

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

**«La creación judicial del derecho en la colisión entre
derechos fundamentales»**

**Autor: Juan Manuel Rodríguez Calero
Director: Dr. D. Ignacio Ara Pinilla**

Departamento de Filosofía del Derecho

A la memoria de Maruca Sanjuan

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
--------------------	---

CAPÍTULO I. NOCIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL

CAPÍTULO II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. LA DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	37
2. VALOR JURÍDICO DEL CAPÍTULO III DEL TÍTULO I DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	55
3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	58
4. COMPOSICIÓN DEL CAPITULO II. LA PRESENCIA DE GARANTÍAS INSTITUCIONALES.....	61
5. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	74
5.1. Poder legislativo y derechos fundamentales.....	75
5.2. Poder ejecutivo y derechos fundamentales.....	95
5.3. Poder judicial y derechos fundamentales.....	99
5.4. El art. 53.1 de la constitución española en la protección de los derechos fundamentales.....	101
5.4.1. La reserva legal en materia de derechos fundamentales	102
5.4.2. El contenido esencial de los derechos fundamentales.....	106
5.4.2.1. El contenido esencial como concepto jurídico indeterminado	106
5.4.2.2. La determinación del contenido esencial.....	108
5.4.2.3. El contenido esencial como concepto absoluto.....	114
5.4.2.4. Limitación y delimitación de los derechos fundamentales.....	129
5.4.2.5. Cláusulas explícitas de limitación de los derechos fundamentales	132

5.4.2.6. <i>El contenido esencial como límite de límites de los derechos fundamentales</i>	136
6. LOS PODERES DEL ESTADO EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	142
7. RECAPITULACIÓN	148

CAPÍTULO III.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

1. DERECHOS INVOLABLES Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	161
2. EL ART. 2 DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	168
2.1. <i>Génesis del art. 2</i>	169
2.2. <i>El carácter expansivo del art. 2</i>	171
2.3. <i>La corte constitucional y el art. 2</i>	183
3. LOS DERECHOS INVOLABLES Y LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA	206
4. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	216
5. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO ITALIANO	228
6. LOS DEBERES DE SOLIDARIDAD Y LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES	236
7. RECAPITULACIÓN	239

CAPÍTULO IV.

LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. LA COLISIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PUNTO DE PARTIDA.....	255
2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	261
2.1. <i>El silogismo constitucional: la norma legislativa como objeto de constitucionalidad</i>	279

<i>2.2. Legislación ordinaria e interpretación constitucional.....</i>	<i>286</i>
3. LA RACIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICO CONSTITUCIONAL	290
4. CRITERIOS INTERPRETATIVOS Y CONSTITUCIÓN.....	309
5. UNA CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA DE VALORES: C. SCHMITT .	312
6. ESPECIFICIDADES EN LA HERMENÉUTICA DE ENUNCIADOS NORMATIVOS IUSFUNDAMENTALES.....	318
7. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	321
7.1. <i>Algunas acotaciones terminológicas: valores y principios.....</i>	<i>321</i>
7.2. <i>Los derechos fundamentales como principios.....</i>	<i>340</i>
8. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO EN LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. DOCTRINAS QUE ELABORAN UNA JERARQUÍA ABSTRACTA.....	350
9. LA PONDERACIÓN CASUÍSTICA EN LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	363
10. LA LEY DE LA MÁXIMA EXPANSIÓN DE LOS PRINCIPIOS IUSFUNDAMENTALES	373
11. LA RAZONABILIDAD DEL SOPESO DE VALORES.....	374
12. LA ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA EN LA COLISIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	381
13. RECAPITULACIÓN	391
CONCLUSIONES	407
BIBLIOGRAFÍA.....	417
JURISPRUDENCIA CITADA.....	467

INTRODUCCIÓN

El objeto de esta tesis es el análisis del conflicto entre derechos fundamentales y del auxilio que el razonamiento moral puede prestar en su jerarquización. Pretendemos plantear en qué medida la argumentación moral, como ámbito subsidiario de referencia del razonamiento jurídico, puede contribuir a ofrecer respuestas en los casos en que los elementos institucionalizados por el derecho no formulan una solución.

Para abordar este problema es necesario introducir una serie de elementos. En primer lugar hemos de considerar una concepción precisa del concepto de derechos fundamentales. Sólo a través de su determinación rigurosa se puede definir cuándo surge la colisión entre dos derechos. Tenemos también que estudiar la interpretación jurídica como marco genérico en el que se produce el conflicto iusfundamental. Ello supone examinar el tema en clave hermenéutica, y concretamente dentro de la interpretación constitucional pues tradicionalmente se han venido positivando los derechos fundamentales en los textos constitucionales. Además, hemos de concretar qué grado de satisfacción pueden proporcionar los criterios jurídicos y qué virtualidad pueden tener los elementos extrasistemáticos, y primordialmente la moral.

Así, el primer tipo de problemas que surge obedece a la existencia de numerosos términos que junto al de derechos fundamentales hacen referencia a la presencia de la axiología en el derecho. Es decir, estamos obligados a perfilar cada una de estas nociones y distinguirlas de la de derechos fundamentales excluyendo así cualquier equívoco que distorsione nuestro campo de estudio.

Una vez que hayamos clarificado este concepto desde el punto de vista teórico, intentaremos concretarlo en el ámbito práctico-jurídico, y sobre todo, determinar qué alcance posee, es decir,

establecer si está siempre vinculado a un ordenamiento jurídico o es extrapolable a otros.

Sería materialmente imposible analizar si en todos los sistemas jurídicos coincide esta misma concepción. Es por ello que nos vamos a centrar en un solo ordenamiento jurídico extranjero, el italiano, y en el español.

La elección no es azarosa. En el sistema italiano se atisban una serie de circunstancias que desde un punto de vista dogmático y de derecho comparado esbozan una problemática cuyo examen se hace necesario para ofrecer algunos puntos firmes en la determinación jurídico práctica de los derechos fundamentales.

En primer lugar, es conveniente señalar que la Constitución italiana tiene en común con la española el ser producto de un pacto entre fuerzas políticas contrarias, tras la caída de un régimen autoritario, por lo que va a ser especialmente cautelosa en la protección de la persona. Así consagrará de forma general los derechos humanos en su Parte Primera.

Si en esto existe una coincidencia con nuestra norma fundamental, el motivo que nos decide a elegir justamente este ordenamiento es la inexistencia de referencias explícitas a los derechos fundamentales. En efecto, el texto constitucional español, como el alemán, utiliza esta terminología, reconociendo expresamente su existencia, mientras que en el derecho italiano no existe tal alusión. En él se habla únicamente de derechos inviolables, y sólo con relación al derecho a la salud aparece el epíteto "fundamental", pero de una manera residual y no como categoría propia.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico italiano no prevé una protección de amparo constitucional, resolviendo las garantías

procedimentales únicamente a través de la vía incidental o cuestión de constitucionalidad. De otra parte, y también con relación a la tutela, la Constitución italiana no estipula un contenido esencial de derecho alguno como establece nuestra norma fundamental en su artículo 53.1. Además la declaración de derechos que contiene es, desde un punto de vista comparado, limitada. No aparecen derechos que de forma general están recogidos en instrumentos internacionales.

Estas diferencias en un texto que, como el español, procura un reconocimiento expreso de la persona y los valores que le son inherentes frente a un Estado que precedentemente la ignoraba, presenta un campo de estudio de suyo sugerente, y que puede brindarnos cierta claridad en las implicaciones teórico-prácticas de los derechos fundamentales.

La conclusión, avanzamos, se sitúa en el reconocimiento de ciertos derechos que calificamos como fundamentales por su estrecha relación con la libertad, la igualdad y la dignidad del hombre en determinadas áreas culturales, y que gozan de una protección jurídica. Creemos poder demostrar, en el desarrollo de esta tesis, la coincidencia que desde la perspectiva iusfundamental se da entre los ordenamientos español e italiano. Este resultado, intuimos, puede ser transvasado a otros sistemas que se sitúen en similares parámetros culturales. Los derechos fundamentales representan la positivación de los derechos humanos. Y éstos, en cuanto concepto exclusivamente ético, están vinculados con las contemporáneas preocupaciones que se puedan configurar con relación al hombre y a su existencia. Este discurso de perfil fundamentalmente moral es ajeno por tanto a cualquier fragmentación convencional o estatal.

Esto implica que los derechos fundamentales, cuando son formulados en cartas internacionales o constituciones, recojan el

contenido teórico-moral del marco intelectual en el que se desarrollan. En cierto sentido podríamos decir que la entrada en el discurso jurídico de estos elementos de evidente cariz moral impregna de eticidad el derecho, lo que conduce a que en su determinación práctica se haya de acudir a los discursos intelectuales formativos, en otras palabras, a la concepción moral que los propugna.

Por lo tanto, no es de extrañar que los derechos fundamentales coincidan esencialmente en dos ordenamientos jurídicos tan ligados históricamente como el español y el italiano. Lo insólito sería otra cosa. Independientemente de nominalismos intransigentes, de tutelas más o menos afortunadas y eficaces, y de la mayor o menor pulcritud en el momento de fijar una tabla de derechos como referente lingüístico de los derechos fundamentales, parece razonable partir de un concepto material de éstos, y por lo tanto común a distintos sistemas jurídicos.

Si esta noción es idéntica en los distintos ordenamientos jurídicos, las dificultades que se desprenden de su colisión harán surgir problemas de similar índole y tendrán soluciones homogéneas. Y esto desde un doble punto de vista, en primer lugar, en cuanto a las fórmulas que debe utilizar el juez, y en segundo, en relación con el elemento que toma como referente material, la concepción o concepciones morales de la que son trasunto los derechos fundamentales. Es evidente que el Tribunal Constitucional español, cuando haya de dilucidar un ataque a los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, tendrá en cuenta primordialmente la eventual afectación del derecho sin interesarse por la posible inconstitucionalidad de la ley que pudiera autorizar esa violación; mientras que la Corte Constitucional italiana habrá de analizar toda violación de un derecho a través de la cuestión incidental, y por lo tanto de una manera derivada u objetiva. Esto, no obstante, no impide que las

fórmulas utilizadas no sean coincidentes, y que se modifique únicamente su exteriorización.

La colisión de derechos fundamentales se origina, como la mayoría de los problemas jurídicos, en la interpretación de los preceptos iusfundamentales. Y es que los enunciados jurídicos no entran en conflicto en abstracto sino en su aplicación a los casos concretos. Las normas que contemplan derechos fundamentales se emplazan en una específica rama del derecho, en el derecho constitucional; ello significa que su análisis tenga que tomar este orden como componente básico.

La interpretación es una actividad unitaria, consiste en atribuir sentido a los enunciados jurídicos, pero es palpable que cada parte del derecho está caracterizada por particularidades que la diferencian de las otras y que le imprimen cierta singularidad y autonomía. La nota que distingue la interpretación constitucional es el carácter político de sus normas, que se puede predicar desde un doble punto de vista, en cuanto la Constitución, norma de referencia, es un pacto entre las fuerzas políticas que fija los fundamentales criterios de convivencia dentro de los que se ha de configurar la vida en sociedad, y en la medida en que las leyes, objeto de examen de constitucionalidad, son producto de un órgano político. Así, el intérprete de la Constitución tendrá que observar no poca prudencia en sus operaciones hermenéuticas y habrá de estar familiarizado con las fórmulas políticas.

Pero si algo diferencia indudablemente la interpretación constitucional, y sobre todo en relación con los derechos fundamentales, es el empleo de la técnica de la razonabilidad frente al silogismo. Una de las críticas que más ha ahondado en la tradicional teoría del derecho es aquella que niega que la norma jurídica pueda caracterizarse como la premisa mayor de un silogismo y los hechos como su premisa menor, siendo la función

del juez la de combinar automáticamente ambas. Del análisis de la actuación judicial se puede colegir que en ella pueden intervenir otros factores relacionados de alguna manera con el poder creativo del juez. Y si esto es verificable en general, se acentúa todavía más en el derecho constitucional y en relación con las normas que reconocen derechos fundamentales: el carácter político que tiene esta parte del derecho y la incorporación de principios morales que implica la positivación de los derechos humanos hacen que estos preceptos tengan un carácter abierto que obstaculiza sobremanera el empleo del simple silogismo.

Por lo tanto será necesario dilucidar qué significa la utilización de la razonabilidad en el derecho y determinar hasta qué punto puede implicar el subjetivismo judicial.

La colisión de derechos fundamentales se ubicaría efectivamente en estos parámetros. En la mayoría de los casos las declaraciones de derechos manifiestan la existencia de dos disposiciones de la más alta jerarquía formal y material, de carácter general, que se contraponen absolutamente de manera que la eficacia de una excluye la de su contraria. Para resolver esta antítesis será necesario acudir a una comprensión jurídica que admita la operatividad de factores extrasistemáticos.

En todo caso, lo que parece necesario resaltar es que los derechos fundamentales tienen un evidente carácter conflictivo y armónico en nuestras sociedades que no se puede excluir en la resolución de sus colisiones so pena de alterar gravemente el pacto convencional que la Constitución propone. Es en esta sede donde los criterios de razonabilidad, en cuanto condensación práctica de la teoría de los valores, pueden aportar respuestas apropiadas.

CAPÍTULO I
NOCIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL.

El primer objetivo de este trabajo es determinar la presencia de los derechos fundamentales, dilucidar qué propiedades los caracterizan, cuándo estamos ante un derecho que pueda ser calificado como tal. Y para ello tendremos que considerar en qué se diferencia este concepto de otros afines, pudiendo disponer así de una noción técnica capaz de evitar los inconvenientes que se derivan de la comparecencia de múltiples términos involucrados con la axiología que provocan en muchos casos desorientación y desconcierto¹.

Con arreglo a un punto de vista dogmático podemos observar que la fórmula derecho fundamental surge en los albores de la revolución francesa² y se consolida en la tradición

¹ *Esto implica aceptar como punto de partida el derecho subjetivo como instrumento al menos útil en la ciencia del derecho. No obstante hay que tener presente que esta afirmación no es pacífica en la literatura jurídica. Como claramente pone de manifiesto el profesor La Torre, la figura del derecho subjetivo viene negada por aquellas teorías que parten de una concepción naturalista, materialista o realista de la realidad: "Si se considera que el hecho social es absolutamente y en todo idéntico o reducible al hecho natural, es obvio que no encontrará un lugar en la categoría de los hechos o será considerado puramente fantástico todo concepto que forme parte de la cultura de una sociedad al que no se corresponda un referente material concretamente observable". M. LA TORRE, Linguaggio giuridico e realtà sociale. Nota sulla critica realistica del concetto di diritto soggettivo, Edit. European University Institute, Badia Fiesolana, San Domenico, Firenze, 1992, pág. 3. Dentro de estas coordenadas se situarían autores como Augusto Comte o Leon Duguit, representantes del positivismo, y Axel Hägerström o Vilhelm Lundstedt, desde una postura realista. Un análisis de las críticas a que se ha sometido el concepto "derecho subjetivo" desde el realismo puede verse en A. MONTORO BALLESTEROS, Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico, Edit. Universidad de Murcia, Murcia, 1983; I. ARA PINILLA, Acerca de la concepción del derecho subjetivo en el realismo escandinavo, Revista general de legislación y jurisprudencia, 1982, diciembre, págs. 495-525.*

² G. PECES BARBA MARTINEZ, Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales, Edit. Mezquita, Madrid, 1982.

constitucional alemana aludiendo a una relación específica entre Estado e individuo³, con un indudable carácter técnico que la diferencia de otras nociones próximas. Entre éstas es necesario referirse en primer lugar a los derechos humanos. De éstos los separa básicamente su carácter positivo, así los derechos humanos serían “las facultades que el hombre se atribuye como inherentes a su condición, reflejadas en el consenso social obtenido a partir de la realización de las exigencias de liberación de los condicionamientos que puedan sufrir la formación y la expresión de la voluntad de los individuos”⁴, mientras los derechos

³ A. E. PEREZ LUÑO, Delimitación conceptual de los derechos humanos, en A. E. PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 21-51, pág. 30.

⁴ I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Edit. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 163. Pérez Luño, por su parte, señala que los derechos humanos son “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente”. A. E. PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Edit. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 46. Esta definición, desde nuestro punto de vista, muestra con precisión que los derechos humanos no sólo tienen un carácter subjetivo. Quizás resulte en ella confusa la utilización del término ‘institución’, pues es esta una terminología que tiene un carácter multívoco como lo prueba la pluralidad de significados que se le atribuyen en la *Enciclopedia del derecho italiana* y que difícilmente podrían reconducirse al aparente sentido utilizado por Pérez Luño: “la acción y el efecto de instituir, o sea de introducir, fundar, establecer, constituir, ordenar, etc.”. F. MODUGNO, *Voz Institución*, Enciclopedia del diritto, XXIII, Istig-Legge, Edit. Giffre, Milano, 1973, pág. 69. Tampoco parece referirse el mencionado autor al significado técnico con el que los institucionalistas clásicos se han venido refiriendo a esta expresión, así Santi Romano la entiende como “cualquier ente o cuerpo social que tenga una estructura estable y permanente y forme un cuerpo en sí, con una vida propia”. S. ROMANO, *Fragmenti di un dizionario giuridico*, Edit. Giuffrè, Milano, 1953, pág. 82. Por último, tampoco nos parece que se pueda referir al sentido con el que los teóricos neoinstitucionalistas la emplean, así para Massimo La Torre: “Tal norma es la condición de concepción (ex ante) y de percepción (ex post), y por tanto de posibilidad, de un esfera de acción. Tal esfera de acción propongo denominarla institución, en cuanto las posibilidades de acción en ella contenida son al mismo tiempo efectivamente disfrutadas (o realizadas)”. M. LA TORRE, *Linguaggio*,

norme, validità. Una prospettiva istituzionalistica, *Apéndice a N. MACCORMICK y O. WEINBERGER, Il diritto come istituzione, edición preparada y traducida al italiano por M. La Torre, Edit. Giuffrè, Milano, 1990, pág. 407. Desde nuestro punto de vista el profesor Pérez Luño quiere destacar con el término "institución" el carácter objetivo que los derechos fundamentales tienen, no identificándolos sólo con facultades de defensa, al introducir dentro del concepto derechos fundamentales un elemento objetivo cuya presencia la doctrina y los jueces progresivamente vienen admitiendo. Si nos parecen, por el contrario, criticables las consecuencias que el autor extrae de la definición antedicha cuando vincula todos los derechos humanos constitucionalizados en nuestro derecho a uno de los concretos valores de libertad, igualdad y dignidad, tal y como hace el autor en A. E. PEREZ LUÑO, Sobre los valores fundamentales en los derechos humanos, en AA. VV., El fundamento de los derechos humanos, edición preparada por G. Peces Barba, Madrid, 1989, págs. 279-288; y en Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica, Edit. Tecnos, Madrid, 1997, págs. 222-234. En efecto, para el Catedrático de Sevilla todos los derechos positivados en nuestra Norma fundamental se inspiran exclusivamente en uno de estos valores, y desde nuestro punto de vista éstos no pueden situarse en un mismo plano. Dos tipos de razones lo impiden. En primer lugar, históricamente, al menos, se viene hablando de dos generaciones de derechos humanos, los derechos clásicos o libertades públicas que se corresponden con el valor de libertad en cuanto van a garantizar un actuar; y una generación que se corresponde con el valor de la igualdad y que va a equiparar a los miembros de una sociedad, no existiendo una tercera categoría de derechos que se inspiren en la dignidad. En segundo lugar, desde un punto de vista lógico, no se pueden identificar diferencias entre los derechos que Pérez Luño vincula con el valor de libertad y los que enlaza con la dignidad, así no podemos establecer un criterio razonable para mantener que el derecho a la intimidad, que el autor liga al valor "dignidad", no pueda ser comprendido como un derecho de libertad, pues con él se le pide al Estado que no intervenga y que garantice la intimidad de los individuos. En todo caso sí coincidimos con Pérez Luño cuando nos dice que estos tres valores están interrelacionados, así señala que "la dignidad humana en cuanto se concreta en el libre desarrollo de la personalidad, no puede ser ajena a la libertad; ésta, a su vez, no sólo se halla inescindiblemente vinculada a la dignidad, sino que sus dimensiones positiva y comunitaria implican a la igualdad, porque difícilmente se puede hablar de libertad para todos, si todos no son iguales entre sí; al propio tiempo que la igualdad persigue y se orienta hacia la dignidad y la libertad, puesto que repugnaría a su propia condición de valor el que se la pudiera concebir (aunque de ello no han faltado ni faltan ejemplos históricos) como igualdad en la humillación y en la opresión" (Ibidem últ., pág. 233). Parece más aconsejable, en cambio, proponer la definición de derechos humanos, como hace el Profesor Ara, en relación únicamente a la dignidad y entender los valores de igualdad y libertad como concreciones históricas de un término más genérico, como el*

fundamentales serían “aquellos derechos humanos *garantizados* por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”⁵. Efectivamente en la fórmula derecho fundamental se puede detectar una dimensión jurídica que no existe en la de derechos humanos, y que las distancia; así sólo los derechos fundamentales gozan de una efectiva protección jurídica que falta en los derechos humanos que se ubican en una dimensión moral exclusivamente.

En la literatura extranjera también se distinguen estos conceptos y así Peter Häberle, al caracterizar los derechos fundamentales en relación con el Estado constitucional occidental, menciona como notas propias su relación con la dignidad humana, con las exigencias de la vida del hombre, y su carácter fundamentalmente jurídico ⁶.

de dignidad. La definición de Pérez Luño, no obstante, ha gozado de un amplio reconocimiento siendo aceptada en sus propios términos por J. MUGERZA, La alternativa al disenso, en AA. VV., El fundamento de los derechos humanos..., op. cit., págs. 19-56; o ALVAREZ CONDE, Curso de derecho constitucional, Edit. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 245.

⁵ A. E. PEREZ LUÑO, Los derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 46.

⁶ P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, edición preparada por P. Ridola, traducida al italiano por A. Fusillo y R. W. Rossi, Edit. La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, pág. 177. Para este autor los derechos fundamentales se caracterizarían en el Estado constitucional actual porque “satisfacen exigencias previsiblemente cambiantes del hombre sea en cuanto a su existencia individual... o en cuanto grupo... - los derechos fundamentales son... un contrapoder necesario frente a la democracia pluralista, son limitaciones al poder... son ‘derechos de posibilidad’ (perspectivas de posibilidad) en la medida en que abren a los ciudadanos y a los grupos esferas de libertad de formación... se fundan... sobre un consenso de base propio... - los derechos fundamentales son punto de partida para formar parte en los procesos políticos, económicos y culturales; en tal sentido tienen un componente de integración...- los derechos fundamentales hacen que el Estado constitucional tenga a la dignidad humana como premisa (art. 1, páfo 1º de la Ley Fundamental de Bonn), y no a la soberanía popular. - los derechos fundamentales son respuesta (‘reacción’), según la

Sin embargo, no existe un acuerdo unánime en lo que acabamos de exponer, y concretamente el profesor Fernández Galiano entiende que los derechos fundamentales son “aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar en la naturaleza humana”⁷. Desde esta posición los

*experiencia histórica, a las fundamentales amenazas del hombre... y nuevos instrumentos para combatirlas... deben ser desarrollados siempre en nombre del hombre y del ciudadano, esto significa apertura de los contenidos, de las funciones, y de sus formas de tutela. En este contexto el sentido futuro de los derechos fundamentales es doble: de un lado deben estar abiertos a nuevas situaciones, de otro, son también referencias para la actuación futura (derechos fundamentales como proyectos para el futuro)... - el carácter abierto de las funciones y de las dimensiones de los derechos fundamentales viene indicado en el carácter incompleto de las diferentes tutelas...- el carácter abierto de la tutela de los derechos fundamentales, en su aspecto personal o corporativo, se expresa en la multiplicidad de formas de protección jurídica en sentido estricto... - los derechos fundamentales varían en el espacio (según el Estado constitucional) y en el tiempo (dependiendo del período histórico)” (págs. 177 y 178). En parecidos términos parece referirse Hans Peter Schneider cuando dice que “los derechos fundamentales tienen hoy en primer lugar un carácter constitutivo de estatus: ellos determinan, garantizan y delimitan la posición jurídica del individuo en sus aspectos fundamentales como también en el conjunto de sus relaciones jurídicas con los otros sujetos”; este régimen representa el núcleo del estatus jurídico general del ciudadano. Al ámbito de los derechos humanos con protección constitucional pertenecerían “...todos los derechos fundamentales que valen para toda persona y no son concebidos para una esfera determinada de personas”. H. P. SCHNEIDER, *Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello Stato costituzionale democratico*, traducido al italiano por P. Ridola, *Diritto e società*, 1979, págs. 197-232, pág. cit. 204. Igualmente Rossinelli señala que los derechos fundamentales “protegen facultades humanas y exigencias sentidas como esenciales en la existencia del hombre”. M. ROSSINELLI, *Les libertés non écrites. Contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Edit. Faculté de droit de l'Université de Genève, Genève, 1987, pág. 14.*

⁷ A. FERNANDEZ-GALIANO y B. DE CASTRO CID, *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*, Edit. Universitas, Madrid, 1995, pág. 409. En sentido parecido Spadaro indica que los derechos fundamentales existen y son tales

derechos fundamentales se convertirían en derechos subjetivos naturales que responderían a no sabemos muy bien qué derecho objetivo natural, y que en todo caso conllevaría la más absoluta incertidumbre en el momento de su determinación. En este autor ambos conceptos se identifican, derechos humanos y derechos fundamentales aparecen como sinónimos perfectos, las exigencias éticas en tanto tales son también jurídicas.

Esta equivalencia, sin embargo, no parece aceptable puesto que estos dos términos se mueven en horizontes distintos. El primero, el de derechos humanos, se ubica en un ámbito moral, como exigencias que han de ser recogidas por los ordenamientos jurídicos al representar las necesidades morales de un momento histórico determinado⁸. El segundo se sitúa en una esfera estrictamente jurídica, como exigencias morales relacionadas con la dignidad humana, que han sido expresamente garantizadas o tuteladas por un ordenamiento jurídico⁹.

independientemente de que los reconozca el ordenamiento jurídico. A. SPADARO, Il problema del "fondamento" dei diritti fondamentali, Diritto e società, 1991, págs. 453-511, pág. 480.

⁸ También existen autores que aplican el término fundamental a estas exigencias morales, identificando derechos humanos y derechos fundamentales; así Eusebio Fernández dice que la expresión que define mejor la situación teórica de los derechos humanos es la de "derechos fundamentales del hombre", "con ella se quiere manifestar que toda persona posee unos derechos morales por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, el derecho y el poder político sin ningún tipo de discriminación". E. FERNANDEZ, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, en E. FERNANDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Edit. Debate, Madrid, 1984, págs. 77-126, pág. 78.

⁹ A. E. PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 46; *Sobre los valores fundadores de los derechos humanos...*, *op. cit.*, págs. 279-288. Véase también B. DE CASTRO CID, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Edit. Tecnos, Madrid, 1982, pág. 25; L. GARCIA SAN MIGUEL, *¿Qué son los derechos humanos?*, *Derechos y libertades*, núm. 2, págs. 257-267, pág. 258. Gregorio Peces Barba, *empero, no separa derechos fundamentales y derechos humanos*,

La diferencia, entendemos, entre los dos conceptos vendría dada, pues, por el reconocimiento en un plano jurídico positivo; los derechos humanos constituyen una noción previa a la de derechos fundamentales, éstos se identifican con unos derechos garantizados, normalmente en la Constitución, frente a aquéllos, que representan un concepto más indeterminado y genérico que expresa un consenso axiológico, y que por su relación con la dignidad del hombre deberían ser garantizados por el derecho.

Su carácter positivo es entonces un requisito necesario para que podamos hablar *strictu sensu* de derechos fundamentales, pero ello no implica necesariamente su constitucionalización o

para él la expresión derechos fundamentales expresaría de una manera más precisa la idea de derechos humanos y recogería de forma más apropiada la dimensión moral y jurídica. G. PECES BARBA MARTINEZ, Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Edit. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 37. Ignacio Ara Pinilla y Luis Prieto Sanchís advierten que la expresión derechos fundamentales admite un uso lingüístico que la hace sinónimo de derechos humanos. Así Prieto utiliza indistintamente derechos humanos y derechos fundamentales en L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales, Edit. Debate, Madrid, 1990, pág. 75; Concepto de derechos humanos y problemas actuales, Derechos y libertades, núm. 1, págs. 92-99; Nota sobre el concepto de derechos fundamentales, en AA. VV., Problemas actuales de los derechos fundamentales, edición dirigida por J. M. Sauca, Edit. Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid, 1994, págs. 181-190. El profesor Ara Pinilla, por su parte, al proponer su definición expresa, al menos, una identidad eventual de ambos conceptos. Así concibe a "los derechos humanos (y también lógicamente a los derechos fundamentales en la versión que los identifica con los derechos humanos) como facultades que el hombre se atribuye como inherentes a su condición, reflejadas en el consenso social obtenido a partir de la realización de las exigencias de liberación de los condicionamientos que puedan sufrir la formación y la expresión de la voluntad de los individuos". I. ARA PINILLA, El concepto de derechos fundamentales, en AA. VV., Problemas actuales de los derechos fundamentales..., op. cit., págs. 143-158, pág. 155; Hacia una definición explicativa de los derechos humanos, en AA. VV., Estudios jurídicos, Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna, Edit. Universidad de La Laguna, La Laguna, 1993, págs. 45-52, pág. 50.

protección más reforzada¹⁰. En efecto, un derecho fundamental existe en la medida en que esté garantizado por un ordenamiento jurídico, en cuanto incorpore una protección jurídica, pero no por su ubicación en una fuente normativa determinada o por una mayor tutela.

Existen otros términos relacionados con los derechos fundamentales cuyos perfiles muchas veces son difíciles de individuar. Se trata de vocablos que aluden a nociones que se yuxtaponen con la de derechos fundamentales y que en la mayoría de los casos representan su idea en un momento histórico concreto; nos referimos a fórmulas tales como las de libertades públicas, derechos naturales, derechos públicos subjetivos o derechos morales.

Por cuanto se refiere a las libertades públicas, se pueden caracterizar como derechos que corresponden a los individuos frente al Estado, que están reconocidos por un ordenamiento jurídico, y que compelen al Estado a una abstención. Se haría alusión, pues, con este concepto a aquellos ámbitos individuales

¹⁰ Este parece ser un requisito definitorio para Gregorio Robles cuando señala que los derechos fundamentales son los derechos humanos "concretados y protegidos especialmente por normas del mayor rango". G. ROBLES MORCHON, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Edit. Civitas, Madrid, 1992, pág. 20. Igualmente Castán Tobeñas afirma que los "derechos humanos fundamentales vienen a ser, de un modo especial, los constitucionalmente enunciados como tales: o lo que es igual, los dotados de las amplias garantías que ofrecen los textos constitucionales, aunque puedan no tener cabal desarrollo en el ordenamiento legislativo ordinario". J. CASTAN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, Edit. Reus, Madrid, 1976, pág. 14. Delgado Pinto también exige la constitucionalización de los derechos humanos. J. DELGADO PINTO, *La función de los derechos humanos en un régimen democrático. Reflexiones sobre el concepto de derechos humanos*, en AA. VV., *El fundamento de los derechos humanos...*, op. cit., págs. 135-144, pág. 139.

que el poder público ha de respetar, a las libertades clásicas caracterizadas por la pasividad del Estado frente al individuo ¹¹.

Sin embargo, históricamente este concepto ha quedado superado por la aparición de los derechos de la segunda generación, aquellos que se corresponden con el valor de igualdad, y que han venido a matizar el de libertad formal o liberal, concibiéndose ahora los derechos fundamentales desde un punto de vista igualitario que exige una actividad positiva, prestacional, del Estado para que se de un disfrute real de los mismos¹². Pasa, pues, el poder público de tener una función

¹¹ Remedios Sánchez Férriz prefiere reservar la expresión libertades públicas para una categoría bien diferenciada de derechos de la primera generación. Así va a distinguirlas de los derechos individuales y los derechos políticos; los primeros estarían más vinculados con la personalidad humana y los segundos servirían como "instrumentos o pautas de actuación ciudadana encaminados a conformar la voluntad del Estado". Las libertades públicas, para ella, se emplazarían entre estas dos categorías. Además, la autora caracteriza las libertades públicas como unos derechos cuyo reconocimiento es ingrato al poder, por tener una alta carga política y porque están condicionadas por la regulación legal, e incluye entre tales la libertad religiosa, la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra, la libertad de reunión, la libertad de asociación, la libertad de residencia, la libertad de movimientos o circulación, la libertad de expresión y el derecho de petición. R. SANCHEZ FERRIZ, Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales, *Revista de derecho político*, 1989, núm. 30, págs. 55-73, págs. 65 y ss.

¹² Para Benito de Castro no todos estos derechos están ligados a la igualdad, hay algunos "que tienden a salvaguardar su subsistencia (la del individuo) y que sólo muy tangencialmente tienen algo que ver con la igualación de las condiciones de vida". B. DE CASTRO CID, Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos, Edit. Universidad de León, León, 1993, págs. 33 y 34. En todo caso, y aunque el rasgo de la igualdad no esté vinculado con todos los derechos sociales, sí parece que esté latente en la caracterización de éstos. Así, cuando De Castro especifica sus propiedades va a hacer alusión al carácter complementario que tienen con relación a los derechos liberales, a su índole

únicamente pasiva, de permisión, a una necesaria intervención para lograr una auténtica eficacia de los derechos fundamentales, por lo que parece poco apropiado que empleemos el término "libertades públicas" para referirnos al fenómeno de los derechos fundamentales. Las libertades públicas serían en el mejor de los casos una parte de éstos ¹³.

La noción de derechos naturales, por su parte, haría referencia a unos derechos anteriores al Estado que se imponen a éste por su carácter racional y evidente, y que suponen en todo

reivindicativa por parte de los sujetos más desprotegidos, a su eficacia redistribuidora, o a la implicación de la intervención activa del Estado.

¹³ *Es necesario indicar, no obstante, con Rossinelli que esta idea de actividad del Estado con relación a las libertades del individuo ya tiene sus orígenes en el Estado liberal; y es que derechos como la libertad personal o la propiedad no se garantizan con la abstención estatal. Así la garantía de la propiedad no tiene sentido si el Estado no establece una legislación que la proteja, o la libertad personal no deja de ser ilusoria sin una legislación procedimental-penal que asegure los derechos más elementales. Para el autor las libertades no protegen la abstención del Estado sino "la existencia humana y sus condiciones esenciales cuya satisfacción aparece como el primer deber de la comunidad". M. ROSSINELLI, Les libertés non écrites. Contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel..., op. cit., págs. 18 y 19. Sin embargo, también es preciso advertir que el carácter activo del Estado tiene una naturaleza diversa con relación a los derechos sociales; cuando estamos en presencia de libertades públicas la intervención estatal está dirigida sólo a proteger o a garantizar esos derechos; en relación con los derechos sociales el Estado debe también configurarlos, darles contenido. En todo caso, incluso en la doctrina actual, existen opiniones disidentes con respecto a la consideración de los derechos sociales como fundamentales; así Guastini considera que "las disposiciones constitucionales, que confieren derechos sociales, expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador" pero que no le obligan, y en aquellos casos en que éstas tuvieran un contenido preciso el legislador puede no desarrollarlas. R. GUASTINI, "Derechos": Una contribución analítica, artículo traducido por A. Greppi, en AA. VV., Problemas actuales de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 137. En sentido contrario I. ARA PINILLA, El concepto de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 157; B. DE CASTRO CID, Derechos sociales: análisis sistemático, en AA. VV., Derechos económicos, sociales y culturales, Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del derecho, Edit. Universidad de Murcia, Murcia, 1981, págs. 11-33, pág. 27.*

caso un límite a la actividad estatal. Serían aquel conjunto de derechos que tendrían carácter jurídico aunque no se recogieran en los textos positivos, porque el derecho no se corresponde necesariamente con el legislado; el legislador, desde esta representación, como dice Godwin, sólo ha de interpretar la única ley, la natural¹⁴.

Este concepto representa la proyección jurídico-subjetiva de la doctrina iusnaturalista, para la que el único derecho es el natural. Esta terminología y la ideología que ampara, como señala Peces Barba, en la actualidad “no tienen un arraigo sólido en la cultura jurídica y política”¹⁵, y no ofrece una respuesta unívoca de lo que se entiende por derechos naturales.

Por lo que se refiere a los derechos públicos subjetivos, éstos están relacionados con el Estado liberal de derecho y con el auge del positivismo jurídico, caracterizándose por una autolimitación del propio Estado que conserva la autonomía y la potestad de dilucidar cuáles son esos derechos que el Estado ha de respetar, sin atender a veleidad alguna iusnaturalista. Ahora bien, con el paso del Estado liberal de derecho al Estado social se va a comprobar que este concepto no es adecuado, y es que la noción de derecho público subjetivo, como ocurría con la de libertades

¹⁴ W. GODWIN, *Enquiry concerning political and its influence on Modern Morals and Happiness*, edición preparada por I. Kramnik, Edit. Penguin, Harmondsworth, 1976, Libro II, pág. 197.

¹⁵ G. PECES BARBA MARTINEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general...*, op. cit., pág. 26. Aunque esto es cierto, Galindo Ayuda en su artículo “La fundamentación filosófica de los derechos fundamentales en la Constitución española”, aun reconociendo que existen diferencias terminológicas, utiliza indistintamente las expresiones derechos fundamentales y derechos naturales. F. GALINDO AYUDA, *La fundamentación filosófica de los derechos fundamentales en la Constitución española*, en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, edición preparada por M. Ramírez, Edit. Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, págs. 89-113, pág. 92.

publicas¹⁶, es insuficiente para reflejar una realidad distinta. Con el surgimiento del Estado social la actividad pública no se presenta ya como enemiga u hostil a los derechos fundamentales, sino que el poder va a participar en su configuración¹⁷.

También se han de diferenciar los derechos fundamentales de los derechos morales, figura ésta que, aun sin contar con una tradición consagrada en nuestra filosofía jurídica, viene siendo reivindicada por algunos autores a partir de las teorizaciones de Carlos Santiago Nino y Eusebio Fernández¹⁸. Para el profesor Fernández el carácter moral remite a unas "exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho"¹⁹. Sin embargo, esta expresión no es oportuna en cuanto, como señala Peces Barba, no puede distinguirse de la de derechos naturales, en la medida en que se trata de un término ajeno a nuestra tradición, y porque no tiene en cuenta la realidad social

¹⁶ No es extraña esta comparación pues, como indica Peces Barba, los derechos públicos subjetivos representaban en la cultura jurídica alemana lo que las libertades públicas en la francesa, si bien aquella expresión tenía un carácter más técnico y elaborado. G. PECES BARBA MARTINEZ, Curso de derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 29.

¹⁷ "Así, el poder político, en vez de seguir siendo considerado como el enemigo natural de la autonomía del individuo pasa a ser concebido como un imprescindible promotor de la liberación social y como su organizador más caracterizado". B. DE CASTRO CID, Derechos sociales: análisis sistemático..., *op. cit.*, pág. 22.

¹⁸ E. FERNANDEZ, El problema del fundamento de los derechos humanos..., *op. cit.*, págs. 104 y ss. C. S. NINO, Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Edit. Ariel, Barcelona, 1989, págs. 11-48.

¹⁹ E. FERNANDEZ, El problema del fundamento de los derechos humanos..., *op. cit.*, pág. 107.

permaneciendo demasiado apegada a los clásicos derechos liberales ²⁰.

De este análisis terminológico podemos extraer dos consecuencias: en primer lugar, la ya avanzada distinción del concepto derechos fundamentales de otros afines, y, en segundo, la identificación de éstos en las tesis de las concretas tradiciones del pensamiento jurídico, prevalentes en determinados momentos históricos, con una noción contextualizada. Así, parece coherente que, de acuerdo con los esquemas iusnaturalistas, se asimilen derechos fundamentales y derechos naturales, en la medida en que para los representantes de esta doctrina filosófica el único derecho es el derecho natural; o también, parece evidente que para el positivismo resulten equivalentes los derechos fundamentales a los derechos públicos subjetivos, pues desde este punto de vista no hay más derecho que el creado por el Estado y los derechos de los individuos existen sólo en cuanto autolimitación del propio Estado.

Tras estas consideraciones acerca de las expresiones que aparecen relacionadas con la idea de derechos fundamentales, creemos que estamos en condiciones de ofrecer una respuesta a

²⁰ G PECES BARBA MARTINEZ, *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 34 y 35. En sentido contrario Alfonso Ruiz Miguel estima que la expresión derechos naturales tiene un sentido muy restringido, unido siempre a la existencia de un derecho natural situado por encima o junto al derecho positivo; la comparecencia de derechos morales supondría únicamente que "el derecho puede no coincidir con la moral, precisamente por violar o no reconocer algunos derechos básicos, y que debería hacerlo". Los derechos morales sólo implican la consideración de la moral como "criterio superior de justificación y/o de crítica del derecho". A. RUIZ MIGUEL, *Los derechos humanos como derechos morales*, *Anuario de derechos humanos*, núm. 6, 1990, págs. 149-160, pág. cit., 151; véase también J. GARCIA AÑÓN, *Las teorías de los derechos morales: algunos problemas de concepto*, *Anuario de filosofía del derecho*, 1991, págs. 391-408, pág. 401.

qué entendemos por éstos desde un punto de vista teórico. Serían aquellos derechos e instituciones recogidos por el ordenamiento jurídico, generalmente en la Constitución, y que suelen gozar de una especial protección por responder a lo que en cada momento histórico se entiende dignidad humana²¹. No nos alejamos demasiado de las definiciones que en este punto han dado autores como G. Peces Barba, P. Häberle, A. E. Pérez Luño, o B. de Castro Cid,²² poniendo de manifiesto que estamos ante un concepto rigurosamente jurídico y que, a su vez, está íntimamente vinculado con la ética o la axiología, lo que hace de él una figura compleja y de gran interés en el mundo jurídico.

Antes de continuar hemos de hacer alguna aclaración acerca del doble carácter en el que pueden ser entendidos los derechos

²¹ *Es necesario destacar el carácter dinámico y evolutivo de los derechos fundamentales, su capacidad de responder a las diversas concreciones de los valores de libertad, igualdad y dignidad; a tal sentido se refiere Gregorio Peces Barba cuando señala que: "Los derechos fundamentales serían la expresión de unos valores, intuitivos en racionalizaciones históricas parciales, y que estamos en disposición de elaborar en un sistema coherente a finales del siglo XX. Esta consideración de la diacronía de la historia en la sincronía de la razón, nos conduce a no considerar como definitivo el planteamiento que proponemos, sino sólo como el que nos parece más razonable, más plausible y más operativo hoy. Dentro de unos años probablemente el progreso moral y de la razón, los cambios económicos y culturales, y también la aparición de nuevos problemas, exigirán correcciones y ampliaciones de sistema, aunque podemos decir que en su inmensa mayoría, estamos ante conquistas estables de la humanidad". G. PECES BARBA MARTINEZ, Curso de derechos fundamentales..., op. cit., págs. 293 y 294. Véase también I. ARA PINILLA, Las transformaciones de los derechos humanos, Edit. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 114 y ss; N. LOPEZ CALERA, Naturaleza dialéctica de los derechos humanos, Anuario de derechos humanos, núm. 6, 1990, págs. 71-84.*

²² *A. E. PEREZ LUÑO, Los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 46; G. PECES BARBA MARTINEZ, Curso de derechos fundamentales..., op. cit., págs. 37 y 38; B. DE CASTRO CID, El reconocimiento de los derechos humanos..., op. cit., pág. 25; P. HABERLE, Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale..., op. cit., pág. 177.*

fundamentales. En efecto, se ha señalado que éstos pueden ser considerados desde una dimensión objetiva o subjetiva²³. Los derechos fundamentales en sentido objetivo serían el conjunto de valores considerados esenciales en una concreta sociedad mientras su dimensión subjetiva estaría constituida por las facultades de los sujetos. Así Pérez Luño señala que los derechos fundamentales “desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano *subjetivo* siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el *objetivo* han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su

²³ *Existe una tendencia a identificar los derechos fundamentales únicamente con su aspecto subjetivo y esto obedece, como ha señalado Häberle, al contenido de distintas teorías que han puesto el acento esencialmente en esta dimensión. En primer lugar, se refiere al voluntarismo que, al reducir el derecho a relaciones entre voluntades, contrapone la voluntad del Estado a la del individuo, y valora las relaciones jurídicas sólo desde el punto de vista de los sujetos, que son los únicos capaces de querer. En segundo lugar, al iusnaturalismo racionalista que, al dar mayor importancia al contrato como categoría fundamental del derecho y al reconstruir los conceptos jurídicos desde el individuo, olvida el aspecto institucional de los derechos fundamentales. En tercer lugar, señala las doctrinas del subjetivismo de la Revolución francesa que han perjudicado el carácter institucional de los derechos fundamentales al pretender fundar un ordenamiento sobre una carta de derechos individuales. En este mismo sentido se han mostrado continuadores con estas tesis el individualismo y el liberalismo, que han destacado sólo el aspecto subjetivo de los derechos fundamentales. Por último, también han contribuido a negar el carácter objetivo o institucional el positivismo y el formalismo, que sitúan la esencia de la libertad en su aspecto puramente negativo. P. HABERLE, Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale..., op. cit., págs. 126-130. Sin embargo, en la actualidad se viene produciendo una valorización de su dimensión objetiva como pone de manifiesto Juan Carlos Gavara de Cara al intentar definir el parámetro de constitucionalidad en la Ley Fundamental de Bonn. J. C. GAVARA DE CARA, Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, págs. 31 a 39.*

contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”²⁴.

²⁴ A. E. PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 25; *Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?*, en AA. VV., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, edición coordinada por A. E. Pérez Luño, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 11-52, pág. 17. Igualmente el profesor Peces Barba integra ambas dimensiones en su propuesta de definición: "Desde el primer punto de vista, los derechos fundamentales son el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad del hombre... Desde el punto de vista subjetivo se les puede definir como aquellos derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación". G. PECES BARBA MARTINEZ, *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 469. En el mismo sentido, desde presupuestos teóricos distintos también el profesor Lorca Navarrete habla de derechos fundamentales en sentido objetivo y subjetivo J. F. LORCA NAVARRETE, *Introducción al derecho I y II. Derechos fundamentales y jurisprudencia*, Edit. Pirámide, Madrid, 1989, pág. 12. Véase también P. PEREZ TREMPES, *Los derechos fundamentales*, en L. LOPEZ GUERRA, E. ESPIN, J. GARCIA MORILLOS, P. PEREZ TREMPES y M. SATRUSTEGUI, *Derecho constitucional*, Edit. Tirant lo blanc, Valencia, 1994, Vol. I, págs. 125-144, págs. 125 y 126; L. LAVILLA, *Derechos fundamentales, Estado y sociedad*, en AA. VV., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, edición dirigida por A. López Pina, Edit. Civitas, Madrid, 1991, pág. 36; J. PEREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 260.

CAPÍTULO II
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1. La determinación de los derechos fundamentales en el derecho español.

Una vez hemos identificado desde un punto de vista teórico lo que entendemos por derechos fundamentales, es necesario proyectar topográficamente este concepto en nuestro ordenamiento jurídico.

Se ha señalado que los derechos fundamentales están vinculados con la Constitución de modo que “donde no hay Constitución (y habrá que ver si cualquier Constitución vale) no habrá derechos fundamentales”²⁵. Esta vinculación es también histórica, y ya en las primeras constituciones se recogen los

²⁵ P. CRUZ VILLALON, Formación y evolución de los derechos fundamentales, en AA. VV., X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales, Edit. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría general técnica de publicaciones, Madrid, 1988, Vol. I, págs. 157-184, pág. 162. En este mismo sentido Pérez Luño señala que desde el siglo XVIII corresponde a la Constitución el fijar los "derechos básicos de la convivencia social" pues para la ideología liberal "el fin supremo de la asociación política residía en la defensa de las libertades fundamentales, para cuya mejor garantía éstas debían proclamarse expresamente en las normas de mayor rango y autoridad del ordenamiento jurídico". A. E. PEREZ LUÑO, El proceso de positivación de los derechos fundamentales, en A. E. PEREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución..., op. cit., pág. 65. Luis Prieto ha criticado la postura de Cruz Villalón acusándola de estipulativa por "vincular la existencia de los derechos con la existencia de determinadas connotaciones jurídicas o técnicas de protección". L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., op. cit., pág. 95. Desde nuestra perspectiva está claro que hemos de coincidir con la crítica de Prieto porque la positivación jurídico constitucional no constituye un dato definitorio de los derechos fundamentales. Ahora bien, no nos parece que la aseveración de Cruz Villalón tenga un carácter formal, que vincule constitucionalización de unos derechos con fundamentalidad, es más, sólo señala que es necesaria una Constitución para hablar de derechos fundamentales como único marco posible. Creemos que el profesor sevillano, como ha indicado Peces Barba, se refiere a la Constitución en sentido material. G. PECES BARBA MARTINEZ, Curso de derechos fundamentales..., op. cit., pág. 358.

derechos fundamentales en su versión de derechos humanos positivados como parte integrante del texto, así sucede en el caso de la primera Constitución francesa o en los textos ingleses ²⁶.

Si es necesaria la existencia de una Constitución, al menos en su sentido material, para hablar propiamente de derechos fundamentales, nos podemos preguntar si esto supone la incorporación de aquéllos siempre y en todo caso a la Constitución; en otras palabras, la cuestión sería, ¿sólo podríamos considerar que existen derechos fundamentales en cuanto algunos derechos fueran incorporados al texto constitucional? La respuesta, parece obvio, sólo puede ser negativa de acuerdo con el concepto de derechos fundamentales que hemos acogido, pues en él no se requería como *conditio sine qua non* para la cualificación de un derecho como fundamental el reconocimiento en la norma fundamental, sino que concurriese una garantía jurídica. Su plasmación en el documento constitucional o su protección reforzada responden a una vinculación histórica o sociológica pero no a una relación de necesidad²⁷.

²⁶ En efecto, las declaraciones de derechos normalmente se integran en la Constitución, en algunos casos incluso son anteriores y sin embargo son consideradas como texto constitucional. Ejemplo de esto son los textos ingleses como la "Gran Carta de Juan Sin Tierra" de 12 de junio de 1215, la "Petición de derechos" de 7 de junio de 1628 o la Bill of rights de 13 de febrero de 1689. Igualmente en la Declaración de independencia de los Estados Unidos se realiza una Declaración de derechos. Pero es justamente la Constitución francesa de 1791 la primera que va a integrar en su Preámbulo una Declaración de derechos, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789. Esta incorporación a los textos constitucionales suponía como demuestra Delgado Pinto el carácter limitado que tenía el legislador al tener que respetar esos derechos. J. DELGADO PINTO, La función de los derechos humanos en un regimen democrático..., *op. cit.*, págs. 139 y ss.

²⁷ Véase nota pie de página núm. 10.

Por otro lado, existen ejemplos de ordenamientos jurídicos que no contienen una tabla de derechos fundamentales en el texto constitucional sin que ello afecte a su consideración como tales ²⁸.

No obstante esto, vamos a identificar, a efectos de este trabajo, los derechos fundamentales con los reconocidos en la Constitución española; y ello por dos razones: a) En primer lugar, porque el propio texto constitucional alberga la determinación de los derechos fundamentales; la rúbrica del Título I, "De los derechos y deberes fundamentales", expresa la alusión explícita más genérica que contiene el ordenamiento jurídico español en relación con los derechos fundamentales. b) En segundo lugar, porque, de acuerdo con la definición de derechos fundamentales que establecíamos, éstos habrían de concretar las exigencias de la dignidad humana. Pero ¿cómo podríamos determinar que los derechos que se proclaman en la Constitución española responden a estas exigencias? No es competencia de este trabajo, ni de este

²⁸ En la Constitución francesa de 1958 existe sólo una remisión en su Preámbulo a los derechos recogidos en la Constitución de 1946 y a la declaración de 1789: "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal como han sido definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de 1946". Esta particular estructura constitucional no sólo demuestra la posibilidad de la existencia de derechos fundamentales fuera de la Constitución, sino que para Fromont determina una particular interpretación de los derechos fundamentales, esta es, la preferencia de interpretaciones literales antes que sistemáticas en función de la heterogeneidad histórica a la que el Preámbulo de la Constitución remite. M. FROMONT, La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales, en AA. VV., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 307-310, pág. cit. 309. Véase también G. PECES BARBA MARTINEZ, La protección de los derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional, en G. PECES BARBA MARTINEZ, *Libertad, poder y socialismo*, Edit. Civitas, Madrid, 1978, págs. 101-131, publicado también en *Boletín informativo de ciencia política*, 1972, págs. 57-83; I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos...*, op. cit., págs. 36 y ss.

doctorando, el resolver este problema. Para ello sería necesario un estudio sociológico que determinara la correspondencia o no entre lo que socialmente se viene entendiendo por dignidad humana y los derechos allí localizados. No obstante, sí podemos decir que, al menos apriorísticamente, existe una equivalencia entre los derechos del Título Primero de la Constitución y los reconocidos en otras constituciones de nuestro entorno cultural y en instrumentos internacionales dirigidos a la protección de los “derechos fundamentales” ²⁹.

