

LUIS MARIA DÍEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Constitucional

SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

THOMSON

CIVITAS TM

PRIMERA PARTE

DERECHOS FUNDAMENTALES:
CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

APROXIMACIÓN A LA IDEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

SUMARIO: 1. DECLARACIONES DE DERECHOS Y CONSTITUCIONALISMO.-2. AMPLIACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS.-3. CONCEPCIÓN FORMAL Y CONCEPCIÓN MATERIAL, DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-4. DERECHOS INDIVIDUALES, LIBERTADES PÚBLICAS, DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS, DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.-5. CLASIFICACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-6. FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-7. LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES. REGLAS Y PRINCIPIOS.-8. LA INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PROBLEMA DE LA APERTURA AL DEBATE MORAL.-9. LA PONDERACIÓN COMO TÉCNICA DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.

1. Declaraciones de derechos y constitucionalismo

La historia de las declaraciones de derechos está íntimamente ligada a la historia del constitucionalismo, es decir, a aquella corriente de pensamiento que propugna la limitación y el control del poder político por medio del derecho. Ello es claro ya en las primeras declaraciones de derechos: el *Bill of Rights* de 1689, en Inglaterra; las declaraciones de las ex colonias norteamericanas —sobre todo, la de Virginia de 1776— y las primeras diez enmiendas a la Constitución federal, en los Estados Unidos; la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, en Francia. Todas ellas fueron producto de las grandes revoluciones liberales que, frente al absolutismo, dieron vida al constitucionalismo moderno. Desde sus orígenes, las declaraciones de derechos han tenido como finalidad primaria proteger a los particulares frente al Estado: la acción de todos los poderes públicos debe hallar un tope jurídicamente infranqueable en esos derechos solemnemente declarados. Puede decirse que las declaraciones de derechos constituyen el estatuto jurídico-político básico de los ciudadanos y, más en general, de las personas. Así, las declaraciones de derechos son, junto a la búsqueda de una regulación equilibrada de los poderes públicos, uno de los dos grandes temas de todo el constitucionalismo.

Una pregunta importante, cuya respuesta resulta sumamente esclarecedora, es por qué el constitucionalismo moderno ha formulado los límites jurídicos al poder político como derechos subjetivos. Hay que tener en cuenta que ésta no era la única posibilidad, tal como demuestra toda la experiencia de llamado «constitucionalismo antiguo» (griego, romano y medieval), donde la limitación jurídica del poder político, más que en facultades reconocidas a los ciudadanos, se articulaba en simples normas de derecho objetivo. ¿Por qué, entonces, derechos en vez de normas? La respuesta tiene que ver con el sustrato filosófico de las declaraciones de derechos. El iusnaturalismo racionalista, que surge a raíz de la Reforma, supone que el derecho natural ya no puede concebirse como

una emanación de la verdad revelada, sino que ha de fundarse sobre lo único que todos los hombres, una vez desaparecida la unidad religiosa de Europa occidental, tienen en común: la razón. La conciencia individual pasa a ser el árbitro último en los asuntos morales y políticos, afirmándose la prioridad del individuo sobre cualesquiera entidades colectivas (familia, confesión religiosa, corporación profesional, nación, etc.). El derecho natural, entendido como ideal de justicia, queda centrado sobre el individuo y, así, no es de extrañar que tienda a ser formulado como facultades que ese mismo individuo puede hacer valer para protegerse frente a la colectividad. Es más: el propio concepto de derecho subjetivo procede del iusnaturalismo racionalista. La tradición jurídica romana, continuada en este aspecto por el *ius commune* en la Edad Media, desconocía, en puridad, la idea de derecho subjetivo: de modo similar a lo que siempre ha sucedido en el mundo anglosajón, esa tradición se basaba, más bien, en la idea de acción como facultad de poner en marcha el proceso para reclamar algo. En cambio, el concepto de derecho subjetivo es elaborado, a partir de ciertos antecedentes en la filosofía nominalista bajomedieval, por el pensamiento iusnaturalista del siglo XVII. Ello significa que la idea de derecho subjetivo —esto es, un interés jurídicamente protegido cuya satisfacción queda encomendada a la voluntad de su titular (*agere licere*)— no nació como instrumento conceptual para la interpretación del derecho positivo, sino como soporte técnico de los «derechos naturales»; o sea, en su origen, la idea de derecho subjetivo sirvió sólo para designar libertades de naturaleza supralegal o, si se prefiere, suprapositiva. Dicho en términos más actuales, la función originaria de la noción de derecho subjetivo era configurar genuinos «derechos fundamentales», ámbitos de libertad sustraídos a la capacidad de regulación del Estado, y sólo en un momento posterior comenzó a utilizarse para designar las facultades otorgadas a los individuos por la legalidad ordinaria.

Las declaraciones de derechos tienen también que ver con una visión ascendente del poder político, según la cual éste es legítimo sólo en la medida en que es consentido por los particulares; es decir, están también relacionadas con la idea de contrato social, como fundamento de la organización política. Vistas en esta perspectiva, las declaraciones de derechos son una condición *sine qua non* para la celebración misma del contrato social. Los seres humanos crean la organización política y aceptan someterse a ella porque, previamente, se han reconocido como titulares de ciertos derechos inviolables. Es significativo que incluso hoy en día, en que las versiones rígidas del iusnaturalismo están intelectualmente desacreditadas, siga hablándose de «declaraciones» de derechos: ello denota que no tienen una eficacia constitutiva, sino meramente declarativa o, si se prefiere, que no recogen derechos graciosamente otorgados por el Estado. Antes al contrario, tales derechos se consideran pre-existentes al Estado y, por ello, idóneos para limitar la acción del mismo.

En los albores del constitucionalismo moderno, este postulado de la prioridad de la declaración de derechos respecto del establecimiento mismo de la organización política se sostenía con absoluta coherencia, hasta tal punto que no se predicaba sólo en *el* plano lógico sino también en el plano temporal: las primeras declaraciones de derechos fueron aprobadas antes de empezar a elaborar la correspondiente constitución; y ello porque, para el constitucionalismo, la única finalidad legítima del Estado es proteger esos derechos. El caso de la Francia revolucionaria, con la Declaración de 1789 y la Constitución de 1791, es paradigmático a este respecto; y, de alguna manera, lo sigue siendo, ya que la vigente Constitución de 1958, en vez de recoger su propia declaración de derechos, sigue remitiéndose a la de 1789. En la mayor parte de los países, sin embargo, la diferenciación temporal se ha perdido y las declaraciones de derechos suelen estar incorporadas a los textos constitucionales. Ello da lugar a lo que a veces se llama «parte dogmática», contrapuesta a la «parte orgánica», relativa a la organización política. Aun así, las declaraciones de derechos normalmente siguen estando al inicio del texto constitucional; lo que tiene, sin duda, un alto valor simbólico, al recordar que una constitución no es sólo *frame of government* o regulación equilibrada de los poderes públicos, sino también —e, incluso, antes— declaración *de* derechos. La síntesis de todas estas ideas tiene su formulación clásica en el art. 16 de la Declaración de 1789: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene constitución».

