

BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VILLAVARDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M. A; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Tecnos, 2004.

La teoría general de los derechos fundamentales formulada por profesores del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo representa quizás el más elaborado análisis de la materia en España¹. La obra no pretende ofrecer una yuxtaposición de análisis parciales, sino un estudio completo y sistemático, fruto del trabajo conjunto. Por si fuera un contrasentido elaborar una teoría general fragmentada en perspectivas autónomas sin engarce, el libro surge «de un diseño y debate colectivo, y el resultado final, fruto de largas y casi siempre apasionadas discusiones, es por todos compartido» (pág. 13). No obstante, en la presentación se deja constancia de quién ha sido el ponente de cada apartado. Ello no sólo permite otorgar el debido reconocimiento intelectual a cada uno de los autores de la obra; podemos intuir también diferentes sensibilidades.

Un sistema dogmático de los derechos fundamentales, que analice todos los aspectos que componen la teoría general de los derechos, puede ser así una herramienta útil, como señalan los autores, para contrarrestar el desmesurado casuismo que hoy existe en la materia. Pero el libro no pretende contraponer a los

análisis de problemas concretos una teoría general cualquiera de los derechos fundamentales; se trata de formular aquella teoría adecuada a nuestro texto constitucional (no en vano la obra está dedicada, además de a Ignacio de Otto, a la Constitución española de 1978 en su vigésimo quinto aniversario).

1. Concepto de los derechos fundamentales e interpretación de los mismos

Los capítulos preparados por Francisco Bastida exponen el surgimiento y la interpretación de los derechos fundamentales (el epígrafe II del Capítulo dedicado al surgimiento de los derechos fundamentales ha sido redactado por Ignacio Fernández Sarasola). En el primer Capítulo comienza exponiendo el fundamento de los derechos fundamentales. Desde «siempre el ser humano ha buscado la manera de resistirse al poder de dominación y a lo largo de la historia ha ido creando fórmulas filosófico-jurídicas para frenar ese poder» (pág. 17); los derechos fundamentales surgen ya desde el primer constitucionalismo precisamente orientados a tal fin.

aborda la parte general antes del estudio particular de cada uno de los derechos

¹ Cabe citar también el libro de Luis María Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid: Thomson. Cívitas, 2003, que

Siendo los modelos históricos de fundamentación de los derechos fundamentales, el historicista, el iusracionalista y el positivista, (en la exposición de Fernández Sarasola), en el vigente constitucionalismo democrático, el fundamento de los derechos hay que encontrarlo en la Constitución positiva². El único derecho válido es el derecho positivo y lo decisivo es la decisión política fundamental del soberano; por lo tanto, la forma de impedir que el uso de la fuerza se vuelva contra los individuos no puede ser mediante la apelación a un derecho natural de resistencia a la opresión, sino haciendo de la Constitución la norma jurídica suprema (págs. 37-38). Termina el capítulo estudiando la fundamentalidad de los derechos en nuestra Carta Magna, por tanto en su Título I. La interpretación constitucional, en su opinión, consiste en una labor en gran medida creadora de determinación de lo abstractamente formulado en la norma constitucional; así lo impone la estructura abierta de las normas iusfundamentales. Las especificidades de la hermenéutica constitucional replantea las relaciones entre los órganos constitucionales y afectan en especial a la posición del Tribunal Constitucional (págs. 60-62). Tras explicar los diferentes métodos de interpretación constitucional (la hermenéutica clásica, la tópica, el método científico-espiritual, la hermenéutica de concreción y la interpretación teórico-sistemática) analiza los principios de interpretación constitucional: el principio de unidad de la Constitución, el principio de concordancia práctica, el principio de proporcionalidad, el principio de efectividad de los derechos, el principio de interpretación con-

forme con la Constitución y el principio de interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los derechos fundamentales. Si bien las diferentes teorías de los derechos fundamentales y la Constitución (la teoría liberal, la teoría institucionalista, la teoría axiológica, la teoría democrático-funcional, y la teoría social) inciden en la interpretación, hemos de acudir de nuevo a la interpretación constitucionalmente adecuada a nuestra norma suprema. Así, hemos de tomar conciencia de la participación de los derechos fundamentales de la fuerza normativa de la Constitución, de la mixtura de los paradigmas social y liberal en la conformación de nuestra Constitución, de la concepción procedimental de la democracia y de la particular posición que desempeña el artículo 10.2 CE.