²⁹ *En efecto los textos internacionales que incorporan declaraciones de derechos “fundamentales” normalmente contienen derechos asimilables a los proclamados en la Constitución española. Así, por ejemplo, la Declaración universal de derechos del hombre de 10 de diciembre de 1948 recoge en sus arts. 1 y 2 el derecho a la igualdad, en el art. 3 el derecho a la vida y a la libertad, en el art. 8 el derecho a una jurisdicción, en el art. 11 el principio “nulla poena sine previa lege”, en el art. 12 el derecho al honor, a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, en el art. 13 el derecho a circular libremente; el art. 14 comprende el derecho a asilo, el art. 15 el derecho a una nacionalidad, el art. 16 el derecho al matrimonio, el art. 17 el derecho a la propiedad, el art. 18 el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia, y religión, el art. 19 el derecho a la libertad de opinión y expresión, el art. 20 la libertad de reunión y asociación pacíficas, el art. 21 el derecho a participar en la vida pública, el art. 22 el derecho a la seguridad social, el art. 23 el derecho al trabajo, el art. 24 el derecho al descanso y a las vacaciones, el art. 25 el derecho a la salud, el 26 el derecho a la educación... La Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 3 de septiembre de 1953, expresa, por su parte, también en su art. 2 el derecho a la vida, en el art. 3 la imposibilidad de ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes; el art. 5 consagra el derecho a la libertad y a la seguridad, el art. 6 el derecho a un juicio con garantías, el art. 7 el principio según el cual no hay delito ni pena sin ley anterior; el art. 8 contiene el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, el art. 9 el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el art. 10 el derecho a la libertad de expresión (activa y pasiva); el art. 11 recoge el derecho a reunirse pacíficamente y a la libertad de asociación, el art. 12 el derecho al matrimonio, el art. 14 el derecho a la igualdad... El Pacto internacional relativo a los derechos económicos, sociales, y culturales de 16 de diciembre de 1966 recoge en su art. 3 la igualdad entre hombre y mujer en el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales de este Pacto,*

el art. 6 el derecho al trabajo, el art. 8 contempla el derecho a formar sindicatos, la libertad de afiliarse y el derecho a la huelga, el art. 13 el derecho a la educación... El Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos de 16 diciembre de 1966 incorpora en el art. 9 el derecho a la libertad, a la seguridad de la persona y a la puesta a disposición de un juez en un plazo razonable en caso de detención, el art. 12 el derecho a circular dentro de un Estado o a salir de éste, el art. 13 la igualdad ante la justicia, el derecho a un proceso con garantías y el principio de legalidad, el art. 18 el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el art. 21 el derecho de reunión, el art. 23 el derecho al matrimonio y a fundar una familia... En cuanto al plano nacional también existe una coincidencia casi exacta. Así podemos mencionar, a título puramente indicativo, la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 que en su Preámbulo se remite a la Declaración de derechos del hombre de 1789 y al Preámbulo de la Constitución de 1946, que implica el reconocimiento constitucional de derechos como la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, el derecho a participar en la formación de la voluntad política sea personalmente o a través de representantes, la igualdad entre hombre y mujer, el derecho de asilo, el derecho al trabajo, el derecho a sindicarse, el derecho a la huelga, el derecho a la salud, al descanso, el derecho a la enseñanza (Preámbulo de la Constitución 1946)... La Constitución alemana establece también una tabla de derechos que contempla aproximadamente estos mismos derechos; así en su art. 1 reconoce la intangibilidad de la dignidad del hombre, su carácter de fundamento de toda comunidad humana, el art. 2 recoge el derecho al desarrollo de la personalidad, el art. 3 el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad, el art. 3 la igualdad ante la ley, el art. 4 la libertad de credo y de conciencia... La Constitución belga de 7 de febrero de 1831 contiene también una tabla de derechos fundamentales: así el art. 6 establece la igualdad de los belgas ante la ley, el art. 7 la libertad individual, el art. 10 la inviolabilidad del domicilio, el art. 11 el derecho a la propiedad, el art. 14 la libertad de culto y de manifestación, el art. 17 la libertad de enseñanza, el art. 18 la libertad de expresión, el art. 19 el derecho de reunión... La Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo de 17 de octubre de 1968, reconoce en su art. 13 el derecho a un juez determinado por la ley, el art. 14 el principio de legalidad, el art. 15 la inviolabilidad del domicilio, el art. 16 el derecho a la propiedad, el art. 19 la libertad de culto, el art. 23 el derecho a la enseñanza primaria, el art. 24 el derecho a la libertad de manifestación... En la Constitución holandesa de 11 de septiembre de 1956 se recoge en su art. 4 la igualdad de todos ante la ley, el art. 5 el acceso a la función pública, el art. 7 la libertad de expresión, el art. 8 el derecho de petición... La Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976 recoge el sufragio universal (art. 10), el derecho a la igualdad (art. 12 y 13), el art. 21 el derecho de resistencia, el derecho a la vida (art. 24), derecho a la integridad de la persona (art. 25), el derecho a la libertad y la seguridad (art. 27), el habeas corpus (art. 31)... Esta asimilación la reconoce Benito de Castro Cid cuando señala que

Además está claro que la incorporación, a través del artículo 10.2 de la Constitución española, de la concepción internacional o universal de éstos comporta una cierta homogeneización de la categoría derechos fundamentales ³⁰.

Nos llevaría ello a concluir que, de acuerdo con el sentido que generalmente se le ha venido dando a la expresión derechos fundamentales en los textos de derecho comparado, como individualización de la dignidad humana, el Título Primero de nuestra Constitución proclamaría auténticos derechos fundamentales.

Reconocida en principio la incorporación de derechos fundamentales en nuestro texto fundamental, nos hemos de plantear a continuación cuáles serían los derechos en él recogidos susceptibles de ser calificados con el epíteto de fundamentales y cuáles quedarían al margen de esta categoría.

nuestro texto constitucional "proclama detallada e individualizadamente casi todos los diversos derechos concretos que pueden identificarse hoy en el panorama total del reconocimiento intra y supranacional". B. DE CASTRO CID, Derechos humanos y Constitución. Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española, Revista de estudios políticos, 1980, págs. 121-151, pág. cit. 131.

³⁰ *Art. 10.2 de la Constitución española: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Para Häberle lo que se establece en artículos como el 10.2 de la Constitución española es la vigencia de una interpretación internacional de los derechos fundamentales. Así dice que "...el intérprete constitucional tendrá también que tener en cuenta las declaraciones universales y regionales de derechos humanos... Nace una comunidad de intérpretes de los derechos fundamentales". P. HABERLE, La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales, en AA. VV., La garantía constitucional de los derechos fundamentales..., op. cit., págs. 260-277, págs. cit. 272 y 273.*

Como primera hipótesis podemos estudiar la posibilidad de que todos los derechos constitucionales sean fundamentales, haciendo simétricos los términos constitucional y fundamental; diríamos entonces que un derecho es fundamental siempre que se encuentra recogido en la Constitución ³¹. Esto supondría de acuerdo con nuestro enfoque teórico que todos y cada uno de los derechos constitucionales constituyeran la traducción inmediata de los valores que representan la dignidad del hombre. Un análisis incluso apresurado del texto constitucional podría conducir al rechazo de esta afirmación porque la Constitución contempla derechos que, aun resultando jurídicamente relevantes, y por consiguiente justificadamente incorporados a nuestra norma fundamental, no constituyen la traducción de los valores que determinan su identificación como derechos fundamentales. Serían derechos como el de petición ante las Cámaras del art. 77, el de indemnización por el mal funcionamiento de los servicios públicos del art. 106, el derecho de participación en la elaboración de reglamentos, de audiencia y de acceso a registros y archivos del art. 105, etc.

Al excluir la posibilidad de identificar la expresión derechos fundamentales y derechos constitucionales, se hace necesario acudir al tenor literal de la Constitución, y particularmente a su Título Primero como criterio más amplio de delimitación de los derechos fundamentales. En efecto, este Título se rubrica "De los derechos y deberes fundamentales", y en él, teóricamente, se

³¹ Para Marina Gascón y Luis Prieto "la mejor noción jurídica de derechos fundamentales es precisamente aquella que les identifica con los derechos constitucionales". De esta forma se evita acudir a criterios extrasistemáticos y a criterios parciales como la ley orgánica o el recurso de amparo. M. GASCON ABELLAN y L. PRIETO SANCHIS, Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional, *Anuario de derechos humanos*, núm. 5, 1988-1989, págs. 97-120, pág. cit. 106.

habrán de ubicar los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico español.

Llegados a este punto nos hemos de plantear si existe una coincidencia entre los derechos del Título I y los derechos fundamentales. Y antes de nada es preciso hacer referencia a dos elementos de este Título que, como veremos, no expresan específicamente derechos fundamentales en el sentido que aquí venimos manteniendo; nos referimos al art. 10 de la Constitución española y a los preceptos que integran su Capítulo Primero.

En el primer apartado del artículo 10 estamos ante lo que la Constitución define como "fundamento del orden político y de la paz social"³², y que Parejo equipara a los valores del art. 1.1 de la Constitución, indicando que constituye el techo axiológico de la Constitución y el punto de referencia desde el que se proyectan los derechos fundamentales³³. Por otro lado, el apartado 2º del art.

³² El profesor Luciano Parejo considera que este fundamento del orden constitucional se entiende "en el doble sentido de integrar la base sustantiva (legitimadora) de su arquitectura y contenido (el orden político) y de representar la condición misma para su correcto funcionamiento (la paz social). Puede decirse... que en el artículo 10.1 C.E. se encuentra la clave misma, el suelo axiológico, y, por tanto, el criterio que otorga legitimidad, sentido y estructura a la totalidad del orden constitucional material". L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del ordenamiento*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 124. Para el Profesor Rodríguez Paniagua el art.10 consagraría la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos, pero al recoger este artículo junto a la dignidad de la persona, los derechos inviolables, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley, y los derechos de los demás, se disipa, se esfuma, su carácter fundante. "Como consecuencia de todo esto, la fundamentación ética o moral de los derechos humanos pierde relieve, se destaca mucho menos". J. M. RODRIGUEZ PANIAGUA, *El artículo 10.1 de la Constitución española y la fundamentación ética de los derechos humanos*. Apéndice de Lecciones de derecho natural como introducción al derecho, Edit. Universidad Complutense, Madrid, 1988, pág. 296.

³³ L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del ordenamiento...*, op. cit., pág. 135. En el mismo sentido Lorca Navarrete dice que el art. 1 de la

10 comportaría la incorporación de la tradición hermenéutica internacional a través de las fórmulas interpretativas que en materia de derechos fundamentales se utilizan en relación con la Declaración universal de los derechos humanos y a los tratados y acuerdos internacionales que sean ratificados por España ³⁴. En todo caso podemos afirmar que el artículo 10 de la Constitución española no contiene en ninguno de sus apartados derechos fundamentales *strictu sensu*; el primero de ellos manifiesta una declaración de valores hasta cierto punto semejante a la que se efectúa en el art. 1.1, y el segundo incorpora una concepción supranacional de los derechos fundamentales.

El segundo elemento del Título Primero en el que vamos a detenernos es el conjunto de preceptos contenidos en el Capítulo Primero, esto es, los arts. 11, 12 y 13. Su inclusión dentro de este Título es inapropiada y disonante puesto que, como ha apuntado Antonio Torres del Moral, no contienen derechos fundamentales ³⁵. En el art. 11 se establecen los principios constitucionales de nacionalidad (la reserva de ley, la imposibilidad de privar de nacionalidad a los españoles de origen evitando así la apatridia, la posibilidad de instituir tratados de doble nacionalidad con Estados que tengan una vinculación especial con España, y la posibilidad de naturalización en estos Estados de los españoles sin perder su nacionalidad), el art. 12 dispone constitucionalmente el momento a partir del cual los españoles son mayores de edad, y el art. 13

Constitución contempla una concepción objetiva, estática, y el art. 10 contempla una dimensión subjetiva y dinámica, y en su opinión, "uno (es) complemento del otro". J. F. LORCA NAVARRETE, Introducción al derecho I y II. Derechos fundamentales y jurisprudencia..., op. cit., pág. 12.

³⁴ Véase nota pie de página núm. 30.

³⁵ "La edad y la nacionalidad son más bien condiciones o presupuestos del estatuto jurídico de las personas en función del cual se tienen y disfrutan o no unos derechos". A. TORRES DEL MORAL, Principios de derecho constitucional español, Edit. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, pág. 337.

establece los criterios que han de imperar en materia de extranjería, regulando en su apartado primero el régimen de derechos que tienen los extranjeros en el ordenamiento jurídico español (el principio de paridad en el goce de las “libertades públicas”³⁶, en su apartado segundo la titularidad exclusiva de los derechos políticos a los españoles, salvo que en virtud de reciprocidad se puedan establecer por ley o tratado el sufragio activo en elecciones municipales a favor de los extranjeros, en su apartado tercero señala los principios del régimen de extradición (habrá de estar regulada por ley o tratado, se tendrá en cuenta la reciprocidad, y quedan excluidos de ésta los delitos políticos), y en el apartado 4, por último, se contiene una reserva de ley para la regulación de la apatridia.

De lo dicho podemos deducir que el Capítulo I del Título Primero no hace referencia a derechos fundamentales, únicamente contiene los principios constitucionales en materia de “nacionalidad” (art. 11) y de “extranjería” (art. 13), y la determinación del momento a partir del cual se entiende que los españoles son mayores de edad (art. 12); pero de manera alguna alude a facultades o valores que representen de forma inmediata la

³⁶ *La dicción literal del art. 13.1 es la siguiente: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos en que establezcan los tratados y la ley". Desde nuestro punto de vista aquí la expresión libertades públicas, que como vimos se vincula con una concepción histórica de los derechos fundamentales, se ha de identificar justamente con éstos y no con aquella concepción. A esta conclusión podemos llegar siguiendo el tenor literal del artículo al referirse a todos los derechos que se sitúan en (todo) el Título I, y no sólo a los de la Sección I del Capítulo II cuya rúbrica emplea justamente la expresión "libertades públicas". Pero no sólo un criterio sistemático-literario nos lleva a esta interpretación, desde un punto de vista teleológico parece también dudoso que el constituyente de 1978 haya querido atribuir a los extranjeros sólo el goce de los derechos de la Sección I del Título II, o de aquellos que supongan una abstención por parte del Estado siguiendo el sentido técnico que tiene la expresión "libertades públicas".*

dignidad humana, requisito exigido por nuestro concepto técnico para constatar la efectiva existencia de derechos fundamentales³⁷.

Si bien la inclusión del art. 10 tiene cierto sentido dentro del Título Primero, que se titula “*De los derechos y deberes fundamentales*”, en cuanto expresa, por un lado, una declaración de valores, y, por otro, la recepción de una determinada interpretación de los derechos fundamentales, no pensamos que el Capítulo I tenga racionalmente cabida en él. Por más que la nacionalidad, la extranjería o la determinación de la mayoría de edad constituyan materias cuya relevancia justifique su regulación en la propia Constitución, incluso implicando presupuestos del goce de los derechos fundamentales, no estimamos que topográficamente se deban incluir junto a ellos, en su misma rúbrica, porque esto no genera más que desorden obligando al intérprete a elucidar su estatuto jurídico. Si, como hemos visto, no parece que podamos afirmar que estos artículos contengan derechos fundamentales, será necesario delimitar de qué protección gozan, si en algún caso son equiparables con los derechos fundamentales, cuál es su vinculación con estos...

Por tanto, con relación a este punto, hemos de concluir reiterando que los arts. 11, 12 y 13 de la Constitución no contienen derechos fundamentales por lo que su inclusión en un Título rubricado “*De los derechos y deberes constitucionales*” carece de sentido, introduciendo sólo malentendidos y dificultades en la comprensión del texto constitucional.

³⁷ *De Castro Cid mantiene que la regulación del Capítulo I del Título I "es casi totalmente ajena al tema de los derechos fundamentales". B. DE CASTRO CID, Derechos humanos y Constitución. Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española..., op. cit., pág. 134.*

De acuerdo con lo hasta aquí dicho, y por exclusión, los derechos fundamentales se habrían de ubicar, por tanto, en el Capítulo Segundo y Tercero del Título Primero. Sin embargo hemos de verificar también si estos preceptos en todos los casos contienen derechos fundamentales, esto es, si los derechos allí consagrados superan el doble *test* que supone su vinculación con la dignidad del hombre y la existencia de una protección jurídica. Y en primer lugar hay que poner de relieve la compleja e inadecuada titulación que en esta materia tiene la Constitución española ³⁸.

De un lado estaría el Título Primero rubricado “De los derechos y deberes fundamentales”, que en teoría debería recoger, como mínimo, los derechos fundamentales y que, sin embargo, contiene un Capítulo donde fija las orientaciones constitucionales en materia de nacionalidad y extranjería (Capítulo I); de otro lado, el Capítulo II, cuyo Título es “Derechos y libertades”, donde no se expresa claramente el carácter “fundamental” de los derechos allí enunciados; y, por último, un Capítulo III, cuya rúbrica es “De los

³⁸ *La Constitución para Prieto "padece tan grave vacilación en la rúbrica de sus distintas secciones y capítulos que un observador que se guiase por este único elemento bien podría poner en duda la racionalidad y coherencia interna del legislador constituyente". L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., op. cit., págs. 75 y 76. Igualmente De Castro Cid indica que "la primordial característica del sistema de los derechos fundamentales establecido por la actual Constitución española es precisamente la de su carencia absoluta de sistematización". B. DE CASTRO CID, Derechos humanos y Constitución. Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española..., op. cit., pág. 132. Véase también G. PECES BARBA MARTINEZ, Génesis de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución española de 1978, en *Derecho y derechos fundamentales*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1993, págs. 177-200, pág. 194; artículo recogido también en AA. VV., X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales, op. cit., págs. 289-309; A. TORRES DEL MORAL, Principios de derecho constitucional..., op. cit., pág. 336-338; R. SANCHEZ FERRIZ, Estudios sobre las libertades, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 38.*

principios rectores de la política social y económica”, en el que, *a priori*, no parece que se reconozcan sino directrices de orientación social y económica, que serían, desde luego, cosa distinta de lo que hemos entendido por derechos fundamentales.

Por otro lado el Capítulo II se subdivide en dos Secciones; la Primera titulada “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, en la que, desde un punto de vista literal, parece que el constituyente con dos expresiones diferentes se refiere a una misma realidad. Como vimos, la expresión “libertades públicas” haría alusión a una cierta concepción histórica de los derechos fundamentales, concretamente aquella que los ligaba al Estado liberal clásico que se caracterizaba por la abstención del poder público frente a la esfera de autonomía de los individuos ³⁹. Aun suponiendo, y es mucho suponer, que en este Capítulo se proyectara esta concepción histórica de los derechos fundamentales en su versión más liberal, no podría compadecerse tal suposición con la inclusión de artículos como el 27 en el que se prevé una actividad prestacional y, por tanto, positiva del Estado o el art. 28.1 y 2 que reconoce el derecho a sindicarse y a la huelga y que son de clara e inconcusa inspiración socialista ⁴⁰. Además, en la Sección II de este Capítulo, cuya rúbrica es “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, se recogen una serie de derechos de distinto carácter como el derecho a defender a España, a la objeción de conciencia al cumplimiento del servicio militar, el derecho al matrimonio, a la

³⁹ Véanse págs. 39 y ss. En todo caso, como advierte Benito de Castro, es un error utilizar dos fórmulas lingüísticas que obedecen a tradiciones científicas diferentes para identificar a los derechos de la Sección Primera del Capítulo Segundo. B. DE CASTRO CID, *Derechos humanos y Constitución. Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española...*, op. cit., pág. 135.

⁴⁰ Art. 28.1: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente...”; art. 28.2: “Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses...”

propiedad privada, a la herencia, al trabajo..., derechos que, siguiendo una interpretación literal y sistemática, no deben ser derechos fundamentales pues estos han sido enumerados en la Sección I; siendo, entonces, meros derechos constitucionales.

A pesar de este caos rubricativo, del análisis lógico-sistemático de los epígrafes del Título Primero, Capítulos Primero y Segundo, y de las Secciones Primera y Segunda del Capítulo II, se podrían educir dos hipótesis de reconocimiento de los derechos fundamentales en la Constitución española: 1. Por un lado, podríamos considerar que los derechos fundamentales son todos los enmarcados bajo el rótulo “De los derechos y deberes fundamentales” del Título I, esto es, los comprendidos en el Capítulo I, que, como vimos, contempla normas de nacionalidad y extranjería, en el Capítulo II que contendría, por un lado, “Libertades públicas y derechos fundamentales” (Sección Primera), y por otro, “Los derechos y deberes de los ciudadanos” (Sección 2ª), y, por último, el Capítulo III, “Los principios rectores de la política social y económica”. 2. La segunda posibilidad sería considerar como derechos fundamentales sólo a los contenidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo, es decir, a los derechos reconocidos en los arts. 15 a 29 de la Constitución española.

Ambos criterios son equivocados. Conforme al primero se incluyen cuestiones que nada tienen que ver de forma inmediata con la dignidad humana: los preceptos del Capítulo Primero. En el segundo se procede a identificar los derechos fundamentales con una concepción histórica ya superada de éstos, la que se corresponde con el Estado liberal, dejando fuera de su contenido el art. 14, que parece una clara proyección de la dignidad del hombre al recoger el principio de igualdad. Quedarían también excluidos derechos como la objeción de conciencia al servicio militar, el derecho de propiedad, el derecho al trabajo o el derecho a la negociación colectiva que, en nuestra opinión,

parecen comprendidos dentro de los derechos fundamentales desde un punto de vista material.

Por tanto, de cuanto hemos dicho, sólo se puede extraer una consecuencia: la imposibilidad de individualizar topográficamente el concepto “derechos fundamentales” de acuerdo con la rotulación constitucional. Será pues necesario acudir a otro criterio de determinación, teniendo siempre presente la necesidad de que constituyan de algún modo la traslación de exigencias de derechos humanos y que se encuentren garantizados por el ordenamiento jurídico positivo.

Es difícil proporcionar un criterio material definitorio de los derechos fundamentales. Pero en todo caso sí podemos, como hemos visto, reconocer la similitud entre todos los derechos que vienen enunciados en el Título I y los que de ordinario se expresan en otras Constituciones, tratados o acuerdos internacionales.

El mencionado requisito de la relación con la dignidad del hombre, desde un punto de vista material, lo cumplirían, a nuestro parecer, tanto los derechos enunciados el Capítulo Segundo como en el Capítulo Tercero del Título Primero; en ambos casos estamos en presencia de exigencias reconducibles de alguna manera a los derechos humanos. Efectivamente, en estos capítulos existen derechos que desde un punto de vista jurídico internacional son considerados sin mayores inconvenientes como derechos fundamentales⁴¹.

⁴¹ Véase nota pie de pág. núm. 29. En las declaraciones de derechos allí expuestas se encuentran, indudablemente, derechos que en nuestra Constitución se recogen en el Capítulo II o III.

El segundo requisito exigido por nuestro concepto es que el derecho fundamental tenga protección jurídica; ¿pero, cuándo podemos estimar que está garantizado por el ordenamiento jurídico? Esta pregunta se ha de responder aduciendo que un derecho está protegido en cuanto no pueda ser vaciado de su contenido. Y, como afirma Cruz Villalón, “si existe hoy día algunos elementos o datos que hagan reconocible a los derechos fundamentales como categoría, éstos son la tutela judicial y el respeto de su contenido esencial por el legislador”⁴², y estos requisitos los cumplirían no sólo los derechos enunciados en el art. 14 y en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, sino también en la Sección Segunda del mismo Capítulo⁴³.

⁴² P. CRUZ VILLALON, Formación y evolución de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 161; P. PEREZ TREMP, Los derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 129. Martínez-Pujalte reivindica en todo derecho fundamental un doble carácter subjetivo e institucional, y desde su punto de vista sólo los derechos contenidos en el Capítulo II lo poseerían. Los derechos reconocidos en el Capítulo III del Título I tendrían únicamente un carácter institucional pero no subjetivo. A. L. MARTINEZ-PUJALTE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 108. En el mismo sentido

⁴³ P. CRUZ VILLALON, Formación y evolución de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, págs. 161 y 162. El autor justifica esta concreción del ámbito de los derechos fundamentales no sólo, aunque sea la razón decisiva, porque el dato que hace reconocible la existencia de un derecho fundamental sea la tutela judicial y el respeto de su contenido esencial; además, dice, “el único concepto ‘exportable’ de nuestros derechos fundamentales es aquél que parta de su identificación con el Capítulo Segundo”, es el que utilizan el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal Constitucional alemán. (pág. 161). A esta misma idea parece referirse Gavara de Cara cuando alude a la idea de derechos fundamentales en la Constitución española en los que no cabe el recurso de amparo: “Ello no quiere decir que no todos los derechos fundamentales tengan sentido prescriptivo, sino que algunos carecen de sanción reconocida en el texto constitucional. En los casos en que no establece la Constitución española la sanción (o mejor dicho el mecanismo procesal para su declaración) contra la infracción del sentido prescriptivo de los derechos fundamentales, realiza una remisión a

Esta postura sería contraria a cierta doctrina del Tribunal Constitucional, que analizaremos más adelante, para la que los derechos fundamentales serían los recogidos en la Sección I del Capítulo II, que exigirían un desarrollo por ley orgánica (art. 81.1 de la Constitución española) o a otra que los vincula con la posibilidad de recurso de amparo, pero parece la más aceptable desde nuestras premisas teóricas ⁴⁴.

la ley para su determinación". J. C. GAVARA DE CARA, Derechos fundamentales y desarrollo legislativo..., op. cit., págs. 70 y 71. En el mismo sentido, aunque desde una interpretación literal, Díez Picazo y Ponce de León expresa que "todos los que están reconocidos en ese Capítulo II son derechos fundamentales y están vinculando por igual a los poderes públicos". Para el autor el problema surgió cuando el Tribunal Constitucional, siguiendo lo establecido en su ley orgánica, identificó a los derechos fundamentales con aquellos que disponían de protección a través del recurso de amparo. L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales, en AA. VV., La garantía constitucional de los derechos fundamentales..., op. cit., págs. 289-296, pág. cit. 293. Igualmente véase L. AGUIAR DE LUQUE, Los límites de los derechos fundamentales, Revista del Centro de estudios constitucionales, 1993, enero-abril, págs. 9-34, pág. 10.

⁴⁴ Esta posición que adoptamos sabemos que no es la mayoritaria en nuestra doctrina. Acaso sea por una aceptación indiscutida de la doctrina jurisprudencial, o por una miopía de buena parte de nuestros autores, lo cierto es que desde un similar concepto dogmático de derechos fundamentales al que aquí nos hemos adherido, en cuanto llega el momento de identificarlo topográficamente en la Constitución, las miradas se dirigen a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, se acomode ésta o no al concepto dogmático, y se hace coincidir la plasmación jurídico-práctica de los derechos fundamentales con los derechos de la Sección Primera del Capítulo Segundo, con la exigencia de ley orgánica para su desarrollo y protección de amparo. Así Alonso García dice que en la Constitución existen derechos ordinarios, derechos que han sido "especialmente minusvalorados por el constituyente" que no tienen una auténtica estructura de derechos y que son meros principios, y, por último "los derechos denominados derechos fundamentales y libertades públicas" que gozan de una especial protección. E. ALONSO GARCIA, Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria, en AA. VV., La garantía constitucional de los derechos fundamentales..., op. cit., págs. 205-230, pág. cit. 206. En el mismo sentido Balaguer Callejón distingue entre: "derechos acogidos a la democracia constitucional, que constituyen el núcleo esencial de la Constitución", "los derechos acogidos a la democracia

Así pues, según lo que hemos visto, los derechos fundamentales serán los enunciados en el Capítulo II del Título I de la Constitución española, que representarían la concreción contemporánea de la dignidad humana, y están garantizados por el ordenamiento jurídico de acuerdo con el art. 53.1 de la Constitución: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a)". Sería justamente el respeto del contenido esencial la fórmula que dispensa la efectiva protección jurídica, la que garantiza la existencia de un derecho. Las tutelas especiales, recurso de amparo, ordinario o constitucional, o la reserva de ley

constitucional" y "los derechos sometidos a la democracia de la mayoría". Entre los primeros estarían los derechos de la Sección Primera, lo que justifica enunciando las garantías que los protegen. "Encontramos así que este primer grupo de derechos, símbolo del pacto constituyente y de la voluntad de todo el pueblo, están protegidos contra cualquier actuación de cualquiera de los poderes públicos, de algún sector del pueblo, a través de la intervención del Tribunal Constitucional, en cuanto éste representa al poder constituyente en el momento constitucional. Son el fundamento mismo de la democracia constitucional, a la que la democracia de la mayoría debe respetar y amoldarse". F. BALAGUER CALLEJON, Derechos fundamentales y Constitución normativa, en AA. VV., X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 221. Véase también J. DE LUCAS y E. VIDAL, El catálogo de derechos en la Constitución española de 1978: ¿una lista cerrada?, en AA. VV., X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales..., op. cit., págs. 629 y 630; A. LATORRE SEGURA, Diez años de jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas, en AA. VV., X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales..., op. cit., págs. 2089-2104; o el propio G. PECES BARBA MARTINEZ, Génesis de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución española..., op. cit., págs. 192, parece aceptar la orientación jurisprudencial de la S.T.C. relativa a la objeción de conciencia en la que se establece que los derechos fundamentales son sólo los recogidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo.

orgánica, son cuestiones cuantitativas, que no pueden definir en caso alguno la existencia de un derecho fundamental ⁴⁵.

2. Valor jurídico del capítulo III del título I de la constitución española.

En nuestro examen de lo que tengamos que entender por derechos fundamentales hemos excluido los preceptos integrados en el Capítulo Tercero por entender que los principios allí expresados no encuentran una verdadera garantía en el ordenamiento jurídico español⁴⁶. Esto, empero, podría resultar confuso en cuanto supondría negar virtualidad jurídica, al menos, a cierta parte de la Constitución, y, por tanto, una impugnación del artículo 9.1 que proclama la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Aparece, pues, una incompatibilidad patente entre principios que en teoría no tienen una garantía jurídica, unos principios constitucionales que específicamente se dirigen a los poderes públicos para orientar su política económica y social, y los principios de legalidad y de jerarquía normativa consagrados en el art. 9.1, que hacen obligatorios los derechos enunciados en el Capítulo Tercero.

Sin embargo esta contradicción es más aparente que real, porque en el fondo nos referimos a cosas distintas. Una cuestión es la garantía que establece el art. 53.1, reservando a la ley la regulación de estos derechos e instituyendo el respeto del

⁴⁵ P. CRUZ VILLALON, El legislador de los derechos fundamentales, en AA. VV., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 125-137, pág. cit. 128.

⁴⁶ Prieto señala que “si es cierto que en el Título I hay algo más que derechos, es aún más cierto que el Capítulo III apenas hay derechos”. L. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 192.

contenido esencial; y otra muy distinta es la que establece el mismo artículo en su apartado tercero en el que se preceptúa que estos principios “informarán” la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, no existiendo para estos “derechos” una verdadera garantía jurídica ⁴⁷.

Para Prieto los principios programáticos tendrían una indeterminación en la consecuencia jurídica, configurándose como mandatos de optimización y representando intereses. “Pretender la aplicación de una directriz es defender un interés o programa

⁴⁷ En este sentido Eduardo García de Enterría señala que todas las normas constitucionales tienen carácter jurídico “sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo”. E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma*, en E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1985, págs. 35-114, pág. 68. Más favorable al carácter jurídico de los principios reconocidos en el Capítulo III se muestra Benito de Castro quien percibe en la utilización del término “derecho” en algunos enunciados la intención del constituyente de reconocer algo más que normas programáticas, o en el art. 42 de la Constitución española la incorporación de los derechos sociales económicos y culturales. Para el profesor De Castro el sistema jurídico español ha incorporado a través del art. 10.2 de la Constitución la interpretación del Capítulo III de acuerdo con el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; así como el propio catálogo de derechos del Pacto a través del art. 96.1. B. DE CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales...*, op. cit., pág. 188-190; *Derechos humanos y Constitución. Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española...*, op. cit., pág. 138 y ss. Francisco Balaguer Callejón, por su parte, tras reconocer el carácter normativo del Capítulo III, dice que en “cualquier caso, las garantías que protegen estos derechos son mínimas y los límites de la actuación de esos poderes públicos no son tan expresos como en el caso de los grupos anteriores”. F. BALAGUER CALLEJON, *Derechos fundamentales y Constitución normativa...* op. cit., pág. 223; P. CRUZ VILLALON, *Formación y evolución de los derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 162. Este carácter normativo es reconocido también por la jurisprudencia constitucional; véase por ejemplo la S.T.C. 81/1982, de 21 de diciembre, fto. jco. 2, B.J.C. núm. 21, págs. 65-72.

político, pues supone que se dicte una norma que establezca los medios para alcanzar un fin valioso”⁴⁸.

Por otro lado, es necesario no perder de vista que no se trata de una situación que resulte inmodificable. Y es que como dice Cruz Villalón “en la medida en que estos derechos se vean dotados de tutela judicial y, sobre todo, en la medida en que el legislador pueda verse efectivamente limitado por estos derechos”, podremos hablar de auténticos derechos fundamentales⁴⁹. En efecto, en cuanto encuentren una protección que garantice su contenido, y en la medida en que sean vinculantes para el poder público y no meramente informadores de su actuación, su estatuto cambiará. Lo cierto es que hoy los derechos (o principios) del Capítulo III no pueden ser caracterizados como derechos fundamentales, falta el requisito de una efectiva garantía jurídica.

Independientemente de todo esto, y siguiendo la opinión de Alonso García, al referirse a la aplicación real del Capítulo III y de los valores en general por la jurisdicción ordinaria, podemos decir que el juez español “se muestra absolutamente reacio, por no decir incapaz, a operar directamente con la jurisprudencia de los valores y, por consiguiente, a apelar a criterios de interpretación substancialmente delimitados por la Constitución... El juez español tradicionalmente ha diferido al legislador... la concretización de los valores tipificados en la Constitución”⁵⁰. Así

⁴⁸ L. PRIETO SANCHIS, La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas, en J. BETEGON CARRILLO, M. GASCON ABELLAN, J. R. DE PARAMO ARGUELLES, L. PRIETO SANCHIS, *Lecciones de teoría del derecho*, Edit. McGrau-Hill, Madrid, 1997, págs. 335-360, pág. 352.

⁴⁹ P. CRUZ VILLALON, *El legislador de los derechos fundamentales...*, op. cit., 128.

⁵⁰ Cita a continuación una serie de ejemplos como la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 1988; y termina diciendo que “en gran

pues, y antes de entrar en consideraciones sobre el posible carácter fundamental de los derechos del Capítulo III será conveniente y necesario que éstos vengan realmente a “informar” la actuación de los poderes públicos (comprendiendo la jurisdicción ordinaria).

3. La doctrina del tribunal constitucional en la determinación de los derechos fundamentales.

En la determinación de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional existe una jurisprudencia contradictoria; en la mayoría de las ocasiones adopta un criterio restrictivo y los identifica con los derechos contenidos en la Sección primera del Capítulo II, y en otras, de forma más generosa pero menos pródiga, establece un ámbito más amplio, incluyendo el art. 14 y la objeción de conciencia.

En la primera orientación nos encontraríamos con afirmaciones tan firmes como que “los denominados derechos fundamentales y libertades públicas (son) los regulados en los

medida, esa tarea informadora del Capítulo III, en una palabra, la jurisprudencia de los valores (auténtica revolución de la Constitución en materia de derechos constitucionales), es la gran asignatura pendiente hoy en día para los tribunales ordinarios. El hecho de que este principio de interpretación de la legalidad ordinaria conforme a la Constitución sea el resultado del constitucionalismo más moderno explica el que nos encontremos en un campo donde sólo muy lentamente se habituarán los Jueces ordinarios a este modus antes desconocido". E. ALONSO GARCIA, Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria..., op. cit., págs. 219 y ss. Más proclive a la utilización de estos principios es el Tribunal Constitucional que en muchos casos acude a estos preceptos para resolver casos concretos. L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., op. cit., págs. 195 y ss.; La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas..., op. cit., pág. 357. En el fondo esta actitud tan distinta viene determinada por el art. 53.3 que sólo admite que sean invocados ante los tribunales ordinario de acuerdo con la legislación que los desarrolle.

artículos 15 al 29 de la Constitución española, cuyo desarrollo está reservado a la ley orgánica y cuya tutela específica se realiza ante los tribunales ordinarios, junto con la relativa al principio de igualdad del art. 14 y la objeción de conciencia del art. 30 por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante este Tribunal”⁵¹.

La segunda doctrina tiende a reconocer a los derechos fundamentales como derechos subjetivos identificándolos con aquellos susceptibles de que su hipotética vulneración sea recurrida en amparo. Para esta tesis ingresarían dentro de la categoría “derechos fundamentales” el derecho a la igualdad y la objeción de conciencia al servicio militar⁵².

⁵¹ S.T.C. 18/1981, de 8 de junio. En esta sentencia no sólo se puede reconocer una restricción del número de derechos que pueden ser calificados como fundamentales, sino que también parece aceptar un concepto de suyo estrecho al excluir el carácter objetivo e identificar derecho fundamental con derecho subjetivo al vincular el derecho con la protección de amparo. S.T.C. 18/1981, de 8 de junio de 1981, fto. jco. 4, B.J.C. núm. 3, págs. 209-215. En el mismo sentido, véase la S.T.C. 76/1983, de 5 de agosto, fto. jco. 2 y 51, B.J.C. núm. 30, págs. 1121-1179; o S.T.C. 161/1987, de 27 de octubre, fto. jco. 2, B.J.C. núm. 79, págs. 1466-1474.

⁵² Esta doctrina no se ha expresado en fórmulas tan genéricas como la anterior, pero sin duda se puede extraer de sentencias como la S.T.C. 67/1988, de 18 de abril, en su fto. jco. 4, cuando señala que el Tribunal Constitucional “ha venido afirmando en reiteradas ocasiones que el recurso de amparo no es un instrumento para corregir en términos objetivos y abstractos los errores en los que los órganos judiciales hayan podido incurrir en la interpretación y en la aplicación de normas, sino exclusivamente un cauce para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas a los que se refiere el art. 53.2 de la Constitución”. S.T.C. 67/1988, de 18 de abril, B.J.C. núm. 65, págs. 684-696. Véanse también la S.T.C. 26/1987, de 27 de febrero, fto. jco. 4, B.J.C. núm. 71, págs. 223-247; S.T.C. 160/1987, de 27 de octubre, fto. jco. 2, B.J.C. núm. 79, págs. 1433-1456; o, S.T.C. 48/1984, de 4 de abril, fto. jco. 6, B.J.C. núm. 36, págs. 626-634.

En otras sentencias parece que el Tribunal supera la concepción subjetivista e indica que los derechos fundamentales no se agotan en meras facultades subjetivas, así la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981 dice que “son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en la medida en que garantizan un 'status' jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en... el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”⁵³.

En todo caso, aun admitiendo la hipótesis más amplia, que asimila los derechos fundamentales con los derechos enunciados en los arts. 14 a 30 ambos incluidos, y aceptando su carácter objetivo, nos parece que la doctrina del Tribunal Constitucional demuestra un carácter cicatero y restrictivo a la hora de determinar los derechos fundamentales; confunde su protección con los

⁵³ S.T.C. 25/1981, de 14 de julio, fto. jco. 5, B.J.C. núm. 5, págs. 324-334. En el mismo sentido la S.T.C. 53/1985, de 11 de abril, en su fto. jco. 4, dice que los derechos fundamentales no son sólo "derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales", sino también "componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran". S.T.C. 21/1981, de 15 de junio, fto. jco. 15, B.J.C. núm. 4, pág. 259-267; S.T.C. 83/1984, de 24 de julio, fto. jco. 3, B.J.C. núm. 40/41, págs. 1069-1079; S.T.C. 111/1984, de 28 de noviembre, fto. jco. 3, B.J.C. núm. 44, págs. 1430-1437; S.T.C. 53/1985, de 11 de abril, B.J.C. núm. 49, págs. 515-543; S.T.C. 163/1986, de 17 de diciembre, fto. jco. 1, B.J.C. núm. 69, págs. 22-26; S.T.C. 37/1987, de 26 de marzo, fto. jco. 9, B.J.C. núm. 72, págs. 431-463.

derechos mismos y en algunos casos olvida su aspecto objetivo o institucional ⁵⁴.

4. Composición del capítulo II. La presencia de garantías institucionales.

Una vez que hemos estudiado los criterios que ha seguido el Tribunal Constitucional en la identificación de los derechos

⁵⁴ *La teoría amplia que sostenemos no parece que haya recibido aplicación por el Tribunal Constitucional de forma general, sin embargo en algunas sentencias parece admitirse; así la S.T.C. 46/1983, en su fto. jco 6, dispone que "el art. 38 de la Constitución española es ciertamente un derecho fundamental, pero no goza de la protección de recurso de amparo al sobrepasar los concretos límites a que se contrae el art. 53.2." (S.T.C. 46/1983, de 27 de mayo, B.J.C. núm. 26, págs. 688-703). La S.T.C. 67/1988, de 27 de mayo, en su fto. jco. 4, con relación al derecho de propiedad dice que la ausencia de recurso de amparo "no supone, sin embargo, la desprotección de tales derechos, sino sólo que el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de protección reforzada que el art. 53.2 de la Constitución confiere a determinados derechos y libertades fundamentales" (S.T.C. 67/1988, de 27 de mayo, B.J.C. núm. 85, págs. 684-696). La referencia, no obstante, más clara a la concepción amplia puede encontrarse en el Voto Particular emitido por Francisco Rubio Llorente a la S.T.C. 26/1987, de 27 de febrero en el que no comparte "en modo alguno la restringida concepción de los derechos fundamentales que se recoge en el fundamento 4, apartado a), y que reduce el conjunto de derechos fundamentales al de aquellos que están protegidos por el recurso de amparo. Esta concepción, que se aparta del uso habitual en la doctrina, obligaría a negar la existencia de derechos fundamentales en todos aquellos sistemas jurídicos constitucionales (la mayoría de los existentes en Europa occidental, por ejemplo) en los que no existe esa vía procesal y es, a mi juicio, absolutamente incompatible con nuestra propia Constitución, que también sustrae a la libre disponibilidad del legislador (art. 53.1) los derechos comprendidos en la Sección 2ª del Capítulo Segundo, que son también, por eso mismo derechos fundamentales y entre los cuales se encuentran derechos de libertad tan decisivos como el de contraer matrimonio (art. 32), o el de elegir profesión u oficio (art. 35)...". En todo caso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no parece que pueda albergar afirmaciones como las de Cruz Villalón cuando señala que los derechos fundamentales son todos los derechos establecidos en el Capítulo II. P. CRUZ VILLALON, Formación y evolución de los derechos..., op. cit., pág. 160. Véase también nota pie de página núm. 43.*

fundamentales ⁵⁵, nos hemos de plantear si en el Capítulo II sólo se recogen derechos fundamentales, esto es, facultades o instituciones que traduzcan el valor de la dignidad del hombre, o también otras figuras. Específicamente nos estamos refiriendo a la posible existencia de “garantías institucionales” junto a los derechos fundamentales.

Desde nuestro punto de vista, y de acuerdo con los presupuestos teóricos que hemos expuesto, esta hipótesis, como ahora veremos, supondría suprimir el carácter objetivo al concepto "derechos fundamentales" y configurarlos únicamente como facultades subjetivas ⁵⁶. Pero antes es preciso adentrarnos, acaso

⁵⁵ *Parece obvio que, pese a la doctrina restrictiva del Tribunal Constitucional, sigamos los parámetros de identificación y las consiguientes respuestas a que nos lleva el concepto teórico que hemos propuesto. Y es que si aceptamos un concepto técnico de derechos fundamentales que proyectamos sobre un ordenamiento jurídico positivo que nos lleva a calificar, lógicamente, como derechos fundamentales a todos los derechos recogidos en el Capítulo II, no existe razón alguna para modificar nuestro discurso acogiendo un concepto de derechos fundamentales más restringido, el postulado por el Tribunal Constitucional. Sobre todo cuando éste, como hemos visto, padece de evidentes defectos como el confundir cuestiones meramente formales (y de carácter cuantitativo) con criterios de constitutividad. La concreción del concepto teórico de derechos fundamentales en el texto constitucional ha de ser los derechos recogidos en el Capítulo II del Título I.*

⁵⁶ *Aunque, como hemos visto, no falten sentencias del Tribunal Constitucional en que se configuran los derechos fundamentales como derechos subjetivos, lo cierto es que, como ha señalado Luis Aguiar, en la actualidad la jurisprudencia y doctrina comparada se esfuerzan por buscar nuevas categorías explicativas, pues las interrelaciones Estado-Sociedad "sitúan la protección de los derechos fundamentales en un nuevo contexto y con una nueva índole de problemas que no siempre puede resolverse con los instrumentos y conceptos tradicionales... (y por otra parte) los nuevos de prestación que se derivan de las nuevas funciones que asume el Estado social tampoco son garantizados de modo adecuado con las construcciones propias del Estado liberal". El Tribunal, Constitucional, sigue diciendo, tampoco ha olvidado este aspecto e interpreta algunos preceptos "como elementos objetivos del ordenamiento o como elementos de derecho objetivo". L. AGUIAR DE LUQUE, Dogmática y teoría jurídica de los derechos*

someramente, en el concepto de “garantías institucionales” para tener una representación mas adecuada de los problemas que se suscitan con él en la Constitución española.

Esta categoría es llamada en causa en el campo de los derechos fundamentales y sostenida por el jurista alemán Carl Schmitt con el propósito de salvaguardar ciertas instituciones constitucionales que para él tienen un rol muy distinto al de los derechos fundamentales en la Constitución de Weimar. Hay que tener presente, en primer lugar, que Schmitt mantiene un concepto de los derechos fundamentales impregnado de iusnaturalismo, los caracteriza como derechos anteriores y superiores al propio Estado ⁵⁷. Para el autor alemán los derechos fundamentales serían siempre derechos de libertad y tendrían un carácter absoluto, los derechos políticos y los derechos de

fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional, *Revista de derecho político*, núm. 18/19, 1983, verano-otoño, págs. 17-30, pág. 22.

⁵⁷ Carl Schmitt parte de una concepción iusnaturalista de los derechos fundamentales, éstos no son tales porque los reconozca el Estado sino que vienen dados por un orden superior; así en *Teoría de la Constitución* señala que los derechos fundamentales "han de distinguirse de otros derechos garantizados y protegidos en la ley constitucional. No todo derecho fundamental se encuentra garantido en las Constituciones del Estado de derecho por una regulación constitucional, y, a la inversa, no toda protección contra la reforma por ley ordinaria significa ya un derecho fundamental" (pág. 169); y continúa: "en el Estado burgués y de derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él... Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la Libertad, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa" (pág. 169). Para Schmitt los derechos fundamentales propiamente son los del hombre individual, teniendo un carácter absoluto, es decir, "su contenido no resulta de la Ley" (pág. 171). C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, traducido y presentado por F. Ayala y epilogado por M. García-Pelayo y Alonso, Edit. Alianza, Madrid, 1982. (Primera edición en Edit. *Revista de derecho privado*, Madrid, 1934). La edición de 1982 conserva íntegra la versión de 1934 añadiendo únicamente el epílogo de M. García-Pelayo.

orientación socialista no serían auténticos derechos fundamentales ⁵⁸.

Frente a estos “auténticos derechos” (las libertades públicas absolutas supraestatales) se situarían otras “situaciones-organizaciones” que encuentran su reconocimiento en la Constitución, pero que a diferencia de aquellos tienen carácter limitado, no son sólo libertades por su relación con un fin (⁵⁹).

⁵⁸ Para Schmitt los derechos ciudadanos pueden ser calificados también como fundamentales pero en otro sentido muy distinto al que venimos utilizando, éstos no “presuponen al hombre individual libre en el estado extra-estatal de ‘libertad’, sino al ciudadano que vive en el Estado” (pág. 174). El contraste principal que separa estos derechos de “los auténticos derechos fundamentales” es que no pueden ser ilimitados (pág. 174). Tampoco los derechos sociales tienen estructura de derecho fundamental en cuanto tienen un carácter limitado, “pues todo derecho a prestaciones ajenas es limitado” (pág. 174). “Tales derechos presuponen una organización estatal... Con eso, su derecho se relativiza ya” (pág. 174). C. SCHMITT, Teoría de la Constitución..., op. cit., págs. 174.

⁵⁹ Desde el punto de vista de Schmitt estas instituciones se diferenciarían del derecho fundamental “por su esencia, limitada”. “Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aún cuando las tareas no estén especializadas en particular” (pág. 175). Para el citado autor constituyen garantías institucionales los llamados derechos fundamentales de los municipios y cita el parágrafo 184 de la Constitución de Francfort de 1849; es también una garantía institucional el derecho al juez legal que se recoge en el art. 105 de la Constitución de Weimar, el matrimonio como base de la vida familiar (art. 119) o el descanso dominical (art. 139). El derecho a la propiedad a juicio de Schmitt es un caso contradictorio y oscuro; pero, por contra, son claros ejemplos de garantía institucional los derechos de los funcionarios (pág. 177), la libertad de ciencia y de su enseñanza (pág. 177), o los llamados derechos fundamentales de una comunidad natural u organizada (la familia, los municipios, cuando el Estado se obliga internacionalmente para favorecer una minoría tampoco existe un derecho fundamental en favor de esa minoría) (págs. 177-178). Caso aparte son los “derechos fundamentales” internacionales de los Estados, así dice que en “una Federación, cada Estado-miembro tiene un derecho a la existencia, que ciertamente puede designarse como ‘derecho fundamental’, pero claro está que en sentido distinto al

Para explicar estas “situaciones - organizaciones” constitucionales recurre el autor a la figura de la “garantía institucional” como concepto contrapuesto justamente al de derecho fundamental.

Así podemos decir que la categoría “garantía institucional” supone, al menos históricamente, asumir un determinado concepto de derechos fundamentales que nosotros, claro está, no aceptamos ⁶⁰. Hoy tanto los derechos políticos como muchos de los derechos que responden a una orientación socialista gozan de la consideración de fundamentales (incluso para las doctrinas más restrictivas el derecho de educación o el derecho de huelga gozan de la calificación de fundamentales en nuestra Constitución).

Por otro lado, contemporáneamente, los autores que reivindicaban la distinción entre las categorías “derechos fundamentales” y “garantía institucional” lo hacen también desde una perspectiva individualista. Así para Ignacio de Otto “en cualquiera de las posibles interpretaciones del art. 53.1 se ha de partir de la base de que la reserva de ley que este precepto formula presupone como un *prius* lógico el reconocimiento de un *derecho o libertad*, esto es, la existencia de una norma constitucional que

derecho fundamental del individuo en el Estado burgués” (pág. 178). C. SCHMITT, Teoría de la Constitución..., op. cit.

⁶⁰ Esto también ha sido puesto en evidencia por José María Baño León al decir que esta “contraposición derecho fundamental-garantía institucional, coherente en la posición de Schmitt, carece de sentido cuando, de un lado los derechos fundamentales abarcan no sólo derechos subjetivos, sino también garantizan positivamente ámbitos de actuación del particular o aseguran la pervivencia de determinadas organizaciones (por tanto encierran a su vez garantías institucionales y mandatos al legislador) y, de otro, ambos conceptos responden a la misma idea, la de erigirse en límite último a la discrecionalidad política del legislador”. J. M. BAÑO LEÓN, La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española, Revista española de derecho constitucional, núm. 24, 1988, septiembre-diciembre, págs. 155-179, pág. cit. 170.

establezca algo identificable dogmáticamente como tal cosa”⁶¹. Para De Otto esta tesis tendría apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional y así cita las sentencias número 83/1984 y 86/1982⁶². Esto conduciría, siguiendo siempre al citado profesor, a que las garantías del art. 53.1 de la Constitución no se aplicaran a aquellas figuras que respondieran a la estructura de “garantía institucional”, pues éstas sólo se prevén para auténticos derechos; así no vincularían a la autonomía universitaria del art. 27.10 de la Constitución española o a la negociación colectiva del art. 38 de la misma. En este sentido también la sentencia 83/1984 en relación con los arts. 36 y 38 de la Constitución española dice que “predomina, como es patente el carácter de garantía institucional y por ello no son aplicables ni la reserva de ley ni la de contenido esencial”⁶³.

Para De Otto de esta exclusión no dimana una plena libertad para el legislador al tratar estas figuras, existiría siempre la protección de garantía institucional, “una institución abstractamente definida”⁶⁴.

⁶¹ I. DE OTTO Y PARDO, La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución, en L. MARTIN RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO, Derechos fundamentales y Constitución, Edit. Civitas, Madrid, 1988, pág. 97.

⁶² La sentencia 83/1984, en su fundamento jurídico 3, se refiere al art. 36 de la Constitución española que regula el ejercicio de los Colegios profesionales y profesiones tituladas, señalando que “esta reserva específica es bien distinta de la que respecto de los derechos y libertades se contiene en el art. 53.1 de la Constitución”. S.T.C. 83/1984, de 24 de julio, B.J.C. núm. 40/41, págs. 1069-1078. En el mismo sentido véase la S.T.C. 86/1982, de 23 de diciembre, fto. jco. 4, B.J.C núm. 21, págs. 17-34.

⁶³ S.T.C. 83/1984, de 24 de julio, fto. jco. 3, B.J.C. núm. 40/41, págs. 1069-1078.

⁶⁴ Para De Otto “la idea de contenido esencial nos conduce a construir derechos y libertades como poderes complejos y concretos de disposición y libertad a partir de definiciones constitucionales abstractas, de modo que el derecho constitucionalmente

Una postura más ambigua es la mantenida por Cruz Villalón, quien, en primer lugar, arguye que “en realidad, no parece que podamos afirmar que la tarea del legislador sea diferente, en general y en abstracto, en el caso del derecho fundamental y en el de la garantía institucional...(entiende) que la tarea del legislador (sus posibilidades y sus límites) viene condicionada por la propia estructura de cada derecho fundamental o de cada garantía institucional en concreto”⁶⁵, para luego decir que el contenido esencial tiene un valor constitutivo: “El derecho fundamental, con su garantía del contenido esencial, vincularía más intensamente al legislador que las garantías institucionales, cuyo 'contenido esencial' no aparece expresamente garantizado por la Constitución”⁶⁶.

Es decir, por un lado, mantiene la asimilación entre la garantía institucional y los derechos fundamentales en cuanto no existirían diferencias en la incidencia frente legislador entre una y otros, sino que dependería de los concretos derechos fundamentales y garantías institucionales; y, por otro, atribuye al "contenido esencial" carácter constitutivo que cualificaría a los derechos fundamentales. En otro trabajo parece identificar de nuevo estos conceptos, y así dice que “la 'garantía institucional' en su significado adjetivo es lo mismo que 'contenido esencial'; un 'contenido esencial' *avant la lettre*, porque entonces no existía como tal, y ello es así porque el 'contenido esencial' es

reconocido y garantizado se integra como una formación vital sobre el esqueleto de la conducta abstractamente definida. En la garantía institucional la ausencia de garantía de un contenido esencial significa, por el contrario que hay tan sólo constitucionalización de la institución abstractamente definida, pero no garantía de una concreta configuración". I. DE OTTO Y PARDO, La regulación del ejercicio de los derechos y libertades..., op. cit., pág. 101.

⁶⁵ P. CRUZ VILLALON, El legislador de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 132.

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 132.

precisamente una derivación de la 'garantía institucional' en su significado objetivo"⁶⁷.

El profesor Solozábal Echevarría tampoco mantiene una posición clara. Parte de la teoría schmittiana de la "garantía institucional" caracterizándola de manera parecida a como aquí lo hemos hecho. A continuación, dice que ha sufrido una primera evolución en la que "la construcción del derecho fundamental en la teoría y el reconocimiento constitucional se verá influida por la contribución institucional una vez que se revele la estructura homóloga de la garantía constitucional y el derecho fundamental"⁶⁸; y, termina sosteniendo que tras las aportaciones doctrinales que proporcionan Häberle, Hesse y otros autores "se subraya la dimensión institucional de los derechos fundamentales y la necesidad de los mismos de organización y completamiento normativo, así como su obligada comprensión como realidades políticas y de vigencia social y efectiva"⁶⁹. Hasta aquí parece admitir la falta de operatividad de esta distinción en cuanto asume que los derechos fundamentales gozan de una dimensión institucional, esto es, objetiva, y esta objetividad está ínsita en los derechos fundamentales (al menos en su última evolución). Esto, sin embargo, contrasta con lo expuesto en la última parte de su artículo en la que critica la declaración de derecho fundamental que hace el Tribunal Constitucional en relación con la autonomía

⁶⁷ P. CRUZ VILLALON, *Formación y evolución de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 182.