2. Ampliación e internacionalización de las declaraciones de derechos

Tras su afirmación con las revoluciones liberales, las declaraciones de derechos han ido evolucionando, señaladamente a lo largo del siglo XX. Esta evolución se ha producido en dos sentidos: ampliación e internacionalización. En origen, las declaraciones de derechos, fieles a su raigambre liberal, contenían solamente «derechos civiles y políticos», es decir, aquellos derechos tendentes a garantizar ciertos ámbitos de autonomía individual frente al Estado (inviolabilidad del domicilio, legalidad penal, libertad de imprenta, etc.) y ciertas facultades de participación en los asuntos públicos (derecho de sufragio, derecho de petición, etc.). No obstante, la progresiva democratización del Estado liberal y la aparición de la moderna democracia de masas condujeron a que en las declaraciones de derechos se proclamasen también «derechos sociales» (sindicación y huelga, educación, sanidad, etc.). La Constitución mexicana de 1917 y la Constitución alemana de Weimar de 1920 inauguraron esta nueva línea, que luego ha sido seguida por muchos otros textos constitucionales. En los últimos decenios, además, ha aparecido una nueva categoría de derechos: los llamados «derechos colectivos» (medio ambiente, patrimonio cultural, etc.).

La ampliación del contenido de las declaraciones de derechos pone de manifiesto el prestigio, tanto terminológico como conceptual, de los derechos: en el plano terminológico, lo que Eduardo GARCÍA DE ENRRIADA ha llamado la «lengua de los derechos» permea todo el discurso jurídico-político, hasta el punto de que hoy es prácticamente inconcebible una reclamación política que no se presente en términos de derechos y, más aún, de derechos del máximo nivel; en el plano conceptual, Norberto BoDRIo, uno de los grandes teóricos del derecho del siglo XX, ha podido caracterizar el tiempo presente como una «edad de los derechos», marcada por una creciente consciencia de que el Estado es deudor hacia los ciudadanos de algo más que concesiones graciables.

Dicho todo esto, el fenómeno de la ampliación de las declaraciones de derechos no está exento de riesgos. Existe, ante todo, un peligro de banalización, patente en la palabra «generaciones» a menudo empleada para designar cada nueva oleada de derechos: ello recuerda demasiado la permanente revolución informática, en la que las precedentes generaciones de ordenadores quedan de prisa superadas por otras nuevas. De aquí que sea imprescindible recordar que la proclamación de nuevos derechos de ningún modo sustituye a los derechos clásicos. Éstos siguen siendo tan importantes, en la práctica, como hace doscientos años. Aún más grave es el hecho de que la inflación de derechos pueda llevar a su devaluación: para que los derechos fundamentales sean efectivos, probablemente es menester que no sean demasiados. Ello tiene que ver con que los derechos fundamentales están llamados a funcionar, en la célebre expresión de Ronald DWORKIN, como «triumfos» que, como en una partida de cartas, el particular puede jugar contra el Estado y, en especial, contra el legislador. Así, reconocer nuevos derechos no es una operación inocua: si se toman en serio, comportan nuevas limitaciones a la acción del Estado y, por ende, también a la política democrática; pero, si sólo se les atribuye un significado simbólico, el respeto por la idea misma de derechos fundamentales queda dañado.

En cuanto a la internacionalización, se trata de un fenómeno que surge tras la Segunda Guerra Mundial y, en gran medida, debido a las atrocidades de la misma. Algunos textos capitales proceden de la iniciativa de las Naciones Unidas (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966); pero también es muy importante la experiencia regional, en la que destaca como modelo de eficacia práctica el Convenio Europeo de Derechos Humanos, concluido en 1950 bajo los auspicios del Consejo de Europa y ampliado sucesivamente mediante varios Protocolos. La internacionalización de las declaraciones de derechos ha traído consigo un innegable efecto benéfico: la introducción de *standards* mínimos, por debajo de los cuales la comunidad internacional estima que no se respetan los derechos humanos. Sobre todo en el ámbito regional, ha ido emergiendo

una especie de «derecho común» de los derechos humanos, que permite dar respuestas mínimamente uniformes a muchos de los problemas jurídicos que surgen en la práctica. La experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano de aplicación del citado Convenio Europeo, es ejemplar a este respecto.

La internacionalización de las declaraciones de derechos plantea una importante cuestión teórica: ¿hasta qué punto los derechos humanos, que han surgido históricamente dentro de la cultura jurídico-política occidental, pueden ser exigibles respecto de sociedades ajenas a dicha tradición cultural? En otras palabras, ¿cabe afirmar que los derechos humanos varían cuando se hace referencia, por ejemplo, al mundo islámico o al África subsahariana? Este problema, que suele denominarse de la «universalidad de los derechos humanos», es básicamente de índole filosófica, ya que no se pregunta tanto por la validez positiva de determinados derechos cuanto por su justificación moral. Aunque ésta no es la sede adecuada para analizar el problema en toda su extensión, sí conviene dejar apuntados algunos elementos para una posible respuesta: A) Ante todo, el problema de la justificación de la universalidad de los derechos humanos no es sino una concreción del problema más general de la justificación de la democracia constitucional. Ello está íntimamente relacionado, además, con el llamado «relativismo moral», es decir, aquella corriente de pensamiento según la cual lo que es bueno y justo depende de las pautas sociales imperantes en cada sociedad. B) En la medida en que no se esté dispuesto a afirmar que toda desviación de las pautas sociales establecidas es inmoral, hay que admitir una cierta universalidad de los derechos humanos. Esto resulta muy claro si se considera que los derechos humanos alcanzan su sentido más profundo precisamente en la defensa de marginados y disidentes, ya que las personas que siguen comportamientos socialmente normales suelen tener menos necesidad de invocar sus derechos. C) Afirmar la universalidad de los derechos humanos no equivale a postular una absoluta uniformidad normativa y jurisprudencia) sino que, en la medida en que se respete el núcleo común de valores indisponibles —la Declaración Universal probablemente sigue siendo el mejor indicador a este respecto—, son admisibles modulaciones según las características y necesidades de cada sociedad. Todo lo anterior pone de manifiesto que, como se verá más adelante, en materia de derechos fundamentales resulta inevitable una cierta comunicación entre debate jurídico y debate moral.

3. Concepción formal y concepción material de los derechos fundamentales

Llegados a este punto, es necesario hacer algunas aclaraciones sobre la naturaleza de los derechos recogidos en esas declaraciones de derechos, comenzando por la idea misma de derechos fundamentales. En

la terminología jurídica arraigada en España y en algunos otros países europeos (Alemania, Italia, etc.), la expresión «derechos fundamentales» designa los derechos garantizados por la Constitución. Hay que destacar, sin embargo, que se trata solamente de un uso lingüístico establecido en algunos países. Por ello, es preciso ir más allá de las palabras y abordar el problema conceptual: hay alguna diferencia relevante entre que la declaración de derechos haya sido aprobada mediante normas de rango constitucional o que lo haya sido mediante normas de rango legal o, en todo caso, infraconstitucional? Ciertamente, el concreto régimen jurídico y, en especial, los mecanismos de protección de los derechos variarán según cuál sea el rango jerárquico de la norma en que estén reconocidos. Ahora bien, ello no autoriza a olvidar que se trata siempre de derechos tendentes a salvaguardar unos mismos valores que, desde un punto de vista moral y político, se consideran básicos.

