidad democrática y poder judicial*, Ed. Alfons el Magnànim, València, 1997, págs. 229-252.

52 Cfr. LAPORTA, F.: «Imperio de la Ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *DOXA*, nº 15-16 (1994), t. I., páginas 133-147.

señala Cattaneo, pues desde un punto de vista formal, y como creación de una norma jurídica individual, la Sentencia existe y vincula, desde que el Juez la pronuncia <sup>53</sup>. Con razón señala Peces-Barba que, «todos los jueces crean Derecho, al resolver una pretensión sometida a su conocimiento, con arreglo a las normas de organización de un ordenamiento jurídico» <sup>54</sup>. Esta afirmación supone que una Sentencia es una norma particular y concreta que se suma al Ordenamiento jurídico que no está sólo formado por normas generales y abstractas y que además puede revestir efectos *erga omnes*.

La Creación Judicial del Derecho *sub specie legis* <sup>55</sup> no implica el *antiformalismo* ni el irracionalismo de las llamadas escuelas «*libres*» que como observa Cattaneo, siguiendo a López de Oñate, liberan al Juez pero no al ciudadano al que se le priva de la protección que le ofrece la Ley general y abstracta <sup>56</sup>. Tampoco, significa la recuperación del *decisionismo* que libere al Juez del sometimiento a la legalidad ni supone una observancia excluyente de los derechos adquiridos cuya defensa a ultranza según una reiterada jurisprudencia del TC, no casa con la filosofía de la Constitución y no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el art. 1º CE (STC 27/XI/81), sino que constituye una garantía de que los cambios se darán conforme a las reglas del propio ordenamiento jurídico. La jurisprudencia del TC responde «a la armonización de los aspectos materiales y formales de la seguridad con los demás valores y principios constitucionales, especialmente con la justicia, la libertad y la igualdad, ponderando su significado en un Estado social y democrático de derecho en el que no cabe concebirla como un factor de inmovilismo jurídico antinómico respecto de esos valores» <sup>57</sup>. Como señala Prieto «concebir los Tribunales como un depósito de la legitimidad distinta a la legitimidad cristalizada en la Constitución; suponer que existen valores jurídicos nuevos y pujantes, encarnados por los Jueces que deben hacerse operativos frente a los valores viejos y caducos de la norma escrita, no sólo constituye un inmenso fraude a la misma idea de Constitución y de soberanía popular, sino que además representa un notable peligro para la existencia del Estado de Derecho» <sup>58</sup>.

53 Cfr. CARRIÓ, GENARO R.: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, cit., págs. 79-89. CATTANEO, M. A.: «Considerazioni sul significato dell'espressione "i giudizi creano diritto"», en *RIFD*, (1966), págs. 250-257.

54 Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», art. cit., pág. 20.

55 Cfr. PECES-BARBA, MARTÍNEZ, G.: «La creación judicial del derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», cit., pág. 22. *Ibid.*, págs. 17-26. Vide PRIETO SANCHIS, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, cit. cap. I, págs. 13-46.

56 Cfr. CATTANEO, M. A.: *Illuminismo e legislazione*, Ed. di Comunità, Milano, 1966, pág. 13. El texto de López de Oñate, procede de la *Certeza del Diritto*, Roma, TCN, 1942, págs. 109 y ss.

57 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991 (1ª ed), págs. 27 y ss.

58 Cfr. PRIETO SANCHIS, L.: «Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, nº 11 (1984), págs. 83 y ss.

Para Atienza el ejercicio correcto de la función jurisdiccional exige decidir sin ser un *decisionista* ni un *determinista*, esto significa que el poder del Juez — especialmente en un Estado de Derecho— es un poder limitado y también hasta cierto punto controlado. El decisionismo supone precisamente una tendencia a olvidar estos límites o bien a pensar que los mismos son sólo ficticios. Un decisionista extremo sería, así, alguien que pensara que juzgar es solamente una cuestión de voluntad, y no de razón. El decisionista extremo niega los aspectos cognoscitivos — esto es, lo que hay de preexistente, de predecible— en las tres características anteriores; para él, la operación consistente en decidir de acuerdo con normas y en justificar — motivar— esa decisión no es una operación racional. El polo opuesto al decisionismo lo representa el determinismo, esto es quienes consideran que se puede juzgar sin decidir, como era el caso de Montesquieu cuando afirmaba que «*des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juge est en quelque façon nulle*». La tarea del juez es sin embargo la de decidir sin ser un decisionista: él debe tratar de potenciar al máximo los aspectos cognoscitivos de su práctica, pero sin perder de vista que siempre quedará al menos un resto de voluntad y que, en consecuencia, «juzgar significa siempre detentar un poder»<sup>59</sup>.