⁶⁸ J. J. SOLOZABAL ECHEVARRIA, *Algunas cuestiones básicas para la teoría de los derechos fundamentales*, *Revista de estudios políticos*, núm. 17, 1991, enero-junio, págs. 87-109. pág. cit. 106.

⁶⁹ *Ibidem*, pág. 106.

universitaria en la sentencia núm. 26/1987, de 27 de febrero; para Solozábal estaríamos ante una “garantía institucional”⁷⁰.

En nuestra opinión esta distinción entre derechos fundamentales y “garantía institucional” responde sólo a “la visión de los derechos fundamentales *exclusivamente reducida* a la clásica versión de los derechos como libertades defensivas, como ámbitos exentos de la acción estatal”⁷¹, concepción ésta que hemos discutido aquí desde un principio cuando definíamos los derechos fundamentales como el conjunto de facultades e *instituciones* que traducen el valor de la dignidad humana en un momento determinado, asignándoles, junto a la tradicional estructura de derechos subjetivos, un aspecto o dimensión objetiva. El profesor Gallego Anabitarte pone de manifiesto esta nueva concepción cuando dice que “los derechos fundamentales son evidente y principalmente unos derechos subjetivos... La novedad en las últimas décadas es haber detectado que estos derechos fundamentales, o libertades públicas, no sólo son derechos subjetivos, sino que también son principios o valores fundamentales del ordenamiento jurídico”⁷². La consideración de

⁷⁰ S.T.C. 26/1987, de 27 de febrero, B.J.C. núm. 71, págs. 223-247. En su fundamento jurídico 4 esta decisión considera que entre lo que protege la garantía institucional y el derecho fundamental no existe una diferencia substancial, reconociendo a continuación que “allí donde, dentro de la Sección primera, se reconozca un derecho, y no hay duda de que la autonomía de las Universidades lo es, su configuración como fundamental es precisamente el presupuesto de su ubicación”.

⁷¹ J. M. BAÑO LEON, La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española..., *op cit.*, pág. 156.

⁷² A. GALLEGO ANABITARTE, Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudenciales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública), Edit. Civitas, Madrid, 1994, pág. 97. Igualmente Baño León defiende que “la propia Constitución construye los derechos fundamentales tanto como derechos subjetivos, como con la garantía de ciertas instituciones o con la fijación de mandatos al legislador que éste ha de concretar”. J. M. BAÑO LEON, La distinción entre derecho

los derechos fundamentales como principios o valores, su carácter institucional, implica para Baño León que el legislador ha de configurarlos, no sólo los limita, también “los conforma, les da contenido” ⁷³.

En este mismo sentido se pronuncia Rubio Llorente en un voto particular a la S.T.C. 26/1987 manteniendo que en las garantías institucionales el legislador tiene gran libertad para establecer su contenido, diciendo que la mayor resistencia del derecho fundamental al legislador no es una idea comúnmente aceptada, que las garantías institucionales “no son, en la doctrina que establece esta distinción, *sino variedades de los derechos fundamentales*” ⁷⁴.

Podemos concluir, pues, con Häberle afirmando que los derechos fundamentales gozan de “un doble contenido constitucional. De un lado presentan un 'aspecto' de derecho individual; son derechos de la persona... Por otro lado están caracterizados por un aspecto institucional (*institutionelle Seite*)” ⁷⁵.

fundamental y garantía institucional en la Constitución española..., *op cit.*, pág. 159. Para el autor este aspecto objetivo se habrá de ponderar, el Tribunal Constitucional lo ha hecho en momentos diversos: con relación al derecho de libertad-institución de habeas corpus, derecho a la producción y creación literaria-medidas organizativas y procedimentales de la propiedad intelectual...

⁷³ M. BAÑO LEÓN, La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española..., pág. 162.

⁷⁴ S.T.C. núm. 26/1987, de 27 de febrero, B. J. C. núm. 71, págs. 223-247.

⁷⁵ P. HABERLE, Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale..., *op. cit.*, pág. 115. El aspecto institucional respresentaría “la garantía constitucional de esferas de vida reguladas y organizadas según principios de libertad, que, a causa de su significado objetivo-institucional, no se pueden encuadrar en el esquema libertad individual-límite de la libertad individual, se rebelan a la relación unidimensional individuo-Estado y no se pueden fundar sólo sobre el individuo”. En el mismo sentido Baño León señala que los “derechos fundamentales son, en efecto, en gran parte derechos subjetivos, pero también instituciones y mandatos al legislador”. J. M. BAÑO

Por este doble carácter se podría decir con el mismo autor que su esencia está caracterizada por un “Jano bifronte”, en cuanto ambos aspectos, “el de derecho individual y el institucional, forman en su conjunto el derecho fundamental” ⁷⁶. Y es que como muy bien dice Baño León “la noción derechos fundamentales puede englobar sin dificultades a las otras dos restantes; derechos subjetivos y garantías institucionales” ⁷⁷

La jurisprudencia constitucional sobre este tema es contradictoria. Hemos visto ya como Ignacio de Otto sostenía que el Tribunal Constitucional participaba de la diferenciación entre derecho fundamental-garantía institucional en la sentencia núm. 86/1982 y, sobre todo, en la sentencia núm. 83/84. No obstante esto, creemos que existe una tendencia jurisprudencial muy importante que defiende la conformación de los derechos fundamentales no sólo como derechos subjetivos (facultades), sino que comprensivamente reúne aspectos objetivos en aquella fórmula. Así la sentencia de 14 de julio de 1981 dice: “En primer

LEON, La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española..., *op. cit.*, pág. 165.

⁷⁶ P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale...*, *op. cit.*, 116.

⁷⁷ J. M. BAÑO LEON, La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española..., *op. cit.*, pág. 171. Para Baño León, no obstante, existe una diferencia entre las libertades públicas que serían la traslación al derecho público del derecho subjetivo como poder reconocido por el derecho, que una persona pueda oponer al Estado, y la garantía institucional que tendría como objetivo el garantizar una organización frente al legislador. Por lo demás, existirían numerosos puntos de coincidencia; en primer lugar, habría “una evidente correlación entre la garantía de una institución y los derechos (públicos) subjetivos de sus miembros” (pág. 172) -cita el status funcional que sirve de base a los derechos públicos subjetivos de los funcionarios en la S.T.C. 99/1987-, y, en segundo lugar, señala que existen muchos derechos fundamentales en los que se ha operado una transformación, convirtiéndose más su defensa en garantías institucionales que en derechos subjetivos (derecho de propiedad o libertad de empresa). Véase la S.T.C. 99/1987, de 11 de junio, B.J.C. núm. 74, págs. 717-739.

lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos... Pero al mismo tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo”⁷⁸; la sentencia núm. 22/1981, de 2 de julio, configura el derecho al trabajo no sólo como un derecho subjetivo sino que le atribuye un aspecto objetivo, “no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo... En su aspecto individual se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación... en su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo”⁷⁹; la sentencia 12/1982, de 12 de marzo, y la 104/1986, de 17 de julio, configuran el derecho a difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1 de la Constitución española) como un derecho institucional⁸⁰; la sentencia 111/1984, de 28 de noviembre, determina que el derecho a un juez ordinario no es sólo un derecho subjetivo, sino también un derecho institucional⁸¹.

Por lo tanto podemos concluir manteniendo que “carece de verdadera razón de ser (y también de utilidad práctica) tratar de atribuir el contenido esencial tan sólo a las normas reguladoras de

⁷⁸ S.T.C. 25/1981, de 14 de julio, fto. jco. 5, B.J.C. núm. 5, págs. 324-334; S.T.C. 53/1985, de 11 de abril, fto. jco. 4, B.J.C. núm. 49, págs. 515-542. Véase la nota pie de página núm. 53.

⁷⁹ S.T.C. 22/1981, de 2 de julio, fto. jco. 8, B.J.C. núm. 4, págs. 243-255. En el mismo sentido véase S.T.C. 163/1986, de 17 de diciembre, fto. jco. 1, B.J.C. núm. 69, págs. 22-26.

⁸⁰ S.T.C. 12/1982, de 31 de marzo, fto. jco. 3, B.J.C. núm. 12, págs. 272-281. También la S.T.C. 104/1986, de 17 de julio, fto. jco. 5, B.J.C. núm. 64/65, págs. 1048-1055.

⁸¹ La sentencia 111/1984, de 28 de noviembre, fto. jco. 3, B.J.C. núm. 44, págs. 1430-1437.

los derechos fundamentales que reconocen derechos subjetivos”⁸², sobre todo cuando “la Constitución no distingue entre garantías institucionales y derechos subjetivos a la hora de establecer un derecho fundamental”⁸³.

Entendemos, por consiguiente, que no se ha de diferenciar entre derechos fundamentales y garantías institucionales, son dos caras de una misma moneda; conceptualmente hacen referencia a la misma idea que nosotros hemos designado como derechos fundamentales. Por otro lado, “la distinción dentro de los derechos fundamentales de 'derechos' y 'garantías institucionales' tiene muy poca utilidad si con ella se pretende construir dos regímenes jurídicos diferenciados. Ambos aspectos forman parte de los derechos fundamentales, como también forman parte de ellos las particulares visiones que las distintas concepciones teóricas aportan a los mismos”⁸⁴.

Antes de cerrar este epígrafe es necesario hacer una advertencia. Aquí nos hemos planteado la posibilidad de que junto a los derechos fundamentales, que identificábamos con los recogidos en el Capítulo Segundo, existieran otras figuras que, no siendo éstos, convivieran en el mismo Capítulo, las garantías institucionales, y, que por tanto no estarían sometidas a la reserva

⁸² J. M. BAÑO LEON, La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española..., *op. cit.*, pág. 177.

⁸³ *Ibidem*, pág. 178. Gallego Anabitarte sostiene de igual forma que desde un concepto amplio de derechos fundamentales, que recoja su aspecto objetivo, no tendría sentido la categoría de garantía institucional. A. GALLEGO ANABITARTE, Derechos fundamentales y garantías institucionales..., *op. cit.*, pág. 268.

⁸⁴ J. M. BAÑO LEON, La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española..., *op. cit.*, pág. 179. En el mismo sentido H. P. SCHNEIDER, Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello stato costituzionale democratico..., *op. cit.*, págs. 211-212. J. C. GAVARA DE CARA, Derechos fundamentales y desarrollo legislativo..., *op. cit.*, pág. 99.

de ley, ni al respeto del contenido esencial que prevé el art. 53.1. El sucinto estudio que hemos realizado nos ha llevado a negar esta posibilidad, pues el concepto de derechos fundamentales del que partimos abraza comprensivamente los elementos derecho subjetivo y garantía institucional. Sin embargo, esto no quiere decir que fuera de los derechos fundamentales no puedan existir componentes que se correspondan con lo que se viene concibiendo como "garantía institucional". No es fin de este trabajo el esclarecer esta cuestión, pero sí podemos señalar que el Tribunal Constitucional en la sentencia 32/1981, de 28 de julio, con respecto a las diputaciones catalanas, en la núm. 76/1988, de 26 de abril, al régimen foral vasco, o en la 37/1994 a la seguridad social, ha recurrido en sus razonamientos a la existencia de "garantías institucionales"⁸⁵.

⁸⁵ S.T.C. 32/1981, de 28 de julio, en relación con las diputaciones catalanas, en su fto. jco. 3, señala que "la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar... la única interdicción claramente discernible es la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada". S.T.C. 32/1981, de 28 de julio, B.J.C. núm. 6, págs. 415-429; la núm. 76/1988, de 26 de abril, B.J.C. núm. 85, págs. 609-632 hace un reflexión en parecidos términos en respecto al régimen foral vasco; y la S.T.C. 37/1994, de 10 de febrero, en su fto. jco. 3, señala que la Seguridad Social es una garantía institucional que como tal deja un amplio margen de libertad al legislador. S.T.C. 37/1994, de 10 de febrero, B.J.C. núm. 155, págs. 23-28. También desde un punto de vista dogmático se ha sostenido esta posibilidad, y así Alfredo Gallego Anabitarte mantiene que sí "puede tener valor hablar de 'instituciones garantizadas constitucionalmente'... cuando nos encontramos ante instituciones (la autonomía local, la independencia de los jueces, el jurado, por ejemplo, y otras), que, sin ninguna relación con los derechos fundamentales, por el hecho de estar recogidas (y a veces expresamente garantizadas) en la Constitución, permite deducir razonablemente que el legislador tiene unos límites a su competencia discrecional para regular la materia, límites que provienen de la institución en cuanto tal". A. GALLEGO ANABITARTE, Derechos fundamentales y garantías institucionales..., op. cit., pág. 96.

5. La protección de los derechos fundamentales.

Una vez hemos delimitado dónde se sitúan constitucionalmente los derechos fundamentales, hemos de ocuparnos de su régimen, o regímenes, de protección, y especialmente al elemento que cualifica, desde el punto de vista de las garantías, ciertos derechos como fundamentales. Nos referimos al contenido esencial del art. 53. Pero antes de estudiar esto debemos, al menos brevemente, examinar las restantes garantías que tutelan a los derechos fundamentales.

Podemos distinguir formalmente dos regímenes de protección, uno que podríamos denominar *ordinario* y otro *reforzado*. En el segundo se encontrarían aquellos derechos que, además de gozar de las garantías de que disfrutaban los primeros, están tutelados por el recurso de amparo sea constitucional u ordinario (derechos reconocidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo, la igualdad jurídica del art. 14 y el derecho a objeción de conciencia del servicio militar del art. 30 -si bien este último sólo está protegido por el recurso de amparo constitucional-), y la reserva de ley orgánica (derechos consagrados en la Sección Primera, art. 81, aptdo. 1) ⁸⁶.

El estudio de las garantías de los derechos fundamentales lo haremos con relación a cada poder. En efecto, no cabe duda que la

⁸⁶ Benito de Castro se refiere a tres tipos de derechos fundamentales: derechos fuertes "cuya tutela puede recabarse ante los Tribunales ordinarios y/o ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo"; derechos débiles, "cuya tutela, a pesar de vincular a todos los poderes públicos, sólo podrá realizarse mediante el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes que regulen su ejercicio"; y derechos especialmente débiles que "parecen destinados a influir como principios informadores de la actuación de los poderes públicos, careciendo, sin embargo, de fuerza vinculante sobre ellos y no pudiendo ser exigidos más que por una vía indirecta". B. DE CASTRO CID, Derechos humanos y Constitución. Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española..., *op. cit.*, págs. 148 y 149.

primera y principal protección está implícita en la propia separación de poderes ⁸⁷. A continuación estudiaremos las garantías que nuestro derecho recoge en relación con cada uno de los poderes del Estado.

5.1. Poder legislativo y derechos fundamentales.

En primer lugar, y frente al legislativo, los derechos fundamentales se servirían de las siguientes fórmulas de protección: la aplicabilidad directa de la Constitución sin que sea necesaria la intervención del legislador, la rigidez de la modificación constitucional que exige un procedimiento especial y agravado, el control de la constitucionalidad de las leyes a través del recurso de inconstitucionalidad (art. 161.1 de la Constitución española), la figura del Defensor del pueblo (art. 54 de la Constitución española), la cuestión de constitucionalidad (art. 163 de la Constitución española), y el respeto del contenido esencial del art. 53.1.

a) La efectividad directa de la Constitución, y consecuentemente, de los derechos fundamentales, viene estudiada y convenientemente resaltada por Eduardo García de Enterría en su trabajo "La Constitución como norma", cuyo solo título es de por sí suficientemente elocuente acerca de su postura. En efecto, en este trabajo el citado autor postula que toda la Constitución no sólo tiene valor normativo inmediato y directo de acuerdo con el art. 9.1, sino que además se trata de una

⁸⁷ Montesquieu es claro a este respecto: "Cuando todo el poder está vinculado a la misma persona o al mismo cuerpo de jueces no existe libertad alguna". En relación con "el único magistrado" señala que "tal magistrado sólo puede darse en un gobierno despótico". C. MONTESQUIEU, *De l'esprit des Lois, Libro IV, Cap. VIII*, Edit. Frères Granière, Paris, 1871, pág. 78; J. LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Edit. Aguilar, Madrid, 1990, traducido por A. Lázaro Ros, *Capítulo XII*, págs. 184 y ss. *Locke distingue entre poder legislativo, ejecutivo y federativo.*

“vinculación más fuerte”⁸⁸, siendo obligatoria para todos los tribunales y sujetos públicos o privados⁸⁹.

Se plantea en torno a esta vinculación algunas cuestiones de indudable interés. En primer lugar tenemos que mencionar el problema de la legislación preconstitucional. En estos casos, al menos por lo que se refiere a los derechos fundamentales, la doctrina es unánime en cuanto a la efectividad directa de la Constitución sin necesidad de que exista una declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional. Así se procede a una aplicación del texto constitucional no sólo por los órganos jurisdiccionales sino también por la propia Administración⁹⁰. Fenómeno diverso es el de la legislación

⁸⁸ E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma...*, op. cit., pág. 63. Esta posición también es mantenida por el Tribunal Constitucional de forma reiterada; por ejemplo la S.T.C. 9/1981, de 31 de marzo, en su fundamento jurídico 3, señala que “la Constitución es una norma -como se ha señalado-, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales... (que ha de ordenar la) convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”. S.T.C. 9/1981, de 31 de marzo, fto. jco. 3, B.J.C. núm. 3, págs. 177-184. En el mismo sentido la S.T.C. 32/1981, de 28 de julio, señala que la Constitución “es la norma suprema del Estado como totalidad y que, en consecuencia, sus principios obligan por igual a todas las organizaciones que forman parte de esta totalidad”. S.T.C. 32/1981, de 28 de julio, fto. jco. 5, B.J.C. núm. 6, págs. 415-429.

⁸⁹ E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma...*, op. cit., pág. 68. En este sentido el Tribunal Constitucional ha dicho que conviene “no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial están sujetos a ella”. S.T.C. 16/1982, de 28 de abril, fto. jco. 1, B.J.C. núm. 13, págs. 337-342. En todo caso es preciso señalar que el órgano encargado de interpretar y dar sentido con carácter vinculante a la Constitución es el juez constitucional.

⁹⁰ E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma...*, op. cit., págs. 76 y 77. En el mismo sentido el propio Tribunal Constitucional señala que “no

postconstitucional. En este caso chocarían por un lado el monopolio del Tribunal Constitucional para determinar la inconstitucionalidad con la efectividad directa de la Constitución; es decir, por un lado, el valor de la seguridad jurídica en virtud del cual es un órgano determinado el que tiene que declarar la contradicción con la Constitución impidiendo que cada operador jurídico diseñe su propia legalidad y, por otro, el valor de la justicia que postularía la no aplicación de la norma pretendidamente inconstitucional. Este conflicto sólo se produce en ordenamientos, como el español, que prevén un juicio de constitucionalidad *a posteriori*; en otros, como el francés, en el que la contradicción o no con el texto constitucional viene elucidada antes de su entrada en vigor no se da esta “posible” aplicación de normas inconstitucionales que, desde luego, producen siempre efectos indeseados en la vida social ⁹¹. En estas ocasiones el profesor García de Enterría distingue dos posibilidades en función de que la tutela de los derechos fundamentales se lleve a cabo a través del recurso de amparo constitucional u ordinario, o que no suceda así. En el primer supuesto “el Tribunal de amparo, bien ordinario, bien constitucional, deberá atenerse a dicho contenido esencial para dispensar el amparo, sin que el Tribunal ordinario

puede, en modo alguno, olvidarse la eficacia directa e inmediata que la Constitución tiene como norma superior del ordenamiento jurídico, sin necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador ordinario en lo que concierne a los derechos fundamentales”. S.T.C. 81/1982, de 21 de diciembre, fto. jco. 2, B.J.C. núm. 21, págs. 65-72.

⁹¹ Véase el número 13 de *Pouvoirs*, 1980, dedicado monográficamente al Consejo Constitucional francés. En él se introduce un interesante debate en torno al funcionamiento del Consejo Constitucional, del que cabe destacar tres artículos que adoptan posturas diferentes. De un lado Jean Rivero y Louis Favoreu resaltan la aportación de este órgano al derecho público y, sobre todo, en la defensa de las libertades, mientras Lacharrière pone de relieve los peligros que supone el restar poder al legislador. J. RIVERO, *Fin d'un absolutisme*, págs. 5-15; L. FAVOREU, *L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public*, págs. 17-26; R. DE LACHARRIERE, *Opinion dissidente*, págs. 133-150.

tenga que retrasarse, lo que iría contra el mandato de 'preferencia y sumariedad' que impone al amparo el art. 53.2”⁹². En los demás casos se impondrá el monopolio del Tribunal Constitucional.

Una postura más favorable a la efectividad constitucional y, por tanto, a la primacía del principio de justicia es la mantenida por Gustavo Zagrebelsky. Para el profesor italiano ni la obediencia ni la desobediencia de la ley presuntamente inconstitucional es obligatoria, pero la desobediencia es, sin embargo, debida en aquellos casos en los que los individuos se representen “con plena conciencia la indiscutible inconstitucionalidad de la ley”⁹³. No

⁹² E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma...*, *op. cit.*, págs. 78 y 79. *El propio Tribunal Constitucional, parece, admite esta doctrina en la sentencia 15/1982, de 23 de abril, cuando en su fundamento jurídico 8 dice que "los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (art. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata". S.T.C. 15/1982, de 23 de abril, B.J.C. núm. 13, págs. 331-337.*

⁹³ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Edit. Il Mulino, Bologna, 1988, pág. 276; *La tutela d'urgenza*, en AA. VV., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, edición preparada por L. Carlassare, Edit. CEDAM, Padova, 1988, págs. 27-41, págs. 37 y ss. *En nuestra doctrina Prieto Sanchís apunta también esta doctrina cuando plantea una distinta interpretación del principio de libertad reconocido en el art. 1.1 de la Constitución. Para el autor este principio no autoriza, como los juristas normalmente entienden, a "llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas... el principio de libertad autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no debe prohibir". L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., op cit., pág. 165. Tampoco es ajena la práctica constitucional a la tesis enunciada por Zagrebelsky, así el Consejo de Estado y varios Tribunales administrativos regionales ejercieron el poder de la ejecución de los procedimientos de utilidad pública, de ocupación temporal y de urgencia, que les había sido sustraído por el art. 13, páfo. último, de la ley núm. 865, de 22 de octubre de 1971, planteando cuestión de legitimidad constitucional y antes de ser declarado*

obstante, matiza esta opinión cuando señala que la inconstitucionalidad de la ley antes de que sea pronunciada es una opinión y no una certeza, lo que le lleva a concluir en relación con la eficacia de la norma inconstitucional señalando que los particulares “son puestos en situación de elegir responsablemente entre la obediencia de la ley inconstitucional... y su desobediencia”

⁹⁴

Otra dificultad que se presenta es la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. En las relaciones *inter privatos* predomina claramente el principio de autonomía de la voluntad que se erige de forma manifiesta en el Código Civil y que sería una especificación del derecho de libertad o, más genéricamente, del principio de libertad que aparece latente en toda la Constitución y en virtud del cual estaría permitido hacer todo lo que no está

inconstitucional dicho artículo por la sentencia de la Corte Constitucional núm. 284 de 1974. El procedimiento más adecuado para juridificar una inaplicación de la ley por eventual contradicción con los derechos fundamentales habría de pasar por la existencia de un procedimiento cautelar de garantía de los mismos en el que como ha indicado Pace la "presencia, mayor o menor, del fumus depende en efecto del fundamento de la demanda y no de la causa petendi; por su parte, (también señala) la irreparabilidad del daño se deriva de la estructura del derecho y no del reconocimiento constitucional de tal derecho". A. PACE, La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni", en AA. VV. Nuove dimensioni nei diritti di libertà, Edit. CEDAM, Padova, 1990, págs. 109-126, cit pág. 125.

⁹⁴ G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale..., *op. cit.*, pág. 278; V. CRISAFULLI, Le norme programmatiche della Costituzione, en AA. VV., *Studi in diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Edit. Giuffrè, Milano, 1952, págs. 59-96, pág. 66. Es necesario confrontar, no obstante, esta tesis con la más aceptada de monopolio exclusivo de la Corte Constitucional, que incluso niega la posibilidad de no aplicar normas preconstitucionales que no han sido declaradas inconstitucionales. Así Constantino Mortati en un comentario a la sentencia de la Corte Constitucional 40/1958, de 27 de junio (*Giur. Cost.* 1958, págs. 529-537), mantiene que la Corte tiene la exclusiva competencia para la declaración de inconstitucionalidad. C. MORTATI, Osservazione alla Sentenza della Corte Costituzionale 40/1958, de 27 de junio, *Giur. Cost.* 1958, págs. 526-535, pág. 531.

prohibido ⁹⁵. Esto supone, en algunos casos, puntos de contraposición con la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Por otra parte, tradicionalmente, los derechos fundamentales se han concebido sólo como defensas frente al Estado, primero exigiendo una abstención y, posteriormente, una actividad prestacional.

Lo cierto, en todo caso, es que no admitir la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no deja de suponer, como bien ha indicado Pérez Luño, "reconocer una doble ética en el seno de la sociedad" ⁹⁶, una para las

⁹⁵ Para Prieto Sanchís en nuestra Constitución no estaríamos ante una hipótesis que denomina "hobbesiana" en la que el poder puede hacerlo todo sin que tenga por qué invocar una justificación. En la Constitución española respecto a las relaciones individuo-sociedad se entiende que el hombre es naturalmente libre y debe seguirlo siendo jurídicamente; "desde esta segunda filosofía, el enfoque cambia por completo, pues ahora la competencia del legislador ya no puede concebirse como ilimitada, o condicionada sólo por el respeto a unos derechos fundamentales concretos, sino que se circunscribe a la protección de ciertos valores o bienes y sólo en nombre de esa protección cabe imponer mandatos y prohibiciones que restrinjan la libertad natural". Este principio normativo tendría fundamento en el art. 1 de la Constitución española que proclama la libertad como valor fundamental y en los artículos 10.1 y 16.1 del mismo texto. L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., op. cit., págs. 157-162, pág. cit. 159.

⁹⁶ A. E. PEREZ LUÑO, La interpretación de los derechos fundamentales, en A. E. PEREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución..., op. cit., pág. 314. También es conveniente advertir que la consideración del Estado como histórico adversario de los derechos fundamentales es cuando menos controvertible. Y ello lo evidencia Peces Barba al referirse al primer iusnaturalismo en el que el Estado surge para proteger justamente esos derechos naturales que se proyectan en el derecho civil. Esta tendencia cambia, dirá Peces Barba, con la Escuela histórica del derecho, y concretamente, al surgir la idea de una teoría jurídica del Estado. "El derecho privado será un sistema de facultades jurídicas que se apoyan sobre la autonomía de la voluntad, mientras que el derecho público establecerá un sistema de facultades, que revestirán la forma de derechos subjetivos, procedentes de los antiguos derechos naturales, para limitar el núcleo del derecho público que es el poder del Estado". G. PECES BARBA

relaciones con el Estado y otra para las relaciones *inter privatos*, e ignorar que junto al poder público que tradicionalmente ha podido vulnerar los derechos fundamentales “ha surgido la competencia de poderes económico-sociales fácticos, en muchas ocasiones, más implacables que el propio Estado en las violaciones de los derechos fundamentales”⁹⁷. Así parece que, al menos como principio, nos debemos inclinar por la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares⁹⁸.

La jurisprudencia constitucional en relación con la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales se inspira en la doctrina del Tribunal Constitucional alemán. Efectivamente, va a ser este Tribunal el que por primera vez trate de forma explícita la conexión derechos fundamentales-relaciones entre particulares. La teoría del *Drittwirkung* se plantea ante el Tribunal Constitucional alemán con el caso *Lüth-Urteil* de 15 de enero de 1958: Un periodista, Lüth, criticó una película acusando su carácter nazi y aconsejando no verla. La productora utilizó la jurisdicción civil exigiendo la rectificación del periodista, consiguiendo una sentencia en primera instancia favorable. Lüth, no obstante, interpuso a continuación apelación ante la jurisdicción ordinaria para que se respetara su derecho a la libertad de expresión. El caso llegó finalmente ante Tribunal Constitucional alemán, y éste no va a centrarse en la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares sino que va a tomar como elemento

MARTINEZ, Curso de derechos fundamentales. Teoría general..., *op. cit.*, págs. 619 y ss., pág. cit. 619.

⁹⁷ A. E. PEREZ LUÑO, La interpretación de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, págs. 284-344, pág. 314.

⁹⁸ Sobre todo y ciñéndonos al caso español si analizamos el articulado constitucional donde no se produce distingo alguno entre derecho público y privado. G. PECES BARBA MARTINEZ, Curso de derechos fundamentales. Teoría general..., *op. cit.*, págs. 628 y 629.

de juicio la posibilidad de violación de los derechos fundamentales por el juez civil. Para el Tribunal Constitucional alemán los derechos fundamentales no son aplicables a las relaciones *inter privatos*, pero el juez ordinario no debería haber dado prioridad a los intereses comerciales a un derecho fundamental como la libertad de expresión. A través de este razonamiento el Tribunal alemán va a considerar aplicables los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares pero siempre que intervenga un órgano jurisdiccional, y por lo tanto estatal, en la no protección de ese derecho.

Nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 78/1982 va a realizar lo que se ha llamado una “finta alemana”⁹⁹ y así, partiendo de que la lesión sólo la puede realizar un poder público, argumenta que “como la violación del derecho fundamental sólo es imputable a la resolución impugnada en cuanto revoca la de Magistratura -que no fue impugnada por el actor- los pronunciamientos del fallo vienen a restablecer la situación existente como consecuencia”¹⁰⁰. Se sigue la práctica alemana, la

⁹⁹ A. GARCIA TORRES y A. JIMENEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1986, pág. 71.

¹⁰⁰ S.T.C. 78/1982, de 29 de diciembre, B.J.C. núm. 21, págs. 51-57. Esta sentencia es confirmada por la S.T.C. 83/1982, de 22 de diciembre, fto. jco. 4, B.J.C. núm. 21, pág. 72-77. Sin embargo tampoco existe una línea jurisprudencial clara y no contradictoria y previamente la S.T.C. 38/1981 mantuvo la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares al imputar al empresario la violación de la libertad sindical (S.T.C. 38/1981, de 23 de noviembre, fto. jco. 5, B.J.C. núm. 8, págs. 567-573). No obstante esto, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional va a seguir mayoritariamente la aplicación indirecta de los derechos fundamentales; así la S.T.C. 47/1985 con relación a la libertad ideológica en caso de despido de una profesora, señala que “es claro que el presente recurso no podría ni siquiera existir si en el caso no estuviera involucrado, además y después del Centro docente y su Profesora, algún poder público al cual se le pudiera atribuir la violación del derecho fundamental invocado, que es en este caso el de la libertad ideológica; tal poder público, implicado en este caso, el Magistrado de Trabajo...” (S.T.C. 47/1985, de 27 de marzo, fto. jco. 5,

necesaria participación de un órgano jurisdiccional para justificar el recurso de amparo.

Nos hemos inclinado más arriba por el principio de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Sin embargo, esta afirmación de principio tiene que ser atemperada en cuanto depende de la estructura de cada derecho. Como dicen Jiménez Blanco y García Torres quizás “hubiera sido preferible ahorrarse estas concesiones a las más abstractas fórmulas constitucionales, y ponderar caso por caso, derecho por derecho, si debía o no reconocerse su eficacia *inter privatos*”¹⁰¹. Y es que existen derechos como el de huelga o el derecho al honor en los que parece que su eficacia se proyecta primordialmente en las relaciones entre particulares, mientras otros como la libertad religiosa o de circulación van dirigidos fundamentalmente frente al Estado¹⁰².

B.J.C. núm. 48, págs. 448-455); igualmente S.T.C. 55/1983, de 22 de junio, fto. jco. 5, B.J.C. núm. 27, págs. 810-815; S.T.C. 18/1984, de 7 de febrero, fto. jco. 6, B.J.C. núm. 35, págs. 363-375; S.T.C. 6/1988, de 21 de enero, fto. jco. 1, B.J.C. núm. 82, págs. 174-189; o S.T.C. 51/1988, de 22 de marzo, fto. jco. 1, B.J.C. núm. 84, págs. 554-566.

¹⁰¹ A. GARCIA TORRES y A. JIMENEZ-BLANCO, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares..., *op. cit.*, pág. 101.

¹⁰² En este sentido el profesor Peces Barba clasifica los derechos fundamentales según que se refieran a relaciones de derecho público o de derecho privado. Así existirían derechos que están previstos en principio frente al Estado pero que han de respetarse en las relaciones *inter privatos* (derecho a la vida y a la integridad física, la libertad religiosa, derecho al honor, etc.), otros que tienen únicamente un carácter público (el derecho a obtener la tutela judicial o la objeción de conciencia al servicio militar) y otros que tienen un evidente carácter privado (derecho a la huelga o a la libertad sindical). G. PECES BARBA MARTINEZ, Curso de derechos fundamentales. Teoría general..., *op. cit.*, págs. 629-631. Sobre la eficacia de los derechos fundamentales en la doctrina alemana véase A. POYAL COSTA, La eficacia de los derechos humanos frente a terceros, *Revista de derecho político*, núm. 34, 1991, págs. 189-221. En nuestra doctrina L. AGUIAR DE LUQUE, Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española, *Revista de derecho político*,

Por último, hemos de observar con Peces Barba que en nuestra doctrina el análisis de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se ha centrado únicamente en la posibilidad de interponer recurso de amparo ante la violación de un derecho fundamental, cuando éste no es sino una garantía más de la eficacia de los derechos fundamentales pero no la única ¹⁰³.

Así, podríamos concluir afirmando como punto de partida la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados*, admitiendo, sin embargo, que en algunos derechos es más tangible este carácter que en otros.

b) La rigidez constitucional es la segunda protección de los derechos fundamentales frente al legislador. Para la modificación de la Constitución, efectivamente, se prevén dos procedimientos

1981, págs. 107-129, en concreto págs. 115 y 116; Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Estado de la cuestión, *Actualidad jurídica*, X, 1981, págs. 5-13, pág. 7; Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional..., *op. cit.*, pág. 27; A. EMBRID IRUJO, El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado, *Revista española de derecho administrativo*, 25, 1980, págs. 191-206, pág. 205; G. PECES BARBA MARTINEZ, Derechos fundamentales, *Edit. Biblioteca Universitaria Guadiana, Madrid, 1976*, págs. 239 y ss.; Curso de derechos fundamentales. Teoría general..., *op. cit.*, págs. 629 y ss.; L. PRIETO SANCHIS, El sistema de protección de los derechos fundamentales: el art. 53 de la Constitución española, *Anuario de derechos humanos*, núm. 2, 1983, págs. 367-425, concretamente 389 y ss.; Estudios sobre derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 209.

¹⁰³ Es necesario diferenciar entre aplicación inmediata de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares y el recurso de amparo, y es que la primera no implica necesariamente el segundo: el recurso de amparo no es la única garantía de un derecho fundamental, junto a este existe una protección civil, penal o administrativa, sea ordinaria o extraordinaria. G. PECES BARBA MARTINEZ, Curso de derechos fundamentales. Teoría general..., *op. cit.*, pág. 635; L. PRIETO SANCHÍS, Estudios sobre derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 215.

que requieren mayorías cualificadas. El primero se regula en el art. 167 de la Constitución española que exige que los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no se consiguieran estas mayorías será suficiente con que vote a favor de la reforma la mayoría absoluta del Senado y dos tercios del Congreso. Una vez aprobada la reforma constitucional, será necesario un referéndum para su ratificación si así lo pide la décima parte de los miembros de alguna de las Cámaras. El art. 168 prevé el segundo procedimiento: la modificación total de la Constitución o la modificación parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo II, Sección Primera, o al Título II. La reforma en este caso deberá ser aprobada por dos tercios de las Cámaras, procediéndose a su disolución; las nuevas Cámaras habrán de ratificar el texto reformado por dos tercios, sometiéndose a referéndum su ratificación. La Constitución española, pues, admite no sólo su modificación, sino que incluso “parece” prever la “mutación constitucional” o la “supresión”. Muy al contrario la Constitución alemana, que tantas veces ha servido de inspiración a nuestra norma fundamental prevé en su art. 79 que es “inadmisible toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación de Estados o al principio de la cooperación de los pueblos en la legislación o a los principios consignados en los artículos 1 y 20”¹⁰⁴. Sin embargo, también en

¹⁰⁴ *En el mismo sentido el art. 1 "1 La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2. El pueblo alemán se identifica, por tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable"; y el art. 20: "1. La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social. 2. Todo poder público emana del pueblo. Ese poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por medio de órganos particulares de los poderes legislativo, ejecutivo, y judicial. 3. El poder legislativo está sometido al ordenamiento constitucional; los poderes ejecutivo y judicial*

nuestra doctrina se ha querido ver un límite absoluto a la modificación constitucional en materia de derechos fundamentales; Calzada Conde, concretamente, dice que el art. 168 lo que pretende es proteger los derechos fundamentales y su adaptación a los cambios sociales, no su modificación; y con Esposito¹⁰⁵ señala que “el prever un procedimiento con un grado de rigidez tan elevado que, de hecho imposibilite la reforma equivale, en la práctica, al establecimiento de una cláusula de intangibilidad. Esta es, por lo que respecta a los 'derechos fundamentales y libertades públicas', la única ventaja que podría predicarse del artículo 168. Ahora bien... son mucho más graves los inconvenientes prácticos”¹⁰⁶, pidiendo la modificación del art. 168. También el profesor Torres Fernández se pronuncia por la no modificabilidad de la Constitución al menos respecto a lo que denomina “espíritu constitucional”. Esta posibilidad “nos obliga a plantearnos la cuestión de si es admisible una revisión que determine la quiebra del espíritu constitucional de 1978 y posibilite una nueva forma de Estado o, incluso, una forma autoritaria de Estado que pueda pretender, instrumentalizando el precepto de referencia, investirse de legitimidad. La respuesta entendemos que debe ser negativa, aunque el art. 168 de la Constitución prevea la revisión total, creemos que existen límites absolutos implícitos en el Texto constitucional, límites que deben ser necesariamente respetados y que constituyen una garantía jurídica para los ciudadanos, límites que se subsumen en la continuidad y estabilidad constitucional. No debe ni puede

a la ley y al derecho. Contra cualquiera que intente derribar ese orden todos los alemanes tienen derecho a la resistencia cuando no fuere posible otro recurso”.

¹⁰⁵ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi, Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Edit. Giuffrè, Milano, 1964, pág. 174.

¹⁰⁶ R. CALZADA CONDE, *La garantía normativa de la rigidez ¿especial protección de los derechos fundamentales?*, en AA. VV., *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 387-406, pág. 405.

considerarse que el precepto citado constitucionalice la 'supresión' constitucional y que posibilite la sustitución del régimen constitucional de 1978 por cualquier otro" ¹⁰⁷. Así, para el autor en nuestra Constitución se prevé sólo la reforma y no la sustitución o la mutación constitucional ¹⁰⁸.

Para nosotros la reforma constitucional no puede afectar al núcleo constitucional en el que se situarían los derechos fundamentales como sustrato axiológico de las relaciones sociales, así esta imposibilidad de reforma se convertiría en una garantía más de aquéllos.

No obstante, esto no quiere decir que formalmente no se pueda alterar el texto constitucional, cabe siempre y en todo caso la *reformatio in meius* ¹⁰⁹.

Es necesario referirse también a otro tipo de modificación constitucional, la que se produce en la propia interpretación de la Constitución. Esta transformación es menos perceptible pero a la vez es el procedimiento más habitual a través del cual *cambia* la Constitución ¹¹⁰. En efecto, constantemente, el legislador, la

¹⁰⁷ J. J. TORRES FERNANDEZ, Los derechos fundamentales como límite a la reforma constitucional, en AA. VV., *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 1275-1301, pág. 1289.

¹⁰⁸ *Ibidem*, 1289. En el mismo sentido F. SANTAOLALLA LOPEZ, Comentario al art. 168, en *Comentarios a la Constitución, dirigidos por F. Garrido Falla, Edit. Civitas, Madrid, 1980, págs. 2409-2415, dice que "si se admite la reformabilidad total, la consecuencia es que se abre la puerta a la pura y simple sustitución de un sistema constitucional por otro distinto"*.

¹⁰⁹ También lo entiende así J. J. TORRES FERNANDEZ, Los derechos fundamentales como límite a la reforma constitucional..., op. cit., pág. 1291.

¹¹⁰ En relación con los derechos fundamentales Alvarez Conde señala que a través de la interpretación jurídica se pueden incorporar nuevos derechos. E. ALVAREZ CONDE, *Curso de derecho constitucional...*, op. cit., pág. 253. Gustavo Zagrebelsky denomina estas modificaciones 'adeguamenti' y los distingue de la reforma

Administración, los Tribunales, y los restantes operadores jurídicos, dan actuación y, por tanto, interpretan el texto constitucional atribuyéndole sentidos diversos y nuevos. Estas modificaciones son aceptables en cuanto respeten los límites que impone la Constitución, que como texto genérico que es siempre deja un amplio “margen” de discrecionalidad para la aplicación al caso concreto. En todo caso habrá de tenerse en cuenta el papel que desempeñe el hermeneuta para determinar si su interpretación es o no admisible; no es idéntico el ámbito de actuación que tiene el Tribunal Constitucional, el legislador o la jurisdicción ordinaria.

c) El control de constitucionalidad. Esta protección se deriva de la consideración de la Constitución como norma jurídica, si se la concibe como estatuto de convivencia con un contenido propio, es necesario un órgano neutral que decida si la legislación de desarrollo es acorde o no con ella ¹¹¹.

La justicia constitucional, cierto es, ha sido sometida a críticas y fundamentalmente se ha dicho que es una vana intención

en cuanto se trata de cambios que tienen detrás transformaciones materiales. Las reformas constitucionales se producen antes del cambio en la Constitución material e intentan, por contra, determinarla. G. ZAGREBELSKY, Adeguamenti e cambiamenti della costituzione, en AA. VV., Scritti in onore di V. Crisafulli, Edit. CEDAM, Padova, 1985, Vol. II, págs. 915-935, pág. 933.

¹¹¹ *En algunos ordenamientos jurídicos no existe un órgano ad hoc que dilucide la constitucionalidad de las leyes, sino que es el órgano supremo de la jurisdicción ordinaria, es el caso de los EE.UU. o Suiza; nuestra Constitución al igual que la italiana prevé un órgano específico, el Tribunal Constitucional (art. 161 de la Constitución española). Por otra parte también hay que señalar que aquí nos referiremos sólo a la constitucionalidad de las leyes como protección de la Constitución frente al legislador y no de otras funciones como puede ser el recurso de amparo, cuya finalidad es distinta, la protección concreta del derecho fundamental y no la declaración de inconstitucionalidad de la ley. S.T.C. 65/1983, de 21 de julio, fto. jco. 2, B.J.C. núm. 28/29, págs. 989-994.*

judicializar algo que no es otra cosa que política. En este sentido conviene recordar la polémica entre Schmitt y Kelsen sobre la justicia constitucional. Para Carl Schmitt la Constitución no puede subsumir los casos particulares, el Tribunal Constitucional tendría una función legislativa y un carácter exclusivamente político ¹¹²; Kelsen, por su parte, considera que la Constitución tiene un claro carácter normativo y subraya la fiabilidad de un órgano independiente como el Tribunal Constitucional frente al Jefe de Estado, propuesto por Schmitt, para dilucidar la constitucionalidad de las leyes ¹¹³. En el fondo en estas dos teorías

¹¹² Estas tesis se recoge en C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, prólogo de P. de Vega García, Edit. Tecnos, Madrid, 1983. Se trata de una reedición de la traducción española de 1931, de Manuel Sánchez Sarto, publicada por la editorial Labor en 1931. Así Schmitt observa que "la aplicación de una norma a otra norma es algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real, y la subsunción de una ley bajo otra ley (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado..." (pág. 84). "Si en este caso decide un Tribunal, es éste un legislador constitucional en funciones de alta política" (pág. 93). Sobre este tema véase también AA. VV, *Estudios sobre Carl Schmitt*, volumen coordinado por D. Negro Pavón, Edit. Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1996 (especialmente los artículos: G. FERNANDEZ DE LA MORA, "Schmitt y la democracia", págs. 111-135, y C. MARTINEZ-SICLUNA Y SEPULVEDA, "Carl Schmitt y la crítica al parlamentarismo", págs. 311-331); y J. A. LOPEZ GARCIA, La presencia de Schmitt en España, *Revista de estudios políticos*, 1991, págs. 139-168.

¹¹³ H. KELSEN, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, estudio preliminar de G. Gasió, traducción de R. J. Brie, Edit. Tecnos, Madrid, 1995. "...sí es incorrecta la afirmación de que la decisión acerca de la constitucionalidad de una ley no implica la subsunción de acuerdo al hecho concreto" (pág. 24). "Desde el momento en que Carl Schmitt hace la afirmación, no demostrada e indemostrable, de que un Tribunal Constitucional se opondría sólo al Parlamento, modifica el sentido de la función del defensor de la Constitución, de la de control de constitucionalidad de los actos del Estado, en especial de las leyes (nota bene: promulgadas por el jefe del Estado), a la de 'contrapeso del Parlamento'. Ése es, en verdad, el papel que la Constitución de Weimar le asigna al Presidente del Reich, o dicho más precisamente: así se puede valorar políticamente la posición jurídico-política que el presidente del Reich tiene de acuerdo con la Constitución" (pág. 75). Véase C. M. HERRERA, La

se atisban distintos modos de concebir la norma fundamental. Así, como ha indicado García de Enterría, para Schmitt la Constitución es una decisión fundamental, previa a la ley “que constituye al pueblo en unidad política”¹¹⁴ por lo que el pluralismo es fuente de descomposición del Estado y negación, por tanto, de la misma decisión fundamental. Por contra para Kelsen la Constitución es una norma jurídica, la norma jurídica fundamental, que representa un compromiso entre las fuerzas sociales. Históricamente esta polémica se resuelve a favor de Kelsen, y es que “Schmitt tenía una visión estrecha (su interpretación del art. 48 y su idea de poder excepcional dirigido a la defensa de una situación constitucional concreta fueron adecuadas a los acontecimientos que llevaron al nacionalsocialismo al poder); Kelsen tenía un punto de vista más amplio, la gran difusión que tendría la justicia constitucional en los países europeos reincorporados a la democracia después de la segunda guerra mundial”¹¹⁵.

Por otro lado, se ha criticado desde la perspectiva del liberalismo tradicional a la justicia constitucional en cuanto supone una limitación a la ley que es, desde sus presupuestos, la libre expresión del pueblo, así “un pueblo es siempre dueño de cambiar sus leyes, incluso las mejores; pues si éste desea perjudicarse a sí mismo, ¿quién tiene el derecho para impedirselo?”¹¹⁶. Esta concepción constitucional que atribuye al legislador enormes

polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución, *Revista de estudios políticos*, núm. 86, 1994, octubre-diciembre, págs. 195-227.

¹¹⁴ E. GARCIA DE ENTERRIA, La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas..., en E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma...*, op. cit., pág. 162.

¹¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale...*, op. cit., págs. 32 y 33.

¹¹⁶ J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Edit. Union general d'Éditions, Paris, 1973, pág. 118. Véase también R. DE LACHARRIERE, *Opinion dissidente...*, op. cit.

posibilidades de actuación se conserva hasta tiempos muy recientes en Francia, donde no existía una verdadera protección de la Constitución frente al legislador. Pero también en el ordenamiento galo se va a introducir una garantía de los derechos fundamentales; en efecto, la decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971 supone “un golpe de audacia” como ha indicado Favoreu, y con ella el Consejo Constitucional “con una sola sentencia dotó a Francia de una declaración de derechos consistente en la aplicación del Preámbulo de la Constitución” ¹¹⁷ al reconocer su carácter jurídico.

Este reproche a la justicia constitucional tampoco es aprovechable en cuanto intenta sustraer el carácter normativo al texto constitucional. Para nosotros es indubitada, como ya hemos indicado, la normatividad de la Constitución por lo que también rechazamos estas críticas.

Para concluir sobre la necesidad o no de la justicia constitucional diremos con García de Enterría que “la cuestión ha sido ya juzgada por el Tribunal de la Historia, ante el cual la justicia constitucional no sólo ha sido absuelta de tan graves cargos, sino que se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano” ¹¹⁸, y continúa, “si a la Constitución se la dota de los caracteres de una norma jurídica que ha de presidir el proceso político y la vida colectiva de la

¹¹⁷ L. FAVOREU, La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales, en AA. VV., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 298-299. Véase L. FAVOREU y L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Edit. Sirey, Paris, 1989, número 19.3; I. ARA PINILLA, Las transformaciones de los derechos humanos..., op. cit., págs. 36 y 37.

¹¹⁸ E. GARCIA DE ENTERRIA, La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas..., op. cit., pág. 162.

comunidad, la perspectiva cambia esencialmente. La Constitución será considerada no ya como un simple mecanismo de articulación de grupos políticos... sino como estatuto básico de la vida en común... Resulta claro que si a esta definición de esferas de actuación... se la dota deliberadamente de la condición de norma jurídica su eficacia debe ser asegurada jurisdiccionalmente”¹¹⁹.

De cuanto hemos dicho en relación con la normatividad de la Constitución, se ha de concluir: 1. la Constitución tiene carácter normativo; 2. el Tribunal Constitucional realiza una función jurisdiccional con respecto a la Constitución sin perjuicio de algunas especialidades como pueden ser el mayor grado de indeterminación de la norma constitucional, el hecho de juzgar a la actividad del órgano legislativo, legítima representación del pueblo, las innegables consecuencias políticas de sus decisiones, o, la configuración de su actuación como búsqueda de alternativas posibles¹²⁰.

d) La reserva de ley orgánica. Ésta supone que el legislador para regular los derechos fundamentales tendrá necesidad de una mayoría absoluta del Congreso en votación final, sobre el conjunto de del proyecto. Hay que tener en cuenta que el art. 81 de la Constitución española, en su apartado primero, dispone que serán leyes orgánicas las que regulen los derechos fundamentales y las libertades públicas, que el Tribunal

¹¹⁹ *Ibidem*, págs. 175-176.

¹²⁰ A. CARRASCO PERERA, El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional, *Revista española de derecho constitucional*, Año IV, núm. 11, págs. 39-106, págs. 40-45. L. PRIETO SANCHIS, Notas sobre la interpretación constitucional, *Revista del Centro de estudios constitucionales*, núm. IX, 1991, mayo-agosto, págs. 175-198, págs. 177-178; E. GARCIA DE ENTERRIA, La posición jurídica del Tribunal Constitucional y el sistema español: posibilidades y perspectivas..., *op. cit.*, págs. 178-184.

Constitucional ha circunscrito, con una interpretación literal, a la Sección Primera del Capítulo II del Título I. Como ya hemos visto en algunos casos la doctrina del Tribunal Constitucional menciona la regulación por ley orgánica como requisito necesario para la configuración de un derecho fundamental. Desde nuestra punto de vista la ley orgánica en caso alguno puede delimitar la existencia de derechos fundamentales, su función es, como ha indicado Cruz Villalón, meramente cuantitativa ¹²¹. Expresa una especial protección de una serie de derechos fundamentales que, por una decisión constitucional, han de tener una garantía reforzada, sin que pueda proponerse como *conditio sine qua non* para la constitución de un derecho fundamental.

Por otro lado es preciso recordar que la ley orgánica se prevé sólo para el “desarrollo” de los derechos fundamentales, pudiendo entrar en la conformación de los derechos otras fuentes normativas¹²².

¹²¹ P. CRUZ VILLALON, El legislador de los derechos fundamentales..., *op cit.*, pág. 128.

¹²² *En este sentido el Tribunal Constitucional ha advertido que cuando en una ley orgánica se regulen aspectos que no pertenezcan a este ámbito, la ley orgánica ha de aclarar qué corresponde a su regulación y qué se pueden modificar por ley ordinaria, de no indicarlo será el Tribunal Constitucional quien "dentro del ámbito propio de cada recurso de inconstitucionalidad debe indicar qué preceptos de los contenidos en una ley orgánica pueden ser modificados por leyes ordinarias". S.T.C. 5/1981, de 29 de noviembre, fto. jco. 21, B.J.C. núm. 1, págs. 23-50; S.T.C. 111/1983, de 2 de diciembre, fto. jco. 8, B.J.C. núm. 32, págs. 1487-1549. En este sentido De Esteban y González Trevijano dicen que la expresión 'desarrollo' se ha de entender en sentido restrictivo limitando su ámbito objetivo de aplicación "a lo que la doctrina ha denominado 'regulación directa o general' o 'regulación frontal y directa'". De otro modo existiría una superinflación de leyes orgánicas puesto que cualquier materia podría tener relación con ellos. J. DE ESTEBAN y P. J. GONZALEZ-TREVIJANO, Curso de derecho constitucional, Edit. Servicio publicaciones Facultad Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pág. 355.*

e) El defensor del Pueblo, que “es el designado por las Cortes para la defensa de los derechos comprendidos en este Título (I) a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración dando cuenta a las Cortes generales” (art. 54 de la Const., y ley orgánica 3/1981, de 6 de abril). La protección de los derechos fundamentales la llevará a cabo a través de la interposición del recurso de inconstitucionalidad (art. 162,1,a); la legitimación en relación con el recurso de amparo (162,1,b), el informe anual ante las Cortes Generales, y la supervisión de la actividad administrativa.

f) En último lugar tendríamos el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales por el legislador al regular el ejercicio del derecho (art. 53.1 de la Constitución española). La dicción de este artículo supone la existencia de un derecho fundamental en la Constitución que no puede ser vaciado por el legislador al regularlo, y es la garantía que, como se ha señalado, determina, desde la perspectiva de la protección, la existencia de un derecho fundamental. Esto, y la vinculación con la reserva de legalidad que en el mismo apartado se preceptúa, exigen un tratamiento más exhaustivo y detenido que realizaremos más adelante.