2. La estructura de las normas de los derechos fundamentales, los sujetos de los derechos y su eficacia

Los capítulos elaborados por Presno Linera y Benito Aláez dan una especial importancia a la dimensión objetiva de los derechos y a las consecuencias que ello tiene para el vigente constitucionalismo.

Presno Linera, tras exponer cómo nuestra norma fundamental ha acogido un modelo mixto de principios (mandatos de optimización) y reglas (que sólo pueden ser cumplidas o incumplidas), analiza la doble dimensión de los derechos: éstos no son sólo derechos subjetivos, sino principios objetivos que informan todo el ordenamiento; mientras la primera di-

2 La fundamentación metajurídica, que impone consecuencias dogmáticas difíciles de asumir (págs. 30 ss), resulta superada por una fundamentación interna que se agota en la norma constitucional, cabeza de un sistema jurídico positivo autoreferencial que se correspondería con una concepción de la democracia

orientada igualmente por el postulado luhmanniano de la autorreferencialidad. El propio postulado de la dignidad humana, al que se atribuye una posición central en este Capítulo I, es remitido al criterio de concreción del Título I de la Constitución

mención «no supone una transformación esencial de la estructura de la Constitución, dicha transformación sí tiene lugar al añadir la vertiente jurídico-objetiva del derecho» (pág. 51). Esto impulsa, en primer lugar, tareas al Estado que se convierten en facultades del ciudadano de reclamar su realización. Además, con el papel nuclear que asume la dignidad humana en nuestro sistema constitucional (artículo 10.1 CE), fruto de la configuración de los derechos como principios objetivos, se explica el efecto irradiante de los derechos fundamentales, esto es, la proyección del derecho a todos los sectores del ordenamiento, y el efecto recíproco entre los derechos y las leyes que lo disciplinan. Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, «fundamento del orden político y de la paz social» (artículo 10 CE).

Benito Aláez analiza los sujetos de los derechos y su eficacia. La necesidad de deslindar entre titularidad y lo que denomina *capacidad jurídica iusfundamental* (la primera alude a la capacidad actual, la segunda a la capacidad *potencial*) relativiza los status de los individuos, pues todas las personas tienen idéntica capacidad jurídica iusfundamental. Analiza los casos problemáticos de la titularidad de los derechos (comienzo y el término de la personalidad, posición de las personas jurídico-privadas y jurídico-públicas y de los colectivos sin personalidad, la extranjería y las relaciones de sujeción especial). Los obligados por los derechos fundamentales no sólo son los poderes públicos (eficacia vertical de los derechos); los particulares también deben respetar los derechos fundamentales (eficacia horizontal), pues solo así puede dotarse de validez la pretensión del texto constitucional de convertirse en auténtica norma suprema (pág. 102). Esta última consideración la desarrolla al analizar la eficacia de los derechos. Tras realizar una serie de consideraciones sobre la eficacia ex-