La Creación Judicial del Derecho *sub specie legis* acepta con el normativismo kelseniano, que la Sentencia es también un acto de voluntad que da lugar a la creación de una norma nueva, y reconoce de acuerdo con Hart y Bobbio, que el Ordenamiento tiene una *textura abierta*, con *zonas de penumbra* que deben ser aclaradas por el Juez<sup>60</sup>. La creación del Derecho es para el Juez una obligación institucional que resulta del «deber inexcusable de resolver los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (art. 1. 6 del TP. Cc, en relación con los arts. 448 y 449 del Cp y 361 de la LEC). La motivación y la justificación garantizan el *gobierno de leyes frente al arbitrio de los hombres*. Creo que la Creación Judicial del Derecho responde al «esfuerzo de mediación entre un antiformalismo corolario del deseo de argumentar y decidir en términos de justicia material y un procedimentalismo entendido como respeto a las garantías procesales que son inherentes e irrenunciables en un Estado de Derecho»<sup>61</sup>.

59 Cfr. ATIENZA, M.: «¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?», en VV.AA., *La crisis del Derecho y sus alternativas*, CGPJ, Madrid, 1995, págs. 247-262. El texto entercomillado en la pág. 250.

60 Cfr. BOBBIO, N.: «Derecho y Ciencias Sociales», en *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. a cargo de A. Ruiz Miguel, Fdo. Torres ed, Valencia, 1990, págs. 225-238.

61 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, op. cit, pág. 102.

## 7.1 CASOS FÁ CILES, DIFÍCILES Y TRÁ GICOS

Siguiendo un viejo aforismo las partes deben presentar los hechos y el Juez, aplicar el Derecho: *da mihi factum dabo tibi ius*; sin embargo, la escasa atención prestada a la valoración de los hechos por el Juez, que constituye el origen de todo el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, descubre un vacío importante en nuestro ordenamiento jurídico <sup>62</sup>. que no logra ser colmado por la remisión como regla general a las *reglas de la sana crítica*, y el principio de *libre apreciación de la prueba*. Si de los hechos pasamos al Derecho, las dificultades no son menores. El juez se encuentra a veces en la paradójica situación de estar obligado a resolver *conforme a Derecho*, los supuestos que se planteen y no saber qué Derecho aplicar, simple y llanamente porque no existe. Aun admitiendo la existencia de los *casos fáciles* o rutinarios, cada vez más nos encontramos ante *casos difíciles* donde el establecimiento de la premisa normativa y/de la premisa o fáctica resulta una cuestión problemática y pueden recibir más de una *respuesta correcta*, por lo que plantean el problema de armonizar valores o principios en conflicto y se presentan diversas soluciones capaces de lograr un equilibrio en cuanto que no sacrifican ninguna exigencia que forma parte del contenido esencial de los principios o valores últimos del ordenamiento. También se pueden presentar, los *casos trágicos*, que son aquellos respecto de los cuales no cabe tomar una decisión que no vulnere algún principio o valor fundamental del sistema <sup>63</sup>.

Hart advierte que en todo sistema jurídico existe un *núcleo de certeza y una zona de penumbra* donde juegan abiertamente los cánones interpretativos de los jueces y tribunales. «Frente a la “*pesadilla*” de quienes conciben el Derecho como una realidad inconsistente e incompleta compuesta de inconexas decisiones individuales emanadas del poder de los jueces y frente al “*noble sueño*” de aquellos que prefieren imaginar el ordenamiento como un sistema cerrado y seguro, capaz de ofrecer “la” *respuesta correcta*, cabe una solución intermedia que Moreso define como la *vigilia*: que permite dar una respuesta – no la única– que sea correcta» <sup>64</sup>. El Derecho preexistente, las leyes costumbres y precedentes disciplinan con mayor o menor detalle la realidad social y no son, por tanto meras fuentes de inspiración de los fallos judiciales, pero tampoco estos representan la ejecución mecánica de aquellas normas, sino que expresan un irreductible

62 Cfr. ATIENZA, M.: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1991, págs. 20 y ss. Véase también, ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo», en *DOXA*, nº 15-16 (1994), t. II, págs. 861-882.