5.2. Poder ejecutivo y derechos fundamentales.

Frente al ejecutivo la protección de los derechos fundamentales se articula en cuatro tipos de garantías: la primacía del legislativo sobre el ejecutivo, el “*domaine de loi*”, la reserva de ciertas materias a la ley, la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y, la necesidad de la autorización de las Cortes para obligarse por medio de tratados internacionales.

a) La primacía del legislativo sobre el ejecutivo se regula en el art. 9.3 de la Constitución española: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa...” . Esta *prééminance du législatif sur l'exécutif* supone para Guastini el principio de legalidad en la Administración, es decir, que ésta en su actuación no puede desvincularse de aquélla; que los actos de la Administración están subordinados a la ley, esto es, que en caso de contradicción de los actos administrativos con la legalidad no estarán legitimados (art. 106 de la Constitución española: “Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”); y que la legitimidad de toda acción de Gobierno está condicionada a la confianza del Parlamento (en este sentido el art. 99.3 de la Constitución española establece que el Congreso de los Diputados es quien otorga confianza al candidato a Presidente del Gobierno, el art. 108 preceptúa que “el Gobierno responde solidariamente de su gestión política ante el Congreso de los Diputados”, el art. 112 dice que el Presidente puede plantear ante el Congreso de los Diputados cuestión de confianza, y el art. 113 prevé la posibilidad de que el Congreso de los Diputados presente moción de censura)¹²³. Por cuanto se refiere a la relación de confianza legislativo-ejecutivo no podemos olvidar que responde a unos esquemas de vínculos tradicionales que la práctica política ha demostrado obsoletos; y es que hoy es el poder ejecutivo a través de la disciplina de partido quien controla a su hipotético controlador, pues normalmente el Gobierno coincide con el vértice del partido político mayoritario .

b) En segundo lugar tenemos la reserva legal en materia de derechos fundamentales del art. 53.1: “...*Sólo por ley*, que en

¹²³ R. GUASTINI, *Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation*, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 4, 1991, julio-agosto, págs. 1079-1087, págs. cit. 1083-1084.

todo caso deberá respetar el contenido esencial, podrá regularse *el ejercicio* de tales derechos y libertades...”. Esta protección nace de la confianza que en principio mantiene el constituyente en el legislador como representación del pueblo (art. 66 de la Constitución española). Esta reserva, por su estrecha relación con la salvaguarda del contenido esencial que constituye elemento indispensable en la sustancialización de los derechos fundamentales, la estudiaremos más adelante.

c) La protección jurisdiccional sería la tercera garantía frente al ejecutivo. Así el art. 106.1 de la Constitución señala que “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. De esta manera toda lesión de los derechos fundamentales por la Administración podrá ser sometida a los tribunales ordinarios que en virtud del principio de legalidad ordinaria, jerarquía normativa o efectividad directa de la Constitución podrán declarar la no legitimidad de la actuación administrativa. Por otro lado, también está sujeta la Administración a la especial protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Sección primera del Capítulo II y en el art. 14 relativa a la existencia de un procedimiento basado en los principios de sumaria y preferencia ante la justicia ordinaria del art. 53.2; así como la posibilidad de amparo ante el Tribunal Constitucional por la lesión de estos derechos y el de objeción de conciencia al servicio militar del art. 30 de la Constitución española (art. 53.2 Constitución española). La protección de los derechos fundamentales frente a la Administración se regula en la Sección tercera de la ley 62/1978 que por diversos motivos debería estar excluida de nuestro ordenamiento jurídico ¹²⁴. En el ámbito administrativo esta ley se

¹²⁴ Efectivamente la ley 62/1978, si bien es de fecha anterior a la Constitución, de 26 de diciembre, es publicada cuando la Constitución ya ha entrado en vigor (la

caracteriza, en primer lugar, por no exigir recurso anterior contra la Administración para recurrir su actuación; en segundo, por contemplar la suspensión de todo acto administrativo, si ésta es solicitada, salvo que el Tribunal estime que la suspensión provoque un grave perjuicio para el interés general; en tercer lugar, porque prevé un procedimiento especial cuando se trata del derecho de reunión; en cuarto lugar, por establecer un plazo de diez días para la interposición del recurso; y, por último, por ser apelable la sentencia ante el Tribunal Supremo, pero esta vez sin tener efectos suspensivos¹²⁵. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980 ha señalado que en el procedimiento de la ley 62/1978 sólo se puede tratar la lesión de los derechos fundamentales (siendo las demás objeto del procedimiento ordinario)¹²⁶. Para Guaita esto es “un purismo altamente perturbador”¹²⁷ que puede implicar utilizar dos recursos en un único tema cuando no todas las cuestiones afines a debatir se

Constitución es publicada en el B.O.E. de 29 de diciembre entrando en vigor al día siguiente de su publicación (disposición final), mientras la ley 62/1978 se publica en el B.O.E. núm. 3, de 3 de enero de 1979) regulando la protección de los derechos fundamentales sin ser una ley orgánica como exige el art. 81.1 de la Constitución. Además esta ley no abarca los mismos derechos que el art. 53.2, ni tampoco la ampliación que realiza el decreto de 20 de febrero. Sólo la ley orgánica del Tribunal Constitucional va a sanar esta causa de inconstitucionalidad al extenderla a todos los derechos. No obstante esto, y como muy bien observa Alonso García, la ley no ha contemplado las lesiones producidas por los jueces y las que se dan en las relaciones privadas. E. ALONSO GARCIA, Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria..., op cit., págs. 222 y ss. Para el autor por esto y otras razones no se puede hablar de que el legislador haya concretado la exigencia del art. 53.2 de la Constitución española. Véase también M. RODRIGUEZ MOLINERO, Colisión de derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales, en AA. VV., X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales..., op. cit., págs. cit. 1796 y ss.

¹²⁵ A. GUAITA, Régimen de los derechos constitucionales, *Revista de derecho político*, núm. 13, 1982, págs. 75-94, pág. cit. 88. J. DE ESTEBAN y P. J. GONZALEZ-TREVIJANO, *Curso de derecho constitucional...*, op. cit., pág. 182.

¹²⁶ A. GUAITA, Régimen de los derechos constitucionales..., op. cit., pág. 88.

¹²⁷ *Ibidem*, pág. 89.

refieran a derechos fundamentales. A juicio de este autor, este inconveniente puede salvarse gracias a la disposición transitoria 2ª, 2, de la ley orgánica del Tribunal Constitucional en la que se establece que en tanto no se desarrollen las previsiones del art. 53.2 de la Constitución que configure el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso administrativa ordinaria o la configurada en la Sección segunda de la ley 62/1978, de 26 de diciembre ¹²⁸. Entiende Guaita esto en el sentido de que la protección frente a los poderes públicos también se puede obtener a través de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que sería más adecuado un solo proceso ¹²⁹.

d) En cuarto lugar tendríamos la necesidad de autorización parlamentaria que para contraer obligaciones internacionales tiene el ejecutivo. Así el art. 94.1 de la Constitución establece que “la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos... c) Tratados o convenios que afecten la integridad

¹²⁸ *Ibidem*, pág. cit. 89.

¹²⁹ *En su opinión ambos procesos se podrían unificar en gran medida pues la no necesidad de ultimar la vía administrativa, los efectos suspensivos del recurso contencioso y la apelabilidad de las sentencias en un solo efecto podrían extenderse a todo el ámbito de la justicia administrativa salvo contadas excepciones; en cuanto a los plazos, la unificación, dice, tendría que ser, a la inversa, "extendiendo a todos los supuestos el de dos meses que establece la L.J.C.A. (y habría que ampliar éste), pues el de diez días de la ley de 1978 es realmente muy angosto: y si al interesado le urge extraordinariamente la resolución de su caso, puede interponer su recurso el primer día del plazo legal para hacerlo". A. GUAITA, Régimen de los derechos constitucionales..., op. cit., pág. cit. 89.*

territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I”¹³⁰.

5.3. Poder judicial y derechos fundamentales.

Frente al poder judicial existirían cuatro tipos de protección: la obligación de motivar todos los actos jurisdiccionales, la sujeción del juez a la ley, la posibilidad de recurso de casación frente a las sentencias contrarias a la ley y el recurso de amparo.

a) El deber de justificar las decisiones por los órganos judiciales se encuentra en el art. 120.3 de la Constitución española: “Las sentencias serán siempre motivadas...”¹³¹.

b) La sujeción del juez a la ley se recoge en el art. 1 de la Constitución española al constituir a España en un Estado de derecho, o más específicamente en el art. 9.2 de la misma al establecer el principio de legalidad y de jerarquía normativa.

c) En cuanto a la posibilidad de recurso de casación, se prevé en el art. 1692 de la ley de enjuiciamiento civil, que en su

¹³⁰ “La autorización parlamentaria cumple, pues, una doble función política y jurídica. En el primer sentido es un acto de ‘alta tutela de las Cámaras legislativas’ y sobre los intereses nacionales que garantiza la Constitución. De este modo el pueblo participa en la producción de obligaciones jurídicas, en este caso internacionales. En el plano jurídico, el acto parlamentario posibilita que el Estado se comprometa internacionalmente y que el tratado comience a aplicarse internamente”. M. L. ESPADA RAMOS, El control interno de los tratados internacionales, *Revista española de derecho internacional*, 1980, págs. 9-32, pág. cit. 22.

¹³¹ La S.T.C. 61/1983 ha entendido como parte integrante de la tutela efectiva la obligación de motivar, estableciendo la posibilidad de recurrir en amparo para que el justiciable obtenga mejor defensa. S.T.C. 61/1983, de 11 de julio, fto. jco. 3 c, B.J.C. núm. 28/29, págs. 959-966.

apartado 4º señala que es causa para fundar este recurso ante el Tribunal Supremo la inaplicación de normas que fueran aplicables.

d) El recurso de amparo. Esta garantía la integramos dentro de las protecciones frente al poder judicial en cuanto se exige el agotamiento de la vía judicial ordinaria para abrir este proceso ante el Tribunal Constitucional. La finalidad de este recurso no es la determinación de la inconstitucionalidad de la ley sino la protección específica del derecho fundamental¹³². No se trata de un recurso universal de casación¹³³, exige el agotamiento de la vía judicial¹³⁴ y sólo cabe ante actos de los poderes públicos¹³⁵.

Antes de cerrar el apartado relativo a la protección iusfundamental contra los poderes del Estado, en el que se configura el Tribunal Constitucional como el órgano al que en última instancia queda confiada la defensa de los derechos fundamentales, debemos preguntarnos si no existe alguna posibilidad jurídica que proteja los derechos fundamentales de las violaciones que éste pueda provocar¹³⁶. La respuesta ha de ser

¹³² S.T.C. 1/1981, de 26 de enero, fto. jco. 2, B.J.C., núm. 2, págs. 119-123. Es necesario resaltar que el Tribunal Constitucional en relación con este recurso va a interpretar en sentido amplio los derechos fundamentales. L. MARTIN RETORTILLO, Eficacia y garantía de los derechos fundamentales, en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española, homenaje al Profesor García de Enterría, De los derechos fundamentales*, Edit. Civitas, Madrid, 1991, Tomo II, págs. 585-633, págs. 618 y ss.

¹³³ S.T.C. 89/1983, de 2 de noviembre, fto. jcos. 1 y 2, B.J.C. núm. 31, págs. 1317-1322.

¹³⁴ S.T.C. 112/1983, de 15 de diciembre, fto. jco. 1, B.J.C. núm. 33, págs. 32-39.

¹³⁵ Véanse págs. 131 y ss.

¹³⁶ Dentro de los mecanismos extrajurídicos estarían todos aquellos que podríamos englobar bajo la genérica denominación de "crítica social", estos son, la doctrina científica, los medios de comunicación, etc.

positiva, y estos son los mecanismos internacionales de protección, en particular la instancia ante la Comisión europea de los derechos humanos según el art. 25 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, firmado por España en 1977 ¹³⁷.

5.4. El art. 53.1 de la constitución española en la protección de los derechos fundamentales.

En relación con el art. 53 de la Constitución, hemos de subrayar, en primer lugar, la elevada consideración que ha encontrado en la doctrina y que ha llevado a Häberle a decir que es “el mejor texto existente en el derecho comparado”, por lo que pronto podría hablarse de una “hispanización de la Ley Fundamental” ¹³⁸. No obstante esto, es criticable en algunos aspectos; así, como muy bien ha señalado Peces Barba, es superflua la previsión de que los derechos reconocidos en el Capítulo II se tutelarán de acuerdo con el recurso de inconstitucionalidad ¹³⁹; también parece redundante la vinculación de los poderes públicos al Título I, tiene idéntico contenido al de los arts. 1.1 (“España se constituye en un *Estado de derecho...*”), 9.1 (“Los ciudadanos y *los poderes públicos están sujetos a la Constitución* y al resto del ordenamiento jurídico”) ó 9.3 (“*La Constitución*

¹³⁷ Para un cuadro general de las garantías internacionales véase S. URIOS MOLINER, La protección internacional de los derechos humanos, en AA. VV., *Manual de derechos humanos, edición dirigida por P. Durán Lalaguna, Edit. Colmares, Granada 1993, págs. 87-132*

¹³⁸ P. HABERLE, El legislador de los derechos fundamentales, en AA. VV., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 99-124, pág. cit., 124.

¹³⁹ G. PECES BARBA MARTINEZ, Génesis de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución española..., op. cit., pág. 194.

garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa...") de la Constitución española ¹⁴⁰.

En cualquier caso, como hemos dicho, estamos ante la garantía constitucional que cualifica determinados derechos constitucionales como fundamentales por lo que se hace necesario dilucidar su amplitud, qué se debe entender por "contenido esencial" de los derechos fundamentales y qué sentido y alcance tiene la intervención del legislador.

5.4.1. La reserva legal en materia de derechos fundamentales.

En relación con el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, indudable inspirador de nuestro art. 53.1, llama la atención la expresa posibilidad de intervenir en los derechos fundamentales que la Constitución española preceptúa ¹⁴¹. ¿A qué se refiere esta vocación al legislador frente a una declaración de intangibilidad del texto constitucional alemán?

El profesor Prieto Sanchís ha señalado que la reserva de ley supondría, por un lado, destacar la necesaria intervención legislativa en materia de derechos fundamentales ¹⁴². En este

¹⁴⁰ E. ALVAREZ CONDE, Curso de derecho constitucional..., *op. cit.*, pág. 417. A su juicio se trata de una reiteración que está justificada: por un lado, porque se está reforzando esta parte del ordenamiento jurídico, por otro, porque con esta redacción se podría señalar la distinta intensidad de la vinculación de los poderes públicos en relación con los derechos recogidos en el Capítulo II y III.

¹⁴¹ El art. 53.1 dice concretamente que "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...". El art. 19.2 de la Ley Fundamental alemana se limita a señalar la imposibilidad de alterar el contenido esencial.

¹⁴² Entiende el autor que habría en la Constitución sólo derechos fundamentales declarados y al Parlamento como representante de la soberanía "se le atribuye la

sentido indica que esta cláusula, también, “reconoce una reserva genérica en favor de la ley a fin de regular el ejercicio de los derechos”, cosa que no ocurre en la Ley Fundamental ¹⁴³. De Otto, aun admitiendo las dificultades que podrían derivarse de la interpretación de la reserva de ley en el sentido de que se tratara de una exigencia frente al legislador para que realizara una política de derechos fundamentales, *Grundrechtspolitik*, dice que aunque no exista una obligación explícita del legislador de fomentar tal política, el art. 53.1 se refiere a ésta al sujetar a reserva de ley el desarrollo de aquéllos ¹⁴⁴. Por otro lado, Cruz Villalón mantiene que la peculiaridad del art. 53.1 consiste en haber recogido en una sola cláusula los dos elementos fundamentales de esta relación: las “posibilidades” de intervención y los “límites”¹⁴⁵, es decir, la eventualidad de intervenir o de abstenerse en la configuración del contenido esencial. Arozamena, por último, pone de manifiesto que el contenido del art. 53.1, de un lado, prohíbe la actuación de la Administración en materia de derechos fundamentales y, de otro, habilita al legislador para limitarlos ¹⁴⁶.

legitimidad democrática y, con ello la libertad política de conformar la convivencia social de acuerdo con determinados valores o postulados ideológicos (que) se proyecta con frecuencia en el ámbito de las libertades públicas”. L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., op. cit., pág. 140.

¹⁴³ *Ibidem*, pág. 141.

¹⁴⁴ I. DE OTTO Y PARDO, La regulación del ejercicio de los derechos y libertades..., op. cit., pág. 170. Para Ignacio de Otto con esta reserva se resuelve “una de las cuestiones más difíciles del debate teórico en cuanto al alcance de las reservas. Paradójicamente, continúa, la defectuosa copia de un precepto alemán ha llevado a resolver en nuestro derecho constitucional un problema que la Ley Fundamental dejó abierto”, éste es, la necesidad de una política en favor de los derechos fundamentales.

¹⁴⁵ P. CRUZ VILLALÓN, El legislador de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 129.

¹⁴⁶ J. AROZAMENA, Efectividad de los derechos fundamentales, en AA. VV., La garantía constitucional de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 323.

Desde nuestro punto de vista la reserva legal expresaría la necesaria participación del legislador en la concreción de los derechos fundamentales, que en la Constitución se articula a través de conceptos jurídicos indeterminados y ambiguos, y que son el motor del marco convivencial estipulado por el legislador constituyente. El Parlamento intervendría, pues, en la determinación o individualización histórica de los derechos fundamentales.

No creemos que esta intervención tenga que suponer forzosamente, como parece insinuar De Otto, el desarrollo de una política en favor de los derechos fundamentales por deseable que ésta fuera. “La decantación y la operatividad de los valores: - Sucede en dos planos o momentos diferenciados: el constituyente y el constituido: En el primero se positivizan los de mayor rango y amplitud y se establece el suelo axiológico desde el que se articulan y 'valen', por ser en él donde tiene lugar la integración o unidad básicas de la convivencia colectiva, el lugar de la '*Vereinbarung*' o del consenso fundamental que ha de presidir y posibilitar la continuidad del mismo y su prolongación al resto de las cuestiones que suscita dicha convivencia... En el segundo se concretan y realizan los valores constitucionales y desarrollan, en el caso, otros inferiores, ordenándose en función de aquéllos...”

¹⁴⁷.

En cuanto a la matización que realiza Cruz Villalón, sólo podemos decir que no estamos ante “posibilidades” de intervención en los derechos fundamentales, existe una verdadera exigencia constitucional para el legislador en la concreción de éstos, no una potestad potencial de actuación. Se trata, en todo caso, de dos cuestiones muy distintas: de un lado la obligación del

¹⁴⁷ L. PAREJO ALFONSO, Constitución y valores del ordenamiento..., *op. cit.*, págs. 121 y 122.

legislador de intervenir en los derechos fundamentales y, de otro, la existencia de un “contenido esencial” intangible que el legislador no puede desconocer.

Por lo que se refiere a la imposibilidad de que por vía reglamentaria se regulen los derechos fundamentales, en principio parece claro que existe una reserva de ley que prohibiría la actuación del ejecutivo. Pero lo cierto es que normalmente la intervención del legislador exige una ulterior actividad de desarrollo por la Administración.

En definitiva, podemos concebir la reserva de ley del art. 53.1 como un 'recuerdo' ¹⁴⁸ al legislador para que desarrolle los derechos fundamentales. Decimos conscientemente “recuerdo” para significar que otros artículos constitucionales como el 9.2 o, más genéricamente el 1.1, ya establecen esta obligación. Por tanto creemos que aunque la redacción del art. 53.1 sea diferente a la de la Ley Fundamental en el artículo 19.2, el sentido es idéntico. Se podría hablar, en cierta medida, de una redacción más afortunada en la Constitución española, siempre desde un punto de vista cualitativo, al poner en evidencia en un sólo artículo la necesaria intervención del legislador y el límite que este encuentra en el contenido esencial de los derechos fundamentales, pero no de otra cosa.

Al segundo elemento del art. 53, la existencia de un contenido esencial intangible para el legislador, nos referiremos en el epígrafe siguiente.

5.4.2. El contenido esencial de los derechos fundamentales

¹⁴⁸ L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 140.

5.4.2.1. El contenido esencial como concepto jurídico indeterminado.

La noción “contenido esencial” de los derechos fundamentales constituye un concepto jurídico indeterminado ¹⁴⁹. Esto no significa, como ha puesto de relieve García de Enterría, que exista discrecionalidad para el sujeto que haya de “determinar” su contenido. Para el administrativista lo que caracteriza a dichos conceptos es que el valor o la experiencia a los que tales conceptos remiten “deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión... Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación... el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado” ¹⁵⁰. Por otro lado, en todo concepto jurídico indeterminado existe una zona de certeza, otra de incertidumbre y una tercera de certeza negativa, que vinculan al intérprete ¹⁵¹.

¹⁴⁹ L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 142.

¹⁵⁰ E. GARCIA DE ENTERRIA, La lucha contra las inmunidades del poder, *Edit. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 36 y 37. El autor se refiere a la ley porque el objeto de su trabajo es el de diferenciar los actos discrecionales de la administración frente a los conceptos jurídicos indeterminados en la actividad administrativa. Lo dicho, sin embargo, es extensible a los conceptos jurídicos indeterminados constitucionales y a los sujetos que deben concretarlos; dentro de los primeros estaría el "contenido esencial" de los derechos fundamentales.*

¹⁵¹ E ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución, *Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 116. En general sobre los conceptos jurídicos indeterminados véase I. ARA PINILLA, Teoría del derecho, Edit. Taller Ediciones JB, Madrid, 1996, págs. 471-477.*

En consecuencia hemos de utilizar como punto de partida en el estudio del “contenido esencial” de los derechos fundamentales que su incardinación en los conceptos jurídicos indeterminados no puede suponer la atribución de una libérrima facultad al legislador en su determinación, éste habrá de desarrollar una “estimación” que puede y debe ser, como ya señalamos, controlable. La existencia de la fórmula del contenido esencial de los derechos fundamentales supone precisamente la propia posibilidad de su determinación. Este “llamamiento a defender el contenido esencial (dice Prieto Sanchís) fortalece la posición del Tribunal Constitucional, que tiene a su disposición como parámetro de constitucionalidad un concepto abierto a múltiples concreciones, una noción susceptible de ser definida en cada supuesto atendiendo a los más heterogéneos principios jurídicos y valores sociales” ¹⁵². En este sentido, continúa Prieto, “la existencia de valores y principios o de cláusulas como la del contenido esencial, en verdad genérica e inconcreta, no creo que propicie necesariamente la aparición de un derecho libre o que abra las puertas a las concepciones políticas del intérprete. Incluso cabe pensar en lo contrario, pues ese género de cláusulas suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento” ¹⁵³.

5.4.2.2. La determinación del contenido esencial.

¹⁵² L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 145.

¹⁵³ *Ibidem*, pág. 146. La reflexión del profesor Prieto se desarrolla a partir de la necesidad de acudir a “ideas tradicionales” que podría conducir a una jurisprudencia conservadora en materia de derechos fundamentales, de acuerdo con la interpretación de la sentencia 11/1981, de 8 de abril, que fija las líneas para concretizar aquellos derechos y que estudiaremos más adelante. S.T.C. 11/1981, de 8 de abril, fto. jco. 8, B.J.C. núm. 2, págs. 83-105.

A continuación nos ocuparemos de los métodos o mecanismos que sirven a la concreción del contenido esencial de los derechos fundamentales, esto es, cómo se puede determinar este concepto jurídico. El problema ha sido afrontado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 11/1981, de 8 de abril ¹⁵⁴; en ella, en primer lugar, se decía que: “La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opiniones políticas de muy distinto signo”, por lo que el legislador podrá elegir la regulación que le convenga “de acuerdo con las directrices políticas que le impulsan” siempre que no lesione el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Para nuestro Tribunal Constitucional, en la citada sentencia, la determinación de los derechos fundamentales pasa por dos procedimientos complementarios: de un lado, la naturaleza jurídica, esto es, “el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas” y, de otro, el interés jurídicamente protegido, o sea, que “los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resultan real, concreta y efectivamente protegidos”.

Entiende Prieto Sanchís que de estos procedimientos se extraen las siguientes conclusiones: “Primero, que... el contenido esencial de un derecho comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible... Segundo, que para determinar el contenido esencial no basta acudir a la Constitución, sino que ha de indagarse en la esfera de los conceptos jurídicos tradicionales... En tercer lugar que se trata de un concepto de valor absoluto y no relativo... La cuestión, (se refiere al carácter absoluto del contenido

¹⁵⁴ Sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 192/1980 contra el Real Decreto 17/1977 que regulaba el derecho a la huelga, B.J.C. núm. 2, págs. 83-113.

esencial) muy discutida en Alemania, no se plantea de modo explícito en la sentencia comentada pero cabe deducir que la cláusula del contenido esencial no se configura como una exigencia de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y las circunstancias o finalidades que justifican dicho sacrificio, sino como una esfera de intangibilidad que nunca, en ningún caso, puede sobrepasarse... Y por último,... parece sostener también la existencia de un contenido esencial propio y diferenciado de cada uno de los derechos fundamentales”¹⁵⁵.

Parejo, por su parte, pone de manifiesto el carácter histórico del método formulado por el Tribunal Constitucional expresando que remite a “la idea de derecho de que se trate vigente en ese momento histórico en que se proceda a la determinación de su contenido esencial”¹⁵⁶.

Pérez Luño subraya el aspecto institucional que a su juicio tendría mayor relevancia en esta sentencia; concretamente, señala, que el doble criterio postulado por el Tribunal Constitucional debe entenderse como “una garantía institucional (*institutionelle Garantie*) que hace referencia a los fines objetivamente establecidos (institucionalizados) por la Constitución y en función de los cuales, precisamente, se reconocen los derechos y libertades fundamentales”; añadiendo a continuación, que en la determinación es necesario tener en cuenta el peso de datos que ofrece la teoría institucional “con la apelación a la conciencia

¹⁵⁵ L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 143 y 144.

¹⁵⁶ L. PAREJO ALFONSO, El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 3, págs. 169-190, pág. cit. 189.

histórica que posee la humanidad, en el momento presente, de sus valores y derechos fundamentales”¹⁵⁷.

Por último, Romero Moreno mantiene que el Tribunal Constitucional ha identificado el contenido esencial con el contenido mínimo. En su discurso el contenido esencial como límite genérico lleva a la desnaturalización de los derechos fundamentales. Este doble mecanismo de determinación, naturaleza jurídica e interés jurídicamente protegido, implica que “no se va a proteger 'todo el derecho de huelga' sino solo 'aquella parte' que resulte aceptable no para quien ejercita, sino para quien la regula”¹⁵⁸

Desde nuestro punto de vista no es admisible la tesis del profesor Romero Moreno, la identidad contenido esencial-contenido mínimo no supone la desnaturalización del derecho. Esto se produciría sólo si el contenido esencial, esencial-mínimo, comprendiese todo el derecho, entonces existiría una constitucionalización de un derecho, de un derecho “mínimo”, en precario; en otras palabras, nuestra disconformidad con las tesis del Profesor Romero Moreno derivaría de una asimilación del derecho fundamental con la imposibilidad de limitación: sólo

¹⁵⁷ A. E. PEREZ LUÑO, La interpretación de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 312. Antes de asumir la tesis institucionalista, con la mencionada añadidura del iusnaturalismo crítico, el autor traza el significado de la fórmula del contenido esencial en relación con las teorías positivistas y de los valores; para la primera el contenido esencial sería la protección jurídica de los intereses que el derecho defina, para la segunda un núcleo objetivo prelegal.

¹⁵⁸ J. M. ROMERO MORENO, La aplicación normativa directa de la Constitución española, *Revista jurídica española "La ley"*, 1982, 2, págs. 1267-1283, pág. cit. 1278. Romero Moreno mantiene que esto supondría negar la necesidad de la actuación del legislador para determinar el espectro de actuación del derecho que no aparece en la Constitución, doctrina que se corroboraría en el voto particular de Díez-Picazo a la S.T.C. 37/1981, de 16 de noviembre, B.J.C. núm. 7, pág. 491-518.

existiría el derecho en tanto en cuanto no pudiese ser limitado por el legislador¹⁵⁹.

Nos parece que desde la propia interpretación de la Constitución como lo ha demostrado la doctrina, sea constitucional o científica, se mantiene una posición distinta. En la norma fundamental se constitucionalizaría el complejo derecho fundamental, no sólo el contenido mínimo, sino el conjunto de facultades e instituciones que *a priori* podemos insertar en el ámbito de un derecho. Por otro lado, existiría una garantía del derecho frente al legislador que le impediría entrar, transformar, el contenido esencial del derecho al que se refiere el art. 53.1. Así no creemos que cuando se habla de la efectividad directa de los derechos fundamentales se refiera la Constitución a la efectividad únicamente del contenido mínimo de éstos, contenido que figura en el art. 53.1 sólo a los efectos de defensa de una parte del derecho, su contenido esencial, frente al legislador. Todo el derecho fundamental sería, pues, constitucionalizado *a priori*, con todas sus facultades, y si el derecho puede ser limitado en su contenido no "esencial", esta limitación en todo caso habrá de estar justificada en virtud de otro derecho fundamental o bien constitucional ¹⁶⁰. En nuestra norma fundamental, por un lado,

¹⁵⁹ *En este sentido critica la fórmula "contenido esencial" porque dice que en ella lo que se privilegia es el epíteto "esencial", es decir una parte del derecho que es esencial frente a otra que es accidental. La alternativa, dice, sería considerar que lo relevante es el término "contenido" de modo que "todo el contenido del derecho expuesto en la Constitución es esencial, sin que sea limitable, sino siguiendo las autorizaciones constitucionales". J. M. ROMERO MORENO, op. últ. cit., pág. 1270.*

¹⁶⁰ *En este sentido la S.T.C 11/1981, de 8 de abril, en su fundamento jurídico 7, dice que la Constitución "establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en tanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos" (S.T.C. 11/1981, de 8 de abril, B.J.C. núm. 2, págs. 83-105). En nuestra doctrina Prieto Sanchís ha manifestado igualmente que el*

existe una constitucionalización de los derechos fundamentales (de todo el derecho) y, por otra, una garantía frente al legislador que le impide limitar su contenido esencial, que constituiría un límite a la posibilidad de limitar.

Por otro lado, entendemos acertados los comentarios realizado por Luis Prieto Sanchís a la sentencia 11/1981, de 8 de abril, en cuanto destaca la imposibilidad de una determinación del “contenido esencial” acudiendo únicamente a la Constitución pues su contenido es variable en el tiempo y es misión de los órganos a los que compete su determinación, fundamentalmente el Tribunal Constitucional, su concreción histórica, esto es, establecer el núcleo que contemporáneamente se entienda excluido a los límites del legislador¹⁶¹.

En esta determinación del “contenido esencial” juegan una decisiva función los conceptos jurídicos tradicionales. No en vano la propia sentencia se refiere a la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales concibiéndola como “el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre

contenido esencial "no se configura como una exigencia de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y las circunstancias o finalidades que justifican dicho sacrificio, sino como una esfera de intangibilidad que nunca, en ningún caso, puede sobrepasarse". L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., op. cit., pág. 144. Ignacio de Otto en el mismo sentido mantiene que "una limitación (del derecho fundamental) sólo es justificable si está constitucionalmente justificada y además no afecta al contenido esencial del derecho". I. DE OTTO Y PARDO, La regulación del ejercicio de los derechos y libertades..., op cit., pág. 132.

¹⁶¹ *Nos oponemos así a aquellas doctrinas que atribuyen al contenido esencial un contenido superior y preexistente a la Constitución, vinculándolo con el iusnaturalismo, como hace M. LORENZO RODRIGUEZ ARMAS, Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales, enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española, Edit. Colmares, Granada, 1996, pág. 180.*

los juristas". Estos conceptos, sin embargo, no suponen, como ha indicado Prieto Sanchís, una jurisprudencia conservadora ¹⁶².

Tampoco puede rechazarse la existencia de un contenido esencial propio del conjunto de los derechos fundamentales. En efecto, siempre que el Tribunal Constitucional se plantea si la limitación afecta eventualmente al contenido esencial de un derecho fundamental, lo hace desde una perspectiva singular, esto es, intentando delimitar el "contenido esencial" de cada derecho específicamente ¹⁶³. Esto no empece, sin embargo, a que los derechos fundamentales en su conjunto puedan operar como cúpula axiológica de nuestro ordenamiento jurídico con un contenido propio y plural¹⁶⁴.

Por último también podemos aceptar la configuración del contenido esencial de los derechos fundamentales como concepto absoluto, porque es esta la única manera de hacerlo operativo.

¹⁶² L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 145.

¹⁶³ Así por ejemplo sobre el derecho a la libertad de empresa la S.T.C. 37/1981, de 16 de noviembre, fto. jco. 2, B.J.C. núm. 7, pág. 491-518; con relación a la objeción de conciencia S.T.C. 15/1982, de 23 de abril, fto. jco. 8, B.J.C. núm. 13, págs. 330-337; derecho a la tutela judicial S.T.C. 62/1983, de 11 de julio, fto. jcos. 2 y 3, B.J.C. núm. 28/29, págs. 966-971; S.T.C. 124/1984, de 18 de diciembre, fto. jcos. 1, 2 y 3, B.J.C. núm. 45, págs. 26-31; o con relación a la libertad de creación de centros docentes S.T.C. 77/1985, de 27 de junio, fto. jcos. 7, 8 y 9, B.J.C. núm. 51, págs. 787-825.

¹⁶⁴ En este sentido S.T.C. 12/1981, de 31 de marzo, en su fto. jco. 3: "La Constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materias de derechos fundamentales y libertades públicas" (S.T.C. 12/1981, de 31 de marzo, B.J.C. núm. 3, págs. 191-195.); en el mismo sentido la S.T.C. 18/1981, de 8 de junio, en su fto. jco. 2, dice: "La Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental" (S.T.C. 18/1981, de 8 de junio, B.J.C. núm. 3, pág. 209-215).

5.4.2.3. El contenido esencial como concepto absoluto.

Para la determinación del contenido esencial se han elaborado en la doctrina alemana, como ha observado Freixes Sanjuán, dos tipos de teorías, “las teorías absolutas, las cuales asegurarían un contenido positivo inalterable al derecho (si bien podría variar para cada derecho en concreto), y teorías relativas, que admitirían intervenciones o limitaciones al derecho formuladas en forma tal que respetara el principio de ponderación de bienes (en el bien entendido de que a veces los límites podrían conllevar restricciones de ejercicio)”¹⁶⁵.

¹⁶⁵ T. FREIXES SANJUAN, El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites en una formulación positiva. Análisis a partir del artículo 20 de la Constitución española, en AA. VV., X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales..., op. cit., págs. 507-541, págs. cit. 507 y 508. “Las teorías absolutas, con independencia de cuál sea el objeto con que identifican el contenido esencial, consideran que éste es una medida fija que tiene un carácter constitutivo en el sentido de que cada norma de derecho fundamental contiene, necesariamente, un mínimo de manera estable e inafectable, con la consecuencia de que, en caso de ser infringido dicho mínimo por una decisión legislativa de desarrollo normativo, se produce una declaración de inconstitucionalidad de dicha decisión. Este núcleo está constituido por elementos típicos que configuran el derecho fundamental, lo cual implica recurrir a argumentaciones extracontextuales para su determinación”. Para estas teorías el contenido esencial está excluido de la intervención del legislador por lo que “no puede ser determinado el contenido esencial con certeza y seguridad jurídica, en un momento anterior a la intervención del Tribunal Constitucional, puesto que es la última instancia de decisión”. Las teorías relativas del contenido esencial, por su parte, “tienen como punto de partida común el hecho de que no se basan en establecer el contenido esencial de un derecho fundamental como una medida preestablecida y fija. Para las teorías relativas sería admisible constitucionalmente que en un caso concreto se pudiera realizar una intervención que suponga una inaplicación del derecho fundamental en una situación concreta, siempre que se pudiera justificar constitucionalmente... Para las teorías relativas, el contenido esencial tiene un valor declarativo en el sentido de que no es un elemento estable, una parte autónoma del derecho fundamental, siendo determinable exclusivamente a partir de la propia norma del derecho fundamental en conexión con la justificación constitucional de la intervención

Häberle aunque sostiene que para superar los problemas que plantea esta cláusula es necesario conciliar ambas doctrinas, adopta una orientación relativista. Señala que “las leyes conciernen y hacen referencia al contenido esencial de la libertad jurídica fundamental en el sentido indicado. El legislador no se detiene ante una esfera supuestamente extraestatal que no precisa de regulación, de ejercicio o que la prohíbe, sino que se ocupa de todo el microcosmos de los contenidos de derecho fundamental, que tan diversa e intensivamente está ensamblado con el macrocosmos de la Constitución” ¹⁶⁶. Más adelante dice que “el contenido esencial, clave abreviada de numerosos principios, no es tanto algo limitable y limitado, cuanto algo a confirmar por el legislador. Hay que despedirse de pensar en espacios al margen del Estado y por tanto extrajurídicos... lo que no excluye eventuales riesgos y los correspondientes recursos para defensa frente a los mismos” ¹⁶⁷.

o limitación del derecho fundamental". J. C. GAVARA DE CARA, Derechos fundamentales y desarrollo legislativo..., op. cit., págs. 271 y 272. Para un análisis más detenido de las distintas teorías absolutas y relativas en la doctrina alemana véase J. C. GAVARA DE CARA, ibidem, págs. 226-335. Para Martínez-Pujalte ambas teorías conducen a la relativización de los derechos fundamentales al conectar el contenido esencial con la limitación legislativa, vinculación que cabría quizás en la Constitución alemana pero no en el art. 53 de la Constitución española que “no está haciendo referencia alguna a ese poder limitador, sino a la facultad del legislador de regular el ejercicio de los derechos”. En su opinión, se trataría de establecer los límites internos del derecho fundamental, “los únicos posibles, porque son los únicos autorizados por la garantía absoluta de los derechos fundamentales en que consiste la exigencia de respeto a su contenido esencial”. A. L. MARTINEZ-PUJALTE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales..., op. cit., págs. 37 y 49.

¹⁶⁶ P. HABERLE, El legislador de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 122. “A título de ejemplo, dice Häberle, el derecho familiar, el derecho de asociación, las leyes de propiedad afectan al contenido esencial de estos derechos fundamentales; no se reconduce a regular las líneas externas de un intangible concepto (núcleo)”.

¹⁶⁷ Ibidem, pág. 122. En este mismo sentido J. GARCIA TORRES, Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales, en AA. VV., X

Para el autor alemán “sólo a través de una reflexión sobre los contenidos esenciales” de los otros bienes constitucionales, se puede determinar aquello que entra dentro del contenido esencial de un derecho fundamental ¹⁶⁸.

Desde nuestro punto de vista Häberle, aunque no lo reconozca expresamente, admite una posición claramente relativista y por lo tanto va a confundir dos aspectos que es imprescindible diferenciar. Por un lado, la necesaria participación del legislador en los derechos fundamentales para lograr su auténtica eficacia, o como dice Cruz Villalón, “la 'colaboración' en la que cada uno de los legisladores, el constituyente y el

Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales..., op. cit., págs. 1031-1064, pág. 1044. García Torres sigue a Denninger señalando que al examinar la Constitución "lo que hace el legislador es abrir un nuevo plano de discusión, un metaplano" (literal traducción de la palabra que emplea Denninger, Meta-Ebene en la pág. 289 de Verfassungsrechtliche). "Este metaplano se caracteriza por la existencia de una bipolaridad... que crea un campo de tensión en que la ley limitativa tiene que justificarse suficientemente (aunque este 'suficientemente' puede representar intensidades distintas) frente al valor encarnado en el derecho fundamental que le sirve de contrapolo. Denninger demuestra el carácter formal y sobre todo relacional de los que denomina 'conceptos constitucionales clave". Como ha indicado Pérez Luño existen coincidencias entre la denominada visión diacrónica de los derechos fundamentales de Häberle y el modelo sincrónico que plantea Denninger. Véase A. E. PEREZ LUÑO, Las funciones de los derechos fundamentales, en AA. VV, X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales..., op. cit., págs. 668-670.

¹⁶⁸ P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale..., op. cit., pág. 89. El contenido esencial vendría determinado por el sopeso de valores entre los derechos fundamentales y los otros bienes constitucionales. Este sopeso habrá de tener en cuenta además el postulado de relevancia de los derechos fundamentales, su carácter de reglas y las "sugestivas metáforas utilizados por la teoría absoluta del contenido esencial" (Ibidem, pág. 85). Esta determinación del contenido esencial a través del sopeso de valores no supone para Häberle desdeñar la teoría relativa: "Todos los derechos fundamentales son tutelados de manera 'absoluta' en un ámbito que debe ser determinado a través de un sopeso de bienes, y esto en relación con cualquier ley, sin que tenga importancia en que disposición encuentre su fundamento" (Ibidem, pág. 92).*

constituido, tienen asignada su propia función”¹⁶⁹, que es absolutamente necesaria y, por otro, la limitación de los derechos fundamentales.

En la Constitución no se recoge en caso alguno el régimen jurídico general de un derecho, sino que se enuncian de forma ambigua e indeterminada una serie de derechos que el legislador habrá de “configurar” mediante ley orgánica u ordinaria según corresponda. La Constitución sólo “prefigura” los derechos fundamentales, exigiendo una intervención por parte del legislador. Junto a esto, estaría el “contenido esencial”, contenido mínimo de los derechos fundamentales, contenido, podríamos decir, “preconfigurado” por el constituyente, en el que el legislador sí puede entrar, sí puede regular, pero no puede limitar porque entonces no existiría dicho derecho sino su desnaturalización. No estaríamos, pues, ante un derecho fundamental sino ante su simulacro. Así, esta teoría “relativa” podría llevar a la adulteración de los derechos fundamentales porque desde sus premisas iguala la justificación de los límites de los derechos con su contenido esencial, esto es, el contenido esencial comienza allí donde acaba la posibilidad de limitar el derecho¹⁷⁰.

¹⁶⁹ P. CRUZ VILLALON, *El legislador de los derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 133 y 134. “Si se quiere decir así, supone, aunque en estos casos las expresiones no están exentas de riesgo, que mientras la Constitución ‘prefigura’ el derecho, el legislador ‘configura’... por más que frecuentemente la Constitución prefigure y configure”. Como más adelante veremos, la intervención del legislador es necesaria en todos los derechos pero ésta se hace imprescindible en los derechos fundamentales prestacionales en los que se exige una actividad positiva del Estado.

¹⁷⁰ Esta doctrina ha sido utilizada para Prieto Sanchís excepcionalmente por el Tribunal Constitucional en la sentencia 161/1987, en su fundamento jurídico 3, al identificar el contenido esencial con la necesidad de justificación del límite, operando una relativización del derecho fundamental al negar la posibilidad de ejercitar el derecho fundamental a la objeción de conciencia al servicio militar una vez que se ha

Otro juicio, sin embargo, nos merece la afirmación de Peter Häberle en el sentido de que la cláusula del contenido esencial en la Constitución alemana “no protege nada que no estuviera ya garantizado a partir de una visión global de los derechos fundamentales en el marco de la Constitución y de su propia microestructura. Se trata tan sólo de una referencia abreviada, de un indicador para llamar la atención, de una advertencia a efectos de una serie de principios ya vigentes”¹⁷¹.

entrado a filas. L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., op. cit., págs. 151-152; M. GASCON ABELLAN y L. PRIETO SANCHIS, Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional..., op. cit., pág. 114-117. (S.T.C. 161/1987, de 27 de octubre, B.J.C. núm. 79, págs. 1466-1474). Véanse también los votos particulares de García Mono y González Requeral, Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, y de Latorre Segura a esta sentencia. Para Häberle el carácter absoluto de los derechos fundamentales entraría en juego sólo en los casos en que el derecho fundamental pierde su carácter normativo que identifica con efectividad: "La 'fuerza normativa' de los derechos fundamentales se explicita a través de la concreta aplicación y el efectivo ejercicio por parte de una pluralidad de titulares... Los derechos no deberían por tanto perder su concreción y no deberían ser vaciados en sus 'efectos prácticos' con una normativa establecida por el legislador... En este contexto encuentran su fundamento las sugestivas metáforas de la prohibición de 'vaciamiento' (Aushöhlung), de un ahogamiento (Abschnürung) de los derechos fundamentales, y la prohibición de su degradación y de su degeneración a nudum ius, a 'pura forma'". P. HABERLE, Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale..., op. cit., pág. 74.

¹⁷¹ P. HABERLE, El legislador de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 123. A estas mismas conclusiones llega Juan Carlos Gavara de Cara con relación a la cláusula de contenido esencial. A su juicio, la cláusula estaba pensada con respecto a Constituciones en las que no se preveía el control de constitucionalidad, y cumplía en estos sistemas una función similar a este control. "En la actualidad dicha garantía se incluye en Constituciones que tienen un control de constitucionalidad, con lo que se puede llegar a los mismos resultados que se pretendían originariamente sin necesidad de recurrir a teorías esencialistas para su determinación. Con dicha finalidad se puede utilizar el sentido cualificador del derecho fundamental, las extralimitaciones en que haya incurrido el poder legislativo cuando utiliza la reserva de ley en materia de derechos fundamentales en relación al requisito de la materia y la vinculación negativa y positiva del poder legislativo a la Constitución". J. C. GAVARA DE CARA, Derechos fundamentales y desarrollo legislativo..., op. cit., pág. 326.

Para luego advertir que ignora si esta cláusula también en España posee un significado (y utilidad) "retórico", esto es, "potencialmente debe la idea de contenido esencial -escrita o no-permanecer en la retaguardia del Estado constitucional: para supuestos límites en que aparezcan nuevos peligros para lo esencial de los derechos fundamentales; en que se atente contra la cultura de los derechos fundamentales o cuando se corra el riesgo de perder planteamientos arduos elaborados por la dogmática o la retórica jurídica fundamental de la jurisprudencia constitucional. Es entonces el momento de desempolvar la cláusula de contenido esencial como freno y barrera contra una conducta de los poderes públicos vulneradora o atentadora de los derechos fundamentales"¹⁷².

No deja de tener razón, pensamos, Häberle cuando señala que la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales no reconoce otra cosa que ya no estuviera implícita en la declaración de derechos constitucionales, o sea, la existencia de los derechos fundamentales que suponen, en virtud del principio de jerarquía normativa (art. 9.2 de la Constitución española), la vinculación del legislador y todos los poderes públicos. Sin embargo, la técnica del contenido esencial transforma en explícita la existencia de una parte central, de un núcleo, que el Parlamento puede regular pero no limitar.

Sin esta cláusula, en buena lógica, no creemos que existieran notables diferencias en el estatus de los derechos fundamentales; sin embargo su ausencia podría suponer en algunos casos el riesgo de que se argumentaran límites que vulnerasen y desnaturalizasen este contenido mínimo del derecho,

¹⁷² P. HABERLE, *El legislador de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 123.

que con la cláusula del contenido esencial queda a mejor recaudo al especificar en cada momento el juez constitucional las aristas del contenido mínimo de cada derecho.

En otro orden de cosas, nos parece también afortunada la utilidad o significado retórico que Häberle atribuye a esta cláusula. En nuestra opinión tal utilidad no es la única, como venimos manteniendo, sino que sería cumulativa con la “prefiguración” constitucional de un contenido absoluto. Esto, no obstante, no significa que no planteemos algunas objeciones a este “desempolvar” la cláusula del contenido esencial: ¿cuándo habría que desempolvarla, quién, en qué medida y sentido...? Desde nuestro punto de vista serán todos los sujetos públicos (legislador, ejecutivo, judicial o Tribunal Constitucional) o privados los que deberán reconfirmar los “contenidos esenciales” cuando las circunstancias expresen un retroceso evidente de la doctrina de los derechos fundamentales.

En definitiva, podemos concluir diciendo que no nos parece aceptable la teoría relativa de la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales porque no ofrece una verdadera utilidad en la interpretación de los preceptos iusfundamentales.

La concepción absoluta de los derechos fundamentales es sostenida por el profesor Prieto Sanchís. Entiende, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sentencias como la 159/1986, de 12 de diciembre, en su fundamento 6; la 104/1986, de 17 de julio, fundamento 5, o en el fundamento 7, que “la cláusula del contenido esencial sólo result(a) verdaderamente operativa cuando es entendida como un concepto o valor absoluto, pues si consistiese tan sólo en un requerimiento a examinar con particular cuidado la normativa limitadora a fin de que ésta no sea injustificada o arbitraria, en puridad no añadiría

nada a la protección de los derechos fundamentales”¹⁷³. Considera que todo límite de los derechos fundamentales además de tener una justificación (adecuación o proporcionalidad entre el límite y el derecho) ha de respetar un "contenido mínimo" inaccesible al legislador. No ofrece la exposición del autor un concepto claro acerca de lo que sea este contenido mínimo del derecho fundamental. Lo podemos inducir acaso de la crítica que realiza a la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987 en la que el juez constitucional adopta una postura relativa del contenido esencial identificándolo con la justificación del límite y contradiciendo su tradicional postura en la fijación del sentido del contenido esencial; así, Prieto sostiene que: “el valor absoluto del contenido esencial, por el contrario, hubiese autorizado el establecimiento de condiciones especiales al ejercicio de la objeción durante el servicio militar, pero en ningún caso hubiese

¹⁷³ L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 148. (S.T.C. 159/1986, de 12 de diciembre, B.J.C. núm. 68, págs. 1447-1457; S.T.C. 104/1986, de 17 de julio, B.J.C. núm. 64/65, págs. 1048-1055) Sigue también esta línea Ignacio de Otto, quien parte de la posibilidad de relativización de los derechos fundamentales desde una consideración relativa o absoluta de su contenido esencial. En la primera esta desnaturalización es evidente "porque el derecho empieza allí donde acaba la posibilidad de limitarlo". En la concepción absoluta se llegaría a similares consecuencias, pues, en tanto exista un núcleo duro y que resista al legislador, presume que toda aquella parte del derecho no inscrito en el contenido esencial podría ser limitada aunque no exista justificación. Para resolver este problema yuxtapone ambos criterios: "una limitación sólo es justificable si está constitucionalmente justificada y además no afecta al contenido esencial del derecho". I. DE OTTO Y PARDO, La regulación del ejercicio de los derechos y libertades..., *op. cit.*, pág. 132. Hemos de hacer notar, no obstante, que lo que Ignacio De Otto denomina yuxtaposición de las teorías relativa y absoluta no deja de ser, desde nuestro punto de vista, la formulación de esta última, porque ésta no significa, al menos en su variante aquí propuesta, la posibilidad de limitar indiscriminadamente aquella parte del derecho que no figura en su núcleo mínimo. Toda limitación de un derecho fundamental, como hemos dicho, ha de estar justificada y, además, ha de respetar el contenido esencial del derecho fundamental para que pueda enjuiciarse como legítima.

permitido su total prohibición”¹⁷⁴. De aquí podemos educir que para el mencionado profesor el derecho fundamental sea la estructura mínima del derecho que garantice su ejercicio¹⁷⁵; a su juicio el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar exigiría que éste se pudiera ejercitar durante la prestación del servicio de alguna manera, sometiéndolo a condiciones más estrictas, determinando una mayor duración del servicio social alternativo... Todo aquello que sea negación,

¹⁷⁴) L. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 152. Se refiere a la prohibición de ejercitar el derecho una vez el soldado se ha incorporado a filas; para Prieto podríamos estar ante una medida (un límite) proporcionada o adecuada a un bien constitucional y, por tanto, en principio, admisible; pero negaría el ejercicio del derecho fundamental durante un período, y por tanto el propio derecho.

¹⁷⁵ A este mismo sentido nos parece que se refiere la S.T.C. 11/1981, de 8 de abril, cuando dice que constituye "el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así" (S.T.C. 11/1981, de 8 de abril, fto. jco. 8, B.J.C. núm. 2, págs. 83-113) o la S.T.C. de 17 de julio de 1981, en su fundamento jurídico 12, cuando indica que los límites nunca pueden anular a los derechos fundamentales (S.T.C. 26/1981, de 17 de julio, B.J.C. núm. 5, págs. 324-334. No parece coincidir con esta posición el profesor P. CRUZ VILLALON, *El legislador de los derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 132, cuando dice: "Entiendo... que la tarea del legislador (sus posibilidades y sus límites) viene condicionada por la propia estructura de cada derecho fundamental o de cada garantía institucional en concreto". Para nosotros está claro, y hemos dejado puntualmente referencia, que la actividad del legislador es diversa según los derechos fundamentales. No es lo mismo, parece indiscutible, la actividad que ha de desarrollar en un derecho prestacional como puede ser el de educación que exige invariablemente una actividad positiva y aquella que ha de desarrollar en un derecho de autonomía en el que la actividad se caracteriza por un "dejar hacer" o, mejor, por un garantizar este "dejar hacer". Otra cosa es la limitación de los derechos fundamentales; aquí existe un concepto que hace referencia a todos los derechos fundamentales y frente al cual el legislador ha de tener, en todos los casos, la misma cautela, esta es, la intangibilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales, que ha de respetar sea éste el derecho a la vida, a la libre expresión o el derecho a la educación.

imposibilidad de ejercitar un derecho fundamental, sería inconstitucional no ya porque la medida limitadora encuentre justificación en otro bien o valor constitucional, sino porque vulneraría el contenido esencial mínimo del derecho fundamental afectado ¹⁷⁶.

Este carácter absoluto del contenido esencial de los derechos fundamentales no quiere decir que estemos ante un concepto invariable; éste como otros conceptos constitucionales “aun manteniendo formalmente los mismos nombres, varían en su contenido. Esa alteración no es visible en cortos períodos históricos, sino que responde a modificaciones sociales más

¹⁷⁶ Parecida formulación nos parece que ofrece la profesora Freixes Sanjuán interpretando la S.T.C. 11/1981, de 8 de abril, estableciendo que estaríamos ante el contenido esencial "a) Si el tipo descrito en la ley de desarrollo se identifica con lo que, en general, se concibe como ese derecho en concreto. Lo cual nos acercaría a una formulación positiva del contenido esencial de ese derecho. b) Si los límites de ejercicio impuestos por la ley reguladora lo hacen o no practicable, o lo dificultan más allá de lo razonable, o lo dejan desprotegido jurídicamente... el contenido esencial vendría definido por lo que no es inherente al mismo en sentido negativo, es decir, serviría para precisar qué acciones u omisiones jurídicas limitativas no constituyen violaciones del contenido esencial. Y c) si existe un adecuado equilibrio entre la conciencia social existente al derecho que se esté valorando para averiguar cuál es su contenido esencial y los resultados de esta valoración". T. FREIXES SANJUAN, El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites en una formulación positiva..., *op. cit.*, págs. 510-511. Aguiar, por su parte, entiende que el Tribunal Constitucional se ha manifestado claramente por el carácter absoluto de la cláusula de contenido esencial en su sentencia 137/1990. L. AGUIAR DE LUQUE, Los límites de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, nota pie de pág. núm. 21. En el fundamento jurídico 15 de esta sentencia el Tribunal Constitucional con relación al derecho a la vida va a señalar que en cuanto derecho subjetivo será posible recabar siempre el amparo judicial y en su caso del Tribunal Constitucional frente a toda actuación de los poderes públicos. Además, "y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos, y en especial, al legislador, el deber de adoptar medidas necesarias para proteger esos bienes frente a ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares". (S.T.C. 137/1990, de 19 de julio, B.J.C. núm. 111, págs. 233-244).

profundas y espaciadas. En ese sentido la jurisprudencia constitucional desempeña una importante función de adaptación que no se fundamenta en los criterios personales del juez, sino en la interacción entre el derecho y la sociedad de la que el juez debe dar fe. Así lo entiende claramente nuestro juez constitucional cuando refiere la determinación del contenido esencial de los derechos”¹⁷⁷.