traterritorial de los derechos (págs. 180, 181), estudia la eficacia de los derechos en las relaciones jurídico-privadas y en las relaciones jurídico-públicas. Si bien los derechos fundamentales son sobre todo derechos subjetivos que se definen por la judicabilidad de su contenido, su específica consideración como principios objetivos explica la conducta de los poderes públicos y en especial la específica relación del legislador con los derechos. Si el deber de protección de los derechos (artículo 9.2 CE) afecta específicamente al legislador, éste «ha pasado, así, de considerarse desvinculado de los derechos fundamentales, a constituir el poder público al que el texto constitucional, sujetándolo al respeto de aquéllos, le ha atribuido las principales funciones para dotarlos de eficacia» (pág. 184). Los particulares también están obligados por los derechos; tras estudiar las relaciones entre autonomía privada y derechos fundamentales, postula una eficacia mediata de los derechos: de su cumplimiento por el legislador sí cabe extraer fórmulas concretas. Concluye advirtiendo sobre el desdibujamiento de la línea divisoria entre Derecho público y Derecho privado. Paralelamente a la privatización de la esfera pública (huida del Derecho Administrativo y privatización de los servicios públicos), se desarrolla una publicación de la esfera privada.

3. Objeto, contenido y límites de los derechos; el legislador de los derechos fundamentales

Los capítulos escritos por Ignacio Villaverde, de una particular finura dogmática, se centran en el análisis de la «clásica» dimensión subjetiva de los derechos fundamentales: un derecho fundamental eleva a rango constitucional un ámbito de plena inmunidad frente al poder público bien mediante un permiso para hacer algo o bien a través de una prohibición de po-

der público³. Al analizar el contenido del derecho fundamental, como el poder o conjunto de poderes concebidos como facultades mediante los que se hace valer frente a terceros el permiso o la prohibición, insiste en que los derechos fundamentales protegen ámbitos exentos de poder público. La existencia de un contenido objetivo del derecho vinculado a la dimensión objetiva sólo se comprende como mandato de optimización de la libertad individual; en cualquier caso, tal dimensión hace de los poderes públicos también garantes de los derechos fundamentales (págs 108, 109). El contenido subjetivo de los derechos comprende el haz de facultades para asegurar la libertad antes referida y se puede expresar en forma de derechos de libertad, garantías institucionales o derechos de prestación. La técnica de los derechos de libertad es la forma típica de garantía del objeto del derecho fundamental. El objeto de un derecho de prestación es el mandato constitucional que impone al poder público el deber de hacer algo (el ejemplo más claro de derechos de prestación es el derecho a la tutela judicial, artículo 24 CE)⁴. Aunque en rigor un derecho de prestación no puede identificarse con una garantía institucional o una garantía de procedimiento y organización, existen entre las tres nociones lazos muy estrechos. La garantía institucional es una técnica «que objetiva la libertad y la juridifica convirtiendo su

contenido no en la abstracta protección de un *agere licere* (...) sino en la ordenación normativa de una determinada realidad⁵. La Constitución sujeta así al legislador a una dimensión objetiva de los derechos. Los derechos fundamentales requieren, en fin, directa o indirectamente, procedimientos jurídicos a través de los cuales se optimice la libertad garantizada, o la creación de organismos dirigidos a velar por esa optimización: son las garantías de organización y procedimiento. Analiza por último la noción *materia sobre la que se proyecta* el derecho fundamental: la norma describe en abstracto un objeto y un contenido y sólo estos constituyen el contenido del derecho.

En el Capítulo 6 comienza explicando la noción de límite: es «la negación en último término de la garantía iusfundamental a una de las posibles conductas que cabría encuadrar en el objeto del derecho fundamental» (pág. 120). El límite, así, priva de protección constitucional una expectativa de conducta y permite, consecuentemente, el ejercicio del poder público sobre ella. Tras la necesaria diferenciación entre límites externos e internos, y entre las nociones de delimitación y limitación, estudia el canon constitucional para la limitación de los derechos fundamentales. A los requisitos inferibles directamente de la Constitución (necesario establecimiento mediante norma con rango de ley y respeto del contenido esencial