63 Cfr. ATIENZA, M.: *Tras la Justicia. Una Introducción al Derecho y al Razonamiento jurídico*, Ariel Derecho, Barcelona, 1993, págs. 127 y 177.

64 Cfr. MORESO, J. J.: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, cap. V, págs. 183- 238. El entrecorillado en las págs. 237 y 238.

momento de discrecionalidad, inherente a la *textura abierta* que presenta todo ordenamiento

El *tratamiento* de los «casos difíciles» acentúa el deber constitucional y profesional de los jueces de motivar y justificar con *buenas y públicas razones* sus Providencias, Autos y Sentencias, siendo un complemento indispensable a la racionalidad de la pura lógica formal. Especial relieve merece la jurisprudencia constitucional cuando remite a la aplicación de los principios, mediante la ponderación y justificación de sus razones, y a la razonabilidad como un complemento de la racionalidad lógico formal. La discrecionalidad limita el carácter absoluto del principio del legislador racional y templea el principio de la sujeción del jurista a la ley.

## 7.2 LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El párrafo 2º del art. 5 LOPJ, dice que «cuando un órgano judicial considere, en algún proceso que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el TC, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad – art. 5.3º LOPJ–, cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional».

Es una *segunda vía procesal de control de la constitucionalidad*, que<sup>65</sup> media entre el ejercicio difuso del control de constitucionalidad de las Leyes y el sistema de jurisdicción concentrada que siguiendo parcialmente el modelo de Kelsen se ha establecido en nuestra Constitución y convierte al juez ordinario en un juez de la constitucionalidad<sup>66</sup>: negativamente porque debe rechazar la aplicación de las disposiciones contrarias a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa (art. 6 LOPJ), y positivamente porque el principio de eficacia directa de la Constitución obliga a los órganos jurisdiccionales (arts. 5.1 y 5.3 de la LOPJ) para que realicen un exa-

65 Cfr. LARUMBRE BIURRÚN, P. M<sup>a</sup>: «Comentarios en torno a las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por los órganos judiciales», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española*. Libro homenaje al prof. García de Enterría, *op. cit.*, t. IV, págs. 3.041-3.084.

66 *Ibid.*, pág. 3.050.

men previo de la presunta inconstitucionalidad y en su caso eleven la cuestión al TC <sup>67</sup>.

El planteamiento de una cuestión muestra la diferencia entre la concepción tradicional del Juez como *la boca muda* que pronuncia las palabras de la Ley y el Juez constitucional, independiente, imparcial y comprometido con el sistema de normas, valores y principios que informan la Constitución. y el resto del Ordenamiento, que no sólo puede sino que también *debe* crear Derecho *sub specie legis*. Todavía son relativamente escasos, aunque no por ello menos importantes los asuntos en que se plantea cuestión de inconstitucionalidad <sup>68</sup>. Un Juez «tradicional», evitará formular el juicio de relevancia (art. 35.2 LOTC) y plantear la cuestión porque dirá que estamos ante un caso «fácil», existe una norma directamente aplicable y cuenta con un soporte jurisprudencial, de modo que siguiendo el viejo principio *in claris interpretatio non fit*, justificará la conveniencia de no introducir cambios en el ordenamiento preservando la seguridad y la certeza.

Por el contrario, el Juez constitucional, garante de los derechos y libertades, que conoce las nuevas directrices en materia de interpretación, advierte, frente a la teoría tradicional, que la interpretación es una operación principal y no subsidiaria; que se da, siempre y no sólo con carácter supletorio, en defecto de los términos «claros» para descifrar el sentido confuso oscuro o ambiguo de los signos que emplea el Legislador. Constata que la norma no es dato inamovible, sino un resultado, vinculado, porque la interpretación jurídica no es, como la literaria, libre, al que resulte de las reglas que rigen la interpretación y definen la dogmática jurídica, cuya utilidad y funcionalidad social positiva resultan de la observancia de las reglas que impiden la arbitrariedad y limitan la libertad del intérprete: el principio del Legislador racional, el supuesto de sujeción a la Ley, el supuesto de la justicia del caso, el conflicto entre reglas y, la comprensión del Derecho como sistema <sup>69</sup>. En estas condiciones, *convierte el caso fácil en difícil* y plantea la cuestión.