Puede parecer en principio contradictoria la existencia de un contenido esencial absoluto y al mismo tiempo históricamente variable, sin embargo no es así. Los derechos fundamentales tienen un contenido mínimo (núcleo) cuya determinación debe expresar el Tribunal Constitucional, esto es, delimitar aquella zona del derecho que no es accesible a los límites del legislador. Esto no quiere decir que esté prohibida la intervención del legislador en ese ámbito nuclear, lo que le está vedado es la posibilidad de limitar el contenido esencial porque supondría, como hemos indicado, su desnaturalización.

Por otro lado, sin embargo, no es admisible de manera alguna someter a las generaciones futuras a un concreto “contenido esencial” propio de un periodo determinado, porque el progreso ético-social y las transformaciones socioeconómicas fuerzan nuevas concepciones de los “contenidos esenciales” que el Tribunal Constitucional ha de confirmar. En este sentido

¹⁷⁷ F. BALAGUER CALLEJON, *Derechos fundamentales y Constitución normativa...*, op. cit., págs. 223 y 224. Para el autor esta idea está expresada en la S.T.C 11/1981, de 8 de abril, cuando dice en relación con la determinación del contenido que estará “al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas cuando se trate de los derechos fundamentales”.

podemos aludir al impacto que sobre los derechos fundamentales de la primera generación, proyecta la ideología socialista. No nos referimos tanto al conjunto de nuevos derechos que se incorporan como al distinto alcance que van a tener aquellos ya proclamados como fundamentales de la persona humana por el liberalismo ¹⁷⁸.

Un ejemplo podríamos decir paradigmático de esta mutación del contenido esencial de los derechos fundamentales se puede verificar en el derecho a la propiedad privada. Así, para Locke, “el poder supremo no puede arrebatar ninguna parte de sus propiedades a un hombre sin el consentimiento de éste. Siendo la salvaguardia de la propiedad la finalidad del gobierno, y siendo ése el móvil que llevó a los hombres a entrar en sociedad, se presupone y se requiere para ello que esos hombres puedan poseer; de otro modo, habría que suponer que los hombres, al entrar en la sociedad, perdían aquello mismo que constituía la finalidad de tal asociación, lo cual es un absurdo demasiado grande para que nadie lo acepte. Por consiguiente, si los hombres, una vez dentro de la sociedad, pueden tener propiedades, poseerán un derecho a esos bienes, que por ley de la comunidad son suyos, que hará que nadie lo tenga a arrebatarlos, en su totalidad o en parte sin su propio consentimiento. Si no ocurre así, es como si no poseyesen tal derecho de propiedad” (¹⁷⁹). A juicio del autor desde el momento en que el *supreme power* pudiera afectar a cualquiera de las facultades del derecho de propiedad, sin el consentimiento de su titular, afectaría a su contenido esencial. Esta concepción del derecho de propiedad no tiene, desde luego, nada que ver con las actuales en las que la “utilidad social” ha pasado a formar parte del propio contenido del derecho, permitiendo una intervención más decidida de los poderes

¹⁷⁸ R. RODRIGUEZ GARCIA, Algunas consideraciones sobre los derechos no protegidos en la convención europea de los derechos del hombre, *Anales de la Universidad de La Laguna*, 1963-1964, tomo I, págs. 1-36, pág. 6.

¹⁷⁹ J. LOCKE, Ensayo sobre el gobierno civil..., *op. cit.*, pág. 176.

públicos sobre éste para un más adecuado desarrollo de la sociedad. Ejemplo de esta moderna concepción del derecho propiedad, y en tanto de su contenido esencial, es la redacción del art. 33 de nuestra Constitución: 1. “Se reconoce el derecho a la propiedad privada. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”¹⁸⁰. En la concepción constitucional del derecho de propiedad no existe un rechazo absoluto a la intervención del Estado hasta el punto que será justamente la “función social” la que delimitará su propio contenido. En cierto sentido podríamos decir que la concepción liberal del derecho a la propiedad privada era maximalista con relación a la que hoy se mantiene. En efecto, el conjunto de facultades que quedarían exentas de la limitación de los poderes públicos sería superior en la teoría individualista, mientras que las actuales son más permeables o permisivas a las eventuales limitaciones estatales. La diferencia es por consiguiente evidente y afecta sin duda alguna al contenido esencial¹⁸¹.

¹⁸⁰ *Sobre el régimen jurídico del derecho de propiedad en la Constitución española véase M. GARCIA PELAYO, Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución española de 1978, en AA. VV., Estudios sobre la Constitución española de 1978..., op. cit., págs. 27-53; R. GARCIA COTARELO, El régimen económico social de la Constitución española, en AA. VV., Lecturas sobre la Constitución española, I, edición preparada por T. R. Fernández Rodríguez, Edit. UNED, Madrid, 1978, págs. 69-84; A. E. PEREZ LUÑO, La propiedad en la Constitución, en Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución..., op. cit., págs. 405-448.*

¹⁸¹ *El propio Tribunal Constitucional en la S.T.C. 37/1987, de 26 de marzo, en su fto. jco. 2, señala que "la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura reconducible exclusivamente al tipo descrito en el art. 348 del Código Civil... Por el contrario, la progresiva*

La causa de esta y otras distintas concepciones de los derechos fundamentales y de su contenido esencial, lo hemos dicho ya, son la evolución técnica, científica, ética, social, etc. que transforman la sociedad; ésta para responder a las nuevas necesidades que se le plantean ha de adecuar sus estructuras y mecanismos organizativos para hacerlos operativos en cada momento. Dentro de estas estructuras la Constitución, como norma fundamental del ordenamiento jurídico, y en particular los derechos fundamentales como sustrato axiológico de todo él, juegan un papel decisivo, papel que delega en cierta medida en el legislador y el Tribunal Constitucional utilizando un lenguaje genérico e incluso ambiguo que éstos han de concretar con relación al periodo histórico en que se sitúe.

Por lo que se refiere al contenido esencial parece elemental que sea el Tribunal Constitucional el competente para su establecimiento, no tendría sentido que el legislador decidiera dónde comienza su propia posibilidad de limitar el contenido mínimo de los derechos fundamentales ¹⁸².

En definitiva, podemos decir que el contenido esencial se configura en nuestra Constitución como un concepto absoluto, es decir, como un núcleo inaccesible a las limitaciones del legislador. Esto no implica, sin embargo, que el legislador pueda limitar indiscriminadamente aquella parte del derecho que no sea nuclear

incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical...". S.T.C. 37/1987, de 26 de marzo, B.J.C. núm. 72, págs. 431-463.

¹⁸² *En tal sentido véase T. FREIXES SANJUAN, El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites en una formulación positiva..., op. cit., pág. 511. Concretamente dice que "será el mismo Tribunal Constitucional quien precise el contenido esencial de un derecho en los casos concretos en que exista controversia sobre el mismo".*

porque en la Constitución se protege todo el derecho fundamental, no sólo el contenido esencial; la finalidad de esta cláusula es específicamente la de impedir la limitación del derecho fundamental por el legislador en su estructura más íntima. Por lo tanto, también desde una concepción absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales se hace necesaria la exigencia de justificación de cualquier límite que los afecte. Dos serían, pues, las actividades a desarrollar por el Tribunal Constitucional cuando trata las limitaciones de los derechos fundamentales: en primer lugar determinar su justificación, y, en segundo, examinar que el límite no menoscabe el contenido esencial del derecho que se trate.

Hemos caracterizado anteriormente a la cláusula del contenido esencial como variable, sin que ello entre en contradicción con su carácter absoluto, pues los derechos fundamentales han de estar abiertos a las transformaciones y mutar con ellas su contenido mínimo. Lo contrario sería eternizar una determinada concepción de los derechos fundamentales y de sus contenidos-núcleo que, con toda seguridad, con el paso del tiempo no podría ser operativa y no causaría sino rechazo social. Estos cambios, no obstante, se producen lentamente y afectan de manera distinta a los diferentes derechos.

Podemos, en fin, representar la cláusula del contenido esencial como absoluta y variable en los términos aquí establecidos.

5.4.2.4. Limitación y delimitación de los derechos fundamentales.

Cierto sector de la doctrina se ha planteado la posibilidad de distinguir entre la limitación y la delimitación de los derechos fundamentales. Concretamente Ignacio de Otto defiende esta separación en la crítica que realiza a sentencias del Tribunal Constitucional como la 2/1982 que engloba la coacción dentro del derecho fundamental de reunión, o como las 91/1983 o 11/1981 en que se comprende la ocupación de locales dentro del derecho de huelga. Para el profesor De Otto “ni el derecho de huelga ni el de reunión comprenden el derecho a ocupar incondicionalmente los locales y, en consecuencia, la prohibición, *por no ser una limitación de aquellos derechos*”¹⁸³.

Defiende el autor la posibilidad de distinguir entre delimitación y limitación del derecho. La primera, se define por exclusión, sería lo que queda fuera del contenido del derecho y que, por tanto, ya no pertenece a su ámbito de protección; la delimitación supondría, en primer lugar, “la identificación del ámbito de la realidad aludida, fijar qué habrá de entenderse por asociación, o por... (y, en segundo lugar) la delimitación de los contornos, es lo que podemos llamar el *tratamiento jurídico*

¹⁸³ I. DE OTTO Y PARDO, La regulación del ejercicio de los derechos y libertades..., *op. cit.*, pág. 141. En el mismo sentido Pedro Serna señala que la delimitación del contenido de un derecho evitaría cualquier alusión a sus limitaciones externas o a la existencia misma de conflictos entre derechos. En el comentario que realiza a dos fallos de la Corte Suprema argentina señala que “la determinación teleológica del derecho convierte automáticamente en superfluas otras delimitaciones extrínsecas de los derechos, ya sea en orden a su ejercicio singular, ya sea desde la perspectiva del posible conflicto con otros”. P. SERNA, Derechos fundamentales : El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información, *Suplemento Humana iura de derechos humanos, Persona y derecho*, 1994, págs. 196-234, pág. cit. 229. Véase también A. L. MARTINEZ-PUJALTE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, págs. 49 y ss.

contenido en el precepto que reconoce el derecho”¹⁸⁴. Esta doctrina supone que las conductas que no sean reconducibles a un derecho fundamental no cuentan con las garantías de éste, esto es, singularmente, la reserva de ley y el respeto del contenido esencial.

Por otro lado, continúa De Otto, el considerar como limitaciones algo que es ajeno al derecho lleva necesariamente a un deterioro del conjunto de las garantías de los derechos fundamentales¹⁸⁵. Hay que aclarar que cuando el autor se refiere a la delimitación del derecho, no la hace equivalente a contenido esencial, esto es, a la parte-núcleo del derecho fundamental, aquella que el legislador no puede limitar sin desnaturalizarlo.

Esta tesis ha sido rebatida por Luis Prieto que sostiene que en pocas ocasiones un derecho constitucional aparece “evidente e indiscutible... porque a la hora de enjuiciar una conducta concreta se reabre el problema de si la prohibición establecida por el

¹⁸⁴ *Ibidem*, pág. 143. De Otto extrae esta teoría de sentencias como la S.T.C. 5/1981 que en su fundamento jurídico núm. 7 establece que se trata de derechos que “tienen límites necesarios que derivan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, puede establecer el legislador”. Esta sentencia, a su juicio, realiza esta doble operación (S.T.C. 5/1981, de 29 de noviembre, B.J.C. núm. 1, págs. 23-83).

¹⁸⁵ *Ibidem*, pág. 149. Este deterioro se produce al considerar como derecho algo que no se contiene en una norma de tal rango y que puede, en tanto, justificar límites a otros derechos fundamentales. “Lo que parece hacerse por respeto a los derechos fundamentales -dar tratamiento de limitación a lo que en realidad es normación de materia ajena al derecho- conduce así, paradójicamente, a facilitar un debilitamiento de la protección constitucional de los derechos y libertades públicas y a privar de eficacia a los requisitos y exigencias que son capitales para la verdadera limitación”, pág. 151. Véanse la S.T.C. 91/1983, de 7 de noviembre, B.J.C. núm. 31, págs. 1326-1333; y S.T.C. 81/1983, de 10 de octubre, B.J.C. núm. 31, págs. 1303-1307.

legislador se ajusta o no a la norma constitucional”¹⁸⁶. Aun en la hipótesis en que se pudiera delimitar el derecho, se plantearía “un problema capital de la teoría jurídica de los derechos fundamentales y que puede resumirse en la siguiente pregunta: los derechos ¿son categorías autónomas e independientes entre sí o especificaciones de un principio/derecho general de libertad?”¹⁸⁷.

La respuesta a esta pregunta, para Prieto, depende de cómo se conciban las relaciones individuo-sociedad. Se puede entender que el poder puede hacerlo todo sin que haya de invocar en su favor justificación alguna o que el hombre es naturalmente libre y debe seguir siéndolo jurídicamente. El autor se inclina por esta última hipótesis y desde esta perspectiva “se desvirtúa la ya conocida distinción entre lo que es la delimitación constitucional de los derechos fundamentales y lo que aparece como su limitación externa; y ello no sólo porque existan serias dificultades de interpretación para decidir cuándo estamos ante una u otra, sino porque, en realidad, el ámbito de la libertad jurídica no se agota en los derechos fundamentales concretos, sino que viene a coincidir con la propia libertad natural”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 155.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pág. 157.

¹⁸⁸ *Ibidem*, págs. 163 y 164. En el mismo sentido Gavara de Cara señala que “delimitación y configuración de los derechos fundamentales entendidos como funciones se confunden una con otra. Cada delimitación de un derecho fundamental determina al mismo tiempo su contenido. Ambas funciones pueden ser entendidas como desarrollo de los derechos fundamentales. Legislación y derechos fundamentales estarían unidos entre ellos en relación interna e inmanente”. J. C. GAVARA DE CARA, Derechos fundamentales y desarrollo legislativo..., *op. cit.*, pág. 182. Martínez-Pujalte, por contra, niega la existencia de un principio general de libertad. A. L. MARTINEZ-PUJALTE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, págs. 54 y ss. No es extraña la posición de Martínez-Pujalte si tenemos en cuenta que concibe el contenido de los derechos fundamentales como “un contenido que

Así, pues, no creemos que la distinción delimitación-limitación de los derechos fundamentales pueda aportar nada nuevo. En primer lugar, porque sería espinoso y delicado determinar desde los datos constitucionales la delimitación de un derecho fundamental (actividad que corresponderá al legislador de manera preponderante, aunque también participarán el ejecutivo, el poder judicial y el Tribunal Constitucional). En segundo lugar, porque de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución española rige el principio de libertad, esto es, está permitido todo lo que la ley no prohíbe, de manera que toda limitación no ya de los derechos fundamentales sino de la libertad natural ha de tener una justificación.

5.4.2.5. Cláusulas explícitas de limitación de los derechos fundamentales.

El contenido esencial de los derechos fundamentales lo hemos configurado como aquella parte del derecho intangible a la limitación del legislador ¹⁸⁹. La otra parte del derecho que el legislador puede limitar no queda, como también hemos dicho, a su libre arbitrio. Toda limitación ha de estar justificada en la protección de otro bien constitucional. Este esquema lo establecíamos con carácter general para todos los derechos fundamentales interpretando el art. 53.1 de la Constitución española. Sin embargo, en relación con algunos derechos, al ser

se deriva de la propia naturaleza jurídica del derecho y que, por tanto, es prelegal e incluso, en cierto sentido preconstitucional". Ibidem, pág. 103.

¹⁸⁹ *Sobre el carácter limitado que tienen los derechos fundamentales véase R. DE ASIS ROIG, Sobre los límites de los derechos, Derechos y libertades, núm. 3, 1994, mayo-diciembre, págs 111-130. El autor parte de un concepto amplio de los derechos fundamentales incluyendo los derechos reconocidos en el Capítulo III y de una comprensión también extensiva de los posibles límites que pueden discernirse en relación con los derechos fundamentales y que el Profesor de Asis Roig individua en los que se refieren a la aproximación a los derechos, a su concepto, a su titularidad, a su ejercicio, a su significado, a su plasmación jurídica y a los sujetos obligados.*

enunciados por el constituyente, se presentan límites particulares: así, por ejemplo, el art. 16.1 de la Constitución dice: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación en sus manifestaciones, *que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*”, el art. 20.4 establece que “estas libertades tienen su límite en *el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*”, el art. 28.2 por su parte dispone que “se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá *las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”, o el art. 37.2 que reconoce “el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, *incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad*”. ¿Qué significado tienen estas limitaciones “extraordinarias”?, ¿se trata de una especificación para casos concretos de la teoría general de los límites de los derechos fundamentales o, por contra, suponen una mayor esfera de limitación?

La respuesta a estas cuestiones ha de buscarse en la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido de que todos los derechos son limitados. Así la S.T.C. 91/1983, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 3, dice que “los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución... no son ilimitados, sino que encuentran sus límites en los derechos de los demás (art. 10 de la Constitución) y, en general, en otros bienes y

derechos constitucionalmente protegidos”¹⁹⁰); la S.T.C. de 8 de abril de 1981, en su fundamento jurídico 9, aludía también a este extremo al mantener que “ningún derecho constitucional... es un derecho ilimitado”¹⁹¹). Más interesante, sin embargo, nos parece a estos efectos la S.T.C. 2/1982, de 29 de enero, fundamento jurídico 5, que indicaba que “todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este tribunal en la sentencia de 8 de abril de 1981... en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos”¹⁹².

De esta jurisprudencia podemos colegir las siguientes conclusiones: En primer lugar, la limitabilidad de los derechos fundamentales, que en ningún caso, como hemos dicho más arriba, puede afectar a su contenido esencial. En segundo lugar, que la explicitación de límites concretos con relación a determinados derechos no deja de ser más “estética” o retórica que funcional; no por el hecho, por ejemplo, de que el art. 28.2 de la Constitución española dejara de establecer los servicios esenciales como límite al derecho a la huelga se justificarían huelgas que los ignoraran. En efecto, el art. 28.2 no recoge expresamente el orden público como límite del derecho de huelga y sin embargo parecería una aberración jurídica el no considerarlo como límite al ejercicio de este derecho. En este sentido ha de entenderse la sentencia 2/1982 cuando dice que en unos casos el límite “deriva de una manera inmediata de la Constitución” mientras en otros “deriva de una manera mediata...”, sin que se

¹⁹⁰ S.T.C. 91/1983, de 7 de noviembre, B.J.C. núm. 31, págs. 1326-1333.

¹⁹¹ S.T.C. 11/1981, de 8 de abril, B.J.C. núm. 2, págs. 83-113.

¹⁹² S.T.C. 2/1982, de 29 de enero, B.J.C. núm. 10, págs. 102-106.

pueda establecer una diferencia cualitativa entre el primer tipo y el segundo ¹⁹³.

En forma similar se ha expresado la doctrina científica. Así Juan José Solozábal los diferencia únicamente por su carácter explícito, mientras algunos límites están expresados en la Constitución, otros no, sin que se pueda instituir desde el punto de vista operativo diferencia alguna ¹⁹⁴.

No obstante esto, creemos que el constituyente al establecer en la declaración de derechos fundamentales singulares y explícitos límites a ciertos derechos, expresa una particular sensibilidad con relación a su ejercicio. Así, por ejemplo, para evitar huelgas devastadoras para la economía nacional o para el ejercicio de otros derechos, fundamentales o no, explícitamente constitucionaliza el límite de los servicios esenciales. No es esta constitucionalización la que determina, como hemos visto, la existencia del límite porque en todo caso los huelguistas habrían de respetarlo, pero sí demuestra una especial prudencia del constituyente en la relación límite-derecho.

Como conclusión podemos sostener que la explicitación de límites a los derechos fundamentales en la Constitución en buena técnica jurídica no incorpora nada que no estuviera ya

¹⁹³ *Ibidem*. En el mismo sentido la no expresión de la cláusula del respeto de los servicios esenciales por la Constitución italiana no quiere decir que en aquel ordenamiento no se haya de respetar. En efecto, la Corte ha introducido con relación al derecho a la huelga el límite del mantenimiento de los servicios esenciales. S. P. PANUNZIO, Interrogativo sullo sciopero nelle funzioni e nei servizi pubblici essenziali, *Giur. Cost.*, II, 1973, págs. 2597-2619.

¹⁹⁴ J. J. SOLOZABAL ECHEVARRIA, Algunas cuestiones básicas para la teoría de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 99. En el mismo sentido J. DE ESTEBAN y L. LOPEZ GUERRA, El régimen constitucional español, *Edit. Labor, Madrid, 1984, I, pág. 132.*

constitucionalizado en la propia declaración de derechos, pues en ellos está ínsita la limitación (“no existen derechos ilimitados” ha dicho el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia 2/1982, de 29 de enero), o en la cláusula genérica de limitación que el art. 53.1 contiene. La presencia de estas limitaciones específicas tiene una función únicamente persuasiva, o de sensibilidad del constituyente frente a determinados derechos, un carácter puramente simbólico sin una efectiva funcionalidad jurídica.

5.4.2.6. El contenido esencial como límite de límites de los derechos fundamentales.

Hemos visto que los derechos fundamentales no son absolutos. Toda limitación ha de estar justificada y además ha de respetar el contenido esencial, de aquí que en la doctrina se hable de límite a la limitación de los derechos fundamentales ¹⁹⁵. Esta estructura ha permitido a Cruz Villalón hablar de contenido esencial, por un lado, y de contenido adicional, por otro ¹⁹⁶. En

⁽¹⁹⁵⁾ Véase I. DE OTTO Y PARDO, La regulación del ejercicio de los derechos y libertades..., *op. cit.*, pág. 127; L. PAREJO ALFONSO, El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional..., *op. cit.*, pág. 181; A. LATORRE SEGURA, Diez años de jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas..., *op. cit.*, págs. 2089-2104.

¹⁹⁶ P. CRUZ VILLALON, El legislador de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 133. De acuerdo con la S.T.C. 23/1983, de 25 de marzo, (B.J.C. núm. 24, págs. 382-387) y la 9/1988 (de 25 de enero, B.J.C. núm. 82, págs. 197-204.) llega a "la distinción de dos zonas en la estructura del derecho, una zona resistente al legislador, y otra vinculante sólo para los restantes poderes públicos". Sostiene el autor que el propio Tribunal Constitucional se refiere a la existencia de un contenido adicional en la S.T.C. 51/1988 cuando dice que "el reconocimiento o creación (por norma legal o incluso reglamentaria) de un medio de acción sindical, adicional a los mínimos indispensables... impide alegar que afecten al contenido esencial de la libertad sindical los actos singulares de aplicación o inaplicación, en su caso, de la norma con

ambos casos existe un mismo objeto de referencia, un contenido “duro” inaccesible a los límites del legislador, y una parte del derecho que el legislador puede moldear de acuerdo con las directrices políticas que le sirvan de presupuesto. La actividad del legislador al “regular el ejercicio” del derecho fundamental habrá de justificar en todo caso los límites en aquella parte “adicional”, no esencial, del derecho fundamental ¹⁹⁷.

efecto impeditivo, obstaculizador o limitativo del ejercicio de tales facultades o derechos; pero el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial” (S.T.C. 51/1988, de 22 de marzo, fto. jco. 5, B.J.C. núm. 84, págs. 554-566). Véase también S.T.C. 15/1982, de 23 de abril, fto. jco. 8, B.J.C. núm. 13, págs. 330-337; S.T.C. 39/1986, de 31 de marzo, fto. jco. 6, B.J.C. núm. 60, págs. 463-471; S.T.C. 61/1989, de 3 de abril, fto. jco. 2, B.J.C. 96, págs. 615-621; S.T.C. 30/1992, de 9 de marzo, ftos. jcos. 4 Y 5, B.J.C. núm. 132, págs. 18-24.

¹⁹⁷ Para Romero Moreno, por contra, existen tres tipos de derechos fundamentales: 1. Aquellos que “a pesar de que contengan una referencia a las leyes de desarrollo, contienen asimismo las líneas o límites concretos dentro de los que debe situarse tal regulación complementaria”; 2. “En otros casos, la remisión a la ley reguladora no va acompañada de los datos constitucionales necesarios para una interpretación unívoca de la libertad”; y 3 “Existe, por último, otro conjunto de preceptos, en los que no se manifiesta expresamente la necesidad de una regulación posterior”. J. M. ROMERO MORENO, *La aplicación normativa directa de la Constitución española...*, op cit., pág. cit. 1269. Desde nuestro punto de vista en la tesis del profesor Romero Moreno es criticable la existencia de preceptos constitucionales que contengan derechos fundamentales que no necesiten de legislación complementaria. Esta idea, creemos, está excluida del espíritu constitucional y, concretamente, se opone al art. 81.1 que exige la ley orgánica para la regulación de los derechos de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I y al art. 53.1 que establece la ley ordinaria para los derechos de la Sección Segunda. También nos parece poco acertado el segundo elemento de su clasificación, este es, la existencia de derechos fundamentales que no contienen los elementos necesarios para una interpretación unívoca; ¿qué sería entonces?, ¿papel mojado?. Como hemos venido defendiendo aquí, el legislador no sólo actúa en el Estado social y democrático de derecho como un limitador, como un enemigo, de los derechos fundamentales; hoy éste ha de configurar las prescripciones constitucionales, intervenir para una auténtica eficacia de los derechos fundamentales. El hecho de que la

Hemos dicho que toda limitación de los derechos fundamentales ha de estar justificada, ahora bien qué valores o bienes pueden justificar la limitación de un derecho fundamental; esto es, ¿sólo otros derechos fundamentales?, ¿han de ser siempre bienes constitucionales o cabe también que bienes infraconstitucionales puedan limitarlos?

La primera hipótesis es *a priori* rechazable en cuanto la Constitución ofrece límites explícitos que no tienen en principio una gran vinculación con los derechos fundamentales, sino con la protección del Estado o la sociedad, así el art. 16 somete el derecho de libertad ideológica, religiosa y de culto al orden público, el derecho de huelga está limitado por el mantenimiento de los servicios esenciales... Es más, sólo en una ocasión se constitucionaliza un derecho fundamental como límite de otro, el art. 20.4 que condiciona el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a los derechos reconocidos en el Título I y, específicamente, al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (derecho constitucionalizado en el art. 16 de la Constitución española).

Esto, por supuesto, no quiere decir que los derechos fundamentales no estén limitados por otros derechos, e incluso no se ha de olvidar que todo derecho esta limitado por el ejercicio que otros hacen del mismo según el principio kantiano, porque en

Constitución con relación a determinados derechos se exprese con un lenguaje menos ambiguo y genérico no excluye de manera alguna la intervención del legislador. Esta es en todos ellos imprescindible.

el fondo como decía el Calígula de Camus “siempre se es libre a expensas de alguien”¹⁹⁸.

La limitabilidad de los derechos fundamentales en virtud de otros valores constitucionales parece una doctrina aceptada unánimemente. La propia Constitución establece límites expresos con relación a determinados derechos, y la cláusula general de limitabilidad del art. 53.1 interpretada *a sensu contrario* también parece ampararlos. En este mismo sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional en la S.T.C. 110/1984, de 26 de noviembre, que rechaza que el ejercicio de un derecho se alegue para entorpecer un “fin social”¹⁹⁹. Esta decisión sólo acepta límites que tengan carácter constitucional. Dentro de estos “bienes” que pueden justificar la limitación de los derechos fundamentales

¹⁹⁸ *"Digo que habrá hambre mañana. Todo el mundo sabe lo que es el hambre, es una calamidad. Mañana habrá calamidad... y detendré la calamidad cuando me plazca. Después de todo, no tengo tantos modos de probar que soy libre. Siempre se es libre a expensas de alguien". También dice: "en todo el Imperio romano soy el único hombre libre. Alegraos, por fin ha llegado un emperador para enseñaros la libertad"* (págs. 27-28). No sólo podemos apreciar en este personaje de Camus el carácter limitado de todo derecho sino también el peligro a que llevaría la consideración absoluta de los derechos, a la negación de su ejercicio por los demás. Mantener semejante posición sólo conllevaría la negación de los propios derechos como tales e igualmente de los sujetos. A. CAMUS, *Calígula*, traducido por A. Bernárdez, Edit. Alianza, Madrid, 1989, págs. 27 y 28.

¹⁹⁹ S.T.C. 110/1984, de 26 de noviembre, fto. jco. 5, B.J.C. núm. 44, págs. 1421-1429. "Todo derecho tiene sus límites que en relación con los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales protegidos, sino también otros bienes constitucionales". En el mismo sentido S.T.C. 11/1981, de 8 de abril, fto. jco. 5, B.J.C. núm. 2, págs. 83-113; S.T.C. 2/1982, de 29 de enero, fto. jco. 5, B.J.C. núm. 10, págs. 102-106; y la S.T.C. 22/1984, de 17 de febrero, fto. jco. 3, B.J.C. núm. 35, págs. 388-405.

estarían otros derechos fundamentales. En estos casos, como veremos, estaríamos ante la colisión de derechos fundamentales.

Frente a esta tesis jurisprudencial el Tribunal Constitucional ha sostenido en otras ocasiones la posibilidad de limitar los derechos fundamentales con bienes infraconstitucionales; así en la sentencia 120/1983²⁰⁰ se limita la libertad de expresión del art. 20.4 con la buena fe del art. 7 del Código civil. En este caso profesores en huelga son despedidos por enviar una carta a los padres de los alumnos denunciando las irregularidades que se han producido en un centro escolar al haberse contratado a otros profesores para la realización de los exámenes de septiembre. La sentencia aceptó la buena fe como límite de la libertad de expresión. La S.T.C. 62/1982, por su parte, va a recabar criterios en el Convenio de Roma de 1950 para limitar el mismo derecho²⁰¹.

En la doctrina podemos detectar también ambas líneas. Así, por un lado, el profesor Latorre Segura dice que la doctrina del Tribunal “se inclina en este aspecto a considerar como límites de los derechos fundamentales sólo la protección de los bienes y valores constitucionalmente protegidos”. Para Prieto Sanchís, por otro, “su limitación (la limitación de los derechos fundamentales)

²⁰⁰ S.T.C. 120/1983, de 15 de diciembre, fto. jco. 2 B.J.C. núm. 33, págs. 32-39.

²⁰¹ S.T.C. 62/1982, de 15 de octubre, fto. jco. 3, B.J.C. núm. 19, págs. 919-931. El art. 10 del Convenio de Roma señala que “el ejercicio de estas libertades que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

puede venir amparada por otros valores o bienes constitucionales y aun infraconstitucionales”²⁰².

Lo cierto es que identificar las limitaciones de los derechos fundamentales con las que tienen una justificación constitucional nos parece una perspectiva restrictiva y sin fundamento constitucional alguno. El art. 53.1 establece un núcleo inaccesible a los límites del legislador y, consecuentemente, un contenido adicional y limitable, pero no que aquéllos hayan de tener una justificación constitucional. En este mismo sentido es clara la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional al reconocer límites como la buena fe, que tienen un carácter infraconstitucional²⁰³. Tampoco se puede olvidar, por otro lado, que “la Constitución reconoce tan amplio número de valores, y principios... que la mayor parte de cláusulas limitadoras encontrarán fácil cobertura en ellos”²⁰⁴.

La posibilidad de limitar los derechos fundamentales con bienes que no encuentran su justificación en la Constitución no puede hacernos perder de vista la existencia de fórmulas interpretativas que priman la efectividad de los derechos fundamentales. Así Pérez Luño habla del principio *in dubio pro libertate* o del de aplicabilidad directa de los derechos

²⁰² A. LATORRE SEGURA, Diez años de jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas..., *op. cit.*, pág. 2009. L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 164.

²⁰³ En sentido contrario Aguiar entiende que “los derechos fundamentales tienen un componente individualista que se compadece mal con las nociones de buena fe y abuso del derecho que descansan en un juicio de intenciones o en la utilización del derecho para fines distintos a los previstos en el ordenamiento con un carácter antisocial”. L. AGUIAR DE LUQUE, Los límites de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 34.

²⁰⁴ L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 165.

fundamentales²⁰⁵. La jurisprudencia Constitucional tampoco es ajena a esta línea y así la S.T.C. 159/1986 dice que los límites se habrán de interpretar con “criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia (de los derechos fundamentales)”²⁰⁶.

6. Los poderes del estado en la configuración de los derechos fundamentales.

Hemos destacado en el último epígrafe las defensas de los derechos fundamentales frente a las eventuales vulneraciones de los poderes públicos. Lo hasta aquí dicho daría una visión falseada del fenómeno iusfundamental si no nos ocupáramos de la participación de los mismos poderes en su positivación y efectividad. Y es que no conviene olvidar que la constitucionalización de los derechos fundamentales, y la reserva de su contenido esencial, son condiciones de existencia de éstos pero que necesitan un *plus* para una auténtica vigencia social, “plus” en el que intervienen perentoriamente los mencionados poderes del Estado.

Cuando nos hemos referido a la protección de los derechos fundamentales con relación al poder legislativo decíamos que de acuerdo con los esquemas de la ideología liberal no existía una desconfianza hacia la ley; ésta, fruto de la voluntad popular, era el mecanismo adecuado para fijar el contenido de los derechos. Sin embargo, también desde muy pronto, entre los teóricos del

²⁰⁵ A. E. PEREZ LUÑO, La interpretación de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 315.

²⁰⁶ S.T.C. 159/1986, de 12 de diciembre, *fto. jco. 6*, B.J.C. núm. 68, págs. 1447-1457. En el mismo sentido S.T.C. 25/1981, de 14 de julio, B.J.C. núm. 5, págs. 324-334.

liberalismo, existieron reparos a dejar al legislador libertad absoluta en esta materia ²⁰⁷.

A raíz de esta desconfianza con respecto al régimen de mayorías se produce un proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales que, no obstante, no suponen la exclusión del legislativo en la concretización de los derechos fundamentales, pues la Constitución muy pocas veces puede diseñar el exacto contenido del derecho fundamental. Esto, junto con la aparición de los derechos de la segunda generación que exigen una actividad positiva por parte del Estado ²⁰⁸, y, por tanto, del legislador, nos lleva a asumir la tesis de Häberle cuando señala que el legislador es “esencial para la realización de los derechos

²⁰⁷ En este sentido J. J. Rousseau critica la democracia representativa diciendo que “la soberanía no puede ser representativa, por la misma razón que ella puede ser alienada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa: es ella misma, o es otra cosa; no hay punto medio. Los diputados del pueblo no son, por tanto, ni pueden ser sus representantes, son únicamente sus comisarios, no pueden acordar nada definitivamente”. J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social...*, op. cit., pág. 166. Como ha indicado Delgado Pinto, Rousseau postula una democracia directa donde no tiene sentido “hablar de unos derechos anteriores a la voluntad general que deban ser declarados o establecidos como límites de su poder soberano”. J. DELGADO PINTO, *La función de los derechos humanos en un régimen democrático...*, op. cit., pág. 140 y 141. Para Luis García San Miguel desde el pensamiento liberal la democracia indirecta también puede postular que “la voluntad mayoritaria no debe tener límites, y que por consiguiente los derechos humanos deben estar, en todo tiempo, subordinados a la misma”. L. GARCIA SAN MIGUEL, *Democracia y derechos humanos en la sociedad postindustrial*, en L. GARCIA SAN MIGUEL, *Hacia la justicia*, Edit. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 265-295, pág. 280.

²⁰⁸ “El advenimiento de los derechos económicos sociales y culturales ha supuesto, por tanto, la sustitución del principio de neutralidad de la organización estatal por la exigencia de intervención compensadora... El verdadero motor de la vida en la comunidad política no es ya, como anteriormente, la libertad individual, sino más bien la actuación intervencionista del Estado mediante el cual se pretende conseguir la igualdad”. B. DE CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales...*, op. cit., pág. 73.

fundamentales”²⁰⁹. Así pues, no sólo se exige una vinculación del legislador al derecho fundamental y a su contenido esencial, sino que se le va a reclamar una política activa; el más claro precepto en este sentido, y sin perjuicio de la existencia de precedentes como el art. 8 de la Constitución sueca o el art. 25 de la griega, sería para Häberle el art. 9.2 de la Constitución española. Señala que representa “una evolución decisiva en el camino hacia la efectividad de los derechos fundamentales como mandato constitucional para los poderes públicos”²¹⁰. Por otro lado, destaca que fórmulas como el respeto del contenido esencial tienen consecuencias precisas para el legislador, cuales serían la obligación de hacerse cargo con mayor rigor y extensión de los derechos fundamentales, la exigencia de una labor de estímulo, y la necesidad de diversificar la actividad del legislativo y de su responsabilidad con relación a los derechos fundamentales en la medida en que se acrecienten sus funciones en esta materia²¹¹.

²⁰⁹ P. HABERLE, *El legislador de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 115.

²¹⁰ *Ibidem*, pág. 103. Lorenzo Martín Retortillo va a individualizar las distintas maneras en que los poderes públicos están comprometidos en la eficacia de los derechos fundamentales. Para el autor “el ordenamiento jurídico español, en los lugares más remotos, aunque también en los más oportunos, aparece salpicado de referencias que pretenden comprometer a los poderes públicos para que respeten, defiendan o potencien los derechos fundamentales”. L. MARTÍN RETORTILLO, *Eficacia y garantía de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, págs. 591 y ss.

²¹¹ “- El legislador se ve literalmente obligado a ocuparse o bien se le requiere para que se responsabilice cada vez con mayor intensidad, extensión y diferenciación en materia de derechos fundamentales. - En la medida en que las crecientes tareas del Estado constitucional son orientables en términos de derechos fundamentales... aumenta la responsabilidad del legislador, de volcarse en favor de la realización de los derechos fundamentales... - La vinculación del legislador a los derechos fundamentales es sólo uno más de los aspectos importantes de su múltiple relación con ellos... junto a las escalonadas vinculaciones aparecen tareas de realización 'de estímulo'... - En la medida en que los contenidos de derechos fundamentales... se diferencian e intensifican cada vez más, se diversifican asimismo las tareas del legislador...-Derechos fundamentales y legislación complementaria forman a la postre una unidad...- Cuantos más temas y

Concluye el profesor alemán diciendo que hoy “el Parlamento se convierte en un foro en el que la constituida *res publica* negocia y decide acerca de sus derechos fundamentales y de las tareas estatales que median la realización de las mismas”²¹².

Por otro lado “la positivación legislativa de los derechos fundamentales se lleva a cabo a través de la creación y regulación de derechos no previstos en las normas constitucionales”²¹³, es decir, que compete al legislador, en primer lugar, el adaptar los nuevos derechos humanos que se deriven de las contemporáneas necesidades a la legislación positiva.

De lo expuesto, sólo cabe concluir con Peter Häberle, afirmando que “en sentido profundo, 'sólo la ley puede darnos la libertad!’”²¹⁴.

normas jurídico-fundamentales haya, mayores serán las competencias y tareas del legislador en materia de derechos fundamentales. - En la medida en que se incrementan los conflictos jurídico-fundamentales entre los ciudadanos, crece la responsabilidad del legislador para la política de derechos fundamentales en el sentido de hacer posible para el mayor número de gente los derechos fundamentales. - Incluso allí donde sean (o deban continuar siendo) fragmentarios los textos en concreto, el arquetipo Estado constitucional concibe conjuntamente y en relación de reciprocidad los derechos fundamentales en su actual estadio de desarrollo y la legislación que ayuda a su realización. - Debido al desafío que comporta hacer frente a la realización de los derechos fundamentales, hay que replantearse del principio al fin la teoría de la legislación. El legislador está obligado, por ejemplo, a actuar en el supuesto de los derechos sociales o los derechos de participación". P. HABERLE, El legislador de los derechos fundamentales..., op. cit., págs. 105-106.

²¹² *Ibidem*, págs. 116-117.

²¹³ E. A. PEREZ LUÑO, El proceso de positivación de los derechos fundamentales..., op. cit., págs. 52-131, pág. 99.

²¹⁴ P. HABERLE, El legislador de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 118. *La actividad del legislador es, pues, necesaria en relación con todos los derechos fundamentales, pero si cabe imprescindible frente a los derechos sociales. Y es que "lo peculiar de estos derechos ha sido la pretensión de comprometer la acción estatal para que contribuya a crear las condiciones y a poner los medios conducentes a que los*

Por lo que se refiere al ejecutivo ha existido una actitud de rechazo en materia de derechos fundamentales, ésta responde a la identidad poder absoluto-ejecutivo que históricamente se establece en el antiguo régimen. Las doctrinas de la separación de poderes o la del Estado de derecho se articulan como respuesta del individualismo liberal al intervencionismo absolutista ²¹⁵. Todavía hoy los ordenamientos jurídicos se muestran recelosos a la participación del poder ejecutivo en la elaboración del estatus de los derechos fundamentales. Sin embargo, no se puede olvidar que es el ejecutivo quien “dirige la política interior y exterior” (art. 97 de la Constitución española), y es quien, en última instancia, hará efectivas las previsiones legales y, por consiguiente, quien hará en un buen número de casos efectivos los derechos fundamentales ²¹⁶.

A pesar de esto, lo cierto es que nuestra Constitución, como las de nuestro entorno cultural, sigue observando con precaución la intervención del ejecutivo; y así Pérez Luño la caracteriza como residual, subsidiaria y controlada ²¹⁷.

sujetos de los derechos puedan disfrutar de las expectativas o aspiraciones vitales que tales derechos promueven". B. DE CASTRO CID, Los derechos económicos, sociales y culturales..., op. cit., pág. 47.

²¹⁵ Véanse págs. 154 y ss.

²¹⁶ G. BURDEAU, *Les Libertés publiques*, Edit. L.G.D.J., Paris, 1965, pág. 19, defiende que hoy en día existe una realidad distinta, en la que el ejecutivo no es visto como enemigo de las libertades sino como su principal valedor.

²¹⁷ "Se trata de una competencia residual, porque en virtud del principio de materias reservadas, no puede extenderse a aquellos derechos cuya positivación es competencia del poder constituyente o legislativo". "Es una actividad subsidiaria, ya que, en virtud del principio de jerarquía normativa, la administración no puede contravenir normas de rango superior en el desarrollo de su competencia reglamentaria"; es una competencia "controlada, bien a través de los tribunales constitucionales, de la jurisdicción administrativa, o de los tribunales ordinarios, según los supuestos y países". A. E. PEREZ LUÑO, *El proceso de positivación de los derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 102 y 103.

Tampoco es de despreciar la labor de los tribunales ordinarios en favor de los derechos fundamentales, en primer lugar por la inexistencia de un recurso de amparo para todos los derechos que hemos caracterizado como fundamentales (la Sección segunda del Capítulo II), por lo que competirá al Tribunal Supremo cuando corresponda, como órgano superior de la jurisdicción ordinaria, o al resto de órganos de la estructura judicial española, el interpretar, no ya el contenido esencial de los derechos fundamentales, que entraría dentro de la justicia constitucional (a través del recurso de constitucionalidad, la cuestión de constitucionalidad o el recurso de amparo) ²¹⁸, pero sí decidir cuestiones sobre su ejercicio. Por otro lado, tampoco se puede olvidar que serán los órganos jurisdiccionales ordinarios aquellos que en primera instancia conocerán de las presuntas violaciones de los derechos fundamentales sea a través de los procedimientos ordinarios, en razón del principio de legalidad (art. 117.3 de la Constitución), o a través del procedimiento preferente y sumario del art. 53.1 de la Constitución desarrollado por la ley 62/1978 ²¹⁹. Igualmente, es necesario tener presente que es, justamente, cualquier órgano de la jurisdicción el que, ante la posible inconstitucionalidad de una ley de cuya validez dependa el fallo, puede plantear cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución española). Hay que mencionar, por último, el

²¹⁸ *En estos casos si un juez o Tribunal "disiente de la interpretación que el Tribunal Constitucional da a un derecho fundamental y entiende que su vinculación a ese derecho le exige otra interpretación distinta, no le queda más que sostenerla a su propio riesgo y ventura, y confiar en que lo poderoso de sus razones logre persuadir al Tribunal Constitucional para que mude su jurisprudencia". J. GARCIA TORRES, Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 1049.*

²¹⁹ *Véase la crítica que realizan A García Torres y A Jiménez Blanco al funcionamiento de esta ley A. GARCIA TORRES y A. JIMENEZ-BLANCO, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional..., op. cit., pág. 103.*

primordial cometido que tiene asignado el juez en la protección de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* ²²⁰.

7. Recapitulación.

Los derechos fundamentales se identifican con el conjunto de derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico, normalmente en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una especial tutela jurídica. Este concepto se diferencia de otros afines con los que puede llegar a confundirse: derechos humanos, libertades públicas, derechos públicos subjetivos, derechos naturales y derechos morales. Estas expresiones reflejan concreciones históricas de los derechos fundamentales, así los derechos naturales representan la idea de los derechos fundamentales para el iusnaturalismo o los derechos públicos subjetivos para el primer positivismo.

En todo caso debemos subrayar que en los derechos fundamentales no sólo existe una estructura de auténticos derechos subjetivos sino que además contienen un aspecto objetivo o institucional.

Es preciso proceder en todo caso a la identificación topográfica de este concepto teórico de derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar hay que mencionar la indispensable vinculación entre derechos fundamentales y Constitución; sólo podemos hablar de éstos en sentido estricto si existe una Constitución, al menos entendida ésta en un sentido material. Por lo tanto se podría proponer, en principio, una equiparación entre los derechos constitucionales y los derechos fundamentales. Esta posibilidad no parece plausible

²²⁰ Véanse págs. 131 y ss.

en la medida en que en nuestra norma fundamental se constitucionalizan derechos que no son la inmediata proyección de la dignidad humana.

Hemos de escrutar entonces la determinación de los derechos fundamentales de acuerdo con el rubricado constitucional, siguiendo un criterio literal-sistemático. Pero esta estrategia tampoco conduce a resultados fructíferos, pues la Constitución no presenta una titulación rigurosa. Para la individualización de los derechos fundamentales parece más aconsejable ensayar una propuesta que parta exclusivamente del concepto teórico del formulamos; esto es, serían derechos fundamentales todos los que cumplieran los requisitos de: a) ser concreción histórica de la dignidad humana, y b) estar garantizados por el ordenamiento jurídico positivo. Y en principio todos los derechos del Título I (incluidos los principios rectores del Capítulo Tercero) podrían cumplir la primera exigencia, pero sólo los derechos del Capítulo Segundo (art. 14, Sección Primera y Segunda) se encuentran realmente garantizados con la cláusula del respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales que el art. 53.1 contiene, y que impediría que el legislador pudiera desnaturalizarlos, por lo que tendrían un innegable carácter jurídico.

En cuanto al valor jurídico de los derechos contemplados en el Capítulo III, es necesario resaltar que su falta de incorporación al grupo de derechos fundamentales, no supone que aquéllos no tengan virtualidad jurídica, ésta se la otorga el art. 9.2 de la Constitución o, más genéricamente, el art. 1.1 de nuestra Carta fundamental. Sin embargo, tampoco operan un específico límite frente al legislador en cuanto “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

La doctrina jurisprudencial en la determinación de los derechos fundamentales no es unitaria, existen diversas orientaciones. Una mayoritaria que restringe los derechos fundamentales a los referidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo, utilizando como criterio identificatorio la rubricación de esta Sección y la exigencia de ley orgánica; y otra que los identifica con aquellos que son accionables en amparo, estos son, los anteriores más el derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 y la objeción de conciencia del art. 30 de la Constitución, utilizando en este caso un estricto criterio de protección o garantía jurídica. En algunos casos se recoge también, además del aspecto subjetivo, la dimensión objetivo-institucional de los derechos fundamentales.

Desde nuestro concepto teórico de los derechos fundamentales es desacertada esta jurisprudencia en cuanto en algunos casos olvida el aspecto objetivo-institucional de éstos y los reduce a meras facultades subjetivas, y porque para determinar cuáles son los derechos fundamentales utiliza criterios adjetivos como la protección o la necesidad de ley orgánica que desde nuestro punto de vista no son sino razones procedimentales que revelan una mayor sensibilidad en la protección por parte del constituyente, pero que no pueden dilucidar la presencia de auténticos derechos fundamentales.

Una vez individualizados los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico (los proclamados en el Capítulo II), es necesario estudiar si junto a los derechos fundamentales existen otras figuras jurídicas, concretamente la garantía institucional. Nuestra respuesta es negativa. La garantía institucional, en primer lugar, tiene un claro significado en Schmitt, que es el primero que intenta dar proyección a esta figura con respecto a los derechos fundamentales; para éste los derechos fundamentales estaban por encima del Estado, eran prejurídicos, y la garantía institucional venía a proteger una serie de instituciones que se habían

constitucionalizado y que no tenían carácter de derecho fundamental. De esta manera, al menos históricamente, la adopción de la terminología garantía institucional supone una concreta elección ideológica, esta es, el iusnaturalismo iluminista que considera a los derechos fundamentales como facultades preestatales. Por otro lado, la dogmática contemporánea que reivindica la garantía institucional en nuestra Constitución lo hace desde una perspectiva demasiado restrictiva e individualista, identificando derecho fundamental con libertad frente al Estado. En consecuencia, no nos parece que la garantía institucional sea operativa en nuestro ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia constitucional también en este caso se ha mostrado dividida, aunque en ella existe una mayoría de sentencias que rechazan la dialéctica derechos fundamentales-garantías institucionales y consideran que dentro de la noción derechos fundamentales está integrado su aspecto objetivo y subjetivo.

Los derechos fundamentales han de tener una protección jurídica, por lo tanto es necesario que nos ocupemos del régimen de garantías que estos tienen en nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución ha establecido dos tipos de protección con relación a los concretos derechos: unos gozan de una garantía *ordinaria* y otros de una protección *reforzada*, diferenciando dentro de estos últimos, por un lado, aquellos en los que cabe recurso ordinario de amparo (el derecho a la igualdad del art. 14 y los derechos contenidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo) y, por otro, los que disfrutan además de la garantía que ofrece el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (los derechos anteriormente citados más la objeción de conciencia del art. 30 de la Constitución). El conjunto de garantías ha de estudiarse en relación con cada uno de los poderes porque, en el fondo, esta es la prístina y fundamental garantía, la separación de poderes; sin

ella cualquier alusión a los derechos fundamentales se desarrollaría en un plano fantasioso y quimérico. La protección frente al legislador se configura con las siguientes fórmulas: la efectividad directa de la Constitución, el control de la constitucionalidad, la rigidez constitucional, la necesidad de ley orgánica para el desarrollo de determinados derechos fundamentales y el respeto de su contenido esencial. Por cuanto se refiere al ejecutivo la primacía del legislativo, la reserva de ley en materia de derechos fundamentales y su protección jurisdiccional se proponen como tutelas eficaces. Por último, con respecto al poder judicial, están garantizados por el deber de justificar las decisiones por parte de los órganos judiciales, la sujeción del juez a la ley, y la posibilidad de acudir en recurso de casación. Además, existe una protección en amparo para ciertos derechos fundamentales sea ante los jueces ordinarios a través del procedimiento de carácter sumario y preferente de la ley 62/1978 o ante el órgano constitucional.

Separadamente se ha de estudiar la cláusula del contenido esencial que es la que cualifica a los derechos de todo el Capítulo II como fundamentales. Su estudio, no obstante, exige el análisis conjunto del artículo 53.1, la vinculación de los poderes públicos y la reserva de ley que en él se establece. Desde nuestro punto de vista es criticable en este artículo la remisión a la protección de acuerdo con el recurso de constitucionalidad (art. 53.1 *in fine*) y, parece, redundante la vinculación que en él se establece de los poderes públicos. En cuanto a la reserva de ley, ésta recoge aspectos positivos y negativos. Consideramos que reconoce no la posibilidad sino la necesidad de intervención del legislador en la concreción de los derechos fundamentales, que normalmente vienen formulados con conceptos jurídicos indeterminados o ambiguos. Sin embargo, en cierta medida también este precepto resulta superfluo en tanto que de otros artículos también puede dimanar esta obligación constitucional. En todo caso, sí es

laudable la redacción de dicho precepto al evidenciar en un único artículo la exigencia de intervención en los derechos fundamentales y la reserva de un contenido esencial intangible.

El concepto “contenido esencial” de los derechos fundamentales ha de caracterizarse como un concepto jurídico indeterminado, adscripción esta que no supone una arbitraria discrecionalidad en su “determinación”. Esta concretización ha de ser siempre controlable. Por otro lado, es necesario resaltar que fórmulas como las del contenido esencial más que generar doctrinas conservadoras aparecen como estipulaciones que consagran los valores cimeros del ordenamiento jurídico.

A continuación es preciso analizar los mecanismos de determinación de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales y, especialmente, la S.T.C. 11/1981, de 8 de abril, en la que se establece que la concreción de los derechos fundamentales se habrá de llevar a cabo a través de dos procedimientos complementarios: “el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas” y a través de “los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, (y que) resultan real, concreta y efectivamente protegidos”. Para cierta doctrina esto supone la desnaturalización de los derechos fundamentales al entender que el contenido esencial existe exclusivamente en relación con los límites, es decir, se configura sólo el derecho en tanto en cuanto no puede ser limitado por el legislador.

Desde nuestro punto de vista en la Constitución no se instituye un contenido esencial de los derechos fundamentales, esto es, una reserva frente a las limitaciones de los derechos fundamentales por el legislador, sino derechos (en su totalidad).

Así toda limitación de los derechos fundamentales ha de estar justificada.

Es necesario, por otro lado, destacar la imposibilidad de determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales acudiendo únicamente a la Constitución, al importante papel que en su especificación juegan los conceptos jurídicos tradicionales así como la existencia de tantos contenidos esenciales como derechos fundamentales se reconocen, sin perjuicio de que se pueda conformar un “Derecho” de los derechos fundamentales.