3 Cuando lo protegido por el derecho fundamental es un ámbito de la realidad, el derecho fundamental puede identificar una esfera vital de individuo en el que son posibles comportamientos muy dispares (pág. 105). En otras ocasiones el objeto del derecho fundamental es justamente el deber que pesa sobre el poder público de no hacer algo. En estos supuestos la Constitución ha elevado a rango constitucional el deber de no introducir poder público en determinadas situaciones (pág. 107)

4 Para Villaverde los derechos fundamentales de prestación pueden clasificarse en tres tipos. Los derechos fundamentales que son en

sí mismos un derechos de prestación (artículo 24.1 CE), los derechos de prestación que son indispensables para el ejercicio de un derecho de libertad (artículo 23.1 CE); por último, estarían los derechos de prestación que favorecen, mejoran, promueven o facilitan el ejercicio del derecho fundamental (artículo 9.2 CE), pero que no le son indispensables. En el primer y segundo caso, el derecho de prestación es un verdadero derecho subjetivo (pág. 113)

5 Ejemplos de estas garantías institucionales pueden ser, como señala Villaverde, el matrimonio, la autonomía universitaria o el proceso de comunicación pública (pág. 115)

del derecho) añade la salvaguardia del principio de proporcionalidad⁶. Tras la delimitación de los derechos a través de sus límites internos y los límites en sentido propio, esto es, los límites externos, explica el denominado límite de los límites, el contenido esencial. Cada derecho fundamental tiene un único contenido que es el contenido esencial. El Tribunal Constitucional identificó en un primer momento el contenido esencial con un mínimo irrenunciable e ilimitable de todo derecho; en la actualidad, entiende que el contenido esencial es su titularidad, objeto, contenido y límites tal y como los define en abstracto la norma iusfundamental. Cabe, por tanto, distinguir entre un contenido abstractamente definido por la Constitución y un contenido concretado por los poderes públicos que debe respetar escrupulosamente el contenido. El análisis del principio de proporcionalidad, último requisito en la limitación de los derechos, nos debe hacer tomar conciencia, en primer lugar, de que no existen conflictos entre derechos fundamentales; lo que existen son conflictos entre cada uno de los derechos fundamentales y sus límites; no procede así jerarquizar los derechos, sino examinar sus límites recíprocos. La ponderación relativiza el valor normativo de los derechos fundamentales, pues precisa su jerarquización. Por eso hemos de acudir a la proporcionalidad, donde no existe jerarquización de derechos, sino principios (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que pre-

6 Parece vincular en la página 126 el principio de proporcionalidad, que por primer vez menciona, con el denominado «efecto desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales». Tal vínculo aproximaría este principio a una cierta dimensión objetiva de los derechos fundamentales: la proporcionalidad no sólo se predicaría de la concreta relación jurídica entablada con el derecho en cuestión; al tomar en cuenta la totalidad del sistema de derechos fundamentales, la reacción a la desproporción habría de ser también proporcionada

tenden solventar el conflicto entre el derecho y sus límites. Ahora bien, es polémica la posibilidad de emplear el principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad de la ley.

En el capítulo referido al legislador de los derechos fundamentales, si bien las únicas habilitaciones que requieren expresa y específica habilitación constitucional para intervenir en el ámbito protegido por los derechos fundamentales son las que crean límites externos, admite que pueden darse otros supuestos de intervención (por ejemplo, los que pretendan concretar el contenido y el objeto del derecho, delimitarlo o establecer instrumentos de garantía). Tras exponer la habilitación general que supone el artículo 9.2 CE, y que luego no desarrolla⁷, estudia las habilitaciones específicas que se infieren de nuestra Carta Magna: las reservas de los artículos 53.1 y 81.1 CE y las remisiones específicas que realiza nuestro texto constitucional a la ley. El carácter indisponible de los derechos fundamentales explica que estos artículos sean reservas de ley en sentido estricto, no meras habilitaciones o remisiones al legislador. Las reservas de ley que realiza la Constitución impiden al legislador disponer de la propia reserva. Ahora bien, de estos preceptos no cabe inferir un *derecho subjetivo al rango*; del artículo 81.1 CE no puede nacer derecho subjetivo alguno.