En este orden de ideas, Luigi FERRAJOLI, un distinguido filósofo del derecho italiano, ha dado recientemente una definición original y refinada de la idea de derechos fundamentales: derechos fundamentales serían aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas —o, en su caso, sólo a todos los ciudadanos— por el mero hecho de serlo. Se trataría de derechos inherentes a la condición de persona o de ciudadano, tal como ésta es concebida en dicho ordenamiento; y, por eso mismo, serían derechos universales, en el sentido de que corresponden necesariamente a todos los miembros del grupo (personas o ciudadanos). Esta definición tiene la enorme ventaja de explicar los derechos fundamentales con independencia de las concretas características de cada ordenamiento: al menos en la tradición liberal-democrática, lo principal es que hay derechos que se reconocen efectivamente a todas las personas o a todos los ciudadanos por el mero hecho de serlo, siendo accesorio, en cambio, el modo en que están regulados y protegidos. Por ejemplo, que la libertad de expresión o el derecho a la intimidad estén reconocidos por el correspondiente texto constitucional o sólo por ley ordinaria es, sin duda, importante; pero no afecta a la visión que del significado y la función de esos derechos se tiene en toda sociedad liberal-democrática contemporánea.

Esta definición de Luigi FERRAJOLI presupone una concepción material de los derechos fundamentales; es decir, sobreentiende que lo verdaderamente peculiar de los derechos es su contenido. La concepción material de los derechos fundamentales se halla presente en algunos textos normativos. Éste es destacadamente el caso del art. 6 TUE, cuando dice que «la Unión Europea respetará los derechos fundamentales [...] tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros». Es bien sabido que, entre los Estados miembros de la Unión Europea, hay una notable diversidad en cuanto a rigidez constitucional y control de constitucionalidad de las leyes. En estas condiciones, decir que hay ciertos «derechos fundamentales» que forman parte de las «tra-

diciones constitucionales comunes» sólo es posible si se considera que lo crucial no es *el* modo en que esos derechos están regulados y protegidos en cada ordenamiento nacional, sino el hecho de que en todos ellos están reconocidos y, además, como derechos universales.

Frente a ello, se alza la concepción formal de los derechos fundamentales, para la cual lo crucial no es su contenido, sino el rango de la norma que los reconoce. En la concepción formal, sólo son derechos fundamentales aquellos que están declarados en normas constitucionales o, al menos, en normas de rango supralegal. La idea que subyace aquí es que lo verdaderamente característico de los derechos fundamentales es su resistencia frente a la ley o, si se prefiere, que vinculan a todos los poderes públicos, incluido *el* propio legislador democrático. Ello sólo puede lograrse si se trata de derechos recogidos en normas de rango superior al de la ley. Así, la concepción formal de los derechos fundamentales sólo es viable en ordenamientos provistos de constitución rígida y de control de constitucionalidad de las leyes, puesto que sólo en esas condiciones es posible invocar derechos frente al legislador. Obsérvese que en ordenamientos de este tipo, como es el español, los derechos reconocidos en normas de rango constitucional tienden a coincidir con los derechos que, en todo el constitucionalismo contemporáneo, se reputan como necesariamente universales. En otras palabras, la concepción formal y la concepción material no son forzosamente incompatibles. Lo que suele ocurrir allí donde impera una concepción formal es, sencillamente, que se dota de mayor resistencia y mejor protección a los derechos generalmente calificados como fundamentales según la concepción material. Sin embargo, la concordancia entre las concepciones formal y material de los derechos fundamentales no es necesaria, pues a veces se declaran, mediante normas de rango constitucional, derechos que nada tienen que ver con los valores básicos del constitucionalismo contemporáneo. Baste pensar en el célebre ejemplo del derecho a llevar armas, reconocido por la enmienda 2^a de la Constitución de los Estados Unidos.

En resumen, hay dos posibles concepciones de los derechos fundamentales, no necesariamente incompatibles entre sí. La concepción formal pone el acento en que la máxima fortaleza jurídica de los derechos se produce cuando son declarados a nivel constitucional y hay, además, vías para la aplicación jurisdiccional de la constitución. La concepción material, por su parte, insiste en que regímenes jurídicos distintos no dan forzosamente lugar a realidades diferentes; y recuerda, además, que los países jurídicamente más refinados no son siempre y necesariamente los más efectivos en la protección de los derechos, ya que aquí entran en juego también otros factores (políticos, culturales, organizativos, etc.).

4. Derechos humanos, libertades públicas, derechos públicos subjetivos, derechos de la personalidad

Una vez aclarados los dos posibles modos de entender la expresión «derechos fundamentales», es preciso distinguirla de otras próximas, que también suelen aparecer en relación con las declaraciones de derechos. Tales son, principalmente, «derechos humanos», «libertades públicas», «derechos públicos subjetivos» y «derechos de la personalidad».

En los usos lingüísticos establecidos, la expresión «derechos humanos» designa normalmente aquellos derechos que, refiriéndose a valores básicos, están declarados por tratados internacionales. La diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos estribaría, así, en el ordenamiento que los reconoce y protege: interno, en el caso de los derechos fundamentales; internacional, en el caso de los derechos humanos. Dicho esto, el problema es si entre los derechos fundamentales y los derechos humanos hay separación o comunicación. A favor de la idea de que no se trata de compartimentos estancos militan dos factores ya conocidos: la tendencial identidad de valores protegidos, y la creciente internacionalización de la protección de los derechos. Ello es particularmente claro en el ámbito regional europeo, donde hay una aplicación capilar, cada día más intensa, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De aquí que, al menos en Europa, lo más correcto sea afirmar que unos mismos derechos son protegidos por distintos ordenamientos (internacional, comunitario, interno); ordenamientos que, por perseguir unos mismos fines en un mismo espacio, están llamados a colaborar. Esta conclusión, por lo demás, es inevitable en España, donde el art. 10.2 CE obliga a interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Pasando ya a las otras expresiones arriba mencionadas, hay que señalar que «libertades públicas» carece de un significado técnico consolidado, al menos en España. Es verdad que aparece en la rúbrica de la Sección 1.^ª del Capítulo II del Título I de la Constitución («De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»); pero nadie *le* ha atribuido jamás una sustantividad propia. Se trata de una mera reiteración estilística. Debe entenderse, así, que los términos «libertades públicas» y «derechos fundamentales» son sinónimos. A lo sumo, en la expresión «libertades públicas» cabría apreciar una especial idoneidad para referirse a aquellos derechos fundamentales que garantizan ámbitos de autonomía frente al Estado, en vez de facultades de participación. Es conveniente indicar, sin embargo, que en algunos influyentes países europeos se usan expresiones similares a «libertades públicas» con un significado técnico. Así, en Francia se habla de *libertiés publiques*, y en el Reino Unido de *civil liberties*. En ambos casos, se trata de los derechos fundamentales

según una concepción puramente material. Es significativo que sean dos países con una larga tradición de ausencia de control de constitucionalidad de las leyes —en Francia se ha establecido plenamente, y en una versión puramente preventiva, sólo en 1974— y, por tanto, dos ordenamientos en que el régimen jurídico de los derechos fundamentales había de buscarse en la legislación y la jurisprudencia ordinarias. Es precisamente ese régimen jurídico global (legal, reglamentario, jurisprudencial) lo que designan las mencionadas expresiones.