El estudio del contenido esencial implica dilucidar si es ésta una cláusula absoluta o relativa. En nuestra opinión sólo caracterizándola como absoluta puede funcionalizarse esta fórmula. La teoría relativa del contenido esencial cae en el error de identificar contenido esencial y derecho fundamental que son dos cosas muy distintas, la primera es una parte, la esencial, de la otra, o sea, define el contenido esencial de un derecho desde la posibilidad de imponerle límites. Para la teoría absoluta, por contra, existe una parte del derecho que es inaccesible a los límites, un contenido mínimo que siempre ha de respetar el legislador. Esto no quiere decir que sea ajena a la intervención del legislador; “intervención” no nos parece, desde luego, que sea sinónimo de limitación, y la cláusula del contenido se refiere únicamente a una protección frente a las limitaciones, y no a la posibilidad de desarrollo.

En nuestra Constitución se establecen verdaderos derechos fundamentales y no contenidos mínimos, toda limitación, por tanto, ha de estar justificada en principio y a continuación se ha de comprobar que no viola el contenido esencial.

Este carácter absoluto no supone que se pueda imponer a las generaciones futuras un determinado contenido esencial que se

corresponda con el actual o con el existente en un periodo histórico determinado. Efectivamente, si bien en cortos periodos de tiempo se hace difícil columbrar modificaciones en los derechos fundamentales y consecuentemente en sus contenidos esenciales, en un arco temporal más extenso sí se observan cambios no ya en el régimen jurídico, donde sí se producen con una relativa frecuencia, sino en el mismo núcleo de los derechos, como paladinamente se atisba en el derecho de propiedad. Esto nos lleva a caracterizar a la cláusula del contenido esencial como variable, esto es, susceptible de mutar con el tiempo.

En otro orden de cosas se ha pretendido crear una distinción entre limitación y delimitación de los derechos fundamentales. Algunos autores han intentado delimitar el derecho *a priori*, para que no se confundan ciertos comportamientos que pudieran parecer incluidos dentro del derecho, y que sin embargo no pueden incardinarse en éste. Esta diferencia no lleva a resultados prácticos: en primer lugar, porque se hace imposible determinar desde los datos constitucionales la delimitación de un derecho concreto y, en segundo lugar, porque hemos de partir de la hipótesis de que está permitido todo lo que la ley no prohíbe (art. 1.1 Constitución española), exigiendo toda limitación de una libertad natural presupuesta en nuestro derecho una justificación suficiente.

Por otro lado, es necesario reseñar la problemática en torno a las cláusulas limitativas constitucionales explícitas de los derechos fundamentales. Nos referimos a aquellas precisas cláusulas de limitación que con relación a concretos derechos fundamentales se establecen en la Constitución. Éstas, creemos, no añaden nada nuevo que el régimen general de limitaciones no hubiera previsto. En efecto, si se presupone la limitación de todos los derechos fundamentales siempre que se respete su contenido esencial porque de otro modo no estaríamos ante auténticos

derechos fundamentales, la expresa limitación que se regula en algunos derechos tiene sólo un carácter retórico o simbólico y se refiere en todo caso a límites que tienen una particular relación (histórica, económica, sociológica...) con el derecho, pero jurídicamente no añaden nada que no estuviese ya constitucionalizado.

Por último, es necesario determinar qué carácter han de tener los bienes que pueden limitar a los derechos fundamentales, ¿serán éstos siempre y en todo caso constitucionales, o cabe la limitación en virtud de otros valores? Nuestra respuesta se inclina decididamente por una interpretación también amplia en la limitación de los derechos fundamentales, siendo posible que valores o bienes no constitucionalizados impongan en algunos casos límites a derechos fundamentales, en primer lugar porque de la Constitución no se puede inferir lo contrario, y además porque así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional. Esta posibilidad, sin embargo, no obstaculiza la efectividad de los derechos fundamentales. No hay que olvidar, en primer lugar, que la Constitución contiene un número amplísimo y plural de valores que en la mayoría de los casos subsumen, de una manera poco forzada cualquier límite de los derechos fundamentales, y que, por otro lado, existen fórmulas interpretativas favorecedoras de la efectividad de los derechos fundamentales que implican su actuación.

Una vez analizadas las garantías de la protección de los derechos fundamentales y especialmente la cláusula del contenido esencial, es preciso que estudiemos las relaciones entre los poderes del Estado y los derechos fundamentales, para ofrecer una visión global del fenómeno iusfundamental. Así nos hemos de ocupar sucintamente de la particular importancia que el legislativo, el ejecutivo y el judicial tienen en relación con los derechos fundamentales.

Por cuanto se refiere al legislador hay que precisar que en sus presupuestos teóricos el liberalismo no veía en la intervención del Parlamento un enemigo para los derechos fundamentales (libertades públicas), porque la ley era la voluntad del pueblo y ésta todo lo podía. No obstante, pronto surge la necesidad de proteger los derechos fundamentales del contenido de la ley que lleva a la constitucionalización de los derechos fundamentales, o por mejor decir, a la caracterización de la norma constitucional como auténtica norma jurídica, porque no se puede olvidar que los derechos fundamentales siempre han estado ubicados en los textos constitucionales. Lo cierto es que aunque se produzca esta constitucionalización de los derechos fundamentales o cuando aquélla adquiere un preponderante carácter normativo, es siempre precisa la intervención del legislador para hacerlos efectivos. Esta exigencia se hace más evidente si se tiene en cuenta la existencia de derechos sociales que exigen una actividad positiva por parte de los poderes públicos y, consecuentemente, en virtud del principio de legalidad, del legislador.

Con respecto al ejecutivo, por otro lado, ha existido históricamente un rechazo a su intervención en materia de derechos fundamentales y todavía las constituciones contemporáneas mantienen cierta precaución a que participe en ellos. No obstante, no se puede perder de vista que el ejecutivo es quien marca la dirección de la política y quien, en última instancia, hace efectivas las previsiones legales.

En cuanto al poder judicial, cabe destacar que a él compete el control de la actividad de los otros dos poderes: el legislativo a través de la cuestión de constitucionalidad y el ejecutivo a través del control judicial ordinario de su actuación.

CAPÍTULO III
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL
ORDDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.

1. Derechos inviolables y derechos fundamentales.

Una vez hemos precisado cuál es el ámbito del fenómeno de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español nos hemos de interrogar sobre idéntica cuestión en el derecho italiano.

Y la primera acotación que es imprescindible realizar es que en el ordenamiento jurídico italiano no se habla en general de derechos fundamentales, ni en la Constitución, ni en la legislación ordinaria. En efecto, la Carta italiana se caracteriza por una terminología y una sistematización muy diferente de la que presenta nuestro texto constitucional.

En primer lugar destaca la ausencia de un Preámbulo, posibilidad que fue discutida incluso en la Asamblea Constituyente y que, sin embargo, fue descartada, para evitar una eventual graduación de valores entre los contenidos en el Preámbulo y en el texto articulado ²²¹. Así, la Constitución italiana enumera directamente en sus doce primeros artículos los "Principios Fundamentales", donde se establecen los perfiles substanciales de la República: el carácter democrático art. 1, la soberanía popular art. 1, el reconocimiento de derechos inviolables art. 2, la igualdad de todos los ciudadanos art. 3, el derecho al trabajo art. 4, la unidad e indivisibilidad de la República art. 5, etc. El resto del articulado se divide en dos partes: Parte I, "Derechos y deberes de los ciudadanos", y Parte II, "Ordenamiento de la República". La Parte Primera se compone de cuatro títulos: el Título I, cuya rúbrica es "Relaciones civiles", donde figuran derechos como la libertad personal art. 13, la inviolabilidad del domicilio art. 14, el

²²¹ F. CUOCCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Edit. Giuffrè, Milano, 1983, pág. 580.

secreto de la correspondencia art. 15, la libertad de circulación y establecimiento art. 16, etc.; el Título II, rubricado "Las relaciones ético-sociales", en el que se constitucionalizan derechos como los de la familia en cuanto sociedad natural fundada en el matrimonio art. 29, el derecho a la salud art. 32, la libertad en la actividad artística o científica art. 33, el derecho a la educación art. 33, etc.; el Título III, titulado "Relaciones económicas", en el que se reconocen derechos como la tutela del trabajo art. 35, la libertad de emigración art. 35, la proporcionalidad de la retribución en relación con la cantidad y cualidad del trabajo art. 36, la igualdad hombre-mujer en el trabajo art. 37, la libertad de las organizaciones sindicales art. 39, el derecho de huelga art. 40, la iniciativa económica art. 41, etc.; y el título IV, "Relaciones políticas", que contiene derechos como el derecho al sufragio art. 48, el derecho de asociación art. 49, petición a las Cámaras art. 50, etc.

El primer problema que surge para la determinación de cuáles son los derechos fundamentales es la casi nula utilización de esta expresión en el texto constitucional. Sólo en una ocasión, en el art. 32, se califica como fundamental un derecho constitucional, el derecho a la salud. Esto, no obstante, no quiere decir que sólo exista un derecho fundamental, pues, como hemos visto, para que podamos hablar en sentido técnico de derechos fundamentales no es imprescindible que se utilice expresamente esta terminología sino que basta con que se cumplan las condiciones que acordamos al proponer nuestro concepto teórico; esto es, vinculación con la dignidad del hombre y una protección o garantía jurídica. Estas exigencias, como veremos, las cumplen algunos otros derechos.

El artículo clave con relación a la individualización de los derechos fundamentales en el sistema jurídico italiano es el art. 2 de la Constitución, que establece que "La República reconoce y garantiza *los derechos inviolables del hombre*, como individuo, o en las

formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social". En relación con la comprensión de este artículo han existido importantes discrepancias. El hecho de que se utilice el término "*reconoce*" ha supuesto que algunos autores afirmen que estamos ante una indudable remisión al derecho natural ²²², de manera que se produciría una incorporación de toda

²²² A. Groppali no sólo considera que en la Constitución italiana existe una remisión al derecho natural clásico, excluyendo por tanto los derechos sociales, sino que sostiene que para que existiese un auténtico retorno a este orden superior, objetivo real de la Constitución, hubiera sido necesaria una constitucionalización del derecho de resistencia. Así se extraña de que la Asamblea Constituyente "haya vuelto a negar el derecho de resistencia considerado como sagrado a la par que el derecho a la libertad y a la igualdad, pues era justamente a estos principios a los que debía mantenerse anclada la nueva Constitución de la República italiana si verdaderamente con ella se quería, sin desviaciones ni ambigüedad, volver a honrar la herencia de la gloriosa escuela del derecho natural". A. GROPPALI, *I diritti naturali nella Costituzione della Repubblica italiana*, en AA. VV., *Studi giuridici e sociali*, Edit. Giuffrè, Milano, 1954, pág. 15; publicado también en la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1953, págs. 38-50. En el mismo sentido Vassalli señala con relación al carácter inviolable de la libertad moral que "muchas son las remisiones de la Constitución a los principios de humanidad o a la dignidad humana, remisiones en que se sustancian otras tantas garantías constitucionales respecto al mismo poder legislativo; y sobre todo tiene que considerarse que la definición de derechos inviolables dada por el art. 2 a derechos entre los cuales no sería concebible no incluir la libertad moral, representa, aunque no se quiera reconocer un reenvío a los principios del derecho natural, la más alta y solemne entre las garantías constitucionales". G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, en AA. VV., *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, Edit. UTET, Torino, 1960, págs. 1621-1701, pág. 1701. También podemos encontrar, si bien con algunos matices, referencias al carácter iusnaturalista de la Constitución italiana entre otros en C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Edit. CEDAM, Padova, 1954, págs. 22 y ss; F. CUOCCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico...*, *op. cit.*, pág. 582; V. VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, *Rassegna de diritto pubblico*, III, 1948, págs. 243-280; S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale*, Edit. Giuffrè, Milano, 1950, pág. 108; O. CONDORELLI, *La ragione nella vita del diritto*, en AA. VV., *Studi in onore di G. Zingali*, Edit. Giuffrè, Milano, 1965, págs. 255-266; pág. 258, publicado también en la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1964, págs. 669-688; S. LENER, *La certezza*

la tradición iusnaturalista en materia de derechos fundamentales. Efectivamente, con la utilización del término *reconocimiento* parece que se quiera expresar que los derechos inviolables son previos al Estado y fundamento de éste, por lo que inevitablemente habrán de ser *reconocidos*. El Estado tendría, desde este punto de vista, y como ha señalado Spadaro, un *ius dicere* y no un *ius dare*²²³; los derechos inviolables serían tales independientemente de su constitucionalización o positivación. También, en este mismo sentido, la utilización del término *inviolables* parece tener connotaciones más próximas a las doctrinas iusnaturalistas que otros como "derechos públicos subjetivos", "libertades públicas" o "derechos fundamentales"²²⁴.

A pesar de esta terminología de reminiscencia inequívocamente iusnaturalista, este no parece ser el sustrato ideológico de la Constitución italiana, sobre todo en la medida en que pudiera entenderse al derecho natural como la expresión de una concreta moral que entraría en disputa con el pluralismo democrático expresamente reconocido en el art. 1²²⁵. Existiría en

del diritto, il diritto naturale e il magisterio della Chiesa, en AA. VV., *Scritti per Carnelutti*, Edit. CEDAM, Padova, 1950, págs. 345-387, pág. 347; V. ZANGARA, Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano, en AA. VV., *Scritti in onore di V. E. Orlando*, Edit. CEDAM, Padova, 1957, Vol. II, págs. 523-630, pág. 542; F. FELICETTI, I diritti garantiti dall'art. 2 della Costituzione nei lavori della Costituente e nella giurisprudenza costituzionale, *Giurisprudenza italiana*, parte IV, 1985, págs. 182-187, pág. 184.

²²³ A. SPADARO, Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"..., *op. cit.*, pág. 458.

²²⁴ Nótese así que en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de inconcuso carácter iusnaturalista se reconocía el carácter inviolable y sagrado del derecho a la propiedad.

²²⁵ Para el profesor Ara Pinilla "si se puede decir, haciendo abstracción de situaciones particulares, que la incorporación de los ideales de justicia a las normas constitucionales en los sistemas democráticos provoca una desfiguración de la contraposición entre iusnaturalismo y positivismo, hay que concluir también que la instauración del sistema democrático en la posguerra italiana produjo un resultado

tal razonamiento “un vicio lógico, en cuanto, prescindiendo de la discutible configuración teórica del ordenamiento jurídico por ellos presupuesta, es necesario recordar que los conceptos indeterminados o 'derechos generales' eventualmente previstos por determinadas disposiciones constitucionales, lejos de ser o de contener principios o derechos meta-positivos, se encuentran íntegramente en el derecho positivo: su particularidad está sólo en prever criterios o esquemas de valoración particularmente amplios que, aun confiriendo una gran discrecionalidad a quien debe aplicar la disposición que los contiene, no le autorizan sin embargo a introducir nuevas normas o nuevos derechos. Se trata, pues, de normas de derecho positivo genéricas o elásticas, y no de normas totalmente vacías que pudieran servir como canal de ingreso en el ordenamiento positivo de los 'derechos naturales' de la persona”²²⁶.

similar”. I. ARA PINILLA, La tensión positivismo-realismo en la filosofía jurídica italiana contemporánea, estudio preliminar a E. PATTARO, Elementos para una teoría del derecho, traducido por I. Ara Pinilla, Edit. Debate, Madrid, 1985, pág. 13.

Con relación a esta cuestión las disputas doctrinales suelen obedecer en ocasiones a la utilización de nociones diferentes de derecho natural confundiendo el diverso significado que esta expresión adquiere en su interpretación como postura epistemológica y como postura ideológica o creencia en la existencia de un determinado conjunto de valores. Sobre la distinción entre derecho natural como ideología y como postura epistemológica. G. ROBLES MORCHON, El fracaso epistemológico de la doctrina del derecho natural, en G. ROBLES MORCHON, Epistemología y derecho, Edit. Pirámide, Madrid, 1982, págs. 200 y ss.

²²⁶ A. BALDASSARRE, Diritti inviolabili, Enciclopedia giuridica Treccani, 1989, pág. 12. Se pronuncia también por una caracterización no iusnaturalista R. D'Alessio, argumentando que la Constitución no recoge otros rasgos como el carácter sacro, eterno, natural, etc. de estos derechos, o que su reconocimiento se hace sólo en favor de los ciudadanos y no de todos los hombres. R. D'ALESSIO, Comentario al art. 2 de la Constitución italiana, Commentario breve alla Costituzione, edición dirigida por V. Crisafulli y L. Paladin, Edit. CEDAM, Padova, 1990, págs. 8-13, pág. 10.

Ahora bien, aun admitiendo la no recepción del derecho natural en la Constitución italiana, ¿se ha de entender que los derechos inviolables a los que se refiere la Constitución son equivalentes a los derechos fundamentales? Desde nuestro punto de vista la respuesta ha de ser afirmativa y ello en primer lugar por una cuestión lógica. Vinculábamos en la primera parte de nuestro estudio los derechos humanos con los derechos fundamentales, definíamos aquéllos como las exigencias *éticas* que se relacionaban con la dignidad humana, y a los derechos fundamentales como aquellos derechos humanos que contienen una protección jurídica.²²⁷ Desde esta perspectiva, sí podemos constatar que en áreas culturales homogéneas los derechos humanos son concreciones prácticamente idénticas de estos valores²²⁸.

En segundo lugar, encontramos en la jurisprudencia constitucional alusiones a la identidad derechos inviolables-derechos fundamentales. La más clara, justamente, no la tenemos en una sentencia de la Corte Constitucional sino en la ponencia presentada por ésta a la "Conferencia de las Cortes Constitucionales europeas" de Ankara de 1990, en la que textualmente se dice que "la jurisprudencia constitucional italiana no ha sostenido que entre los derechos cualificados como 'fundamentales' y los derechos cualificados como 'inviolables' exista un distinto estatus, así lo demuestra la Sent. 329 de 1989, que ha afirmado expresamente la protección del derecho fundamental a la salud mediante la garantía de la inviolabilidad que protege a los derechos del art. 2"²²⁹. Por otro lado no es esta la única sentencia

²²⁷ Véase pág. 37.

²²⁸ Véase nota de pie de pág. núm. 29.

²²⁹ *I diritti fondamentali in Italia*, Relazione italiana a cura de la Corte Costituzionale italiana presentada en la "Conferencia de las Cortes constitucionales europeas" de Ankara, del 7 al 10 de mayo de 1990, *L'indice penale*, 1990, págs. 233-251. pág. 235.S.C.C. 319/1989, de 6 de junio, *Giur. Cost.* 1989, primera parte, II, págs. 1442-1452.

que asimila estas categorías, al contrario son innumerables las decisiones que utilizan indistintamente y como innegables e incuestionables sinónimos ambas expresiones²³⁰.

En la literatura jurídica también se hace alusión a esta correspondencia y así Gustavo Zagrebelsky dice que "se puede considerar los 'derechos inviolables' equivalentes a aquellos que se denominan 'fundamentales'..."²³¹. Algunas veces nos podemos encontrar autores que emplean sin distingo alguno el enunciado derechos fundamentales con relación a lo que la Constitución llama derechos inviolables²³².

²³⁰ Entre otras, véase la sentencia de la Corte Constitucional núm. 132, de 6 de mayo, *Giur. Cost.* 1985, primera parte, II, págs. 934-951, con relación al derecho a la integridad personal; la núm. 122/1970, de 9 de julio, *Giur. Cost.* 1970, II, págs. 1529-1544, con respecto al derecho a la libre manifestación; la núm. 269/1989, de 18 de mayo, *Giur. Cost.* 1989, primera parte, II, págs. 1267-1269 en referencia a la libertad de emigrar; o la sentencia núm. 571/1989, de 22 de diciembre de 1989, *Giur. Cost.* 1989, parte primera, II, págs. 2635-2642 con relación al acceso a la Administración o a los cargos elegibles.

²³¹ G. ZAGREBELSKY, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux*, en AA. VV., *Cours constitutionnelles européens et droits fondamentaux bajo la dirección de Louis Favoreu*, Actas del II Coloquio de Aix-en-Provence celebrado el 19, 20 y 21 de febrero de 1981, Edit., PUF, Paris, 1982, págs. 303-334, pág. 306; A. PACE, *El legislador de los derechos fundamentales*, en AA. VV., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 76-98, pág. cit., pág. 76; publicado en Italia como *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici*, en AA. VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Edit. CEDAM, Padova, 1990, págs. 109-126, pág. 110.

²³² Así A. CORASANITI, *Note in tema di diritti fondamentali*, *Diritto e Società*, 1990/1, págs. 189-214; G. BOGNETTI, *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, artículo presentado al XXVII Congreso nacional de estudio de la Unión de juristas católicos italianos, celebrado en Roma del 6 al 8 de diciembre de 1976, *Quaderni di iustitia*, núm. 27, Edit. Giuffrè, Milano 1977, págs. 24-65, titulan estos artículos con la expresión derechos fundamentales refiriéndose a lo que la Constitución denomina derechos inviolables.

Es por todo esto por lo que no nos parece excesivamente atrevido o arriesgado tomar como perfecto sinónimo de la expresión constitucional italiana "derecho inviolable" la, para nosotros, más familiar fórmula de "derecho fundamental".

Se trata, pues, de dos enunciados lingüísticos que si bien en principio pudieran tener connotaciones propias en cuanto el término *invulnerable*, recogido por la Constitución italiana, tiene una más estrecha relación con la tradición iusnaturalista, y la expresión derechos fundamentales con la de la positivación de derechos en textos jurídicos ²³³, hacen referencia en este caso a una misma idea. En adelante, por tanto, las utilizaremos de manera indistinta.

2. El artículo 2 de la constitución italiana en el reconocimiento de los derechos fundamentales.

La determinación de los derechos fundamentales o inviolables, como hemos dicho, viene definida por el art. 2 de la Constitución italiana. Así para dilucidar qué derechos son fundamentales hemos de acercarnos al contenido de este artículo.

2.1 Génesis del art. 2.

²³³ *Se utiliza por vez primera en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano que aunque es ante todo el resultado al que conduce el iusnaturalismo racionalista iluminista, también es un intento de definición positiva. Como ha puesto de relieve el profesor Ara Pinilla la incorporación de los derechos humanos a las constituciones supone su juridización, y el paso de una perspectiva iusnaturalista a una positivista. I. ARA PINILLA, Las transformaciones de los derechos humanos..., op. cit., pág. 97. Para el profesor Ara se produciría un fenómeno similar al que sucede con la codificación, que, como ha señalado Fassò, sirve involuntariamente como puente entre el iusnaturalismo del siglo XVIII y el positivismo del siglo XIX. G. FASSO, Historia de la filosofía del derecho, traducción de J. F. Lorca Navarrete, Edit. Pirámide, Madrid, 1978, Vol. III, pág. 27. Véanse págs. 28 y 29.*

El origen de este artículo es indiscutido, como el del resto de la Constitución, surge del acuerdo al que llegan las fuerzas políticas del postfascismo al diseñar un nuevo orden. Frente a la ideología del régimen musoliniano que daba prioridad al Estado frente al individuo, y que, por lo tanto, dejaba en un segundo plano los derechos fundamentales de la persona que supeditaba, en todo caso, al Estado, van a aparecer nuevas concepciones de la idea de derechos humanos y de la relación de éstos con el propio Estado, fundamentalmente la cristiana y la marxista ²³⁴. Ahora bien, estas doctrinas sobre los derechos fundamentales, aun oponiéndose radicalmente a los esquemas de poder y de relación individuo-Estado preexistentes, van a tener objetivos divergentes, incluso antitéticos; así el pensamiento católico va a intentar que en la Constitución se garanticen los derechos que protegen la autonomía de la persona frente al poder público, mientras el marxismo, por su parte, intentará propiciar que los derechos proclamados en el texto constitucional no impidan llevar a cabo el programa de modificaciones socioeconómicas que el legislador tendrá que desarrollar ²³⁵.

²³⁴ Barbera detecta en concreto trazos de distintas direcciones: la elaboración del catolicismo social francés Maritain o Mounier, las elaboraciones del corporativismo católico italiano Toniolo, Murri..., el socialismo tecnocrático y liberal de Beveridge, la corriente mazziniana, el redescubrimiento del valor universal de las libertades burguesas por parte del marxismo, la formación crociana de los dirigentes comunistas, así como el pensamiento de Gaetano Salvemini y Guido De Ruggierol. A. BARBERA, Le due culture dei costituenti a proposito dell'art. 2 della Costituzione, *Democrazia e diritto*, 1975, págs. 23-59, pág. 35. Véase también G. FERRARA, Interpretazione e "valore" nella Costituzione, *Democrazia e diritto*, 1975, págs. 5-14.

²³⁵ A. BARBERA, Le due culture dei costituenti a proposito dell'art. 2 della Costituzione..., *op. cit.*, págs. 23-59, pág. 24; Comentario al art. 2 de la Constitución, *Commentari della Costituzione*, edición preparada por G. Branca, Edit. Zanichelli, Bologna, 1975, págs. 50-122, pág. 51; A. PACE, Problematica delle libertà costituzionali, Edit. CEDAM, Padova, 1985, págs. 2 y 3; A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, Le situazioni soggettive. Le libertà dei

Este carácter consensuado del que es, por otra parte, reflejo toda la Constitución italiana se puede percibir diáfano en el art. 2 donde, como hemos visto, existen expresiones de un claro matiz iusnaturalista como la utilización del verbo "*reconocer*", o la fórmula "*derechos inviolables*", que conviven y coexisten con expresiones más propias del marxismo como la declaración "*como individuo, o en las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad*", o la alusión expresa a la existencia de "*deberes inderogables de solidaridad política, económica y social*"²³⁶.

Pero, como hemos dicho, también la idea de este compromiso recorre toda la Constitución; y así en el texto se recogen derechos de libertad, que van dirigidos a proteger directamente la autonomía de la persona humana, como el derecho a la libertad personal art. 13, la libertad de circulación art. 14, la libertad religiosa art. 19, etc.; y derechos de marcado carácter socioeconómico como el derecho a la huelga art. 40, el derecho al trabajo art. 4, el derecho a la salud art. 32 o el derecho a la educación 34.

Este compromiso fue logrado, como observa Barbera, "no sólo por la actuación realista de políticos como Dossetti o Togliatti, sino que es fruto fundamentalmente de la convergencia común hacia las antiguas y proteccionistas posiciones liberales oportunamente puestas al día. Entre otras cosas, detrás de los constituyentes existía también una misma cultura jurídica liberal, limitante y equívoca, cultura ésta que se había expresado a través de la asimilación, por políticos y juristas, del constitucionalismo

singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza, en AA. VV., *Manuale di diritto pubblico de G. Amato y A. Barbera, Cáp. V, Edit. Il Mulino, Bologna, 1991, págs. 201-283, pág. 209.*

²³⁶ F. FELICETTI, I diritti garantiti dall'art. 2 della Costituzione nei lavori della Costituente e nella giurisprudenza costituzionale..., *op. cit.*, pág. 184.

francés sobre todo a través de Orlando y alemán a través sobre todo de Ranelletti"²³⁷.

2.2 el carácter expansivo del art. 2.

Una de las cuestiones que más se ha discutido en la doctrina italiana y que más nos interesa a efectos de determinar cuáles son los derechos fundamentales o inviolables en la Constitución italiana es la relación que tiene el art. 2 con el catálogo de derechos recogido en la Constitución en su Parte Primera. Es decir, supone el art. 2 una remisión al texto constitucional de manera que sólo son derechos fundamentales los que expresamente se recogen en el texto o, por contra, este artículo se refiere en general a los derechos fundamentales sin que ello implique una concretización en la Constitución.

El problema se plantea, pues, en la necesidad de un concreto artículo constitucional al que vincular los hipotéticos nuevos derechos fundamentales, o en la posibilidad de relacionarlos con el art. 2 interpretando esta disposición como "cláusula abierta" a nuevas facultades que puedan ser calificadas como derechos fundamentales.

Pero es importante también reseñar que no se trata de un debate puramente teórico, está presente otra cuestión de indudable relevancia, como es precisar y estipular quién juega el papel preponderante en materia de derechos fundamentales, el juez constitucional o el legislador, o por mejor decir, qué margen

²³⁷ A. BARBERA, *Le due culture dei costituenti a proposito dell'art. 2 della Costituzione...*, *op. cit.*, pág. 35.

de responsabilidad tiene el juez constitucional con relación a los derechos fundamentales ²³⁸.

Efectivamente, si se mantiene que el art. 2 de la Constitución ha de estar vinculado necesariamente con los derechos recogidos en la norma fundamental se dará prioridad al legislador en la definición de nuevos derechos fundamentales pues será éste, únicamente, quien los determine positivándolos, mientras que la actividad de la Corte Constitucional queda claramente limitada porque habrá de ligar las nuevas situaciones que la realidad le brinda a los concretos preceptos constitucionalizados.

Es también necesario constatar que la tabla de derechos inviolables en la Constitución italiana es, al menos desde un punto de vista de derecho comparado, cuanto menos, insuficiente. Derechos que de una manera u otra aparecen reconocidos en Constituciones o tratados internacionales contemporáneos carecen de una específica referencia en la norma fundamental o en el derecho positivo italiano. El derecho a la objeción de conciencia, el derecho a la intimidad, el derecho a propia imagen, a la información, los derechos de autor, al libre desarrollo de la personalidad, o, incluso, los clásicos derechos a la vida o a la integridad física, son claros ejemplos de derechos admitidos en los textos de derecho comparado como derechos fundamentales y que sin embargo no son específicamente mencionados en la Constitución italiana.

Tenemos, no obstante, que reconocer que para la totalidad de la doctrina, dogmática o judicial, estos derechos son auténticos derechos fundamentales o inviolables, pero en unos casos se habrá

²³⁸ G. ZAGREBELSKY, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux...*, *op. cit.*, pág. 307.

de interpretar de una manera excesivamente "libre" los preceptos constitucionales, mientras que en otros sólo será necesario entender que estos derechos "olvidados" por el constituyente o las nuevas exigencias que puedan ser calificadas como derechos fundamentales están implícitas en el art. 2 ²³⁹.

El principal valedor de la tesis restrictiva en la doctrina italiana es el profesor Alessandro Pace. En su "Problemática de las libertades constitucionales" critica la tesis que interpreta el art. 2 como cláusula abierta pues muchas de estas nuevas exigencias entrarían en los enunciados constitucionales, por ejemplo el derecho a formar una familia y a procrear se infiere de los arts. 29 y 30, el derecho al honor del art. 3, páfo. 1, el derecho a moverse libremente de los arts. 13 y 16, la libertad de información del art. 21, el derecho a rectificación de los arts. 3 y 21, la objeción de

²³⁹ Así, Alessandro Pizzorusso, al examinar el fundamento constitucional del derecho a la intimidad, reconoce que en definitiva existen distintos argumentos para defender la constitucionalidad de este derecho: el carácter abierto del art. 2, la incorporación del derecho internacional en virtud del art. 10, de la interpretación conjunta de los artículos 13, 14 y 15 que recogen respectivamente los derechos de libertad personal, la libertad de circulación y el secreto de correspondencia, del art. 21 que reconoce la libertad de manifestación, del art. 27, páfo. 2, que introduce el principio de inocencia, y del art. 41 en cuanto establece como límite de la libertad de empresa la prohibición de que se pueda dañar la dignidad humana. Pero en todo caso detrás de todas estas argumentaciones "aparece la evidencia de que el derecho a la intimidad está comprendido en el compendio de los derechos de libertad reconocidos por la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos que se inspiran en los mismos principios ético-políticos". Esta forma de argumentar, continúa el autor, no es siempre aceptada por el juez italiano acostumbrado a trabajar normalmente con un referente semántico en forma de disposición jurídica, pero en el ordenamiento italiano "existen procesos evolutivos de los cuales se tendrá que derivar, y ya hoy se deriva, una conspicua evolución en el modo de concebir el sistema de las fuentes del derecho. Las consecuencias de esta evolución pueden identificarse con una revalorización de fuentes como el precedente o la costumbre y en la valorización de instrumentos interpretativos como la 'tradición cultural'". A. PIZZORUSSO, *Sul diritto alla riservatezza nella Costituzione italiana, Prassi e teoria*, 1976/1, págs. 29-43, pág. cit. 40.

conciencia del art. 19, el derecho a la vida del art. 2²⁴⁰. Para el mencionado autor, además, la necesidad de nuevos derechos implica que surjan nuevos deberes. Se refiere concretamente al derecho a la vida; dice que, si bien se puede vincular la prohibición de la pena de muerte con el art. 2, no está claramente afirmado el derecho a la vida del *nasciturus* en la medida en que resulta condicionado por la tutela de la salud de la madre y su derecho a la vida²⁴¹. Pace considera, por tanto, que el reconocimiento de nuevos derechos supondría en cierta manera la limitación de los derechos ya reconocidos, y significaría, también, la violación de la Constitución, al incrementar los límites específicos impuestos por la misma a los derechos fundamentales²⁴².

²⁴⁰ A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali...*, *op. cit.*, pág. 4.

²⁴¹ *Ibidem*, pág. 4.

²⁴² *En este mismo sentido véase también A. BALDASSARRE, Diritti inviolabili...*, *op. cit.*, pág. 19. *Va a fundamentar su posición en la elasticidad de los preceptos constitucionales: "en las disposiciones de la Constitución relativas a los derechos fundamentales, se puede constatar que sus potencialidades normativas son tan amplias y elásticas que comprenderían cualquier ulterior hipótesis en el desarrollo de la conciencia social o de la civilización". Estudia la figura de la intimidad, 'privacy', que a su juicio encontraría fundamento constitucional en otros artículos y en su carácter instrumental, su ausencia produciría una quiebra de otros derechos o, al menos, una garantía insuficiente. Más lejos va todavía el profesor Barile que llega a extraer del articulado de la Constitución italiana los complejos derechos de la tercera generación, derechos como los de los consumidores, el derecho a la información, el derecho a la paz... P. BARILE, I diritti umani come diritti costituzionali, en P. BARILE, *Libertà, giustizia, Costituzione*, Edit. CEDAM, Padova, 1993, págs. 13-23, págs. 16 y ss. Igualmente en relación con el derecho a la objeción de conciencia Salvatore Prisco niega la posibilidad de extraer este derecho del art. 2. S. PRISCO, *Fedeltà alla repubblica e obiezione di coscienza*, Edit. Jovene, Napoli, 1986, pág. 65. Véase también en general P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Edit. Il Mulino, Bologna, 1985, págs. 54 y ss.; A. PACE, *Il c.d. diritto all'identità personale e gli art. 2 e 21 della Costituzione*, *Giustizia civile*, 1980, II, págs. 409-412, pág. 410; *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Edit. Giuffrè, Milano, 1967, pág. 3 y ss; O. CAROSONE, *E' configurabile un autonomo diritto all'identità**

Esta tesis no nos parece aceptable porque pretende interpretar los preceptos constitucionales de una manera extensiva, extralimitando en muchos casos el propio espíritu constitucional. Es decir, la posibilidad de vincular nuevas facultades o instituciones que son consideradas de tal relevancia que merecen la protección constitucional a unos enunciados lingüísticos que en la mayoría de los casos no la pretendían prever, no puede sino causar perplejidad para los que entienden que el precepto tiene alguna utilidad en el mundo del derecho, aunque se trate de la norma primera del ordenamiento que se caracteriza por su generalidad. Así, no parece tan evidente que cuando el art. 3, páfo. 1º, habla de que todos los ciudadanos tienen igual dignidad social, tengamos que conjeturar o sospechar que en su contenido semántico se incluye un derecho al honor; o que el derecho a la rectificación se encuentre contenido en los artículos 3 o 21 ²⁴³. Además, nos parece que será mucho más difícil incardinar nuevas exigencias en el ámbito de los derechos concretamente constitucionalizados que vincularlas al art. 2 como cláusula abierta a nuevos derechos, ya que los preceptos constitucionales en materia de derechos fundamentales, como hemos visto, son una concreta positivación de los derechos humanos pero no su definitiva y más acabada versión.

Por otro lado nos parece que la segunda razón que da el autor olvida uno de los principios más incontrovertidos en materia de derechos fundamentales: su conflictividad. Expulsar un nuevo derecho fundamental porque implica una limitación de un derecho ya existente supondría partir de una idea absoluta de los derechos inviolables o fundamentales, idea que como hemos visto

personale?, *Il diritto di autore*, 1986, págs. 329-335, pág. 335; F. CASAVOLA, *Tutela costituzionale dei diritti inviolabili, I diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, 1991, págs. 11-14, pág. 13.

²⁴³ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit.*, pág. 4.

no compartimos. Los derechos fundamentales son la proyección de los valores de la persona humana y, por lo tanto, en muchos casos son contradictorios por lo que siempre se condicionan. Los derechos fundamentales son sólo comprensibles en clave de conflicto.

En tercer lugar, la tesis de A. Pace nos parece contradictoria desde un punto de vista lógico. Mal se compadecen estos dos enunciados: por un lado, mantener que la inclusión de nuevos derechos en virtud de una cláusula abierta del art. 2 no sería aceptable al imponer límites no previstos constitucionalmente a los derechos inviolables; y por otro, indicar que los derechos expresamente recogidos en el texto constitucional pueden ser interpretados de manera que cualquier nueva exigencia no necesite de una cláusula abierta para formar parte de los derechos fundamentales, que aquélla es perfectamente deducible de los preceptos ya existentes.

Sólo podemos entender, desde esta perspectiva, que los nuevos derechos que se encuentran implícitos en los derechos inviolables constitucionalizados no suponen en caso alguno límites para otros derechos por el mero hecho de encontrarse implícitos en ellos y que sí supondrían limitaciones si fueran derechos que se reconocieran *ex art. 2*.

La tesis que mantiene el carácter abierto del art. 2 es sostenida por Zagrebelsky que afirma la existencia de una serie de derechos no recogidos en el catálogo de derechos inviolables constitucionales como la objeción de conciencia, el respeto a la intimidad, el derecho a la imagen, a la libre información, a los signos propios de la persona, el derecho de autor, los derechos del ateo, el derecho al matrimonio sin discriminación, a la integridad física, a la rectificación de noticias falsas, al libre desarrollo de la persona, al divorcio... Para el autor muchos de estos derechos son

vagos y generales, y en los casos en que existe un mayor grado de vinculación, bastaría recurrir a los derechos constitucionalizados dado el carácter expansivo que éstos poseen. No obstante, "es preciso añadir que en algunos casos el recurso al artículo 2 parece en efecto necesario para colmar las posibles lagunas que se han dado en la enumeración de los derechos inviolables. Se trata, como se ha hecho ya notar, de un empleo pretoriano de este artículo por la jurisprudencia. Su actitud a este respecto es por tanto decisiva" ²⁴⁴. En este mismo sentido se ha manifestado Augusto Barbera manteniendo la aptitud del artículo 2 para constitucionalizar todos los derechos no expresamente reconocidos en la Carta constitucional que van emergiendo en el horizonte de la Constitución material. "Tales derechos y valores vendrían canalizados a través del artículo en examen por el legislador ordinario y además, como hipótesis más probable, a través de la interpretación y de la jurisprudencia" ²⁴⁵.

²⁴⁴ G. ZAGREBELSKY, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux...*, *op. cit.*, pág. 308. *Más que depender del grado de concreción del derecho parece que se tenga que acudir al contenido semántico del derecho constitucionalizado, su capacidad de incorporar ese nuevo derecho.*

²⁴⁵ A. BARBERA, *Comentario al art. 2 de la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 66. *Específicamente se refiere a derechos como el de objeción de conciencia, el derecho a la intimidad, a la propia imagen, la libertad de información, el derecho a los signos distintivos de la personalidad, el derecho de autor, el conjunto de los derechos del ateo no encuadrables en el art. 19 o en el 21, la objeción de conciencia al juramento, el derecho a contraer matrimonio sin límites que no se deriven de la capacidad jurídica, el derecho a la integridad física, el derecho a la rectificación de noticias inexactas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre los cuales se situaría el derecho al aborto y el derecho a mantener relaciones homosexuales, la libertad moral como libre determinación de la voluntad, la capacidad negocial, el derecho a efectuar libremente colectas y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica para grupos o asociaciones de hecho. Interpretan también esta norma como cláusula abierta G. ROLLA, *Il sistema costituzionale dei diritti fondamentali. L'esperienza spagnola*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, págs. 141-183, pág. 143; G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale...*, *op. cit.*, pág. 1640; A. PIZZORUSSO,*

Más radical se muestra A. Spadaro para quien es imposible establecer una tabla de derechos fundamentales en la que se encuentren todos y cada uno de ellos, de manera que el art. 2 vendría a afirmar dos cosas: la consciente imposibilidad de realizar un catálogo predeterminado de los derechos fundamentales, y el deseo de evitar el riesgo de que se cayese en una banalización debido a la indicación casi tautológica de los derechos ²⁴⁶. Para el autor la fuente de legitimidad de los derechos fundamentales es externa al ordenamiento, éstos existen independientemente de que el ordenamiento los reconozca esto se debe a que el ser y el aparecer no es lo mismo; esto no obstante, dice, es el consenso social el que les da una protección jurídica ²⁴⁷

Delle persone e della famiglia, en "Art. 1-4. Commentario del codice civile Scialjo-Branca", Edit. Zanichelli, Bologna, 1988, pág. 30; P. F. GROSSI, Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana, Edit. CEDAM, Padova, 1972, pág. 172 y ss; P. PERLINGIERI, La personalità umana nell'ordinamento giuridico. Se recoge el seminario *Il principio di tipicità dei diritti inviolabili dell'uomo*, desarrollado el 8 de marzo, Edit. Jovene, Camerino, 1972, pág. 391; Informazioni, libertà di stampa e dignità della persona, *Rassegna di diritto civile*, 1986, págs. 624-639, pág. 637. E. SPAGNA MUSSO, Diritto costituzionale, Edit. CEDAM, Padova, 1990, pág. 260.

²⁴⁶ A. SPADARO, Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"..., *op. cit.*, pág. 477.

²⁴⁷ *Ibidem*, pág. 480. Los derechos fundamentales tendrían un doble fundamento: por un lado, encontrarían sus raíces más profundas en una realidad metajurídica, y por otra, para tomar vida e incidir sobre la dimensión social, necesitarían un reconocimiento explícito por parte del ordenamiento, gozar de una protección jurídica. "El paso del fundamento metajurídico al fundamento prejurídico -cuando y si se produce- permite al derecho fundamental tener existencia y pretender no sólo una protección jurídica abstracta art. 2, sino también una tutela jurídica concreta, de hecho", pág. cit. 481; así serían necesarios estos dos fundamentos para la existencia de derechos fundamentales. Si el constituyente ha identificado los derechos fundamentales en sentido ontológico con los derechos protegidos en el art. 2 es porque ha creído poder individualizar con suficiente claridad el cuadro cultural dentro del cual el primer fundamento toma luz en un marco axiológico; aquí el constituyente ha hecho una elección a favor de lo que se ha llamado fundamento del fundamento: "en efecto, todos

Desde otro punto de vista se ha destacado que la tesis extensiva consigue la protección de estos nuevos derechos con independencia de que existan normas de intermediación que los protejan, "de normas ordinarias para fundar toda especie de garantía de la persona que la interpretación sistemática del ordenamiento muestre merecedora de tutela"²⁴⁸.

Una tesis que pretende ser en cierto modo conciliadora pero que hemos de incluir indefectiblemente dentro de las que aceptan el carácter abierto del art. 2 es la de Fausto Cuocolo. Éste parte de la remisión del art. 2 a la concreta tabla de derechos que contiene la Constitución, sin embargo no excluye "la afirmación de otras posiciones inviolables, sea integrando eventuales lagunas o interpretando las evoluciones y los desarrollos de la conciencia social"²⁴⁹.

Estas aportaciones nos parecen más interesantes en la medida en que pueden adaptarse mejor a las nuevas exigencias que puedan reputarse como derechos fundamentales y en cuanto resulta más factible desde el punto de vista hermenéutico comprender aquellos derechos fundamentales "olvidados" por el constituyente. Y es que no se trata de que el contenido semántico del art. 2 pueda aceptar todos los hipotéticos nuevos derechos

los que tienen fundamento ontológico pueden encontrar una 'concreta' tutela a través del fundamento prejurídico del commune idem sentire de los enumerados, no es sin embargo verdad lo contrario", pág. cit. 483. Para el autor "no es cierto que existan 'nuevos' derechos implícitos ex art. 2 Const... se trata sobre todo de que éstos deben plegarse al 'cuadro cultural de referencia' del constituyente ni es pensable, desde luego porque se trata de derechos 'fundamentales' que una simple ley constitucional pueda incorporar 'otros' derechos/valores, alterando tal cuadro que no tolera eclecticismo alguno, en cuanto admite sólo un pluralismo de un alto contenido axiológico", pág. cit. 488.

²⁴⁸ A. SATURNO, *Il diritto all'identità personale evoluzione dottrinale e modelli giurisprudenziali*, *Rassegna di diritto civile*, 1987, págs. 716-737, pág. 724.

²⁴⁹ F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico...*, *op. cit.*, pág. 583.

inviolables que se presenten, sino de dejar una puerta abierta al reconocer que la declaración de derechos de los arts. 13 y ss. es incompleta.

Este argumento supone también que los derechos fundamentales no quedan únicamente en manos del legislativo, sino que interviene de modo más directo y decisivo la Corte Constitucional. De esto, no obstante, no se puede inferir como ha señalado Barbera "una noche oscura en la que todas las vacas sagradas del derecho sean negras; no significa abandonar totalmente toda garantía de certeza o al menos de coherencia y previsibilidad" ²⁵⁰. En efecto, aunque admitamos la posibilidad de intervención de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales, ésta ha de ser coherente con el sistema constitucional, y partir justamente de la persona, pues ella "representa el fin del sistema de las libertades garantizadas en nuestra Constitución" ²⁵¹. Esta vinculación supondría que los nuevos derechos han de ser respuestas a una necesidad esencial, y no a un mero deseo ²⁵².

²⁵⁰ A. BARBERA, Comentario al art. 2 de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 101.

²⁵¹ *Ibidem*, pág. 102.

²⁵² A. SPADARO, Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"..., *op. cit.*, 489. El autor distingue entre auténticas necesidades vitales y deseos no esenciales para estipular la existencia de un derecho fundamental; las necesidades serían para Spadaro universales y constantes, mientras los deseos tendrían un carácter contingente y particular. Sin embargo, también dice que en determinados ámbitos culturales existen deseos que asumen el título de necesidades o viceversa, dándose el siguiente cuadro: 1.- necesidades humanas que no son reconocidas como derechos fundamentales y no son, por tanto, protegidas; 2.- necesidades humanas protegidas pero que no son reconocidas como derechos fundamentales; 3.- deseos contingentes que son elevados a rango de necesidad humana y se cualifican como derechos fundamentales; 4.- algunas facultades que se reservan a los ciudadanos y que son verdaderas necesidades humanas págs. 491-492. Para el autor son "derechos fundamentales de la persona sólo los reconocidos como tales en el mismo ordenamiento concreto y, a la vez, son derechos

En otro orden de cosas es necesario también poner de manifiesto la pérdida del carácter jurídico del art. 2 si se acepta su interpretación como cláusula introductora. Efectivamente, si entendiéramos que el art. 2 es únicamente una presentación del catálogo constitucional, toda ordenanza de remisión de los jueces ordinarios que se fundamentase sólo en el art. 2 sería manifiestamente infundada, porque sería necesario vincularla con algún otro precepto iusfundamental que tuviera carácter jurídico, un contenido concreto. En este sentido Capizzano señala que "como síntesis de deberes luego específicamente relacionados, esta norma podría parecer también superflua"²⁵³.

Por todo esto aceptamos la tesis extensiva del art. 2, que no vincula necesariamente esta disposición con los derechos recogidos en los artículos 13 y ss., en cuanto, y recapitulamos, es muy difícil a veces encontrar referencia en el contenido semántico de un artículo constitucional que incorpore las nuevas necesidades calificables como derechos fundamentales o, incluso, a los derechos omitidos en la Constitución italiana; porque nos parece que respeta más una idea dinámica de los derechos fundamentales al permitir de modo más real y sencillo su incorporación al ordenamiento jurídico, gozando de las garantías que éste les presta; y, puesto que no atribuye únicamente a las mayorías

fundamentales o no del ciudadano sólo los que un ordenamiento dado define como tales", ibidem., pág. 492.

²⁵³ E. CAPIZZANO, Participación en el Seminario "Il principio di tipicità dei diritti inviolabili dell'uomo", celebrado el 8 de marzo de 1972, recogido en P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico...*, op. cit., pág. 374. Esto contradiría el carácter normativo de toda la Constitución que es comúnmente aceptado; véase por ejemplo V. CRISAFULLI, *Le norme 'programmatiche' della Costituzione...*, op. cit., págs. 59-96.

políticas la decisión de qué haya de concebirse por derechos fundamentales ²⁵⁴.

En definitiva, la interpretación extensiva del artículo 2 es más concordante con la concepción teórica de derechos fundamentales que sosteníamos en el primer capítulo de nuestra tesis.

No obstante esto, no se puede olvidar que en ocasiones estos nuevos derechos sí pueden ser una concreción de un derecho ya reconocido en la medida en que sea fácilmente encuadrable en el núcleo semántico al que este remite. En estos casos no será necesario acudir a la cláusula extensiva del art. 2 porque estos derechos se derivarían formalmente de los preceptos constitucionales ²⁵⁵.

Otra interpretación que se ha querido hacer del art. 2 es la de norma de recepción de los derechos reconocidos en textos internacionales. Desde esta hipótesis los derechos recogidos en estos textos pasarían a formar parte de los derechos inviolables a través del art. 2 ²⁵⁶. Esta propuesta hermenéutica no nos parece

²⁵⁴ *Esta misma problemática se da en todas las Constituciones cuya tabla de derechos fundamentales es incompleta, como de manera evidente acontece en la Constitución federal suiza. Y también en este caso el juez constitucional ha de proceder a una 'creación' de derechos fundamentales. En algunos ordenamientos, como el italiano, se ha hablado de 'concretización' de derechos fundamentales, pero como indica Rossinelli "el proceso de concretización no es sin duda diferente del de creación de derechos fundamentales". M. ROSSINELLI, Les libertés non écrites. Contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel..., op. cit., pág. 33.*

²⁵⁵ *G. ZAGREBELSKY, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux..., op. cit., pág. 308.*

²⁵⁶ *F. BRICOLA, Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1967, págs. 1079-1094 pág. 1094; G. VASSALLI, Libertà di stampa e tutela penale dell'onore, en AA. VV., Scritti in*

que se pueda obviar, el reconocimiento de derechos en textos internacionales supone efectivamente su incorporación al derecho estatal, y por lo tanto serán nuevas situaciones subjetivas que gozarían de las garantías propias de los derechos inviolables o fundamentales. Por otro lado, las críticas que se realizan a estos planteamientos son idénticas a las que se hacían a la tesis extensiva, críticas que reconducían, con un formalismo desmedido, los derechos fundamentales a los establecidos en la Constitución únicamente ²⁵⁷.

Esta tesis, sin embargo, no nos parece acertada, no tanto por las razones argüidas, sino por el hecho que supondría emplear un argumento interpretativo más complicado en un texto que prevé expresamente, en su art. 10, la conformación del ordenamiento italiano a las normas de derecho internacional generalmente aceptadas, y por lo tanto también a las normas internacionales sobre derechos fundamentales ²⁵⁸.

2.3 La corte constitucional y el art. 2.

La Corte Constitucional tampoco mantiene una posición clara con respecto al art. 2. En algunas decisiones remite la

memoria di A. Giuffrè, Edit. Giuffrè, Milano, 1967, Vol. IV, págs. 853-906; T. TONCHIA, Alcune riflessioni sull'art. 2 della Costituzione in relazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, en AA. VV., Quarant'anni della Costituzione, edición preparada por G. Gerin, Edit. CEDAM, Padova, 1990, págs. 59-68, pág. 67; N. CARULLI, Il diritto di difesa dell'imputato, Edit. Jovene, Napoli, 1968, pág. 204; G. GUARNERI, Procedimento penale e libertà di stampa, en AA. VV., Actas del III Seminario de derecho penal Bressanone 1965, Edit. CEDAM, Padova, 1966, págs. 17-42, págs. 24 y ss; A. PALLADINO, A. DE MATTIA, G. GALLI, Il diritto alla riservatezza, Edit. Giuffrè, Milano, 1963.

²⁵⁷ Véase por todos A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali...*, op. cit., pág. 6.

²⁵⁸ Art. 10 Constitución italiana: "El ordenamiento jurídico italiano se conforma a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas".

especificación de los derechos fundamentales o inviolables a los expresamente reconocidos en el texto, otorgando a este artículo un carácter introductor, y en otras crea nuevos derechos interpretando esta disposición como cláusula general extensiva. En el trabajo presentado por la propia Corte en Ankara se detecta esta contradicción, y si bien como principio general se afirma el carácter introductor del art. 2, señala que en algunas decisiones se le ha conferido carácter abierto, extrayendo nuevos derechos no recogidos formalmente en la Constitución ²⁵⁹.

Dada la trascendencia de este problema parece oportuno a este respecto realizar un análisis cronológico de la jurisprudencia constitucional que puede ser de indudable ayuda para elucidar qué se entiende por derechos fundamentales en el ordenamiento italiano. En este análisis, como veremos, se manifiesta un cambio

²⁵⁹ I diritti fondamentali in Italia, Relazione italiana a cura de la Corte Costituzionale italiana..., *op. cit.*, pág. 236. Cita las siguientes decisiones en favor de la interpretación introductoria del art. 2 núm. 11/1965, de 19 de febrero, *Giur. Cost.* 1965, págs. 85-105; 29/1962, de 27 de marzo, *Giur. Cost.* 1962, págs. 225-240; 1/1969, de 24 de enero de 1969, *Giur. Cost.* 1969, I, págs. 61-69; 37/1969, de 21 de marzo, *Giur. Cost.* 1969, I, págs. 461-500; 77/1972, de 4 de mayo, *Giur. Cost.* 1972, I, págs. 1061-1071; 103/1975, de 7 de mayo, *Giur. Cost.* 1975, II, págs. 1189-1193; y 238/1975, de 17 de diciembre, *Giur. Cost.* 1975, III, págs. 2853-2858; 57/1976, de 25 de marzo, *Giur. Cost.* 1976, primera parte, 396-402; 98/1979, de 1 de agosto, *Giur. Cost.* 1979, primera parte, págs. 719-724; 125/1979, de 10 de octubre, *Giur. Cost.* 1979, primera parte, págs. 852-872; 188/1980, de 22 de diciembre, *Giur. Cost.* 1980, primera parte, págs. 1612-1629; 132/1985, de 6 de mayo, *Giur. Cost.* 1985, primera parte, II, págs. 934-951; 269/1986, de 19 de noviembre, *Giur. Cost.* 1986, primera parte, II, págs. 2200-2211. En sentido contrario sent. 161/1985, de 24 de mayo, *Giur. Cost.* 1985, primera parte, II, págs. 1173-1189, que reconoce el derecho a la identidad sexual que liga no sólo al art. 2 sino sobre todo al art. 32, o la 561/1987, de 18 de diciembre, *Giur. Cost.* 1987, primera parte, III, págs. 3535-3541, liga la libertad sexual al art. 13 y 32, o el derecho a la casa de la sent. 404/1988, de 7 de abril, *Giur. Cost.* 1988, primera parte, II, págs. 1789-1795 que se refiere al art. 47 *Const.*

en la jurisprudencia constitucional que va ciertamente en la dirección de considerar el art. 2 como cláusula abierta.