67 Cfr. DE OTTO, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit., págs. 69 y ss.

68 Entre las más notables, vide la STC 184/90 que —inexplicablemente— declara la constitucionalidad del art. 160 de la LGSS en cuanto excluye del beneficio de la pensión de viudedad al conviviente «*more uxorio*». La STC 221/92 que confirma la constitucionalidad del art. 4 del RDL 15/78 sobre correcciones monetarias en relación con el Impuesto Municipal del Incremento del Valor de los Terrenos (Plus-Valías); las SSTC 222/92 y 47/93, que (parcialmente), equiparan al conviviente *more uxorio*, y al cónyuge; la STC 215/94 que autoriza la esterilización de los incapaces que adolezcan de una grave deficiencia psíquica mediando el consentimiento de sus padres o representante legal, y la STC 164/95 que niega carácter sancionador a los intereses de demora que establece el art. 61.2 de la Ley General Tributaria, la mayoría de las cuales son objeto de análisis en el libro *Los conflictos de derechos en la legislación y en la jurisprudencia española. Un análisis de algunos casos difíciles*, cit en la nota 45 *in fine*.

69 Cfr., CALSAMIGLIA, A.: *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Ariel, Barcelona, 1988 (2ª ed), págs. 93-126.

### 7.3 EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LOS REGLAMENTOS

Los arts. 106 de la CE, y, 6 y 8 de la LOPJ confieren a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, que incluye el control respecto de la violación de derechos fundamentales a través del procedimiento de urgencia del art 6.1 de la Ley 62/78 de PJD de la persona. Los Jueces y Tribunales Ordinarios (las Salas de lo Cont. Advo. de los TSJ CC.AA., de la AN y del TS), son, como el TC *legisladores negativos* respecto de las Disposiciones que no tengan rango de Ley, debiendo declarar la nulidad de los Reglamentos ilegales lo que confiere a sus Sentencias un alcance y extensión *ultra vires*, y como sucede en la Jurisdicción del TC, con la Stcia. n°45/1989 que declara la inconstitucionalidad del sistema de liquidación conjunta del IRPF, una eficacia prospectiva, *o pro futuro*.

Estos casos muestran hasta qué punto es ambigua la diferencia existente entre el legislador y el juez. Ambos disponen de un poder de creación del Derecho (el del legislador, autónomo y el del juez heterónimo). La diferencia decae si pensamos que el legislador también está sujeto, como el juez a la Constitución y a las leyes. Si el criterio consiste en que el Legislador dicta normas generales y abstractas y el Juez, normas particulares y concretas, la distinción también se atenúa con la declaración de inconstitucionalidad por el TC, y la anulación de Reglamentos ilegales por las Salas de lo Cont. Admvo.

### 7.4 LA *QUESTIO FACTI* Y LA VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

La valoración de los hechos según *las reglas de la sana crítica*, no impide que el Juez los considere de modo desigual y confiera mayor relevancia a unos que a otros. Está creando Derecho en la zona fronteriza entre discrecionalidad y arbitrariedad, p.e., en la apreciación de los hechos en el proceso penal y en la discrecionalidad que el Juez posee en la graduación de las penas. Sólo por citar algunos de los casos más conocidos, véase la distinta valoración de los hechos probados y por consiguiente en los diferentes Fallos recaídos en la Sentencia 75/92 del Juzgado n°4 de los de lo Penal de Madrid y en la Sentencia 491/92 de la Sección Segunda de la A.P. de Madrid (*caso «Arredondo» o del «insumiso»*, en la Sentencia de la Sala 2ª del TS de 21/7/93 que condena a D. José R. Triviño Arcipreste de Irún, por colaboración con banda armada argumentado que

no cabe contraponer sentimientos de conciencia con valores sociales <sup>70</sup>, en las Autos contradictorios sobre la licitud e ilicitud de los vídeos de la Erzaintza como medio de prueba, o los que declaran la ilegalidad de las grabaciones realizadas sin la correspondiente autorización judicial, en los casos «Naseiro» y «Gorostiza».