Con el término «derechos públicos subjetivos», se hace genéricamente referencia a aquellos derechos que los particulares ostentan frente al Estado o, con mayor precisión, frente a cualesquiera poderes públicos. En un sentido más técnico, no son todos los derechos oponibles a los poderes públicos, sino tan sólo aquellos que están sometidos al derecho administrativo; es decir, quedan fuera los derechos subjetivos que surgen frente a la Administración cuando ésta actúa con sujeción al derecho privado (civil, mercantil, laboral). Por tanto, estos derechos son «públicos» en un doble sentido: primero, porque operan frente a los poderes públicos; segundo, porque se rigen por el derecho público o administrativo, en vez de regirse por el derecho privado. Ello explica que haya sido históricamente una categoría capital para la juridificación de las relaciones de poder y, por tanto, para la propia construcción conceptual del Estado de derecho. Dicho esto, conviene tener muy presente que los derechos públicos subjetivos y los derechos fundamentales —o, en su caso, los derechos humanos— son algo más que dos modos distintos de observar un mismo fenómeno; y ello porque no todos los derechos públicos subjetivos son derechos fundamentales, ni los derechos fundamentales operan siempre como derechos públicos subjetivos. Lo primero se debe a que hay derechos públicos subjetivos que, no encarnan valores básicos de la democracia constitucional, ni pueden calificarse de desarrollo de norma constitucional alguna. Son creados, modificados y suprimidos libremente por el legislador. Este grupo está formado por la inmensa mayoría de los derechos otorgados a los particulares por las leyes administrativas. Lo segundo —o sea, que los derechos fundamentales no siempre operan como derechos subjetivos— se debe simplemente a que, como se verá más adelante, algunos derechos fundamentales pueden ser invocados también en las relaciones entre particulares.

La expresión «derechos de la personalidad», en fin, procede del derecho civil, donde sirve para designar un conjunto más bien heterogéneo de derechos subjetivos (vida e integridad; honor, intimidad e imagen; nombre, pseudónimo y títulos nobiliarios; condición de autor) que se caracterizan negativamente por su naturaleza no patrimonial, y positivamente por proteger determinados atributos de la personalidad misma. Ha existido una discusión teórica sobre la conveniencia de considerarlos derechos subjetivos, ya que se trataría de derechos autorreflexivos, es decir, derechos en los que sujeto y objeto coinciden. Por ello, algunos

autores prefieren hablar de «bienes de la personalidad», poniendo de manifiesto que la discusión es más aparente que real: se trata, en todo caso, de atributos de la personalidad susceptibles de apropiación jurídica (art. 333 CC) y, por tanto, su contenido último consiste en la posibilidad de exigir la no intromisión de los demás. Se trata, pues, de derechos absolutos o *erga omnes*, cuya infracción ha de repararse por vía de indemnización. Los derechos de la personalidad, por lo demás, son de ejercicio personalísimo (art. 162 CC) y, en la medida en que forman parte del orden público, constituyen un límite a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).

Pues bien, la relación entre derechos de la personalidad y derechos fundamentales —o, en su caso, derechos humanos— puede ser vista en dos planos. Por una parte, no todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales; esto es, no todos los derechos de la personalidad, cuya protección por el ordenamiento español es anterior a la aprobación de la Constitución en 1978, han sido constitucionalizados o encarnan valores básicos de la democracia constitucional. Baste pensar, por ejemplo, en el derecho de autor. Ello significa que, dentro de los derechos de la personalidad, cabe distinguir dos grupos, según sean de rango constitucional o meramente legal. Respecto de estos últimos, decir que son creados por el legislador sería un abuso del lenguaje, pues ningún ordenamiento contemporáneo ignora el nombre —aunque sí los títulos nobiliarios— o la condición de autor; pero indudablemente cabe afirmar de ellos que la libertad de configuración del legislador es, si no absoluta, sí mucho mayor que respecto de aquellos otros derechos de la personalidad que, además, son derechos fundamentales. Por otra parte, en aquellos derechos en que concurren ambas condiciones (derechos fundamentales y derechos de la personalidad), su eficacia entre particulares como derechos fundamentales adopta la forma de derechos de la personalidad; lo que, como se verá en su momento, no deja de tener relevancia práctica a la hora de determinar el correspondiente régimen jurídico.

5. Clasificaciones de los derechos fundamentales

De los derechos fundamentales se han hecho múltiples clasificaciones; pero esta variedad es más aparente que real, pues incide más sobre las preferencias terminológicas del autor correspondiente que sobre los criterios tipológicos. Casi todas las clasificaciones al uso, en el fondo, se basan bien en un criterio funcional bien en un criterio estructural.

Por su función, los derechos fundamentales pueden ser clasificados en tres grandes grupos, que ya han sido mencionados al hablar de la evolución histórica de las declaraciones de derechos, a saber: derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales. Derechos civiles son aquellos que tienen como finalidad garantizar determinados ámbitos de libertad de actuación o autonomía, en los que el Estado no debe interferir

(libertad de expresión, derecho a la integridad física, libertad de asociación, etc.). Derechos políticos son aquellos que tienen como finalidad garantizar la gestión democrática de los asuntos públicos (derecho de sufragio, derecho de acceso a los cargos públicos, derecho de petición, etc.). Derechos sociales son aquellos que tienen como finalidad garantizar unas condiciones de vida digna (derecho a la educación, derecho a la salud, etc.). Cada uno de estos tres grupos de derechos responde, respectivamente, a las exigencias del Estado de derecho, del Estado democrático y del Estado social. A todo lo anterior, como se señaló más arriba, algunos añaden los llamados «derechos colectivos» (medio ambiente, patrimonio cultural, etc.), que protegen intereses supraindividuales.

Por su estructura, en cambio, los derechos fundamentales se clasifican según la naturaleza de la facultad que otorgan a su titular. Así, se suelen señalar los siguientes tipos: derechos de defensa, que facultan a exigir la no interferencia; derechos de participación, que facultan a realizar actos con relevancia pública; y derechos de prestación, que facultan a reclamar un beneficio. No obstante, para comprender adecuadamente la clasificación de los derechos fundamentales según un criterio estructural, es necesario hacer dos aclaraciones ulteriores.

Por un lado, hay que señalar que no existe una correspondencia perfecta entre los criterios funcional y estructural; es decir, no siempre los derechos civiles coinciden con los derechos de defensa, los derechos políticos con los derechos de participación, y los derechos sociales con los derechos de prestación. Ello es particularmente claro en ciertos derechos (libertad sindical, derecho de huelga, negociación colectiva) que, siendo sociales por su función —al menos, en una perspectiva histórica—, tienen una clásica estructura de derechos de defensa. Además, en algunos derechos se entremezclan facultades de distintos tipos. Por ejemplo, el derecho a acceder a los cargos públicos comprende tanto la facultad de no ver impedido el acceso si se reúnen los requisitos correspondientes (derecho de defensa), cuanto el derecho a ejercer los cometidos propios de dicho cargo (derecho de participación).

Por otro lado, aunque la idea de derechos de participación es relativamente clara, las nociones de derechos de defensa y derechos de prestación se prestan a ciertos equívocos. La noción de derechos de defensa es equívoca porque, siguiendo la célebre distinción de Isaiah BERLIN, la libertad puede ser «negativa» o «positiva»; esto es, la autonomía o no interferencia puede consistir tanto en que el Estado no haga algo a la persona (detener arbitrariamente, interceptar las comunicaciones, etc.), como en que no impida hacer algo a la persona (publicar un libro, crear una asociación, etc.). En términos técnico jurídicos, ello significa que, mientras algunos derechos de defensa se plasman en una abstención del Estado en sentido estricto, otros se traducen en que el Estado no impida

a los particulares realizar actos jurídicos o, incluso, simplemente materiales.