La primera decisión que aborda este asunto es la sentencia núm. 11 de 1956, de 3 de julio; en ella la Corte señala que el art. 2 "indica claramente que la ley estatutaria eleva a regla fundamental del Estado, para todo aquello que tiene que ver con las relaciones entre la colectividad y los individuos, el reconocimiento de los derechos que forman el patrimonio intocable de la personalidad humana: derechos que pertenecen al hombre concebido como individuo libre. Dicho esto, es necesario poner de relieve que la Constitución, con la formulación genérica de tal principio, y después de haber establecido en el siguiente art. art. 3 la igual dignidad social de todos los ciudadanos, sigue una relación específica de derechos inviolables, entre los cuales prevé, en primer lugar, el derecho a la libertad personal que viene llamada justamente en causa"²⁶⁰. Existe en ella, pues, una vinculación entre los derechos recogidos en la tabla constitucional de forma expresa y los derechos fundamentales.

La segunda decisión que se refiere a este punto es la núm. 29 de 1962 que sigue la interpretación aludida cuando dice que el art. 2 "al reconocer y garantizar en general los derechos inviolables del hombre, se vincula necesariamente a las normas sucesivas en las cuales estos derechos son tenidos en cuenta particularmente"²⁶¹.

²⁶⁰ *Sent. núm. 11/1956, de 3 de julio, Giur. Cost. 1956, págs. 612-618, pág. cit. 616. En esta decisión se declara la inconstitucionalidad de los arts. 164-176 del texto unificado de las leyes de seguridad pública, aprobado por Real Decreto núm. 733, de 18 de junio de 1931, modificados por el Real Decreto núm. 419, de 10 de diciembre de 1944, por contrastar con el art. 13 de la Constitución en cuanto atribuyen a la autoridad administrativa, y no a la judicial, poderes de restricción de la libertad personal con un procedimiento no fiscalizable y sin garantías.*

²⁶¹ *S.C.C. 29/1962, de 27 de marzo, Giur. Cost. 1962, págs. 225-240.*

Esta doctrina unitaria se va a romper con la sentencia núm. 98 de 1965, de 27 de diciembre. Concretamente se relaciona el derecho a la tutela judicial con el art. 2 de la Constitución y con el art. 6 de la Convención europea de los derechos humanos, firmada por Italia; así la Corte mantiene que "este derecho el derecho a la tutela judicial está entre los derechos inviolables del hombre, que la Constitución garantiza en el art. 2, como se desprende también de la previsión realizada por el art. 6 de la Convención europea de derechos del hombre, incorporada al derecho italiano por la ley núm. 848, de 4 de agosto de 1955"²⁶².

La sentencia núm. 37/1969, de 21 de marzo, retoma el carácter introductor del art. 2, hace referencia a la comentada decisión núm. 29/1962, y dice que este artículo "enuncia, sólo en cuanto principio, la tutela de los derechos de base, que forman el patrimonio intocable de la persona, mientras en las normas sucesivas es donde están estos derechos tomados en consideración singularmente y, como tales, en distinto modo y medida garantizados"²⁶³.

La sentencia núm. 109 de 1971, de 26 de mayo, siguiendo esta jurisprudencia, tras desestimar la inconstitucionalidad de los artículos de una ley en relación con el art. 38, páfo. 2, indica que los mismos motivos sirven con relación al art. 2 porque aquellos

²⁶² Sentencia núm. 98/1965, de 16 de diciembre, *Giur. Cost.* 1965, 1322-1342, pág. cit. 1399. En esta decisión la Corte va a declarar constitucional, y por tanto no fundada la cuestión remitida por el juez a quo del art. 2 de la ley núm. 766, de 25 de junio de 1952, que incorpora el tratado de la Comunidad europea del carbón y el acero, que se impugnaba en cuanto los artículos 33, páfo. 2, 41 y 92, último páfo., de este tratado atribuían a la Corte de Justicia comunitaria competencia exclusiva para la decisión de los recursos de los empresarios frente a las decisiones de la Alta autoridad, por ser contrarias a los arts. 102 y 113 de la Constitución italiana.

²⁶³ Sentencia núm. 37/1969, de 21 de marzo, *Giur. Cost.* 1969, I, págs. 461-500, pág. cit. 489. En esta sentencia se declara la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley núm. 607, de 22 de julio de 1966, en materia de enfiteusis.

derechos no son sino una especificación de este artículo; así dice que "prescindiendo de cualquier otra consideración sobre la clasificación de un derecho, sólo porque está garantizado constitucionalmente, entre los derechos inviolables del hombre, fundándose la excepción en los mismos motivos que se deducen para sostener la constitucionalidad que se vincula con el art. 38, páfo 2, no es preciso añadir más para sostener que la cuestión de constitucionalidad no está fundada" ²⁶⁴.

Idéntico sentido tiene la decisión núm. 77/1972. En ella, tras declarar excluida la violación del art. 15 de la Constitución, se afirma que la ley es constitucional con relación al art. 2 por estar íntimamente unidos estos artículos y servir éste de introducción a aquél. Así expresamente establece que "una vez excluida la violación del art. 15, que tutela el derecho fundamental al secreto en la correspondencia y otras comunicaciones, se excluye automáticamente la violación del art. 2 que incluye dicho derecho" ²⁶⁵. Este mismo razonamiento pero en referencia al art. 13 de la Constitución lo encontramos en la decisión núm. 147 de 1973; así dice que "...ni tiene consistencia la también aludida violación del art. 2 respecto a la cual cada consideración puede ser omitida,

²⁶⁴ Sentencia núm. 109/1971, de 26 de mayo, *Giur. Cost. 1971*, primera parte, págs. 1128-1134, pág. cit. 1134. En esta decisión la Corte declara la constitucionalidad del art. 2 de la ley núm. 843, de 17 de agosto de 1957, en la parte en que incorpora el acuerdo italo-libio de 2 de octubre de 1956 transfiriendo a la Seguridad social libia las obligaciones que habían adquirido frente a la Seguridad social italiana los residentes italianos en la excolonia.

²⁶⁵ Sentencia núm. 77/1972, de 4 de mayo, *Giur. Cost. 1972*, I, págs. 1061-1071, pág. cit. 1069. En esta decisión se declara no fundada la cuestión de constitucionalidad del art. 169, páfo. 1 y 3, del Código procesal penal, el párrafo 1º con relación al art. 15, y el 3 con relación a los artículos 2, 15 y 27 de la Constitución. No obstante se declara la inconstitucionalidad del art. 169, páfo. 5, en la parte en que considera efectuada la notificación por su depósito en el ayuntamiento en la fecha de envío del aviso al destinatario y no en la de recepción.

porque también se ha propuesto la inconstitucionalidad en relación con el art. 13 Const., más específicamente implicado en la materia en examen, en la que se discute el derecho del ciudadano a la libertad personal y del límite máximo de la prisión provisional"²⁶⁶.

La sentencia núm. 33 de 1974 vuelve a ser muy explícita al corroborar el carácter introductor del art. 2, afirmando que este precepto "proclama el valor inderogable de los bienes superiores que forman el patrimonio intocable de la persona, remitiendo la tutela específica a otras normas constitucionales o leyes ordinarias"²⁶⁷.

En la jurisprudencia del año 1975 existen varias decisiones que abundan en este mismo sentido. Así la sentencia núm. 33/1975 señala que "el art. 2 se limita a proclamar en líneas generales el valor inderogable de los derechos que forman el patrimonio inalienable de la persona, mientras son las normas sucesivas las que se refieren a ellos específicamente y, como tales,

²⁶⁶ Sentencia núm. 147/1973, de 18 de julio, *Giur. Cost.* 1973, I, págs. 1465-1469, pág. cit. 1468. Declara en esta decisión no fundada la cuestión de legitimidad constitucional de los artículos 137 y 138 del Cód. Penal en cuanto suponen que en un juicio seguido contra un ciudadano italiano o un extranjero en un Estado extranjero y convalidado en Italia se tenga en cuenta la prisión provisional sufrida en el exterior a los efectos de la pena y no sólo la duración de la misma prisión provisional a la que el imputado es sometido en el Estado italiano. Para la Corte estamos ante un periodo que va a cumplir una función de cautela en dos procesos distintos y por tanto no fungibles.

²⁶⁷ Sentencia núm. 33/1974, de 13 de febrero, *Giur. Cost.* 1974, I, págs. 123-127, pág. cit. 127. En esta sentencia se declara no fundada la cuestión de constitucionalidad de los artículos 67, páfo. 1, del Real Decreto núm. 1765, de 17 de agosto de 1935, 16, páfo. 1, de la ley núm. 15, de 19 de enero de 1963, y 112, páfo. 1, del Decreto del Presidente de la República núm. 1124, de 30 de junio de 1965, en la parte en la que disponen que la acción para conseguir del INAIL Seguridad Social la indemnización por invalidez permanente tiene carácter trianual.

garantizan y tutelan" ²⁶⁸. Por otra parte, la sentencia núm. 57/1975 establece que el art. 34 de la ley núm. 990, de 24 de diciembre de 1969, no lesiona el derecho a la autonomía contractual en cuanto no se especifica un concreto derecho fundamental ²⁶⁹. Por último, la sentencia núm. 106/1975 vuelve a señalar que no se viola el art. 2 de la Constitución porque no existe contradicción con el art. 18, y el artículo 2 no puede operar autónomamente: "Esto vale igualmente para excluir, en el caso tratado, la hipotética violación del art. 2 Const., que tutela, en líneas generales, los derechos inviolables del hombre en sus distintos aspectos" ²⁷⁰.

Dos sentencias continúan el camino trazado por la Corte Constitucional en el año 1976, la núm. 57 y la 181. En la primera la Corte hace una afirmación de principio y luego señala que si la cuestión de constitucionalidad no menciona otro concreto derecho que no sea el art. 2, la pretensión del juez *a quo* no puede ser considerada; así dirá que "el art. 2 de la Const., al proteger los derechos del hombre en general, se vincula a las normas sucesivas en las que tales derechos son tomados en consideración particularmente: por lo que, una vez excluida la violación de estas garantías específicas, el reclamo genérico al art. 2 de la Const.,

²⁶⁸ S.C.C. núm. 33/1975, de 25 de febrero, *Giur. Cost. 1975, I*, págs. 127-131. En el mismo sentido sentencia de la Corte Constitucional, núm. 238 de 1975, de 17 de diciembre, *Giur. Cost. 1975, II*, págs. 2853-2858.

²⁶⁹ Sentencia núm. 57/1975, de 12 de marzo, *Giur. Cost. 1975, I*, págs. 704-711. pág. 710. En esta decisión establece la constitucionalidad de los artículos 11, páfo. 6, y 34 de la ley núm. 990, de 24 de diciembre de 1969.

²⁷⁰ Sentencia núm. 106/1975, de 7 de mayo de 1975, *Giur. Cost. 1975, II*, págs. 1203-1209. Esta sentencia declara no fundada la cuestión de legitimidad constitucional del art. 16 del Real Decreto núm. 733, de 18 de junio de 1931, que consiente a los oficiales y agentes de seguridad pública acceder a los locales destinados al ejercicio de actividades sujetas a autorizaciones de policía y por tanto a los locales dedicados al teatro, incluso en los casos en que se trate de representaciones privadas, para tutelar la seguridad de las personas que intervienen en tales espectáculos. Estos espacios para la Corte no se pueden asimilar al domicilio.

realizado por el juez *a quo* sin posteriores referencias a otros derechos fundamentales que pudieran ser lesionados además de aquellos singularmente señalados en la *ordinanza* de remisión, es intrascendente" ²⁷¹. La sentencia núm. 181 indica que los artículos 29 y 21 no son otra cosa que concreciones del art. 2 ²⁷².

La sentencia núm. 98/1979 va a mostrarse continuadora con la tesis mayoritaria al tratar un derecho de indudable complejidad, el derecho a la identidad sexual. En su primera decisión sobre este derecho "la Corte sostiene que las normas constitucionales invocadas arts. 2 y 24 no comprenden entre los derechos inviolables del hombre el de hacer reconocer y registrar un sexo exterior distinto del originario, adquirido con una transformación quirúrgica para hacerlo corresponder con la originaria personalidad psíquica... el problema... puede suscitar... la atención del legislador sobre las posibles soluciones y los límites relativos al matrimonio... pero no puede resolverse en términos de constitucionalidad de las normas impugnadas. En efecto, en la constante interpretación de la Corte, el invocado art. 2 de la Const., que reconoce los derechos inviolables del hombre que constituyen el patrimonio invulnerable de su personalidad, se vincula con las normas constitucionales que expresan los particulares derechos y garantías fundamentales... cuando menos en el sentido de que no existen otros derechos fundamentales

²⁷¹ Sentencia núm. 57/1976, de 25 de marzo, *Giur. Cost. 1976, primera parte, I*, págs. 396-402, cit. págs. 401-402. Esta decisión declara no fundada la cuestión de inconstitucionalidad del art. 842, páfo. 1, del Cód. civ, y el art. 30 del Real Decreto núm. 1016, de 5 de junio de 1939, modificado por el art. 9 de la ley núm. 799, de 2 de agosto de 1967, que pena la fijación abusiva de carteles de prohibición de caza en fundos privados no acotados.

²⁷² Sentencia núm. 181/1976, de 22 de julio, *Giur. Cost. 1976, primera parte, II*, págs. 1120-1138, pág. 1137.

inviolables que no sean necesariamente consecuencia de los derechos previstos constitucionalmente" ²⁷³.

El párrafo 6º de la sentencia núm. 188/1980 vuelve a incidir en el mismo aspecto, destacando que "los derechos fundamentales inviolables, reconocidos en el art. 2 de la Const. son los entroncados con las específicas normas constitucionales que se refieren a los particulares derechos y garantías"²⁷⁴.

Sin embargo, un cambio importante en la jurisprudencia constitucional lo podemos registrar en la sentencia núm. 252 de 1983. En ella la Corte va a configurar el derecho a la casa como derecho inviolable que dimana del art. 2 de la Constitución; así dice que este artículo "constituiría el 'presupuesto *sine qua rectius quo non*' para el ejercicio de los derechos inviolables y por esto

²⁷³ Sentencia núm. 98/1979, de 1 de agosto, *Giur. Cost. 1979*, parte primera, págs. 719-724, cit. págs. 723-724. La Corte en esta sentencia declara no fundada la cuestión de legitimidad constitucional de los arts. 165 y 167 del Real Decreto núm. 1238, de 9 de julio de 1939, y 454 del Cód. civ., presentada por excluir el derecho a la rectificación del acta de nacimiento y la atribución de sexo femenino en los casos de modificación artificial de sexo. Al no existir este derecho sustancial a la modificación del acto de nacimiento tampoco se viola el art. 24 Const. que protege la actuación en juicio. Véase el comentario a esta sentencia de S. BARTOLE, *Transsessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, *Giur. Cost. 1979*, primera parte, págs. 1178-1197. Igualmente la sentencia núm. 125/1979, de 10 de octubre, vincula también los derechos inviolables a los expresamente reconocidos en la Constitución italiana y excluye la violación del art. 2 en cuanto los artículos 125 y 128 del Cód. procesal penal no vulneran el art. 24 Const. al imponer un defensor de oficio cuando el procesado rechaza la posibilidad de defenderse, *Giur. Cost. 1979*, I, págs. 852-870, pág. 870.

²⁷⁴ Sentencia 188/1980, de 22 de diciembre, *Giur. Cost. 1980*, primera parte, págs. 1612-1629, pág. 1626. En esta decisión la Corte declara no fundada la cuestión de legitimidad constitucional de los artículos 125 y 128 del Código procesal penal en la parte en que imponían el nombramiento de un defensor de oficio también en los casos en los que el imputado rechazara la asistencia de un abogado.

debería ser garantizado por el legislador 'del modo más lato'²⁷⁵. Continúa la Corte su razonamiento con respecto al art. 2 diciendo que "la vivienda constituye, por su fundamental importancia en la vida del individuo, un bien primario que debe ser tutelado adecuada y concretamente por la ley... Esto se reafirma en un momento muy delicado para el mercado inmobiliario nacional también siguiendo el propio art. 25 de la Declaración universal de los derechos del hombre New York, 10 de diciembre 1948 y el art. 11 del Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales aprobado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificado por Italia el 15 de septiembre de 1978, tras la autorización dispensada por la ley núm. 881, de 25 de octubre de 1977 que auspician el acceso de todos a una casa"²⁷⁶.

La jurisprudencia de 1985 muestra, otra vez, la posibilidad de extraer nuevos derechos, no expresamente mencionados en el texto constitucional, del art. 2. La sentencia núm. 132/1985, recogiendo la interpretación del juez *a quo*, va a hablar del derecho a la salvaguarda de la integridad física que se encontraría dentro de los derechos fundamentales o inviolables; así dice que "el siniestro atañe a la incolumidad y a la propia conservación de la integridad física de la persona, el resarcimiento integral del daño vendría impuesto por el precepto constitucional del art. 2 de la Const., que sanciona los derechos inviolables del hombre y los

²⁷⁵ Sentencia núm. 252/1983, de 28 de julio, *Giur. Cost. 1983, primera parte, págs. 1516-1530, pág. cit. 1525*. Esta decisión declara no fundadas las cuestiones de constitucionalidad de los artículos 1, 3, 58 y 65 de la ley núm. 392, de 27 de julio de 1978, que consideran el contrato de arrendamiento como contrato a tiempo determinado con la consecuencia que al expirar el término final, pactado convencionalmente o por ley, cesa la relación a menos que exista una renovación voluntaria.

²⁷⁶ Sentencia núm. 252/1983, de 28 de julio, *Giur. Cost. 1983, primera parte, págs. 1516-1530, pág. 1525*.

deberes inderogables de solidaridad" ²⁷⁷. La Corte, sin embargo, es contradictoria en esta misma decisión cuando más abajo dice con relación al derecho de indemnización que "en la presente controversia, es útil advertir al respecto que no se trata de abrir la esfera del art. 2 de la Const. a situaciones subjetivas que no están previstas en el texto fundamental. Se manifiesta, en efecto, la lesión de valores, objeto de autónoma y específica tutela constitucional, que son invocados por la situación concreta, cuando contempla la categoría de los derechos inviolables en su ámbito de aplicación general. El derecho al resarcimiento viene a colación, por lo demás, puesto que el daño incide en la salvación del bien supremo de la vida y se refleja en la relación que existe entre la víctima del siniestro y los familiares próximos" ²⁷⁸.

Otra sentencia en 1985 va a romper la tesis tradicional del carácter introductorio con respecto a un derecho que la Corte en otro momento había analizado, la identidad sexual. Se trata de la sentencia 161/1985, de 24 de mayo, en la que, en primer lugar, se va a estudiar la posibilidad de que la norma impugnada pueda violar el art. 2. Esta actitud ya representa de por sí un elemento de cambio importante, pues de seguirse la tesis mayoritaria se habría

²⁷⁷ Sentencia núm. 132/1985, de 6 de mayo, *Giur. Cost. 1985, primera parte, II*, págs. 934-951, pág. 946. Esta decisión declara inconstitucionales los arts. 1 de la ley núm. 841, de 19 de mayo de 1932, y 2 de la ley núm. 1832, de 3 de diciembre de 1962, que cuanto aplican el art. 22, páfo. 1, de la Convención de Varsovia de 12 de octubre de 1929, y según los cuales en el transporte aéreo de personas la responsabilidad del transportista frente a cada uno de los viajeros se limita a 125.000 francos oro Poincaré elevados a 250.000 por el art. XI del Protocolo de la Haya salvo que el siniestro se produzca por dolo o culpa grave.

²⁷⁸ Aunque no sea clara con relación a la independencia del derecho al resarcimiento lo cierto es que no niega la inviolabilidad del derecho a la integridad física y, por otro lado, se remite a otro derecho como la vida que no ha sido expresamente recogido por la Constitución italiana. Sentencia núm. 132/1985, de 6 de mayo, *Giur. Cost. 1985, primera parte, II*, págs. 934-951, pág. 946.

de violar otra disposición iusfundamental y no únicamente el art. 2. Pero además en ella se va a configurar un derecho a la identidad sexual. En efecto, frente a la ordenanza del juez *a quo* que pide la inconstitucionalidad por lesionar un derecho fundamental a la indisponibilidad del propio cuerpo que se deduciría del art. 2, la Corte Constitucional señala que tal artículo no es violado "cuando y por el hecho de que sea asegurado a cada uno el derecho de realizar, en la vida de relación, su propia identidad sexual"²⁷⁹.

En la jurisprudencia del año 1987 tenemos algunas decisiones de indudable valor ilustrativo en relación con la interpretación del artículo 2. Por un lado, la sentencia núm. 283/1987, siguiendo la más prolija y difusa doctrina constitucional, indica que tiene una naturaleza recapitulatoria, funcionando a modo de introducción de los derechos reconocidos en el texto constitucional, y negando, por tanto, la incorporación de un hipotético derecho inviolable a la contribución a los gastos públicos en proporción a la renta efectiva: "Esta Corte, en numerosas decisiones, ha afirmado que el art. 2 de la Const., al tutelar los derechos inviolables del hombre con carácter general, se refiere a los derechos garantizados específicamente en las demás normas de la Constitución... En el caso que tratamos, a parte del hecho de que, como se dirá mejor más adelante, el art. 38, páfo. 4, del Decreto del Presidente de la República núm. 600 de 1973 no viola ningún derecho reconocido por las otras normas indicadas en la ordenanza de remisión, es necesario observar que la violación del art. 2 no ha sido examinada por el juez *a quo* con relación a los derechos recogidos por aquellas normas, sino sobre la base de la reconocida existencia de un derecho natural de cada

²⁷⁹ S.C.C. 161/1985, de 24 de mayo, *Giur. Cost. 1985, primera parte, II, págs. 1173-1189*. En esta decisión se declara no fundada la cuestión planteada por el juez *a quo* en relación con el art. 1 de la ley 164, de 14 de abril de 1982, en tanto que permite a los transexuales cambiar el sexo que figura en el momento del nacimiento.

individuo a la correspondencia rigurosa entre la imposición tributaria que le grava y su renta efectiva. También si se quisiera aceptar la tesis, objeto de gran debate en la asamblea constituyente, según la cual el art. 2 tutela derechos connaturales a la persona humana preexistentes y autónomos respecto a toda organización estatal, entre ellos no podría estar, cualificado como derecho natural e inviolable, el interés del contribuyente a una justa imposición fiscal. En efecto, si la imposición fiscal encuentra su origen justamente en el ordenamiento del Estado, el reclamo de una imposición justa no es lógicamente configurable como un derecho natural, que se deriva de principios vinculados a la que se ha definido como 'realidad objetiva universal que se concreta en el orden natural de las cosas'²⁸⁰.

En sentido contrario en la jurisprudencia del mismo año, la sentencia núm. 561/1987 va a continuar ligando el derecho a la identidad sexual al art. 2. En esta decisión existe sin duda alguna una de las más claras alusiones a la existencia de derechos inviolables no recogidos expresamente en la Constitución y que se derivan del art. 2: "La violación carnal constituye verdaderamente, en el ordenamiento jurídico penal, el más grave atentado al derecho fundamental a la libertad sexual. Siendo la sexualidad uno de los esenciales modos de expresión de la persona, el derecho a disponer libremente de ella es sin duda un derecho subjetivo absoluto, que se incluye entre las posiciones subjetivas

²⁸⁰ Sentencia núm. 283/1987, de 23 de julio, *Giur. Cost. 1987, primera parte, III, págs. 2209-2223, cit. págs. 2219-2220*. En esta decisión se declara no fundada la cuestión de inconstitucionalidad del art. 38, páfo. 4, del Decreto del Presidente de la República núm. 600, de 29 de septiembre de 1973, que establece que si la renta comprensiva resultante de la determinación analítica es inferior a la atribuible al contribuyente en base a elementos y circunstancias ciertas, el Ministerio de Hacienda determinará sintéticamente la renta conjunta neta con relación al contenido inductivo de tales circunstancias, pudiendo ser establecidos a tal fin, por el Ministerio de Hacienda, indicios y coeficientes presuntos de renta.

directamente tuteladas por la Constitución, y encuadrado entre los derechos inviolables de la persona que el art. 2 de la Constitución protege²⁸¹.

En la sentencia núm. 196 tenemos también un razonamiento a considerar. En efecto, en una ordenanza de remisión de cuestión de inconstitucionalidad del juez tutelar de Nápoles se plantea la posibilidad de la objeción de conciencia del juez en el caso de aborto de menores de edad. El art. 12, páfo. 2, de la ley núm. 194, de 22 de mayo de 1978, establece que la petición de interrupción del embarazo de la menor tiene que ser acompañada del asentimiento de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela de la menor; sin embargo, en los casos en que se impida o se desaconseje su consulta, el juez competente puede autorizar a la menor a decidir la interrupción del embarazo. La Corte va a declarar no fundada la cuestión de constitucionalidad, admitiendo que el juez debe ejercer las funciones que dimanar de esta ley. Pero esto no nos interesa ahora excesivamente, es más importante a nuestros efectos destacar que la Corte ha admitido la objeción de conciencia implícitamente como derecho inviolable cuando señala que "se trata de componer un potencial conflicto entre bienes que gozan de una similar protección omnimoda: los presentes en la realidad interna del individuo... y los relativos a las exigencias esenciales del dictado de la justicia"²⁸² cuando

²⁸¹ Sentencia núm. 561/1987, de 18 de diciembre, *Giur. Cost.* 1987, primera parte, III, págs. 3535-3541, pág. cit. 3539. Para la Corte resultan ser inconstitucionales por ser contrarios al art. 2 los artículos 10, páfos. 1 y 22 de la ley núm. 648, de 10 de agosto de 1950; 9, páfos 1 y 11 de la ley núm. 313, de 18 de marzo de 1968; y 1, 8, páfo. 1, 11 y 83 del Decreto del Presidente de la República núm. 915, de 23 de diciembre de 1978, en la parte en la que no prevén una pensión de guerra que indemnice los daños, no sólo patrimoniales, padecidos por las víctimas de violencia carnal consumada con ocasión de hechos de guerra. Esta omisión para la Corte violaría la libertad sexual que extrae del art. 2 como derecho fundamental o inviolable.

²⁸² Sentencia núm. 196/1987, de 25 de mayo, *Giur. Cost.* 1987, primera parte, II, págs. 1460-1465, pág. cit. 1464. Véase también J. LUTHER, L'aborto: tema con

previamente se ha extraído formalmente aquel derecho de los artículos 2, 19 libertad religiosa, y 21 libertad de manifestación. Nos parece que en este caso los contenidos semánticos de la libertad religiosa o la libertad de manifestación no incluyen un derecho general a la objeción de conciencia, éste en una interpretación menos rebuscada tendrá que derivarse del art. 2 de la Constitución italiana como cláusula abierta en materia de derechos inviolables ²⁸³.

En cuanto al derecho a "casa" existen dos sentencias en el año 1988 que es necesario comentar porque de alguna manera van a configurar este derecho como derecho fundamental autónomo. De un lado, la decisión núm. 217/1988 en relación con una impugnación de la Provincia de Bolzano, concerniente a los artículos 1 y 2 de la ley núm. 891, de 18 de diciembre de 1986, que reglamentan los préstamos dispuestos para la adquisición de primera vivienda, por invadir sus propias competencias en materia inmobiliaria. En esta sentencia la Corte va a mantener que la intervención del legislador estatal en este ámbito es en principio ilegítima, pero en este caso no lo es por tratarse de la garantía de un derecho fundamental como es el derecho a la casa, porque la

variazioni per legislatori, giudici e custodi della Costituzione, *Giur. Cost.* 1987, *primera parte*, III, págs. 2989-2997; y S. MANGIAMELI, La <<libertà di coscienza>> di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche. A proposito dell'autorizzazione del giudice tutelare all'interruzione della gravidanza della minore, *Giur. Cost.* 1988, *primera parte*, I, págs. 523-544.

²⁸³ "Queda demostrado que la libertad de conciencia y de formación de la misma es algo muy distinto a la libertad religiosa, entendida como libertad de manifestar y profesar el propio credo, y de la libertad de expresión, siendo necesario establecer una protección específica". P. DI MARZIO, La libertà di coscienza come diritto soggettivo, en AA. VV., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, edición preparada por R. Botta, Edit. Giuffrè, Milano, 1991, págs. 267-295, pág. cit. 278. Más adelante el autor va a vincular esta específica protección constitucional con el art. 2 *Ibidem*, pág. 285.

ley impugnada se limita a asegurar un nivel de prestaciones tal que representa la garantía de un mínimo en el goce del derecho a la casa por parte de los trabajadores dependientes de cualquier Región, porque no existe una incompatibilidad entre la ley estatal y las leyes provinciales, y en cuanto no va dirigida a expropiar las competencias provinciales sino que va a complementarlas para dar una respuesta conjunta a este derecho *fundamental*. Parte, pues, todo el razonamiento de la Corte de la existencia de un derecho inviolable a la casa o habitación, derecho que no vincula con alguna disposición concreta: "El 'derecho a la casa' se incluye, en efecto, entre los requisitos esenciales que caracterizan la sociedad en la que se conforma el Estado democrático querido por la Constitución y lo hace en la específica forma tutelada por la ley objeto del presente recurso" ²⁸⁴.

En el mismo sentido la sentencia 404/1988 va a sustentar la existencia de un derecho a la casa recordando la anterior sentencia y su relación con el art. 25 de la Declaración universal de los derechos del hombre de 1948, y con el art. 11 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales que expresamente reconoce este derecho. Pero, sin embargo, esta vez vincula específicamente con el art. 2 al decir que "cuando el legislador, en el art. impugnado... expresa el deber colectivo de 'impedir que las personas puedan vivir privadas de casa', este deber supone de un lado la forma constitucional del Estado social, y de otro reconocer un derecho social a la casa que se ha de situar

²⁸⁴ Sentencia núm. 217/1988, de 25 de febrero, *Giur. Cost. 1988, primera parte, I, págs. 833-842, pág. cit. 840*. A. DE VITA, Per un diritto alla casa: dalle aspirazioni alla possibilità giuridica, en AA. VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà...*, *op. cit.*, págs. 573-619.

entre los derechos inviolables del hombre del art. 2 de la Const.²⁸⁵.

Sin embargo, en cuanto al derecho a la casa o habitación como derecho inviolable, sin perjuicio de lo que diremos más adelante, es necesario adelantar que una ordenanza de la Corte Constitucional italiana de 1988, la núm. 36, indica claramente que el derecho a la habitación es idéntico al derecho a la propiedad, que no son dos derechos distintos²⁸⁶, por lo que tal derecho más que vincularse específicamente al art. 2, habrá de conectarse con el derecho de propiedad.

La jurisprudencia de 1989 continúa la línea interpretativa de la sentencia núm. 404/1988 con respecto al derecho a la casa. Así, la sentencia núm. 559/1989 dice que "sin duda es un deber de toda la colectividad impedir que las personas puedan vivir privadas de casa", y ha singularizado tal deber con el que se

²⁸⁵ Sentencia núm. 404/1988, de 7 de abril, *Giur. Cost. 1988, primera parte, II*, págs. 1789-1795, pág. 1793. En esta decisión se declara inconstitucional el art. 6, páfo. 1, de la ley núm. 392, de 27 de julio de 1978, puesto que no prevé entre los sucesores en la titularidad del contrato de arrendamiento en caso de muerte del arrendador a su convivente more uxorio. Esta omisión viola, para la Corte, el derecho a la casa que es un derecho que se desprende del reconocimiento de los derechos inviolables del hombre en el art. 2. Es necesario hacer también notar que, pese a esta sentencia en que se equipara la convivencia de hecho y la familia institucionalizada, el sentir tradicional de la Corte es el de diferenciarlo como poco más tarde demostró la S.C.C. 423/1988, de 7 de abril, *Giur. Cost. 1988, primera parte, II*, págs. 1941-1943, en la que se dice que en los casos de separación no legal del matrimonio subsiste una comunidad de intereses que no se da en la relación more uxorio. Véase G. MARINI, "Famiglia di fatto" e disciplina dettata con l'art. 649 C. P., *Giur. Cost. 1988, primera parte, II*, págs. 1944-1948.

²⁸⁶ Ordenanza núm. 36/1988, de 2 de febrero, *Giur. Cost. 1988, primera parte, I*, págs. 97-99, pág. 99, citando como precedente la comentada sentencia núm. 252/1983, que a nuestro juicio tenía un razonamiento equívoco y contradictorio. Véanse págs. 320 y ss.

corresponde al derecho social a la casa, ubicable entre los derechos inviolables del hombre del art. 2 de la Const." ²⁸⁷.

También en 1989 la sentencia número 310 va a analizar independientemente la cuestión acerca de si el derecho a heredar entra dentro de los derechos inviolables ²⁸⁸.

²⁸⁷ Sentencia 559/1989, de 20 de diciembre, Giur. Cost. 1989, primera parte, II, págs. 2564-2568, pág. cit. 2567. En esta decisión se declara la inconstitucionalidad del artículo 18, páfos. 1 y 2, de la ley regional del Piemonte núm. 64, de 10 de diciembre de 1984, porque no prevé el cese de la convivencia estable como causa de sucesión en la asignación del inmueble, o como presupuesto de la inscripción de la convivencia a favor del miembro al que se le ha confiado la prole. El juez a quo asevera que la legislación mencionada es inconstitucional en tanto que limita la posibilidad de suceder en la asignación del inmueble en las hipótesis de muerte del asignatario, o de separación, disolución o cese de los efectos civiles del matrimonio, previendo fuera de estas hipótesis la imposibilidad de la asignación; no tutela, por tanto, la posición de la pareja de hecho que permanece en el inmueble abandonado por el asignatario, particularmente cuando exista prole natural, confiada, como en el caso concreto, al miembro de la pareja de hecho que permanece en la casa. Para la Corte esta legislación es inconstitucional por contradecir no sólo el art. 2, sino también la igualdad prevista en el art. 3 de la Const. Con relación al controvertido derecho a la casa es necesario tener en cuenta otra importante sentencia del mismo año, la núm. 252/1989. En ella la Corte declara que "este derecho, como derecho social, tiende a ser realizado en proporción a los recursos de la colectividad; sólo el legislador, midiendo las disponibilidades efectivas y los intereses que con éstas se pueden satisfacer gradualmente, puede racionalmente proceder a confrontar medios y fines y construir puntuales conclusiones justificables y expresivas de tales derechos fundamentales". En esta decisión la Corte va declarar no fundada la cuestión de legitimidad constitucional del art. 6, páfo. 1, de la ley núm. 392, de 27 de julio de 1978. Para el juez a quo este artículo violaba la Constitución en la medida en que no preveía la sucesión en el contrato de arrendamiento de los parientes afines del arrendador que viven habitualmente con él, o también en los casos de abandono del inmueble del arrendador o de la rescisión del contrato por el titular. Esto supondría, razona la Corte, una fuerte atenuación del derecho del arrendatario. Sentencia núm. 252/1989, de 18 de mayo, Giur. Cost. 1989, primera parte, II, págs. 1174-1177, pág. cit. 1177.

²⁸⁸ Sentencia núm. 310/1989, de 26 de mayo, Giur. Cost. 1989, primera parte, II, págs. 1400-1404. En esta decisión la Corte declara no fundada la cuestión de

En la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional se acentúa la tendencia a "crear" nuevos derechos desde la comprensión abierta del art. 2, así como a ofrecer autonomía en relación con los recursos de inconstitucionalidad con respecto a dicho artículo. Así, la sentencia núm. 467/1991, de 19 de diciembre, vincula de forma inmediata la objeción de conciencia con el artículo 2²⁸⁹; la S.C.C. 278/1992, de 17 de junio, se refiere al carácter inviolable o fundamental del derecho a abandonar el propio país, independientemente del valor de la Declaración universal de los derechos del hombre que reconoce tal derecho²⁹⁰,

constitucionalidad de los arts. 565 y 582 del Cód. civil porque no equiparan las parejas de hecho al matrimonio. Para la Corte esta última situación tiene una mayor dignidad en cuando da mayor certeza y estabilidad a las relaciones. Para la Corte la diferencia con la sentencia 404/1988, en la que se equiparan ambas situaciones, es que en ésta entran en juego otros intereses como la conservación de la casa. Véase M. CARDUCCI, Infondatezza di questione di legittimità costituzionale riguardante rapporti di fatto e limiti degli interventi additivi della Corte Cost, Giur. Cost. 1989, primera parte, II, págs. 1407-1413.

²⁸⁹ *En esta decisión se va a declarar la inconstitucionalidad del art. 8 de la ley 772/1972, de 15 de diciembre, en cuanto prevé un trato irrazonablemente diferente para los casos de objeción sobrevenida. S.C.C. núm. 467/1991, de 19 de diciembre, Giur. Cost. 1991, págs. 3805-3817, pág. 3813. Véase también G. DI COSIMO, Coscienza individuales e momento di manifestazione dell'obiezione al servizio militare, Giur. Cost. 1991, págs. 3818-3833; G. DALLA TORRE, Obiezione di coscienza e valori costituzionali, en AA. VV., L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico. Actas del congreso de estudios celebrado en Módena del 30 de noviembre al 1 de diciembre de 1990, Edit. Giuffrè, Milano, 1991, págs. 19-61, pág. 25.*

²⁹⁰ *"Independientemente de cuál sea el valor de las declaraciones de principios, no existe duda de que dentro los derechos inviolables del hombre del art. 2 de la Constitución se ha de incluir el derecho a abandonar el propio país". Esta decisión va a declarar la inconstitucionalidad del art. 1, letra b, del Decreto del Presidente de la República núm. 237, de 14 de febrero de 1964, y el páfo. último de la ley de 13 de junio de 1912, en cuanto no prevén que queden exentos del servicio militar los que han perdido la ciudadanía italiana por haber adquirido otra, con la que han cumplido sus*

la sentencia 13, de 3 de febrero de 1994, configura también el derecho a la propia imagen como uno de los derechos inviolables contenidos en el art. 2 de la Constitución, y el derecho al nombre como elemento íntimamente unido a aquel derecho ²⁹¹, y por último la ordenanza 37/1995, de 13 de febrero, indica que el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental recogido en el art. 2 ²⁹².

De este análisis jurisprudencial podemos establecer las siguientes consecuencias:

1. La Corte Constitucional no tiene una doctrina unitaria con relación a cuáles sean los derechos fundamentales. Así cualquiera de las interpretaciones del art. 2, como cláusula abierta

obligaciones militares. S.C.C. 278/1992, de 17 de junio, Giur. Cost. 1992, págs. 2113-2121, pág. 2114.

²⁹¹ *La Corte por identidad personal comprende el "derecho a ser uno mismo, entendido como respeto de la imagen del partícipe en la vida colectiva, con las adquisiciones de ideas y experiencias, con las convicciones ideológicas, religiosas, morales y sociales que diferencian, y al mismo tiempo cualifican, al individuo". Con esta sentencia la Corte va a declarar la inconstitucionalidad del art. 165 de la ley núm. 1238 de 1939, en cuanto no prevé la posibilidad de que en los casos en que se produzcan rectificaciones en el estado civil que impliquen el cambio del apellido, el sujeto pueda obtener del juez el reconocimiento a mantener el apellido originario, en cuanto ya sea un atributo de su identidad personal. S.C.C. 13/1994, de 3 de febrero, Giur. Cost. 1994, págs. 95-105, pág. 101. En este mismo año la Corte va a considerar en su sentencia 281/1994 el art. 2 para no situar el derecho a adoptar dentro de los derechos inviolables, presuponiendo la posibilidad de crear nuevos derechos desde este precepto. S.C.C. 281/1994, de 6 de julio, Giur. Cost. 1994, págs. 2485-2490.*

²⁹² *Ordenanza 37/1995, de 13 de febrero, Giur. Cost. 1995, págs. 384-387. Es sintomático de esta tendencia que uno de los últimos comentarios de la Constitución con jurisprudencia anotada dedica un epígrafe a los derechos inviolables que la Corte ha declarado interpretando el art. 2 como cláusula abierta. Costituzione e leggi sul processo costituzionale e sui referendum. Annotate con la giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle magistrature superiori, edición preparada por G. PESCATORE, G. MARZIALE, F. FELICETTI y C. SGROI, Edit. Giuffrè, Milano, 1992, pág. 12.*

a nuevos derechos o como fórmula introductoria de los derechos específicamente enumerados en los artículos 13 y siguientes, podría encontrar decisiones que la apoyara.

2. Existe una mayoría de sentencias que declaran el carácter introductor o recapitulatorio del art. 2. Para estas decisiones los derechos inviolables o fundamentales serían taxativamente los explicitados en el texto constitucional.

3. La Corte se muestra mucho más rotunda cuando afirma el carácter cerrado del art. 2. En efecto, mientras que cuando *crea* un nuevo derecho desde una interpretación abierta del art. 2 no suele hacer afirmaciones enfáticas aseverando el carácter abierto de esta disposición, sí lo hace cada vez que rechaza una interpretación que supone la comprensión extensiva del artículo mencionado.

4. La jurisprudencia constitucional se muestra contraria a declarar nuevos derechos desde la interpretación abierta del art. 2, normalmente vincula estas nuevas exigencias a otra disposición constitucional en materia de derechos fundamentales, forzando, algunas veces, excesivamente el contenido semántico de ésta. En estos casos, hemos dicho, se incluyen dentro de la disposición de derecho fundamental facultades para los que no estaba en principio prevista.

5. Se parta de una interpretación abierta o no del art. 2 de la Constitución italiana, lo cierto es que la Corte en el sistema italiano participa de forma decisiva en la determinación del carácter fundamental de un derecho.

6. Es constatable que de alguna manera en la jurisdicción ordinaria ha existido siempre una interpretación abierta del art. 2, que ha supuesto que en los casos en los que un juez percibe que un

derecho es catalogable como derecho fundamental y no está expresamente recogido en los derechos inviolables, éste fundamente la ordenanza de remisión justamente en el art. 2, interpretándolo como cláusula abierta.

7. Aunque aritméticamente sean menos las sentencias que establecen nuevos derechos desde el art. 2 Const., no deja de ser patente que la Corte no duda tampoco en interpretarlo en sentido amplio, como cláusula abierta, y extraer nuevos derechos cuando le parece que una exigencia puede incluirse dentro de los derechos fundamentales o inviolables y tiene una muy difícil vinculación con disposición concreta alguna. La Corte, en estos casos, aun sin hacer declaraciones genéricas de la naturaleza abierta del art. 2, extrae nuevos derechos inviolables.

8. Por otro lado, la Corte parece que finalmente ha consolidado en el art. 2 un parámetro constitucional independiente de la tabla de derechos constitucionales, de lo que se puede inducir su carácter jurídico y no superfluo en el orden constitucional, no relacionando, por tanto, toda cuestión de inconstitucionalidad con un precepto iusfundamental concreto.

9. Esta interpretación amplia del art. 2 es más acentuada en la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional. En las primeras sentencias apenas existen alusiones al carácter extensivo de este artículo y es efectivamente en las recientes decisiones donde se detecta una inequívoca tendencia a proclamar nuevos derechos fundamentales desde el art. 2.

Este cambio jurisprudencial es explicable si concebimos los derechos fundamentales como un concepto dinámico. Veíamos en la primera parte de nuestro estudio que lo que se ha considerado en cada momento histórico como derechos fundamentales es distinto, no era sino la positivación de una serie de necesidades

íntimamente ligadas a la dignidad humana en un periodo histórico concreto. Desde esta perspectiva entendíamos que los derechos fundamentales variaban en el tiempo por lo que considerar una lista o declaración de derechos como un catálogo acabado y definitivo no era sino falsear el concepto de derechos fundamentales; siempre germinarán infinitas e hipotéticas situaciones en el plano ético que exigirán su consideración por el ordenamiento jurídico. Esto es, en efecto, lo que ha sucedido en la Constitución italiana. La tabla de derechos reconocidos en el texto italiano, aun con imperfecciones paladinamente reseñables como puede ser la falta de referencia al derecho a la vida o a la integridad física ²⁹³, no es sino el fiel reflejo de las inquietudes contemporáneas al alumbramiento de la Constitución como marco de convivencia ²⁹⁴.

De esta forma la primera jurisprudencia constitucional no tiene mayores problemas en identificar los derechos fundamentales o inviolables con los expresamente recogidos en el texto constitucional. Sobre todo si tenemos en cuenta que el principal objetivo de esta jurisprudencia es poner un freno a la

²⁹³ Como señala Cuocolo, el hecho de que no exista una referencia a derechos como la vida en la Constitución no permite dudar de la pertenencia de este derecho a los derechos inviolables. F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico...*, op. cit., pág. 583.

²⁹⁴ Esta 'adaptación' parece ser reconocida ciertamente por Roberto Nania, quien tras hablar del carácter 'semicerrado' del artículo 2, se refiere a la reapertura de este mismo artículo con relación al derecho a la inviolabilidad de la psiquis. R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Edit. Giappichelli, Torino, 1989, págs. 165 y ss. En el mismo sentido Marie Claire Ponthoreau no duda al hablar del art. 2 como medio de actualización del catálogo de los derechos fundamentales. M. C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Edit. Economica, Paris, 1994, pág. 115.

jurisdicción ordinaria señalando explícitamente cuáles eran los derechos fundamentales ²⁹⁵.

Esta interpretación no resulta forzada en un primer período pero, sin embargo, con el paso del tiempo va a ser mucho más comprometida; así en algunos casos el contenido semántico de determinados derechos constitucionalizados se ve superado cuando la Corte vincula un nuevo derecho a un precepto iusfundamental. Se produce, entonces, una evolución de esta interpretación y la Corte, sin expresar de manera evidente el carácter abierto del art. 2, va a *crear* nuevos derechos fundamentales desde esta disposición.

No obstante, creemos que lo más adecuado sería reconocer sin ambigüedades la capacidad del artículo 2 para incorporar nuevos derechos. Valdría, pues, este artículo, como indica Barbera, para constitucionalizar los derechos que van surgiendo en la Constitución material. "Tales derechos y valores vendrían canalizados a través del artículo en examen por el legislador ordinario y además, como hipótesis más probable, por la obra del intérprete y de la jurisprudencia" ²⁹⁶

En definitiva, podemos concluir caracterizando esta disposición desde la jurisprudencia constitucional como cláusula abierta a nuevos derechos; cláusula que, sin embargo, sólo se utiliza en casos excepcionales, cuando sea imposible vincular una

²⁹⁵ A. BARBERA, Comentario al art. 2 de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 96.

²⁹⁶ *Ibidem*, pág. 66. Véase también S. BARTOLE, Costituzione materiale e ragionamento giuridico, *Diritto e società*, 1982, págs. 604-627.

nueva situación subjetiva a otra disposición específica que la contenga ²⁹⁷.

3. Los derechos inviolables y la constitución como norma jurídica.

Llegados a este punto se podría criticar acaso lo baldío de nuestro trabajo. Se argumentaría que cualquiera de las dos interpretaciones que se dieran del art. 2 podrían conducir a la misma conclusión, esta es, la admisión de nuevos derechos fundamentales. Si desde una tesis la dignidad humana se vincula al art. 2 o a otro derecho fundamental, desde la interpretación introductoria de este artículo se exigiría una relación con alguno de los específicos derechos. Sin embargo, un atento análisis refuta esta simplificación, y es que desde la interpretación propuesta se supone que "el papel decisivo sea jugado por los jueces y no por el legislador, incluso en los casos en los que tendría un papel creativo muy importante el legislador" ²⁹⁸. Efectivamente, la intervención de los jueces es más determinante desde esta comprensión, siendo más sencillo atribuir a los nuevos derechos derivados de la dinámica social el carácter de derechos fundamentales ²⁹⁹.

²⁹⁷ Esta interpretación extensiva del art. 2 también ha sido paulatinamente acogida por la Corte de Casación. C. VIGLI, Gli orientamenti della Corte di Cassazione sull'art. 2 della Costituzione e i diritti inviolabili, *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, págs. 167-176.

²⁹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux...*, op. cit., pág. 307.

²⁹⁹ Véase por ejemplo los problemas que ocasiona la no utilización de la fórmula del art. 2 en sentido abierto con respecto a la libertad sexual en S. BARTOLE, *Transsessualismo e diritti inviolabili dell'uomo...*, op. cit., págs. 1178-1197. Esta interpretación habría funcionado como "una especie de válvula de seguridad, capaz también de asegurar el acomodo no traumático de las garantías constitucionales a la demanda social", pág. cit. 1180. Con relación a la misma interpretación del art. 2 y

La interpretación abierta del artículo 2 parte de la consideración de que "desde las cláusulas generales y de las normas de principio se tiende por un lado a valorar filones extraparlamentarios de producción de derecho, eludiendo posiciones de injustificado monopolio parlamentario y, por otro, a crear un derecho más próximo a una realidad en rápida transformación" ³⁰⁰.

Además, parece menos artificioso introducir nuevos derechos relacionados con la idea iusfundamental, y quizás no estrictamente vinculados con los preceptos constitucionales, por ser a éstos extraños, a través de una comprensión amplia del artículo 2.

Si esto es así, ¿por qué se ha resistido la Corte a introducir una interpretación extensiva del art. 2? A juicio de Sergio Bartole la Corte no llega a esta admisión por dos órdenes de preocupaciones: por un lado, el temor a una concepción amplia del contenido de la declaración del art. 2, "los jueces constitucionales no habrían tenido ningún instrumento para contener y orientar la siempre creciente demanda social que se dirigiría a ellos, y se habrían dedicado a desarrollar auténticas y verdaderas funciones de suplencia del legislador". Por otro lado, la determinación se puede evaporar, piensa el autor, si la especificación de los derechos es dejada a la habilidad del

abundando en cuanto decimos Bartole acusa a la Corte de pilatismo al reenviar en algunos casos al legislador esta materia págs. 1185.

³⁰⁰ A. BARBERA, Comentario al art. 2 de la Constitución..., *op. cit.*, págs. 91 y 92. Para el autor la utilización de estas cláusulas generales supone un acercamiento a las doctrinas iusnaturalistas o iusracionalistas que tradicionalmente las han utilizado.

intérprete; teme, pues, su propio subjetivismo ³⁰¹. Bartole considera que estos miedos carecen de sentido. Si se pretendiese afirmar un derecho ajeno al propio sistema jurídico se trataría de "una visión desviada e inaceptable de sus propias funciones", si se toma de acuerdo con el ordenamiento jurídico, no subsiste peligro de arbitrariedad. Es el intérprete quien decide, por tanto, apartarse de la arbitrariedad. Para Bartole desde esta lectura del art. 2 se ha propuesto la intermediación de la Constitución entre la categoría de los derechos inviolables y la teoría de la Constitución material que siempre ha supuesto un límite al arbitrio del intérprete. Por otro lado, indica que la actividad legislativa debe reconducirse a la Constitución en virtud del principio de jerarquía normativa y de la certeza del derecho. Finalmente, mantiene que el art. 2 no sólo enuncia las garantías y tutelas subjetivas sino que también expresa "los principios y criterios directivos a los que debe atenerse el intérprete en el momento de proceder a la operación de determinar los derechos, que son 'necesariamente consecuencia de los previstos constitucionalmente'" ³⁰².

No obstante, como veíamos, existe en la reciente jurisprudencia constitucional una efectiva superación de la interpretación restrictiva de la cláusula del art. 2, y, en tanto, de los presuntos "miedos" de la Corte. Sin embargo, la enunciación de nuevos derechos fundamentales ha de atender coherentemente

³⁰¹ S. BARTOLE, *Transsessualismo e diritti inviolabili dell'uomo...*, *op. cit.*, pág. 1189.

³⁰² *Ibidem*, págs. 1190 y 1191. Por otro lado, y frente a las eventuales peticiones de nuevos derechos por parte de la jurisdicción ordinaria, lo cierto es que, como demuestra Mannelli con relación a los nuevos derechos fundamentales, se da una coordinación entre jurisdicción constitucional y ordinaria. La primera declarando nuevos derechos derecho a la salud, a la libertad sexual o a la educación de los minusválidos y la segunda protegiéndolos. L. MANNELLI, *Profili di garanzia dei diritti inviolabili*, en AA. VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, edición dirigida por V. Angiolini, Edit. Giappichelli, Torino, 1992, págs. 145-155.

a los valores especificados en la Constitución, y principalmente a la persona ³⁰³ y al "cuadro cultural" en que se inserta el texto constitucional italiano ³⁰⁴.

Una vez afirmada la interpretación amplia del art. 2 que permite extraer nuevos derechos a la Corte Constitucional, hemos de preguntarnos si los artículos 13 y ss. contienen en todos los casos auténticos derechos fundamentales.

Antes de entrar, no obstante, en este tema es necesario esclarecer algunos puntos. En primer lugar no podemos obviar que la identificación entre derechos fundamentales y los reconocidos en la Parte I de la Constitución es consecuencia antes que nada de la interpretación de la Corte que en una, como hemos visto, discutida conclusión ha venido vinculando el art. 2 con los derechos allí enumerados; es también fruto de una interpretación material, ya que los derechos relacionados en los arts. 13 y ss. son en gran medida respuestas positivas a una concepción determinada de la dignidad del hombre; esta idea se ve superada, como hemos visto, con el paso del tiempo por la aparición de

³⁰³ A. Barbera concretamente señala que la concepción abierta del art. 2 supone la posibilidad de reconocer sólo "las libertades que sean esenciales para 'el libre desarrollo de la persona' y que el desarrollo de la realidad político-social, además de la actuación progresiva del párrafo 2 del art. 3 que tal desarrollo requiere, en concomitancia con una diversa situación del poder frente a las clases, las hará paulatinamente relevantes en el plano de la tutela constitucional". Para el autor, por otro lado, la referencia a los valores de la persona puede permitir llegar a un acuerdo a operadores jurídicos que actúan desde distintas ideologías. A través de la alusión a la persona se determina la posibilidad de introducir en el ordenamiento jurídico todos los valores de libertad que el proceso de emancipación del hombre y la evolución de la Constitución material hagan relevantes. A BARBERA, Comentario al art. 2 de la Constitución..., *op. cit.*, págs. 102 y ss, *pág. cit.* 102.