Incluso en los supuestos cuyo conocimiento y valoración estén limitados por la existencia de una presunción de veracidad *iuris tantum* como sucede con el contenido de los hechos en las Actas de la Inspección de Hacienda (art.145.3 LGT), de Trabajo (art. 38 RD 1.860/75 y las denuncias de la GCT (art. 76 LSV), una reciente línea jurisprudencial limita dicha presunción, a salvo siempre de la prueba en contrario, a la valoración de los hechos en cuanto percepciones sensoriales e inmediatas y extiende el control de la Casación a las inferencias que el juez pueda realizar sobre los hechos.

Sin embargo, no faltan ejemplos en que el principio de libre apreciación de la prueba tiende a garantizar una aplicación racional y razonable de la Ley. Así sucede en el (presunto) derecho de asilo, y en el derecho de refugio con los Informes de las Agencias Gubernamentales que ceden, según una reiterada constante y firme jurisprudencia frente al testimonio de las ONGs y Organismos Internacionales (ACNUR, Cruz Roja, Vicaría de Solidaridad, etc.).

## 7.5 LA JURISPRUDENCIA

El art. 40.2 de la LOTC dice que «la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el TC habrá de entenderse corregida por la *doctrina derivada* de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad». Como regla general, la jurisprudencia, excepción hecha de la del TC, no constituye en nuestro ordenamiento, jurídico una fuente formal de Derecho. Esta afirmación debe ser matizada inmediatamente. En efecto, no figura en la enumeración formal de fuentes del art. 1.1 del Título Preliminar del Cc, pero a la vez, acentuando una calculada ambigüedad, surge en su art. 1.6: «complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el TS al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

<sup>70</sup> MUGUERZA, J.: «El Tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal (Una reflexión ético-jurídica sobre la ley y la conciencia)», en DOXA, nº 15-16 (1994), t. II, págs. 535-539.

Una elemental observación muestra que la jurisprudencia guía y orienta la conducta de los operadores jurídicos y ciudadanos y, es un buen punto de apoyo para fundamentar la decisión y resolver de acuerdo con los principios de seguridad y certeza jurídicas. Si formalmente es difícil casar el art. 1.6 del TPCc con el art. 1692.5º de la LEC que admite el recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la *jurisprudencia*, a la que confiere valor normativo formal, frente al termino *complementará* del 1.6<sup>71</sup>, materialmente constituye un criterio fuerte de decisión. Sería deseable *de lege ferenda* una reforma para adecuar el Derecho a la praxis cotidiana. La jurisprudencia no ya del TS de los TSJ o de las AP, si no vincula, si sujeta y predispone al juez y a las partes a resolver según el precedente<sup>72</sup>, de un modo que se parece mucho al principio del *stare decisis* y refuerza la certeza y seguridad jurídicas donde cabrá recordar la existencia de sólidas razones consecuencialistas y de otras, de eficiencia<sup>73</sup>, aunque no siempre de justicia, como las STC 222/92 y 47/93 que equiparan cónyuge y *conviviente more uxorio*<sup>74</sup> a efectos civiles pero no en cuanto a la percepción de las pensiones.

## 8 LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FORTALECE Y LEGITIMA EL ESTADO DE DERECHO

### 8.1 DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

Tiene razón el profesor Pérez Luño cuando advierte *que el Constitucionalismo no sería lo que es sin una teoría de los derechos fundamentales*. Las relaciones entre Derecho fuerza y Poder invocan al *Estado de Derecho* cuya idea regulativa es el sometimiento del poder a la razón y no de la razón al poder (*Auctoritas non Veritas facit legem*), donde *Lex et potestas convertuntur*. El postulado ético jurí-

71 Cfr. DE OTTO, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit. A favor de la consideración de la jurisprudencia como fuente de Derecho vide, Puig Brutau, L.: *Introducción al Derecho civil*, 1980, Barcelona, Bosch, págs. 243-295.

72 Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M.: *La técnica del precedente y la argumentación racional*, op. cit., DE ASÍS ROIG R.: «Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial», en *DOXA*, nº 15-16 (1994), t. II, págs. 913-928.

73 Cfr. CALSAMIGLIA: «Eficiencia y derecho», en *DOXA*, nº 4 (1987), págs. 267-287. CALABRESSI, G.: «Sobre los límites de los análisis no económicos del derecho, 1985, en *AFD*, nº II (1985), págs. 219-228. GONZÁLEZ AMUCHSTEGUI, J.: «El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación», en *DOXA*, nº 15-16 (1994), t. II, págs. 929-943 y HIERRO, L.: «La pobreza como injusticia (Dworkin vs. Calabressi)», en *DOXA*, nº 15-16 (1994), t. II, págs. 945-969.