En cuanto a la noción de derechos de prestación, *el* equívoco estriba en que, junto a derechos que facultan a exigir un beneficio o prestación en sentido estricto —por ejemplo, el derecho a una educación básica gratuita—, hay derechos que facultan a utilizar un servicio público, siendo *el* ejemplo arquetípico el derecho a la únela judicial efectiva. Desde el punto de vista del titular del derecho, esta diferencia es más cuantitativa que cualitativa, ya que hace referencia a la mayor o menor libertad del legislador a la hora de regular el acceso al servicio y el concreto contenido del mismo. Ocurre que determinados servicios —tal es señaladamente el caso de la administración de justicia— han pertenecido siempre al núcleo duro de las funciones estatales y, en consecuencia, dejan muy poco margen de apreciación al legislador a la hora de regular el acceso a la prestación y el contenido de la misma. En otras palabras, más por razones políticas que genuinamente constitucionales, hay servicios que están bastante inmunizados frente a las prioridades presupuestarias de la mayoría gobernante en cada momento.

Conviene tener presente, en fin, que las clasificaciones de los derechos fundamentales poseen un valor más académico que práctico, pues al final hay que estar al régimen de cada concreto derecho. Aun así, no hay que olvidar que toda clasificación funcional arroja luz sobre los valores protegidos por los derechos, mientras que toda clasificación estructural ayuda a comprender el contenido efectivo de los mismos.

6. Funciones de los derechos fundamentales

En toda visión de conjunto sobre las declaraciones de derechos, es conveniente hacer una breve referencia a las funciones que cumplen los derechos fundamentales en la esfera jurídico-política. Estas funciones son, básicamente, dos: una función de protección y una función de legitimación.

La función de protección es la más evidente y, sin duda, prioritaria: los derechos fundamentales nacieron precisamente como instrumentos de salvaguardia del individuo frente a los poderes públicos. Aquí es importante subrayar que, cuando se dice que los derechos fundamentales protegen frente a los «poderes públicos», se hace referencia a todos los poderes públicos cualquiera que sea su naturaleza (legislativa, ejecutiva, judicial) o nivel (estatal, autonómico, local). La plenitud de la función protectora se alcanza cuando los derechos fundamentales vinculan también al legislador y ello, como se dijo más arriba, sólo ocurre allí donde hay un sistema efectivo de control de constitucionalidad de las leyes. En aquellos países inequívocamente democráticos donde no hay justicia constitucional (Reino Unido, Países Bajos, Suecia, etc.), es incontestable

que la función de protección de los derechos fundamentales está disminuida: pero no completamente ausente. La función de protección que cumplen los derechos fundamentales no consiste sólo en imponer topes al legislador, sino también en limitar la actividad administrativa y jurisdiccional. Además, los derechos fundamentales también cumplen su función de protección en la medida en que inspiran el funcionamiento global del ordenamiento jurídico, creando un ambiente respetuoso r.l con ellos.

La función de legitimación, por su parte, consiste en que los derechos fundamentales operan como criterios para distinguir lo justo de lo injusto; y ello tanto respecto de actuaciones políticas concretas, como de cada Estado —o, más en general, organización política— en su conjunto. Es cierto que esta función de legitimación ha estado siempre presente en las declaraciones de derechos. Recuérdese que el constitucionalismo siempre se ha basado en la idea de que *el* Estado sólo debe existir, en última instancia, para proteger los derechos fundamentales. No otra cosa subyace al art. 10.1 CE cuando dice de ellos que son «fundamento del orden político y de la paz social»: sin respeto por los derechos fundamentales, no puede haber democracia constitucional ni tampoco, siquiera, concordia civil. En los últimos tiempos, la función de legitimación de los derechos fundamentales se ha visto notablemente acentuada, sobre todo en el plano internacional. Es significativo, por ejemplo, que, frente a la tradicional regla de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, se va abriendo paso la doctrina de la «intervención humanitaria» precisamente para hacer frente a situaciones de violación masiva de los derechos humanos. Menos dramático, aunque igualmente significativo, es que el art. 6 TUE proclame que la Unión Europea «se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y *el* Estado de derecho, principios que son comunes a los Estados miembros». Este es, además, el único requisito exigible para formar parte de la Unión Europea (art. 49 TUE). En pocas palabras, el respeto por los derechos fundamentales ya no determina sólo la aceptabilidad de un régimen político por parte de sus ciudadanos, sino también la respetabilidad internacional de un país.

7. La estructura de las normas sobre derechos fundamentales: reglas y principios

Un rasgo peculiar de los derechos fundamentales es que muy a menudo tienen una formulación normativa abierta. Ciertamente, que haya normas con textura abierta es algo que ocurre en todos los sectores del ordenamiento; pero, en materia de derechos fundamentales es mucho más frecuente, hasta el punto de resultar incluso normal. Por expresarlo con propiedad, las normas que declaran derechos fundamentales suelen tener una estructura principal. De aquí derivan, como se verá, las mayo-

res dificultades de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

Según una distinción ya clásica, cuya elaboración más acabada se debe a Robert ALEXI, las normas jurídicas pueden, por su estructura, presentarse como reglas o como principios. Las reglas responden a la idea tradicional de norma jurídica, como enunciado que consta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Por ejemplo, la norma «quien roba a otro debe ser condenado a prisión» tiene una estructura de regla. Los principios, en cambio, serían mandatos de optimización de un determinado valor o bien jurídico; es decir, son normas que ordenan que el valor o bien jurídico por ellas contemplado sea realizado en la mayor medida posible. Por ejemplo, la norma «las obligaciones contractuales deben cumplirse con arreglo a la buena fe» tiene una estructura de principio. Obsérvese que aquí ya no hay un supuesto de hecho en sentido técnico, pues no hay una definición mínimamente precisa de un tipo de situación en que pueden hallarse personas y cosas; y tampoco hay una consecuencia jurídica propiamente dicha, pues la norma no establece con claridad qué debe hacerse.

La técnica de aplicación de los principios es distinta de la técnica de aplicación de las reglas. Estas últimas se aplican según la conocida «técnica de la subsunción», consistente en determinar si un determinado caso real encaja o no dentro del supuesto de hecho. En contra de lo que a veces se cree, la subsunción dista de ser una operación automática, pues puede plantear problemas interpretativos de todo tipo. Así, por volver al ejemplo arriba mencionado, puede ocurrir que no sea claro a quién pertenece la cosa que se dice robada y, por tanto, si ha habido o no un auténtico robo. Ahora bien, una vez dilucidada la cuestión, la respuesta será inequívoca: si ha habido robo, deberá haber condena a prisión; y, si no lo ha habido, deberá absolverse al acusado. Dicho en términos más generales, tratándose de reglas, debe aplicarse la consecuencia jurídica si se da el supuesto de hecho y, por consiguiente, la operación aplicativa se plantea en términos de sí o no. Por el contrario, la aplicación de los principios se realiza mediante la «técnica de la ponderación», que no se plantea en términos de sí o no, sino de más o menos. Se trata de optimizar el valor o bien jurídico y, por ello, de darle la máxima efectividad posible habida cuenta de las circunstancias del caso. Ello suscita dificultades, que se examinarán más adelante. Por el momento, baste señalar que, si hay un rasgo peculiar del razonamiento jurídico en materia de derechos fundamentales, es precisamente éste: dada la abundancia de normas con estructura de principios, la técnica de aplicación predominante no es la subsunción, como ocurre en casi todos los sectores del ordenamiento, sino la ponderación.