Por lo demás, cabe contraponer los derechos de configuración legal a los derechos de libertad o reaccionales. En su

7 Es esta habilitación general la que parece permitir a Presno Linera articular su discurso a partir de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y explicar, en concreto, el efecto recíproco de los derechos fundamentales con la ley (págs. 50-55). Benito Aláez entiende también el deber positivo de protección que se infiere del artículo 9.2 CE como el elemento central que explica el papel preponderante del legislador en la eficacia de los derechos fundamentales.

opinión, «la categoría de los derechos fundamentales de configuración legal no es sino la manera con la que el TC se refiere a todos aquellos derechos cuya dimensión subjetiva no se articula técnicamente como derechos de libertad» (pág. 162). Las expectativas de conducta que integran su objeto sólo pueden existir mediante la colaboración del poder público, mediante normas de organización o procedimiento⁸. La reserva de ley orgánica del artículo 81.1. CE se explica por la conveniencia de que la regulación general directa de los derechos se someta a la democracia de consenso. El legislador del artículo 53.1 CE concreta la forma en que se puede manifestar el derecho. Expone por último el sentido del artículo 149.1.1.º y las posibilidades de los decretos leyes y los decretos legislativos para desarrollar los derechos fundamentales. Termina explicando el papel de los tratados internacionales en el desarrollo de los derechos fundamentales.

4. Las garantías y la suspensión de los derechos

Los dos últimos capítulos, elaborados por Paloma Requejo, describen, de forma sintética pero exhaustiva y sistemática, los mecanismos de garantía de los derechos, así como los supuestos de excepción de los derechos. Tras recordar el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en el que se configura la garantía de los derechos (que no su mera declaración) en uno de los dos pilares esenciales para poder afirmar la existencia de una Constitución, analiza las diferentes garantías existentes en nuestra Constitución. Diferencia las garantías or-

gánicas no jurisdiccionales de las garantías orgánicas jurisdiccionales. Entre las primeras cabe señalar al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal; mención especial hace a las funciones no jurisdiccionales de los órganos judiciales (artículo 117.4 CE). Con las garantías orgánicas jurisdiccionales estudia en primer lugar el procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 CE en el orden penal, civil y social junto con otros procedimientos especiales de protección (p.ej. amparo electoral); analiza posteriormente las garantías ante la jurisdicción constitucional, esto es, el recurso de amparo. Éste ofrece una protección adicional y excepcional a los derechos. Se muestra favorable a una modificación del recurso que potencie su dimensión objetiva: si «en un momento la aparición del amparo constitucional se justificaba desde el interés a que la mencionada protección fuera dispensada por un órgano que no levantara ningún recelo en lo que a su talante democrático se refiere, hoy este temor resulta infundado» (pág. 218)⁹. La suspensión general de los derechos fundamentales le lleva a estudiar el artículo 55.1 CE y su presupuesto necesario, la declaración de los estados de excepción o de sitio del artículo 116 CE. La suspensión individual de los derechos se explica por el fin de contribuir a la investigación de bandas armadas o elementos terroristas (artículo 55.2 CE). Ahora bien, en su opinión, es imprescindible interpretar de forma restrictiva este precepto a fin de impedir su empleo como coartada para la comisión de abusos que cercenen la supremacía constitucional.

Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ AURIOLES
Profesor de Derecho Constitucional
UNED

⁸ Parece inferirse, pues, que los derechos de libertad no precisan de la participación del legislador para lograr sus plenos efectos, lo que contrasta con lo planteado por Benito Aláez al exponer el papel del legislador en la ga-

rantía de los derechos fundamentales (pág. 184)

⁹ Expone diversas alternativas como la reserva del recurso para cuestiones de especial relevancia. Esto precisa algún cambio normativo.