74 Cfr. TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A.: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares., Granada, 2001.

dico político del Imperio de la Ley concreta las razones del Derecho como un orden de la conducta humana que fortalece la justicia y justifica la fuerza y se refleja como señala Atienza en la tensión entre los dos polos del Estado de Derecho: la dimensión de autoridad (*Imperio de la Ley y división de poderes*) y la dimensión de los valores o el contenido de justicia (*interdicción de la arbitrariedad y garantía de derechos y libertades fundamentales*)<sup>75</sup>. Recuerdo con E. Díaz *que no todo Estado es un Estado de Derecho* y concluyo con la observación del prof. Pérez Luño *que no todo Estado que posea una Constitución es un Estado Constitucional* si no cumple los requisitos del art. 16 de la Declaración, *si la división de poderes no está establecida y asegurada la garantía de las derechos y libertades*<sup>76</sup>. Como señalan Laporta, E. Fernández y R. de Asís, el *Rule of Law* es «un ideal ético político que afirma que el ordenamiento jurídico *debe* vertebrarse en torno a un conjunto de *normas* emitidas por una *autoridad reconocida, generales, prospectivas, estables, claras y ciertas*, al servicio de ese complejo imperativo ético político en que consiste la autonomía personal»<sup>77</sup>. Su evolución hacia el Estado social suple el presunto abstencionismo del Estado liberal en la necesidad de liberar al hombre de la menesterosidad, del hambre, de la miseria y de la incultura, o como dice Rosanvallon *de sustituir la incertidumbre de la Providencia divina por la certeza de la providencia estatal*. Por eso implica acciones positivas y exige los derechos sociales y los de solidaridad.

El tránsito al Estado constitucional *supone el establecimiento de límites a las mayorías*. El constitucionalismo responde a la necesidad de fijar límites a la decisión por mayorías: «es la técnica jurídica a través de la cual se les asegura a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos individuales y al mismo tiempo el Estado es colocado en posición de no poderlos violar»<sup>78</sup> y busca el equilibrio entre la sujeción a la Constitución y la autodeterminación para que ésta no concluya, como señala Muguerza en el *auto-de terminación*. De acuerdo con el prof. Pérez Luño, el Estado *constitucional* se distingue por el desplazamiento de la *primacía de la ley a la primacía de la Constitu-*

75 Cfr. ATIENZA, M.: «Estado de Derecho, argumentación e interpretación», en *AFD*, t. XIV (1997), págs. 465-488. El entrecomillado en la pág. 481.

76 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «Estado constitucional y derechos de la tercera generación», art. cit., pág. 561.

77 Cfr. LAPORTA, F.: «Imperio de la Ley. (Reflexiones sobre un punto de partida de E. Díaz)», art. cit., pág. 142. DE ASÍS ROIG, R.: *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson/Univ. de Jaén, 1999, págs. 79 y ss.

78 Cfr. MATTEUCCI, N.: «Constitucionalismo», en VV.AA. *Diccionario de Política*, dirigido por N. Bobbio y N. Matteucci. Ed. S. XXI, Madrid, 1982 (2ª ed), pág. 389.

*ción; de la reserva de Ley a la reserva de Constitución y desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad de modo que el Estado Constitucional de Derecho no anula sino que perfecciona el Estado legal de Derecho*<sup>79</sup>.

La crisis del Estado social y del Estado nacional agrava la inadecuación estructural al Estado de Derecho. La crisis del principio de legalidad se concreta en las nuevas relaciones entre la Constitución, los derechos y las leyes. Los derechos fundamentales se configuran como imperativos impuestos a la democracia política: imperativos negativos como los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar e imperativos positivos como los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer<sup>80</sup>.