Dicho esto, hay que recordar que no todas las normas sobre derechos fundamentales están formuladas como principios. Algunas tienen

una estructura inequívocamente de reglas. Por ejemplo, el art. 17 CE dispone que «en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial»; y el art. 18 CE establece que la entrada en domicilio sólo podrá hacerse mediante «consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito». Ahora bien, son mucho más frecuentes las normas sobre derechos fundamentales con estructura de principios: «los españoles son iguales ante la ley» (art. 14 CE), «todos tienen derecho a la vida» (art. 15 CE), «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (art. 18 CE), «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales» (art. 24 CE), etc. La abundancia de normas con estructura principal, por lo demás, no es una peculiaridad de la Constitución española, sino que es una característica común, en mayor o menor medida, a todas las declaraciones de derechos. En resumen, aunque no todas las normas que proclaman derechos fundamentales son principios, ni éstos son exclusivos de la regulación de derechos fundamentales, es incuestionable que es precisamente en el terreno de los derechos fundamentales donde los principios alcanzan, en términos cuantitativos y cualitativos, su máxima importancia.

Llegados a este punto, conviene hacer dos aclaraciones. Por un lado, cuando aquí se oponen los principios a las reglas, se hace referencia, como se ha visto, a los dos posibles tipos de normas según su estructura; pero, en el lenguaje jurídico, la palabra «principios» se utiliza también con otros significados. Así, a veces, equivale a norma que, cualquiera que sea su estructura, se reputa de importancia fundamental por su contenido. Por ejemplo, se suele hablar de «principio monista» para designar la norma recogida en el art. 96 CE, según la cual los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados forman parte del ordenamiento interno; y, de manera similar, se suele hablar de principio de autonomía de la voluntad para designar la norma consagrada en el art. 1255 CC, según la cual cabe estipular cualesquiera pactos que no sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Obsérvese que en ninguno de estos dos casos se está en presencia de normas carentes de supuesto de hecho (celebración de tratados internacionales, estipulación de cuantos pactos se tenga por conveniente) ni de consecuencia jurídica (incorporación al ordenamiento interno de los tratados celebrados, vinculación contractual a los pactos estipulados). Si en estos casos se acude a la idea de principios, es porque las citadas normas se consideran de fundamental importancia para la configuración y el funcionamiento, respectivamente, del sistema de fuentes del derecho o de las relaciones jurídico-privadas. Además, en el caso del art. 96 CE, se trata de una norma de rango constitucional; lo que añade una consideración jerárquica a la de contenido. Pues bien, cuando se dice que los derechos fundamentales suelen estar formulados como principios, no se hace refe-

reacia a su importancia fundamental para el entero ordenamiento jurídico —que, por definición, tienen— sino, como queda dicho, a su estructura. Así lo demuestra el hecho de que también los derechos formulados como reglas tienen una importancia fundamental y, sin embargo, no son principios en cuanto a su estructura. Es ésta la que aquí interesa, ya que condiciona las operaciones de interpretación y aplicación normativa.

Por otro lado, las normas con estructura de principios se caracterizan por su vaguedad; es decir, su extensión no está bien delimitada o, si se prefiere, no es claro hasta dónde llega el ámbito de realidad que regulan. La vaguedad no es lo mismo que la ambigüedad. Esta última noción no hace referencia a la extensión, sino al significado mismo de los términos. Así, por ejemplo, la palabra «banco» es ambigua, porque puede significar tanto un asiento como una institución financiera; pero, una vez determinado por el contexto si se hace referencia a una u otra cosa, no será particularmente difícil saber cuándo se está en presencia de un banco. La expresión «buena fe», en cambio, no es ambigua, ya que designa una realidad básicamente unitaria; pero es vaga, porque a menudo resulta muy difícil determinar si un comportamiento concreto es lo suficientemente leal como para respetar la exigencia de buena fe. La vaguedad es frecuente en las normas constitucionales y, en particular, en las que consagran derechos fundamentales. Suele decirse que estas normas tienen una «textura abierta». En contra de lo que puede parecer a primera vista, esta vaguedad de las normas sobre derechos fundamentales no es necesariamente un defecto, sino que existen argumentos de peso a su favor. Como ha mostrado Víctor Ferreres, la vaguedad o textura abierta de muchas normas sobre derechos fundamentales es fisiológica habida cuenta de la función que deben cumplir en el ordenamiento; y ello por dos razones. La primera es que, si no tuvieran una textura abierta, los derechos fundamentales vivirían bajo la tiranía del pasado, sin poder dar respuesta a nuevas exigencias sociales de libertad. Baste pensar, por poner ejemplos obvios, en los problemas vinculados al progreso tecnológico en materia genética o informática. La otra razón, aún más importante, es que los derechos fundamentales protegen valores o bienes jurídicos sobre cuyo significado no siempre existe un consenso generalizado; y, en una sociedad pluralista, es normal que así sea. Piénsese, verbigracia, que valores tales como la vida humana o la intimidad de las personas son frecuentemente objeto de vivas controversias. Así, con frecuencia, sólo mediante una formulación deliberadamente vaga es posible que los derechos fundamentales se adapten a la cambiante realidad social y al pluralismo ideológico, sin necesidad de reabrir constantemente el debate sobre los valores básicos en que se apoya la democracia constitucional.

8. La interpretación en materia de derechos fundamentales y el problema de la apertura al debate moral

La formulación de los derechos fundamentales como principios da

lugar a problemas específicos en sede de interpretación. Cuando se trata de reglas, en cambio, la interpretación en materia de derechos fundamentales no suscita peculiaridades dignas de mención, pudiendo seguirse los métodos hermenéuticos establecidos. Ello no excluye, por supuesto, que también respecto de aquellos derechos fundamentales que están formulados como reglas puedan surgir casos difíciles, que exigen un especial esfuerzo interpretativo. Por ejemplo, es verdad que el art. 17 CE establece una regla bien precisa, según la cual el plazo máximo para poner a disposición judicial a toda persona detenida es de setenta y dos horas; pero ¿qué ocurre cuando la detención se produce en alta mar y no hay posibilidad material de observar dicho plazo? El Tribunal Constitucional ha estimado que dicha imposibilidad material, máxime al ir acompañada de un seguimiento judicial vía radio, determina que no haya vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (STC 21/1997).

Cuando se trata de principios, que es lo más frecuente, se multiplican las dificultades interpretativas y, sobre todo, los métodos hermenéuticos establecidos (literal, histórico, sistemático, teleológico) se muestran a veces insuficientes. Basten algunos ejemplos bien conocidos: ¿exige el derecho a la vida la penalización de toda forma de interrupción voluntaria del embarazo?; ¿está la publicidad comercial cubierta por la libertad de expresión?; „puede un juez ordenar la transfusión de sangre a un menor sin vulnerar su libertad religiosa?; ¿es compatible la imposición del test de alcoholemia con el derecho a no declarar contra uno mismo?; ¿es lícita, desde el punto de vista del derecho a la intimidad, la videovigilancia en lugares públicos? En estos casos, como en tantos otros que podrían citarse, la dificultad principal deriva de que se trata de derechos fundamentales formulados como principios; y los principios son, como se ha visto, mandatos de optimización de determinados valores o bienes jurídicos. De aquí se sigue que la interpretación en materia de derechos fundamentales debe dar respuesta a dos interrogantes: primero, ¿qué debe optimizarse?; segundo, ¿hasta dónde debe llegar la optimización?