No es casualidad que el *Tiempo de los Derechos*, y del Derecho dúctil coincida con la rehabilitación de las virtudes débiles (y de los débiles) como la fortaleza, la prudencia, la templanza, la benevolencia y la mansedumbre, en una manifestación inequívoca de que la sinrazón de la fuerza tienen sus días contados. La fuerza de la razón es una fuerza firme que comprende la alteridad como el encuentro con el complementario que no es el contrario, incompatible con la arrogancia, la prepotencia y la altanería, con el fundamentalismo y con el absolutismo, que se guía por el diálogo y surge de una comunicación (exenta de dominio). La fuerza de la razón que es pasión y sobre todo *com-pasión*, es decir solidaridad y bajo determinadas condiciones la razón de la fuerza, no es como a menudo se confunden, incompatible con la firmeza ni con la pretensión de que lo justo sea fuerte y lo fuerte sea justo. Con razón actualmente se recuerda que el objetivismo (moral), plena y legítimamente democrático es absolutamente opuesto y totalmente contradictorio con el relativismo y con el absolutismo.

Esta es la tendencia que se observa en las constituciones actuales que definen el constitucionalismo actual de acuerdo con los siguientes rasgos: valor en vez de norma; ponderación en vez de subsunción; omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario;

79 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «Estado constitucional y derechos de la tercera generación», en *AFD*, vol. XIV (1997), págs. 545-570, la cita en la pág. 547. GARCÍA PASCUAL, C.: *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, ed. Alfons el Magnànim, Valencia, 1997. PRIETO SANCHIS, L.: «Del mito a la decadencia de la Ley. La ley en el Estado constitucional», en (ID) *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 5-45.

80 Cfr. FERRAJOLI, L.: «El Derecho como sistema de garantías», en VV.AA., *La crisis del Derecho y sus alternativas*, cit., págs. 469-489. (ID) *Derecho y Razón*, cit., págs. 855 y ss.

omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución, cuyas novedades, se proyectan principalmente en dos aspectos teóricos: las fuentes del derecho y el problema de la interpretación y aplicación <sup>81</sup>.

La reafirmación del Constitucionalismo y su *rematerialización*<sup>82</sup> ajusta lo mejor de la tradición iusnaturalista racionalista objetiva, el principio de la dignidad de la persona enraizado en su autonomía ética como ser moral<sup>83</sup> como un ser libre, con capacidad de elegir, ser racional, con capacidad de construir conceptos generales, ser moral, con habilitación para escoger y asumir un ideal de vida, que puede ser presentado como susceptible de ser universalizable, y ser comunicativo, capaz de diálogo con los demás y de transmisión oral o escrita de su propia semilla de creación<sup>84</sup> con la tradición subjetivista que reafirma el respeto a la ley y la realización de los principios de certeza previsibilidad y seguridad jurídicas propios del positivismo jurídico para insertarlos en el contexto democrático y constitucional que desde el valor superior de la libertad ideológica y el pluralismo prohíbe la imposición unilateral exclusiva y excluyente de cualquier orden objetivo de valores que transforme *la ética pública en una ética privada* y convierta al *ciudadano en un creyente*, pues si bien es cierto que nuestras Constituciones son normas henchidas de valores y principios, son y deben seguir siendo, como apunta Deninger, «*constituciones de juristas y no de sacerdotes*», que sustentan una ética pública basada en la libertad, la igualdad, el pluralismo y la solidaridad que supone un obstáculo infranqueable frente a quienes pretenden imponer una *tiranía de valores*, incompatible con el orden constitucional <sup>85</sup>. Paradójicamente *los derechos y garantías – la ley del más débil–* se convierten en la ley del más fuerte. Para ello siempre contaremos con el TC y con el auxilio más humilde y limitado de la Teoría y de la Filosofía del Derecho.

81 Cfr. PRIETO SANCHIS, L.: *Constitucionalismo y Positivismo*, cit., págs. 16 y 17. El texto de Alexy en *El concepto y la validez del Derecho*. Trad. cast. de J. Malem. Gedisa, Barcelona, 1994, págs. 160 y ss.

82 LA TORRE, M.: «Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea», en *RDCEC*, nº 16 (1993), págs. 67-93. La cita en la pág. 70.

83 Cfr. LAPORTA, F.: «Imperio de la Ley. (Reflexiones sobre un punto de partida de E. Díaz)», art. cit., págs. 133 y ss.

84 Cfr., PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, CEC, Madrid, 1995, págs. 59 y ss.

85 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Teoría del Derecho. Una Concepción de la Experiencia Jurídica*. Con la colab. de C. Alarcón Cabrera, R. González Tablas y A. Ruiz de la Cuesta, *op. cit.* págs. 140 y ss.