La respuesta a la primera pregunta es que hay que dar la mayor efectividad posible, habida cuenta de las circunstancias del caso, al valor o bien jurídico protegido por el derecho fundamental en juego. Por ello, resulta indispensable identificar cuál es el valor —o, en su caso, los valores— que cada derecho fundamental protege, lo que no siempre es evidente ni pacífico. Esta necesidad de identificar valores o bienes jurídicos trae consigo, a su vez, una apertura del razonamiento jurídico a la filosofía política y moral. Entiéndase bien: no se quiere decir que la interpretación en materia de derechos fundamentales haya de transformarse en un debate filosófico. Se quiere decir, más bien, que la identificación de esos valores —y, por consiguiente, del sentido mismo de la norma— difícilmente puede realizarse sin recurrir a la filosofía política y moral. Así, la práctica interpretativa en materia de derechos fundamen-

tales resulta mejor explicada por quienes sostienen que las lagunas e imprecisiones existentes en el ordenamiento deben ser colmadas mediante el auxilio de conceptos y argumentos morales (Robert Dworkin, Robert Alexy, Jürgen Habermas), que por quienes piensan que aquí hay pura y simple discrecionalidad de los operadores jurídicos y, en última instancia, de los jueces (Hans Kelsen, Herbert Hart). Dicho esto, la tesis de que la interpretación en materia de derechos fundamentales está abierta al debate moral debe ser entendida en sus justos términos; lo que exige hacer toda una serie de matizaciones, tendentes a poner coto al riesgo de caer en manos de una especie de «juez-filósofo», de resonancias platónicas.

Así, en primer lugar, no está de más recordar que la moral que puede auxiliar al razonamiento jurídico es la moral crítica, no la moral positiva o moral social. La moral crítica da argumentos de naturaleza prescriptiva; es decir, trata de indicar qué comportamiento es bueno o justo ante un problema dado. La moral positiva o social, en cambio, es una mera descripción de lo que, de hecho, se considera bueno o justo en una sociedad dada. La moral positiva o moral social es de poca ayuda al razonamiento jurídico porque, si se aceptara como argumento para fijar el contenido y alcance de un derecho fundamental lo que la mayoría de las personas consideran bueno o justo, la propia función de los derechos fundamentales como límite frente a las decisiones de la mayoría quedaría en entredicho. Nunca se repetirá bastante que los derechos fundamentales despliegan su máxima utilidad en la protección de todo tipo de disidentes y marginales, mientras que quienes se comportan según la pauta mayoritaria rara vez han de invocarlos. Este sentido «anti-mayoritario» de los derechos fundamentales, sin embargo, no debe ocultar que a veces los cambios profundos en las convicciones morales de la sociedad pueden servir de argumento para redefinir el contenido y alcance de los derechos fundamentales. Por ejemplo, para sostener que la exclusión de los homosexuales del ejército es contraria al derecho a la intimidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que no cabe ignorar las ideas imperantes al respecto (STEDH *Smith y Grady c. Reino Unido* de 27 de septiembre de 1999).

En segundo lugar, el recurso a la argumentación moral debe ser realista y respetuoso con las exigencias de la democracia. Ello significa que no es lo mismo pensar que decidir y, por tanto, deben rechazarse aquellas interpretaciones que, aun estando avaladas por argumentos de filosofía política y moral, conduzcan a soluciones poco viables. Y, sobre todo, ello significa que la apertura a la filosofía política y moral no puede servir de pretexto para subvertir el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas. Por sólida y convincente que sea, una doctrina moral no debe sustituirse a la ley democráticamente aprobada. En la democracia constitucional, la ley está ciertamente subordinada a normas de rango superior, incluidas aquellas que proclaman derechos funda-

mentales; pero no por ello deja de ser una democracia, en la que debe operar, como observa Víctor Ferreres, una especie de «presunción de validez de las leyes»: siempre que quepa una interpretación razonable del derecho fundamental que salve la validez de la ley, ésta debe preferirse. La apertura a la filosofía política y moral halla, así, un tope en la libertad de configuración del ordenamiento que corresponde al legislador democrático. No cabe intentar a toda costa imponer una determinada doctrina o concepción moral, pasando por encima de la mayoría encarnada en el legislador democrático.

En tercer lugar, la apertura a la filosofía política y moral en materia de interpretación de derechos fundamentales ha de ser respetuosa con el texto interpretado y coherente con la tradición y el contexto de la carta constitucional de que se trate. Esta observación es importante porque, como se ha visto, los derechos fundamentales tienden a la universalización y, por consiguiente, existe también la tendencia a entender que su contenido debe ser el mismo en cualquier lugar. En otras palabras, tiende a pensarse que si el valor o bien jurídico protegido, por ejemplo, por la libertad de expresión no varía de un país a otro —lo que es, sustancialmente, cierto—, tampoco debería variar la respuesta a todas las cuestiones concretas planteadas en sede de libertad de expresión.

Habría que concluir, entonces, que todo ordenamiento donde la publicidad comercial no esté cubierta por la libertad de expresión desconoce gravemente este derecho fundamental? Parece que esta conclusión sería exagerada. Pues bien, afirmar que la interpretación debe tomar en consideración la tradición y el contexto no implica negar la universalidad de los principales derechos, sino que significa que allí donde el contenido de un derecho fundamental no es claro debe preferirse aquella interpretación que resulte más acorde con el conjunto del sistema constitucional de que se trate. Éste es el llamado principio de «concordancia práctica», ampliamente estudiado por Konrad Hesse y Carlos Nino, según el cual las normas constitucionales forman un todo, por lo que deben ser interpretadas y aplicadas del modo más acorde para al correcto funcionamiento del sistema en su conjunto. Si se prefiere, esta idea podría ser expresada diciendo que, si bien en un momento histórico dado los grandes postulados del constitucionalismo, incluido el catálogo y el significado básico de los principales derechos fundamentales, tienen vocación universal y, por ello, son los mismos en cualquier parte, pueden existir importantes diferencias de detalle de un ordenamiento a otro. Si no fuera así, no sería necesario que cada país se dotara de su propio texto constitucional, ni que los países de una misma área acordaran tratados sobre derechos humanos, sino que cabría resolver los problemas jurídicos mediante una referencia genérica a grandes doctrinas; y la experiencia demuestra que esto no es factible.

En cuarto y último lugar, hay que subrayar la extraordinaria importancia que, para la interpretación en materia de derechos fundamenta-

les, tiene la jurisprudencia. Ésta deriva, como es obvio, de la estructura principia) de tantas de las normas con que debe operar. La jurisprudencia cumple un papel determinante a la hora de encauzar la utilización de conceptos y argumentos morales, ya que, precisamente por intermediación jurisprudencial, esos conceptos y argumentos de origen extrajurídico se juridifican. Es la obra de los órganos judiciales supremos competentes en la materia —en España, el Tribunal Constitucional (arts. 53 CE y 5 LOPJ) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 10 CE)— la que va progresivamente rellenando los huecos existentes en la textura abierta de las normas sobre derechos fundamentales. Por ello, más que ningún otro sector del ordenamiento, los derechos fundamentales constituyen un auténtico «derecho jurisprudencial»: es precisamente la jurisprudencia la que completa el enunciado a menudo lapidario de las declaraciones de derechos, dotándolas de concreción y certidumbre. Vistas así las cosas, se reduce la distancia entre quienes piensan que las lagunas deben ser colmadas mediante argumentos extrajurídicos, traídos de la filosofía política y moral, y quienes piensan que esas lagunas dan lugar a pura y simple discrecionalidad judicial; y ello porque, si se entiende que la norma a aplicar no es sólo el enunciado de la correspondiente declaración de derechos sino también su desarrollo jurisprudencial, entonces el margen de indeterminación y vaguedad queda notablemente reducido. Además, siempre en esta perspectiva, la apertura al debate moral no corresponde por igual a todos y cada uno de los operadores jurídicos, sino que es encauzado por los órganos judiciales supremos, que tienen sus propias tradiciones y pautas de razonamiento.

9. La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales

Los principios como mandatos de optimización no sólo exigen explicar, como se acaba de hacer, qué hay que optimizar, sino también hasta dónde hay que optimizar. La respuesta a este interrogante, que había quedado en el aire, es que hay que dar al valor o bien jurídico en juego la máxima efectividad que permitan las circunstancias del caso concreto. Yes aquí donde entra en escena la técnica de la ponderación, que trata precisamente de responder a esta pregunta: ¿cómo saber cuál es el máximo de efectividad posible de un valor dado en un caso concreto? La técnica de la ponderación es mucho menos conocida que la técnica de la subsunción y, dado que halla su principal campo en materia de derechos fundamentales, conviene hacer algunas aclaraciones acerca de su modo de operar.

Conviene partir de una distinción básica entre aquellos casos en que el valor o bien jurídico a optimizar entra en colisión con otro valor, y aquellos casos en que no hay colisión alguna entre valores tendencialmente opuestos. En este último supuesto, la respuesta es relativamente

sencilla: dado que nada se opone al despliegue de efectividad del valor o bien jurídico, éste debe aplicarse al máximo. Así, por ejemplo, no hay razón alguna para excluir el cotilleo inocuo —esto es, aquel que no daña la intimidad ni el honor de otros— del ámbito de la libertad de expresión. Frente a ello no tendría sentido adoptar una visión rigorista y señalar que los derechos fundamentales no se ocupan de problemas menores y periféricos respecto de su núcleo central de significado. Como se verá más detalladamente al analizar la restricción de derechos fundamentales, es difícil delimitar apriorísticamente y con precisión dónde empieza y dónde acaba el ámbito protegido por un derecho fundamental; y, por ello, es preferible sostener que, en ausencia de colisión con valores opuestos, todo derecho fundamental es, en principio, aplicable a cualquier situación en que razonablemente pueda atribuirse relevancia al valor o bien jurídico que protege. A ello debe añadirse una consideración de orden teleológico: ¿qué ocurriría, por volver al ejemplo propuesto, si una mayoría parlamentaria mojigata decidiera sancionar toda forma de cotilleo, incluso cuando no hace daño a nadie? En ausencia de colisión con otros valores o bienes jurídicos dignos de protección, es preferible siempre optar por la máxima efectividad concebible de los derechos fundamentales.

La verdadera dificultad surge cuando hay colisión. Es entonces cuando hay que realizar una ponderación entre los distintos valores en presencia. No está de más recordar que «ponderar» equivale a «sopesar». Se trata, así, de evaluar las razones a favor de un valor y otro, a fin de hallar el punto de equilibrio entre ambos que resulte más apropiado para el caso concreto. Aquí, como es obvio, el riesgo es caer en el puro subjetivismo, que conduce a decidir según las preferencias personales del intérprete. Para conjurar este peligro, la técnica de la ponderación debe ajustarse a tres exigencias.

En primer lugar, y de manera preliminar, es siempre necesario llevar a cabo un cuidadoso análisis de las características del caso concreto, tanto en sus aspectos fácticos como en sus aspectos jurídicos; y ello no sólo para saber con precisión dónde y cómo se produce la colisión entre valores, sino también porque puede ocurrir que un examen atento permita solucionar el caso sin sacrificar un valor a otro. Según la fórmula filosófica conocida como la «navaja de Ockham», siempre que un problema admite más de una solución debe preferirse la más sencilla. Tómese, por ejemplo, el polémico caso resuelto por la STC 154/2002: un adolescente se niega, por razones religiosas, a recibir una transfusión de sangre imprescindible para salvar su vida; sus padres, que ostentan la patria potestad, no dan su autorización, pero indican repetidamente que aceptarán la decisión que tome su hijo; el hijo muere y los padres son condenados por no haber convencido al menor a que aceptara la transfusión; el Tribunal Constitucional ampara a los padres, por entender que esa condena vulnera su libertad religiosa. Esta resolución es criticable

porque, si bien avalada por consideraciones de justicia material, no justifica la prioridad otorgada a la libertad religiosa sobre la vida y la integridad y, sobre todo, porque eleva a la categoría de norma jurídica las convicciones personales. Si este criterio se generalizara, conduciría a decisiones inaceptables incluso desde el punto de vista de la justicia material ¿sería admisible ese mismo criterio si, en lugar de una negativa a recibir una transfusión, se tratara de un caso de mutilación sexual de una menor consentido por ella, dadas sus creencias religiosas? Pues bien, un análisis más detallado de las circunstancias del caso tal vez habría permitido alcanzar una solución satisfactoria prescindiendo de la colisión entre libertad religiosa y vida humana: habría cabido sostener que la condena penal a los padres violaba el principio de legalidad penal (art. 25 CE), ya que la conducta reprochada carecía de suficiente tipificación en la legislación penal vigente.

En segundo lugar, una vez verificado que no hay solución posible al margen de la colisión entre valores, es preciso determinar cuál de ellos es más digno de protección. Para evitar la tentación del mero subjetivismo, hay que recordar que no se trata de decidir cuál de los valores en presencia es más digno de protección en abstracto, sino en el caso concreto. Para ello, pueden servir de orientación dos criterios. Por un lado, conviene determinar el grado en que cada uno de los valores en colisión se ve afectado: en principio, debe darse prioridad a aquel que pone en juego aspectos más próximos a su núcleo central de significado. Por ejemplo, si la colisión es entre el cotilleo (libertad de expresión) y revelación de la vida sentimental de una persona privada (intimidad), parece claro que este último derecho se ve afectado en un aspecto más central; pero la solución sería probablemente la contraria si la colisión fuera entre opinión política (libertad de expresión) y revelación de las amistades de un cargo público (intimidad). Por otro lado, *el* rango normativo puede ser tomado en consideración, aunque, como se comprobará al examinar la restricción de derechos, la jurisprudencia constitucional española no sostiene que, siempre que hay una colisión entre derechos fundamentales y valores o bienes jurídicos protegidos a nivel simplemente legislativo, deben ser aquéllos los que automáticamente prevalezcan.

En tercer y último lugar, es necesario recordar que la técnica de la ponderación no da respuestas en términos de sí o no, sino de más o menos. Por ello, el resultado de la ponderación no tiene que ser necesariamente la prioridad absoluta de uno de los valores en presencia, a costa del completo sacrificio del otro. La ponderación consiste también en determinar, habida cuenta de las circunstancias del caso concreto, hasta dónde hay que optimizar; es decir, estriba en hallar el punto justo de equilibrio entre valores opuestos. Aquí el criterio a seguir viene dado, según es pacíficamente admitido, por el principio de proporcionalidad. Este será analizado más despacio en sede de restricción de derechos

fundamentales. Por el momento, baste decir que el principio de proporcionalidad exige, entre otras cosas, que el valor o bien jurídico sacrificado lo sea únicamente en la medida necesaria para dar efectividad a aquel que goza de prioridad; y, por tanto, a igual efectividad, debe preferirse siempre la solución menos gravosa.