³⁰⁴ Estos derechos han de insertarse en el "cuadro cultural de referencia" del constituyente". A. SPADARO, Il problema del <<fondamento>> dei diritti <<fondamentali>> ..., *op. cit.*, *pág.* 488.

nuevas preocupaciones de tipo ético, con aspiraciones a una auténtica garantía jurídica. No se trata en caso alguno de un criterio literal. En efecto, la Constitución italiana al titular la Parte I "Diritti e doveri dei cittadini" no se refiere a que se trate de derechos fundamentales o inviolables. Esta Parte, a su vez, se subdivide en Títulos que tampoco hacen alusión a derechos inviolables o fundamentales: así el Título I tiene como epígrafe "Relaciones civiles", el II, "Relaciones ético-sociales", el III, "Relaciones económicas", y el IV "Relaciones políticas". En contraposición, pues, con la Constitución española, en la que existe no sólo una mención explícita a los derechos fundamentales sino la evidente intención en el texto de identificarlos, en la Carta italiana no aparece una vinculación entre los derechos inviolables o fundamentales del art. 2 y parte alguna del texto constitucional o del ordenamiento jurídico.

Por otro lado es evidente, como hemos visto, la ausencia en el texto constitucional de derechos fundamentales que son propios del área cultural de la que sin duda alguna participa Italia ³⁰⁵.

En tercer lugar, es necesario también tener en cuenta que la Constitución italiana no establece alguna diferencia formal entre los títulos. Así, tendrían igual valor y garantía los derechos a la libertad de reunión, de domicilio o asociación del Título I que los derechos a la salud, a la huelga o a la iniciativa privada Título III. Esto ha supuesto que la intervención de la Corte Constitucional tenga una importancia más decisiva, pues ha de perfilar cada uno de los derechos. En este sentido, por ejemplo, es totalmente aceptable que al interpretar el art. 4 que reconoce el derecho al trabajo, derecho que puede ser comprendido desde una perspectiva prestacional, la Corte no haya considerado que este enunciado suponga que las personas privadas de ocupación

³⁰⁵ Véase nota pie de página núm. 29.

puedan demandar un trabajo ³⁰⁶, ni la garantía de su conservación ³⁰⁷. Sin embargo, sí va a autorizar este artículo la intervención del legislador en esta materia; así la sentencia núm. 248/1986 señala que las restricciones de la autonomía del trabajo son admisibles cuando respondan a intereses públicos, no superen los límites de la razonabilidad y no supriman o afecten gravemente el derecho de elegir la propia actividad ³⁰⁸. La mayor tutela del trabajo subordinado frente al autónomo está justificada, mantiene la Corte, por las distintas posiciones en las que se encuentran uno y otro trabajador ³⁰⁹. Pero la Corte también ha entendido que el art. 4 de la Constitución permite que el legislador pueda regular su ejercicio en el interés general ³¹⁰. No obstante esto, indica, también, que la intervención del legislador en el derecho al trabajo ha de perseguir fines sociales de carácter general ³¹¹.

Todo esto no supone que el artículo glosado no presente concretos y específicos límites; así la Corte considera que el art. 4 reconoce al ciudadano un derecho a la elección del trabajo y del modo de ejercerlo, como un medio de actuación del desarrollo de

³⁰⁶ Sentencia núm. 238/1988, de 3 de marzo, *Giur. Cost.* 1988, II, págs. 1027-1034.

³⁰⁷ Sentencias núm. 45/1965, de 9 de junio, *Giur. Cost.* 1965, págs. 655-667; núm. 81/1969, de 14 de abril, *Giur. Cost.* 1969, I, págs. 1150-1165; 15/1983, de 1 de febrero, *Giur. Cost.* 1983, primera parte, págs. 53-62; núm. 300/1985, de 22 de noviembre, *Giur. Cost.* 1985, primera parte, II, págs. 2271-2279; núm. 2/1986, de 14 de enero, *Giur. Cost.* 1986, primera parte, I, págs. 9-29; núm. 176/1986, de 7 de julio, *Giur. Cost.* 1986, primera parte, I, págs. 1090-1092.

³⁰⁸ Sentencia núm. 248/1986, de 28 de noviembre, *Giur. Cost.* 1986, primera parte, II, págs. 2112-2127.

³⁰⁹ Sentencia núm. 76/1981, de 26 de mayo, *Giur. Cost.* 1981, primera parte, págs. 708-729.

³¹⁰ Sentencia núm. 54/1977, de 30 de marzo, *Giur. Cost.* 1977, primera parte, págs. 594-597.

³¹¹ Ordenanza 16/1988, de 28 de marzo, *Giur. Cost.* 1988, primera parte, I, págs. 54-56.

la personalidad; derecho presidido por la prohibición de crear y dejar subsistir en el ordenamiento normas que pongan o consientan límites a tal libertad o que la nieguen directa o indirectamente ³¹².

Así pues, la Corte en los derechos en los que es necesaria una concreta actividad positiva del Estado entiende que está ante "un programa dirigido a la voluntad del legislador ordinario y al desarrollo de nuestro sistema económico" ³¹³. Estos derechos,

³¹² Sentencias núms. 61/1965, de 6 de julio, *Giur. Cost.* 1965, págs. 765-769; 7/1966, de 8 de febrero, *Giur. Cost.* 1966, I, págs. 92-98; 103/1977, de 2 de junio, *Giur. Cost.* 1977, primera parte, págs. 777-805. Véase también en relación con la efectividad de los principios constitucionales S. BARTOLE, *Elasticità dei principi e verifiché di fatto sulla loro applicazione*, *Giur. Cost.* 1983, primera parte, págs. 573-577.

³¹³ E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale...*, *op cit.*, pág. 363. Otros autores prefieren negar el carácter jurídico de estos derechos: así Bognetti, en relación con los derechos sociales, dice que en muchos casos representan declaraciones genéricas de contenido y no concretan "situaciones jurídicas precisas que se han de atribuir necesariamente a los sujetos: de modo que, desde un punto de vista riguroso, no se puede hablar en tales casos de verdaderos 'derechos', en sentido técnico, que sean garantizados...". G. BOGNETTI, *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale...*, *op. cit.*, pág. 39. G. CORSO, por su parte, prefiere hablar de intereses y no de verdaderos derechos subjetivos, se refiere específicamente al derecho al trabajo del art. 4. Este autor va a distinguir dentro de los derechos sociales los siguientes casos: a el prototipo de un derecho que no da lugar a una situación jurídica subjetiva accionable y se concreta en una pretensión hacia los poderes públicos, es el caso del derecho al trabajo que no puede ser determinado; análoga estructura tendrían derechos de carácter promocional para los que la Constitución utiliza fórmulas indicativas de fines y objetivos; b una serie de derechos que se dirigen no al Estado-legislador sino al Estado-administración como serían la educación o la sanidad; en estos casos el derecho nace después del momento organizativo; c en el tercer caso son los sujetos privados la contraparte art. 36 y 37, éstos son inmediatamente tutelables sin necesidad de la interpositio legislatoris; d existe otro grupo de situaciones que son oponibles frente a los poderes públicos y a los particulares el derecho a la salud, al medio ambiente, la libertad sindical... G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, *Giur. Cost.* 1981, primera parte, págs. 755-784, pág. 756 y ss. Para Lavagna junto a derechos accionables judicialmente como el derecho a la asistencia reconocido a los

como indica la propia Corte, han de ser realizados en la medida de los recursos de la colectividad y el encargado de fijar qué objetivos han de ser alcanzados es el legislador a través del examen de las disponibilidades reales ³¹⁴. En todo caso es preciso tener presente cuanto dice Zagrebelsky en el sentido de que la diferencia entre los derechos clásicos y sociales no puede fundamentarse en que éstos sean meras aspiraciones políticas y aquéllos auténticos derechos. Existen derechos sociales con protección jurídica y derechos que se denominan clásicos que necesitan de una actividad del Estado ³¹⁵. Para el autor las diferencias son más complejas. En los casos en que la protección sea a través de la exclusión de un tercero se concretará reformando el acto administrativo o judicial con el proceso de inconstitucionalidad, y en el supuesto de que se trate de particulares a través de las condenas e indemnizaciones correspondientes. Cuando se trate de derechos sociales es más

inválidos para el trabajo, enfermos y ancianos que se podrían ejercer sin una disposición legislativa, existirían también situaciones jurídicas recomendadas que necesitan, para convertirse en derechos, la intervención del legislativo. C. LAVAGNA, Istituzioni di diritto pubblico, Edit. UTET, Torino, 1979, pág. 433.

³¹⁴ I diritti fondamentali in Italia. Relazione italiana a cura della Corte Costituzionale italiana..., *op. cit.*, pág. 250. Hay que destacar que en la jurisprudencia constitucional italiana existe una tendencia más audaz y que llega a establecer 'mínimos' con relación a las actuaciones concretas de los derechos sociales, de manera que cuando el legislador da actuación a éstos se ve obligado a mantener para el futuro esas prestaciones S.C.C. 106/1992, de 18 de marzo. Como escribe Raffaello Belli en un comentario a esta decisión, "una vez que estas leyes son establecidas, su abrogación es ilegítima si no están acompañadas de normas que, aunque sea a través de una diferente regulación, consientan en la obtención del mismo objetivo". No obstante esta sentencia, es necesario dejar claro que en la mayoría de las decisiones de la Corte los derechos sociales siempre quedan a expensas de las posibilidades presupuestarias. R. BELLI, La sentenza della Corte Costituzionale núm. 1065 del 1992 e il "pieno sviluppo della persona nonostante la disabilità", *Giur. Cost.* 1992, I, págs. 2399-2413, *cit.* pág. 2409.

³¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux...*, *op. cit.*, pág. 324.

difícil porque es el Estado quien ha de ordenar una actividad. En todo caso "cuando se trata de particulares, la cuestión no presenta problemas, a condición de que el contenido de la obligación sea previsto por la ley o por la misma Constitución de una manera lo suficientemente precisa" ³¹⁶. Así en la medida en la que exista una concreta obligación, ligada a un derecho prestacional, frente a los particulares o a los poderes públicos, existirá un auténtico derecho. Es para Zagrebelsky evidente que el sentido de los derechos fundamentales no sólo depende de la naturaleza de los derechos sino de la naturaleza del sujeto obligado ³¹⁷.

Nos parece, sin embargo, que el dato que ha de dilucidar realmente la existencia de un derecho, como indica Silvestri, en la Constitución está en relación con "el uso diferente de las palabras y de las expresiones, según su relación con el universo semántico de la misma Carta Constitucional" ³¹⁸. Así, para el autor, mientras el principio de legalidad y el de irretroactividad se refieren al término 'ley' que es fácilmente determinable desde la propia Constitución, otros como el de salud se vinculan con el de 'derecho' que no es definible desde el texto constitucional.

Podemos concluir, pues, afirmando el carácter jurídico de todo el articulado de la Constitución italiana ³¹⁹, predominando el

³¹⁶ *Ibidem*, pág. 324.

³¹⁷ "Así, el derecho a la salud es un verdadero derecho frente a los particulares, pero no es más que una aspiración política, y -por otro lado- una obligación política frente al legislador". G. ZAGREBELSKY, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux...*, *op. cit.*, pág. 325.

³¹⁸ G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, *Quaderni costituzionali*, 1989, págs. 229-255, págs. 245 y 246.

³¹⁹ *Veio Crisafulli en referencia a las normas programáticas señala que todas las normas de la Constitución italiana tienen carácter preceptivo, si bien unas frente a todos los sujetos del ordenamiento jurídico estatal, en cuanto regulan directamente las*

papel de la Corte en la determinación de las facultades extraíbles del articulado constitucional y en el surgimiento de derechos fundamentales derivados directamente de la norma fundamental en razón de la precisión del texto y no de su naturaleza prestacional o de libertad.

Otro de los temas que también ha preocupado a la doctrina italiana es la existencia de instituciones junto a los derechos inviolables o fundamentales, y se ha planteado justamente en los términos que referimos con respecto a la Constitución española ³²⁰. Como hemos visto, se supera esta dificultad desde una concepción amplia de los derechos fundamentales, esta es, aquella que no sólo considera a los derechos fundamentales como meras facultades atribuidas a un sujeto, sino que incluye en éstos también un valor objetivo, por lo que la idea de garantía institucional queda englobada en la de derechos fundamentales ³²¹.

4. La protección de los derechos fundamentales.

Una vez hemos delimitado cuáles son los derechos fundamentales en la Constitución italiana, los recogidos en el texto constitucional y que a juicio de la Corte gozan de una protección jurídica o los extraídos por la misma como elementos propios de la persona humana desde una interpretación amplia

materias, mientras que otras, las normas programáticas, sólo lo son con relación a los órganos estatales o, por lo menos, frente al legislador, en la medida en que prescriben ciertos comportamientos en relación con la regulación de ciertas materias que forman su objeto mediato o indirecto. V. CRISAFULLI, Le norme programmatiche della Costituzione..., op. cit., pág. 64.

³²⁰ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili...*, op. cit., pág. 33. A. BARBERA, *Le due culture dei costituenti a proposito dell'art. 2 della Costituzione...*, op. cit., pág. 49 y ss. G. AMATO, *Voz Libertad diritto costituzionale, Enciclopedia del diritto, logis-locus, Edit. Giuffrè, 1973, Vol. XXIV, págs. 272-287, pág. 277.*

³²¹ Véanse págs. 49 y ss.

del art. 2 y que son expresión inmediata de la dignidad humana, hemos de aludir a cuáles son las concretas garantías que éstos poseen.

La protección de los derechos inviolables o fundamentales tiene matices diferentes en el ordenamiento italiano que hemos de indagar. Ciertas tutelas que definían a los derechos fundamentales en nuestro derecho no aparecen en el sistema jurídico italiano.

Examinaremos esta cuestión refiriéndonos, con Guastini, a cada uno de los tradicionales poderes del Estado ³²² aunque, como ya hemos dicho, es precisamente en la propia separación de poderes donde radica su primera y fundamental garantía ³²³.

En primer lugar, frente a la actuación del poder legislativo tenemos tres tipos de protección: 1. El carácter rígido de la Constitución, al preverse un procedimiento agravado para la revisión del texto constitucional en el art. 138 Const. ³²⁴; así para modificar los derechos constitucionales sería necesario formalmente un procedimiento especial más gravoso que el

³²² R. GUASTINI. *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Edt. Giappichelli, Torino, 1992, pág. 171.

³²³ Véase nota pie de pág. núm. 87.

³²⁴ Art. 138 Const. "Las leyes de revisión de la Constitución y otras leyes constitucionales serán adoptadas por cada una de las Cámaras con dos deliberaciones sucesivas en un plazo no inferior a tres meses, y serán aprobadas por mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras. Las mismas serán sometidas a referéndum popular cuando, dentro de los tres meses desde su publicación, lo soliciten un quinto de los miembros de una Cámara, cincuentamil electores o cinco Gobiernos regionales. La ley sometida a referéndum no será promulgada si no es aprobada por la mayoría de los votos válidos. No tendrá lugar el referéndum si la ley ha sido aprobada en segunda votación en cada una de las Cámaras por una mayoría de dos tercios de sus miembros".

previsto para la modificación de la ley ³²⁵. 2. En segundo lugar, estaría el control de la legitimidad constitucional de las leyes art. 134 Const. ³²⁶; siendo este control *a posteriori* y concentrado, con un juez especial para realizar este juicio con eficacia *erga omnes*. 3. La tercera garantía es el referéndum popular abrogativo de las leyes ordinarias y de los actos con fuerza de ley previstos en el art. 75 de la Constitución italiana, con el que se puede expulsar una norma del ordenamiento jurídico ³²⁷; esta previsión, sin embargo, no afecta a una serie de leyes como las tributarias, de

³²⁵ Dejamos para más adelante el estudio de la posibilidad de que exista un límite de intangibilidad implícito de los derechos fundamentales que impida en todo caso al legislador entrar en ellos como ha planteado parte de la doctrina.

³²⁶ Art. 134: "La Corte Constitucional juzga: las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones...". Esto supone concebir toda Constitución como auténtica norma jurídica, si bien con sus propias especificidades. R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Edit. Giuffrè, Milano, 1986, págs. 87-95; S. LABRIOLA, *Le garanzie istituzionali per la protezione della costituzionalità*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, págs. 26-39, pág. 33; V. CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche" della Costituzione...*, *op. cit.*, págs. 59-96. *El carácter normativo y superior de las disposiciones constitucionales ha servido para que se haya intentado configurar las sentencias de "accoglimento", aquellas que admiten la cuestión de constitucionalidad como auténticas fuentes de derecho.* A. PIZZORUSSO, *Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, en AA. VV, *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Edit. Giuffrè, Milano, 1988, págs. 547-555. *Este carácter normativo también supondrá que las normas ordinarias se hayan de interpretar de acuerdo con la Constitución.* G. LEONE, *Aspetti costituzionali dell'interpretazione della legge*, *Rassegna di diritto pubblico*, 1958, págs. 493-510, pág. 509.

³²⁷ Art. 75 Const. "Se convocará referéndum popular para deliberar la abrogación, total o parcial, de una ley o de un acto que tenga valor de ley cuando lo pidan cincuentamil electores o cinco Consejos Regionales...".

presupuestos, de amnistía e indulto o de autorización a ratificar tratados internacionales ³²⁸.

En cuanto a las garantías frente al poder ejecutivo son esencialmente cuatro. La primera es la preeminencia del legislativo sobre el ejecutivo, que se manifiesta de tres maneras: a el ejecutivo debe actuar dentro de los límites fijados por la ley, no estando autorizado a hacer cosa alguna sin habilitación legal; este principio a juicio de Guastini estaría implícito en el art. 100 de la Constitución o sería un principio consustancial al Estado liberal ³²⁹; b los actos normativos típicos del poder ejecutivo, los reglamentos, están subordinados a la ley en la jerarquía de las fuentes del derecho, principio éste implícito en el articulado constitucional; c la legitimidad de todo acto político del gobierno está condicionada por el respaldo parlamentario art. 94 ³³⁰.

La segunda garantía que los derechos fundamentales tienen frente al poder ejecutivo es la reserva de ciertas materias a la ley, como puede ser la legislación penal art. 25.II Const. ³³¹ o la relativa a la libertad personal art. 13. II Const. ³³².

³²⁸ Para Guastini también estarían fuera del alcance de la garantía del referéndum abrogativo las leyes constitucionales, interpretando a contrario el art. 138. R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale...*, op. cit., pág. 175.

³²⁹ *Ibidem*, pág. 177.

³³⁰ Art. 94 Const. "El Gobierno ha de tener la confianza de las dos Cámaras. Cada una de ellas acuerda o revoca la confianza mediante una moción motivada y votada por llamamiento nominal".

³³¹ Art. 25. II "Nadie puede ser penado si no es por ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido".

³³² Art. 13.II "No se admite forma alguna de detención, inspección o registro personal, ni cualquier otra restricción de la libertad personal, si no es por acto motivado de la autoridad judicial y sólo en los casos y modos previstos por la ley".

La tercera sería la protección jurisdiccional de los derechos subjetivos art. 24 y 113 Const.³³³.

En cuarto lugar tenemos la reserva de jurisdicción, en virtud de la cual algunos actos que pueden incidir sobre determinados derechos de libertad son admisibles si son previamente autorizados a través de un acto motivado de un órgano jurisdiccional: la libertad personal, la libertad de circulación, el secreto de la correspondencia o la libertad de prensa.

Los derechos fundamentales tendrían también una triple garantía frente al poder judicial: la obligación de motivar toda decisión judicial, art. 111.1 Const.³³⁴, la sujeción del juez a la ley art. 101.II Const.³³⁵, y la posibilidad de acudir en recurso de casación cuando la decisión sea contraria a la ley art. 111. II de la

³³³ Art. 24 Const. "Todos pueden actuar en juicio en tutela de sus derechos e intereses legítimos..." Art. 113 Const. "Contra los actos de la administración pública, se admite siempre la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa".

³³⁴ Art. 111 Cost: "Todos los procedimientos jurisdiccionales han de ser motivados".

³³⁵ Art. 101.II: "Los jueces están sujetos únicamente a las leyes". Para Riccardo Guastini esta garantía supone una serie de consecuencias. En primer lugar los jueces deben aplicar las leyes en el sentido que no están autorizados a crear otras nuevas. Además, deben aplicarlas al tener la obligación de conocerlas. Cuando un ciudadano invoca una ley ante el juez, no está obligado a demostrar su existencia o a informarle de su contenido. Los jueces tienen también el deber de aplicarlas en la medida en que no están autorizados a no aplicarlas. Para el filósofo genovés, los jueces tienen la obligación de aplicar sólo las leyes y no la Constitución o los reglamentos administrativos. Por un lado es objeto de la Corte Constitucional, y no de los jueces comunes, aplicar la Constitución, o sea, concretamente, declarar la eventual ilegitimidad constitucional de las leyes. Por otro, los jueces no están siempre obligados a aplicar los reglamentos administrativos, deben aplicarlos sólo si están de acuerdo con la ley. Y, por último, cada juez está vinculado sólo por las leyes en el sentido de que goza de total autonomía de juicio: no está sujeto a órdenes o directrices políticas. R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale...*, op. cit., págs. 179 y 180.

Const.³³⁶, de manera que las decisiones de cada juez son controladas por otros jueces de mayor rango.

Se ha planteado en la doctrina italiana la inmodificabilidad de los derechos fundamentales como garantía frente a los tres poderes, aunque afectando específicamente al legislativo.

Esta hipótesis de trabajo no encuentra una expresa referencia textual en la Constitución, en ella sólo se hace una clara apostilla al carácter inmutable de la forma de gobierno, la republicana, como límite de la revisión constitucional³³⁷.

Sin embargo, para algunos autores la inviolabilidad sólo es concebible en clave de inmutabilidad, esto es, asimilando como perfectos sinónimos inviolabilidad e inmutabilidad. Para éstos, la auténtica traducción de la inviolabilidad no puede ser otra que la interdicción de la transformación de los derechos fundamentales. En este sentido podemos analizar lo dicho por P. F. Grossi en su *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili sulla Costituzione italiana* en la que se plantea justamente los distintos sentidos de la inviolabilidad como derechos garantizados independientemente de la voluntad de su titular, frente al poder legislativo, ejecutivo, etc.; y concluye afirmando que la sustracción de estos derechos al poder de revisión constitucional "es el significado primario de las declaraciones de inviolabilidad contenidas en nuestra Carta constitucional"³³⁸. Este autor considera que el primer motivo que

³³⁶ Art. 111.II. "Contra las sentencias y contra los procedimientos sobre la libertad personal, pronunciados por órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales, se admitirá siempre el recurso en Casación por violación de la ley..."

³³⁷ Art. 139 Const.: "La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional".

³³⁸ P. F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana...*, op. cit., pág. 74. Habla de las declaraciones de inviolabilidad para referirse, como veremos más adelante, a todas las ocasiones en que la Constitución

vendría a sostener esta tesis es la existencia de una "*Constitución material*" que define como "la elección jurídico-política fundamental de la organización de la vida en común"³³⁹.

Para Baldassarre, que defiende también la inmutabilidad de la Constitución en materia de derechos fundamentales, esta inmodificabilidad no podría colisionar en caso alguno con el principio democrático, con "la idea de una 'democracia pluralista', en la cual el principio de mayorías está sometido a una serie de límites, de contrapesos y de controles, que tienen como principal finalidad evitar que la voluntad de la mayoría pueda reprimir más allá de lo razonable los derechos y las libertades de los individuos y de los grupos sociales. Entre éstos, la inmodificabilidad del núcleo de valores de los derechos inviolables es, por los motivos que acabamos de mencionar, el límite más inherente y más evidente, porque es justamente de aquella forma de Estado de la que estos derechos constituyen el fundamento más inmediato o, según la definición utilizada anteriormente, los principios o las categorías *a priori*"³⁴⁰.

italiana menciona explícitamente el término 'inviolable', constituyendo una garantía más intensa para estos derechos que no podrían ser revisados en caso alguno. Véase también A. CORASANITI, Note in tema di diritti fondamentali..., op. cit., págs. de 202 a 205. P. BARILE, Diritti dell'uomo e libertà fondamentali..., op. cit., pág. 53; C. MORTATI, Concetto, limiti, procedimento, della revisione costituzionale, en AA. VV., Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione, Edit. Giuffrè, Milano, págs. 3-40; publicado también en Raccolta di scritti, II, Edit. Giuffrè, Milano, 1972; A. BARBERA, Comentario al art. 2 de la Constitución..., op. cit., pág. 117.

³³⁹ P. F. GROSSI, Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana..., op. cit., pág. 75.

³⁴⁰ A. BALDASSARRE, Diritti inviolabili..., op. cit., pág. 30. Para el autor la inviolabilidad de los derechos fundamentales estaría también íntimamente ligada con el art. 139 de la Constitución por lo que su revisión provocaría inmediatamente la mutación del régimen.

Entre los autores que mantienen la imposibilidad de modificar los derechos inviolables existen posturas que limitan tal impedimento a los que expresamente recogen la fórmula *inviolables*. Así para Grossi los únicos derechos que estarían protegidos de una forma real contra la revisión constitucional serían los establecidos en los artículos 13, 14, 15 y 24. Dice que "sería probablemente preferible reservar, sin embargo, esta definición de límite de inmutabilidad que opera sólo en referencia a los derechos que se consideran comprendidos en la alusión del art. 2 de la Constitución, pues en efecto para ellos el límite en cuestión no está establecido directamente, sino que se extiende siempre y cuando subsista su pertenencia a esta categoría: en pocas palabras, puede decirse que está implícito en su pertenencia. Para los derechos de libertad personal, de libertad de circulación, el secreto de la correspondencia y de toda otra forma de comunicación, y el derecho a la tutela judicial, debería hablarse más propiamente de un límite expreso, en tanto que está directamente formulado en las particulares disposiciones que les conciernen y es deducible inmediatamente sin la intermediación de otros conceptos, a través de la interpretación"³⁴¹

Esta identificación entre inviolabilidad y prohibición de revisión sugiere, nos parece, una interpretación excesivamente literal y formalista del texto constitucional. Así Pace señala que la

³⁴¹ P. F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana...*, *op. cit.*, pág. 78; *Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana*, en AA. VV., *Studio in memoria di C. Esposito*, Edit. CEDAM, Padova, 1973, págs. 2097-2138. Carlo Esposito identifica los derechos inmodificables no con aquellos podemos decir caracterizados por una doble inviolabilidad, sino que limita la inmutabilidad a la forma de Estado republicana, al art. 5, donde se recoge la unidad de la República, y al art. 2. C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e 'altre' leggi costituzionali*, en AA. VV., *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, Edit. Giuffrè, Milano 1963, págs. 189-219, nota. 35 pág. 208.

inviolabilidad referida "a la libertad personal, a la libertad de circulación, a la libertad de comunicación y al derecho a una tutela judicial es sólo una fórmula más enfática que otras, con la que, no de forma diferente, en la sustancia, a análogas proposiciones 'Todo ciudadano puede...', la Constitución afirma, en referencia a los bienes que protege, que existe una situación subjetiva jurídicamente tutelada" ³⁴². Costantino Mortati, en el mismo sentido, sostiene que del expreso reconocimiento de inviolabilidad "no se puede argumentar que el mismo grado de protección constitucional no corresponda también a otros derechos" ³⁴³.

No obstante, las críticas más agudas realizadas a la tesis apuntada que indica que en materia de derechos fundamentales existe una remisión a una Constitución material que justifica un límite a la revisión constitucional las encontramos en A. Pace. Entiende éste que una cosa es la *inviolabilidad* y otra la *inmodificabilidad* ³⁴⁴. "Especificar un límite al poder de revisión constitucional constituye, sobre todo, un grave error de planteamiento del problema" ³⁴⁵. Establecer un límite a la revisión constitucional supondría un mal servicio a los derechos constitucionales, querría decir "exponer la pervivencia de unos determinados derechos como fruto de una imposición jurídica y

³⁴² A. PACE, La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano..., *op. cit.*, pág. 111; en *Problematica delle libertà costituzionali abunda en este mismo sentido diciendo que desde esta perspectiva quedan muchos derechos fundamentales fuera y que en caso de suspensión son precisamente estos derechos los que van a sufrirla*. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit.*, pág. 10.

³⁴³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Edit. CEDAM, Padova 1976, Vol. II, pág. 1039. Véase también A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili...*, *op. cit.*, pág. 23.

³⁴⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit.*, pág. 8.

³⁴⁵ *Ibidem*, pág. 10. Véase también S. CICCONE, *La revisione della Costituzione*, Edit. CEDAM, Padova, 1972, págs. 273 y ss.

no de una libre elección y de un consciente ejercicio por parte de los ciudadanos". En la Constitución italiana por lo tanto, a su juicio, no parece que se pueda apelar a un límite de revisión que se base en un contenido material de la Constitución; ésta, al reconocer derechos como la libertad de manifestación o el ejercicio de la soberanía popular sin límites salvo la forma republicana, "implica, verdaderamente, sobre todo un límite a la competencia del Parlamento, más que un límite a la voluntad popular propiamente dicha"³⁴⁶.

En ambos casos, cuando se entiende que existe una remisión a una Constitución material o que la revisión constitucional está prohibida, estamos ante una aparente colisión de principios: el principio democrático que no impediría modificaciones en la Constitución y la imposición de unos derechos concretos. Si se da prioridad al principio democrático se mantendrá la posibilidad de revisión de los preceptos relativos a los derechos fundamentales; si, por contra, se anteponen los derechos inviolables coherentemente se sustentará la no revisión de la Constitución ³⁴⁷.

No obstante los derechos fundamentales están íntimamente vinculados con la democracia de manera que una verdadera y

³⁴⁶ *En la Constitución italiana por lo tanto no parece que se pueda apelar a un límite de revisión que se base en un contenido material de la Constitución. A. PACE, Problematika delle libertà costituzionali..., op. cit., pág. 11. Hay que señalar que, pese a esta específica referencia a la prohibición de modificar la forma de Estado, existe una doctrina que discute incluso la posibilidad de introducir límites a la revisión constitucional de cualquier tipo, de manera que ni siquiera el art. 139 que proclama la imposibilidad de revisar la forma de Estado republicana expresaría un límite a la modificación constitucional. Véase P. BISCARETTI DI RUFFIA, Sui limiti della revisione costituzionale, Anales del Seminario jurídico de la Universidad de Catania, Edit. Jovene, Napoli, 1959, Vol. III, págs. 122-172, págs. 122 y ss.*

³⁴⁷ *P. F. GROSSI, Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana..., op. cit., pág. 2105.*

auténtica democracia sólo puede advertirse en la medida en que estén reconocidos los derechos fundamentales por un ordenamiento jurídico y éstos, a su vez, dependen de aquélla ³⁴⁸.

Es necesario también estudiar si desde la doctrina que permite la modificación de los derechos fundamentales es admisible todo tipo de intervención, no sólo la que suponga una interpretación expansiva sino también la que pretenda restringir algún derecho inviolable o fundamental.

En esta materia la literatura jurídica es más unánime y niega cualquier modificación de los derechos fundamentales que signifique su menoscabo. Así Barile mantiene que la inviolabilidad supone que "la Constitución no acepta enmiendas reductoras y esenciales en los artículos que se refieren a estos derechos" ³⁴⁹. Baldassarre no sólo sostiene esta tesis sino que observa que incluso

³⁴⁸ "Entre la noción moderna de los derechos humanos y la teoría democrática de la soberanía popular subsiste no sólo compatibilidad, sino también consustancialidad y recíproca inmanencia". A. ZANFARINO, *Diritti umani e società moderna*, en AA. VV., *Costituzione e realtà attuale 1948-1988*, edición preparada por L. Lippolis, Edit. Giuffrè, Milano, 1990, págs. 65-74, pág. cit. 66. "Respecto a este núcleo irrenunciable y a este orden sistemático de valores, el reconocimiento y las garantías de los derechos inviolables no es sólo una parte necesaria sino que representa el primer principio o el fundamento interno, así como la 'libertad positiva igual' es el fundamento mismo de la democracia, al menos en su acepción de democracia pluralista". A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili...*, op. cit., pág. 18.

³⁴⁹ P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Edit. CEDAM, Padova, 1987, pág. 554. En el mismo sentido Martines indica que "si alguno de estos principios tuviera que ser abrogado... parece que se menospreciaría aquella parte del ordenamiento que se funda en éste. Pero es más, el cambio habría de considerarse como la consecuencia de un nuevo modo de entender las relaciones sociales, de una nueva organización, y de la afirmación de nuevos fines políticos en el seno de la sociedad estatal. De tal guisa que no estaremos ya ante una Constitución modificada, sino ante una nueva Constitución, que se corresponde... con el nuevo cambio de orientación política del grupo social organizado en Estado". T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Edit. Giuffrè, Milano, 1978, pág. 324.

podría ser deseable un cambio por lo que se refiere a su forma siempre que no se afecte al valor, así dice que "el valor en sí, que prescinde tanto de la relación con otros valores constitucionales y, por tanto, de eventuales relativizaciones del propio contenido, como de eventuales actualizaciones de determinados *istituti* como supondría la 'garantía de *istituto*' o de determinadas instituciones como conllevaría la 'garantía institucional', es el contenido a proteger"³⁵⁰. Así, la sola modificación de los derechos inviolables no significa un perjuicio, sino que éste se derivaría de la modificación o supresión del contenido de valor. Es más, incluso una modificación es aconsejable siempre que se quiera proteger este "contenido de valor". También Mortati se manifiesta en el mismo sentido señalando que no se podrá tocar nunca la esencia de los derechos³⁵¹.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha tratado abundantemente la posibilidad de que se dieran modificaciones en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, en su decisión núm. 1146/1988, declara que "la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser invertidos o modificados en su contenido esencial por leyes de revisión constitucional u otras leyes constitucionales", añadiendo a continuación que estos "son tanto los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana art. 139, o los principios que, aun no estando expresamente mencionados

³⁵⁰ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili...*, *op. cit.*, pág. 37. *Esto encontraría su fundamento en que los derechos inviolables son entidades ideales que radican en la historia de la civilización y cambian con ella.*

³⁵¹ C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento, della revisione costituzionale...*, *op. cit.*, pág. 6. *Véase también por ejemplo A. BARBERA, Comentario al art. 2 de la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 117; P. F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana...*, *op. cit.*, pág. 158 y 159.

entre los no sujetos a procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana" ³⁵².

Podemos, pues, concluir aceptando la inadmisibilidad de la revisión constitucional en materia de derechos fundamentales cuando no se trate de una modificación *in bonam parte*. Esta imposibilidad de modificación recaería, como señala Grossi, en la norma y no en el precepto constitucional ³⁵³. Esto no quiere decir, como ya hemos dejado claro anteriormente, que exista una remisión a un derecho natural como parece sustentar Morelli ³⁵⁴,

³⁵² S.C.C. 1146/1988, de 29 de diciembre, *Giur. Cost.* 1988, primera parte, III, págs. 5565-5570, pág. cit. 5569. Véase también F. MODUGNO, Il problema dei limiti alla revisione costituzionale, *Giur. Cost.* 1992, I, págs. 1649-1703. Para Modugno la imposibilidad de revisión del art. 139 hace referencia a los valores fundamentales del ordenamiento italiano que no es posible identificar en disposiciones concretas pág. 1679; M. DOGLIANI, La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la 'sdramatizzazione' del diritto costituzionale, *Le regioni*, 1990, págs. 774-787; M. MAZZIOTTI DI CELSO, Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di Stato, *Diritto e società*, 1996, págs. 303-323; M. LUCIANI, I diritti fondamentali come limiti alla revisiones della Costituzione, en AA. VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionali...*, op. cit., págs. 121-129.

³⁵³ P. F. GROSSI, Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana..., op. cit., pág. 2135.

³⁵⁴ Efectivamente, el autor parte de la idea de que la letra del texto constitucional no tiene relación alguna con la modificabilidad de la Constitución. Para él, incluso en los casos en los que el pueblo no siguiera los procedimientos previstos para la modificación de la Constitución, es decir, cuando se produzca una verdadera revolución, ésta no es de por sí ilegítima puede ser ilegal de acuerdo con un procedimiento, pero es legítima siempre que respete unos principios que el propio autor define como derecho natural. Para Morelli el pueblo tiene una facultad de soberanía que está reconocida por la Constitución pero que la preexiste y el pueblo puede reconquistarla en su totalidad y ejercerla fuera de la Constitución "no poniéndose por encima del derecho aunque se sitúe por encima de un concreto ordenamiento, esta titularidad está limitada por los enunciados anteriores. En este caso se trataría no de un poder de hecho, sino de un poder jurídico, que sin embargo no es ilimitado si fuera ilimitado se terminaría por equiparar el derecho y la fuerza". G. MORELLI, Il diritto

sino que la modificación de determinadas normas del sistema constitucional italiano, como son las relativas a los derechos inviolables, en sentido restrictivo significaría tal contradicción con la evidente orientación liberal-social de la norma que ésta perdería su identidad. Podríamos hablar en el caso de que esto se diera de una nueva Constitución, de una Constitución distinta, pero no de una modificación constitucional.

5. El contenido esencial de los derechos fundamentales en el derecho italiano.

Del examen comparativo de la protección de los derechos fundamentales en la Constitución española e italiana podemos destacar las siguientes diferencias: 1º en la Constitución española existe una distinta protección dependiendo de donde se ubique el concreto derecho ³⁵⁵, mientras en la Constitución italiana no se prevén protecciones especiales ³⁵⁶; 2º el texto constitucional italiano no prevé una institución similar a la del Defensor del Pueblo; 3º la inexistencia en el sistema jurídico italiano del recurso de amparo directo ante la Corte Constitucional por violación de

naturale nelle costituzioni moderne. Dalla 'dottrina pura del diritto' al 'sistema dell'ordinamento democratico positivo', *Edit. Servizio de publicaciones de la Università Cattolica Sacro Cuore di Milano, 1974, pág. 278.*

³⁵⁵ Así veíamos que los derechos de la Sección Primera del Capítulo II, la igualdad jurídica del art. 14 y la objeción de conciencia al servicio militar gozaban de una protección reforzada: recurso de amparo constitucional y ordinario; asimismo los derechos de la Sección I exigían que su legislación de desarrollo fuera a través de ley orgánica. Véanse págs. 151 y 164.

³⁵⁶ Grossi justifica, no obstante, la imposibilidad de revisar los artículos en los que exista una concreta referencia a la inviolabilidad, estos son, los artículos 13, 14, 15 y 24. P. F. GROSSI, Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana..., *op. cit.*, pág. 78. No obstante, como veíamos en la casi totalidad de la doctrina esta expresa alusión a la inviolabilidad sólo tiene un carácter retórico. A. PACE. La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano..., *op. cit.*, pág. 111.

derechos fundamentales, su protección se sustancia siempre por el cauce ordinario de la cuestión de constitucionalidad del art. 134; 4º la ausencia en el ordenamiento italiano de una cláusula "formal" de contenido esencial; y 5º la previsión en la Constitución italiana de un referéndum abrogativo en el art. 75 Const.

Como hemos advertido *ut supra* el concepto de derecho fundamental no viene delimitado por una específica protección, basta que un derecho supere el doble test que establecíamos al comienzo de nuestro trabajo de relación con la dignidad del hombre y la efectiva protección jurídica, para que estemos en presencia del fenómeno iusfundamental ³⁵⁷. Sin embargo, sí es conveniente que aludamos, sin perjuicio de lo que señalemos más adelante, a dos protecciones que en la Constitución española resultaban de basilar importancia para estipular cuáles eran los derechos fundamentales y que sin embargo no aparecen de forma explícita en la Constitución italiana: la cláusula del contenido esencial del art. 53.I y el recurso de amparo constitucional art. 53.2.

En efecto, el recurso de amparo servía a la doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional para delimitar cuáles eran los derechos fundamentales, y el contenido esencial era asumido por cierta doctrina de la jurisprudencia constitucional y parte de la doctrina científica, criterio que compartíamos, como propuesta de identificación sistemática de los derechos fundamentales en nuestra Constitución ³⁵⁸.

En la Constitución italiana no hay una referencia expresa al "contenido esencial", ello no quiere decir que no exista o que no se

³⁵⁷ Véase pág. 37.

³⁵⁸ Desde esta perspectiva sería necesario negar el carácter fundamental a cualquier derecho en el ordenamiento italiano, por no prever esta garantía. Véase nota pie de página núm. 52.

tutele este contenido ³⁵⁹; la Corte Constitucional lo ha incorporado. Así, en el razonamiento de determinadas decisiones la Corte hace mención a la existencia de un contenido esencial de los derechos fundamentales.

La primera ocasión en que la Corte hace expresamente referencia al contenido de un derecho fundamental es la decisión núm. 6/1966 en la que se trata el derecho de propiedad. En concreto, la Corte va a indicar que tendrá carácter expropiatorio "también el acto que, aunque no disponga de una traslación total o parcial de derechos, imponga limitaciones de tal entidad que vacíen de contenido el derecho de propiedad incidiendo muy acentuadamente en el goce del bien" ³⁶⁰. La sentencia núm. 56/1968 también se refiere a este contenido del derecho de

³⁵⁹ *En este sentido resulta muy elocuente la referencia de Alejandro Pace a la falta de mención en el texto constitucional de las fórmulas 'contenido esencial' y 'derechos fundamentales'. Para éste existen "en el ordenamiento italiano, dos particularidades. En primer lugar no existen derechos constitucionales 'fundamentales'. La segunda particularidad de nuestro ordenamiento es que ninguna disposición constitucional impone el respeto del 'contenido esencial' de los derechos recogidos en la Constitución. El reconocimiento constitucional de un determinado derecho 'absorbe', por así decirlo, la tutela del contenido esencial del mismo" pág. 109. "Esto no quiere decir, obviamente, que en Italia no existan derechos fundamentales o que no se tutele el contenido esencial. Se quiere, sin embargo, subrayar que si se quisiera introducir con valor jurídico, la locución 'derechos fundamentales' en nuestro ordenamiento, todos los derechos constitucionales tendrían que ser considerados igualmente fundamentales". A. PACE, La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano..., op. cit., págs. 109 y 110.*

³⁶⁰ *Sentencia núm. 6/1966, de 20 de enero, Giur. Cost. 1966, I, págs. 72-92, pág. cit. 91. En esta decisión se declara la inconstitucionalidad del art. 3, páfo 2, de la ley núm. 1849, de 20 de diciembre de 1932, sobre las servidumbres militares, en referencia al art. 42, páfo. 3, de la Constitución, en la medida en que no preveía indemnizaciones por limitaciones de la propiedad privada con carácter expropiatorio. Para la Corte en esta legislación no se encuentran limitaciones de tipo general y objetivo de la propiedad, éstas se desprenden de la actividad discrecional de la Administración.*

propiedad cuando dice que "existe expropiación también en todos los casos en que la merma del derecho sea efecto del ejercicio de la potestad administrativa, reduciendo el uso de un bien del que se tenía originariamente un goce íntegro, cuando se restringe el *contenido esencial*, además de los casos en que se de una transferencia a la administración de la disponibilidad de un bien para lograr un interés público" ³⁶¹. Otras decisiones que se han referido expresamente a la cláusula "contenido esencial" son la núm. 55/1968 ³⁶², 133/1971 ³⁶³ o la 5/1980 ³⁶⁴.

La creación jurisprudencial de la cláusula de contenido esencial ha supuesto que la doctrina italiana haya recogido la

³⁶¹ Sentencia núm. 56/1968, de 29 de mayo, *Giur. Cost.* 1968, I, págs. 884-897, pág. cit. 895. Esta decisión declara no fundada la cuestión de constitucionalidad planteada en relación con el art. 15, páfo. 2, de la ley de la Provincia de Bolzano núm. 8, de 24 de julio de 1957, sobre la tutela del paisaje, en la que se deroga el derecho general a indemnización por los límites a la propiedad privada; aunque la Corte precisa que, no obstante esto, en los casos de prohibición absoluta de construcción sobre áreas consideradas como edificables podrá concederse un especial aumento en los límites de las cantidades previstas en la legislación presupuestaria de la Provincia.

³⁶² Sentencia núm. 55/1968, de 29 de mayo de 1968, *Giur. Cost.* 1968, I, págs. 838-884, cit págs. 872-873. La Corte señala en relación con la expropiación que la garantía de la propiedad "está disminuida en cuanto los específicos derechos, que están ligados a esta institución... estén comprendidos o suprimidos sin indemnización, mediante actos de imposición que, independientemente de su forma, conduzcan tanto a una traslación total o parcial del derecho, en cuanto se vacía de manera relevante e incisiva su contenido".

³⁶³ Sentencia 133/1971, de 22 de junio, *Giur. Cost.* 1971, II, págs. 1519-1548. Se remite a la sentencia núm. 6/1966 en materia de indemnización.

³⁶⁴ Sentencia 5/1980, de 30 de enero, *Giur. Cost.* 1980, primera parte, págs. 21-47. En esta decisión se refiere a la indemnización de la propiedad diciendo que ésta debe ser congruente.

elaboración teórica que, por conocidos motivos, había sido realizada en Alemania ³⁶⁵.

Sin embargo, lo cierto es que esta cláusula no estaba prevista en el ordenamiento positivo italiano por lo que ha sido criticada abiertamente. En este sentido el propio Pace señala que la cláusula del contenido esencial no deja de ser "una traslación de categorías jurídicas ajenas a nuestro ordenamiento" ³⁶⁶. Giannini va más allá y señala que esta cláusula podría operar sólo "si se la concibe como descripción económica de aproximación; presentada con pretensiones de explicación jurídica no es preciso detenerse mucho para admitir que es una figura retórica, consistente en la aplicación de la geometría a los conceptos jurídico; los ingredientes son un círculo núcleo esencial interno, su circunferencia el límite del núcleo esencial, un círculo que lo contiene de mayor radio la materia que no es núcleo esencial una recta secante del segundo círculo, externa a/o tangente del primero una mera limitación, admitida, una secante también del primer círculo que produce la minoración. Es superfluo en este momento recordar que con las figuras geométricas se puede ilustrar cualquier institución y fenómeno jurídico: para que la explicación sea jurídicamente válida, es preciso que al símbolo geométrico le corresponda una noción jurídica la lógica jurídica

³⁶⁵ Así Baldassarre va a recibir las distintas interpretaciones que de la cláusula de contenido esencial se han hecho en la doctrina alemana, que, a fin de cuentas, son las que veamos en la doctrina española, estas son, las que interpretan esta cláusula como una fórmula absoluta y las que le atribuyen un carácter relativo. Las primeras consideran en sí, independientemente, el contenido esencial de los derechos; las segundas lo definen en relación con otros derechos o valores. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili...*, op. cit., pág. 33. Véase nota pie de pág. núm. 165.

³⁶⁶ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali...*, op. cit., pág. 48. *La doctrina del contenido esencial "puede ser configurada como una tentativa de rehuir del dato formal, extremadamente sintético, de la Ley Fundamental de Bonn y de individuar una sustancia... fuera de la prescripción jurídico positiva". S. MANGIAMELI, La proprietà privata nella Costituzione, Edit. Giuffrè, Milano, 1986, pág. 55.*

que se corresponde con la lógica euclídea; pero si al símbolo geométrico no se le hace corresponder nociones no dice sino que existe un punto, el ser secante, el estar dentro, el estar fuera, el penetrar, el no penetrar, etc., y la explicación jurídica quiebra: es una representación enunciada con palabras inadecuadas, una metáfora enunciada con modos más lúcidos" ³⁶⁷.

Esto, no obstante, no implica una menor protección de los derechos fundamentales en Italia porque, como ha señalado Gavara de Cara, "la garantía del contenido es una cláusula que fue pensada para controlar la actividad del legislador en sistemas en los que no existía un control de constitucionalidad de las leyes" ³⁶⁸, cumpliendo este control la misma finalidad.

Desde nuestro punto de vista es intrascendente, como hemos ya hecho notar, que la Constitución o la jurisprudencia hagan expresa alusión a la cláusula de "contenido esencial". En este sentido coincidimos con la postura de Giannini cuando

³⁶⁷ M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, en AA. VV., *Lecture di diritto civile*, edición preparada por G. Alpa y P. Zatti, Edit. CEDAM, Padova, 1990, págs. 351-377, pág. 367; Véase también *Diritto amministrativo*, II, Edit. Giuffrè, Milano, 1970, pág. 1211; G. MORBIDELLI, *Contenuto "essenziale" del diritto di proprietà sul suolo, fasce di rispetto*, *Giur. Cost.* 1971, II, págs. 1521-1548. En el fondo esta opinión no deja de ser la misma que sostiene Häberle cuando señala que "independientemente de la cuestión de si las cláusulas del contenido esencial estén codificadas, reconocidas 'sólo' en vía jurisprudencial o en sede puramente doctrinal, o independientemente de la pregunta de si valgan las meras garantías de los derechos fundamentales, la concepción de los derechos fundamentales interna al Estado subyace en todo caso en sus efectos". P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale...*, op. cit., pág. 243. Häberle, aun constatando la utilización de la cláusula del contenido esencial por la Corte de Justicia de la Comunidad europea o por la Corte europea de los derechos del hombre, observa que esta cláusula no añade nada que no estuviera ya constitucionalizado.

³⁶⁸ J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, op. cit., pág. 326.

atribuye a la expresión *contenido esencial* un valor exclusivamente geométrico; lo importante es, como ha señalado el autor, que exista detrás una verdadera noción jurídica. En la Constitución española el contenido esencial nos servía como elemento sistemático configurador de una serie de derechos a los que el constituyente atribuye una efectiva protección jurídica ³⁶⁹. En el sistema italiano únicamente viene a colación esta cláusula para razonar de una manera si se quiere más gráfica en materia de derechos fundamentales, pero no tiene una virtualidad jurídica consistente con relación a la definición de los derechos fundamentales.

Si a esto añadimos que la comparecencia de la cláusula de contenido esencial es numéricamente poco relevante en la jurisprudencia constitucional, utilizándose en contadas ocasiones, y sobre todo, con relación al derecho de propiedad, podemos concluir aseverando su intrascendencia en el sistema jurídico italiano.

Por cuanto se refiere a la ausencia de una protección de amparo en el derecho italiano, no quiere decir que no estemos ante un derecho fundamental por la inexistencia de este procedimiento como parece que tendría que seguirse de cierta doctrina española y de la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Constitucional español ³⁷⁰. Desde nuestras premisas teóricas

³⁶⁹ Para Mangiameli la distinción entre la doctrina del contenido esencial en el ordenamiento italiano y alemán es que este último hace referencia a aquella cláusula, y en el sistema italiano no se hace referencia alguna al contenido esencial. S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione...*, op. cit., pág. 51 y 52.

³⁷⁰ Véase voto particular de Francisco Rubio LLorente al que se adhiere Eugenio Díaz Emil a la sentencia 26/1987, de 27 de febrero: "No comparto en modo alguno la restringida concepción de los derechos fundamentales que se recoge en el fundamento 4º, apartado a, y que reduce al conjunto de tales derechos al de aquellos que están protegidos por el recurso de amparo. Esta concepción, que se aparta del uso habitual en

estamos ante un derecho fundamental en la medida en que exista una protección jurídica de un derecho humano. La protección en el ordenamiento italiano viene algunas veces enunciada directamente por la propia Constitución y en otras se deja a la Corte Constitucional o al legislador ³⁷¹.

La posibilidad de introducir este mecanismo de protección tal y como se establecía en la Constitución alemana fue propuesta en Italia por Cappelletti en su obra *La Giurisdizione della libertà* ³⁷². Sin embargo, el mismo autor en un artículo de 1990 rechaza esta necesidad basándose en los siguientes argumentos: 1º "porque me he convencido que el sistema 'incidental' consigue un control de constitucionalidad ausente de lagunas sustanciales"; 2º puesto que Italia forma parte de la Convención europea de derechos humanos a la que la persona puede acudir cuando se produzca una violación por el Estado de los derechos humanos, tratándose de "un recurso muy similar al *Verfassungsbeschwerde*, con la diferencia de que aquel está basado en un *bill of rights* transnacional"; y 3º, por la constatación del hecho de que en la justicia constitucional italiana se ha producido un afianzamiento y desarrollo de los vínculos entre la jurisdicción ordinaria y la Corte Constitucional, en el que, si bien el control de constitucionalidad continúa siendo un sistema concentrado en el sentido que es la Corte Constitucional quien se encarga de dilucidar la constitucionalidad, se ha acentuado la idea de cooperación; el recurso de *Verfassungsbeschwerde* "representaría un tipo de recurso *directo*, y no incidental" donde no intervendría

la doctrina, obligaría a negar la existencia de derechos fundamentales en todos aquellos sistemas jurídico-constitucionales la mayoría de los que existen en Europa occidental, por ejemplo en los que no existe esa vía procesal..." B.J.C. núm. 71, págs. 223-247. Véanse págs. 91 y ss.

³⁷¹ Véanse págs. 360 y 361.

³⁷² M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale della libertà*, Edit. Giuffrè, Milano, 1954, pág. 82 y ss.; y *La giustizia costituzionale*, *Anales de la Universidad de Macerata*, 1960, págs. 117-146, pág. 127 y ss.

la jurisdicción ordinaria. Para el autor el prejuicio constitucional del juez *a quo* y el control que de éste hace la Corte Constitucional es una manifestación en cierta manera de la implantación de una jurisdicción difusa. "Hoy la Constitución no es ya un documento extraño, por así decirlo, a la actividad cotidiana de los tribunales de justicia; una 'conciencia constitucional' y 'comunitaria' se ha ido afirmando... en todos los campos del derecho" ³⁷³.

6. Los deberes de solidaridad y la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Antes de acabar con la determinación de los derechos fundamentales en la Constitución italiana es necesario hacer referencia a la relación directa que establece el art. 2 entre los derechos inviolables y los deberes; así en esta disposición no sólo se reconocen derechos inviolables sino que se "exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social" ³⁷⁴.

³⁷³ M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove e vecchie sulla giustizia costituzionale*, Giur. Cost. 1990, I, págs. 857-864, pág. cit. 858 y 859. En el mismo sentido Pizzorusso entiende que el juicio incidental previsto en la Constitución italiana permite la protección de los derechos fundamentales a través de la declaración de inconstitucionalidad. A. PIZZORUSSO, *Giurisdizione costituzionale e diritti fondamentali*, *Rivista di diritto processuale civile*, 1981, págs. 340-348, pág. 344. Gustavo Zagrebelsky va más allá y mantiene que a través de la aplicación directa de las disposiciones constitucionales en virtud del art. 700 del Código de procedimiento civil puede obtenerse una protección inmediata de los derechos constitucionales. G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, en AA. VV., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali...*, op. cit., pág. 41.

³⁷⁴ Art. 2: "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, como individuo, o en las formaciones sociales, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social".

Para la doctrina estos deberes de solidaridad se traducirían en singulares deberes que se recogen a lo largo de la Constitución, siendo el reverso de los derechos fundamentales. El reconocimiento de estos deberes ha sido criticado porque suponen en parte negar el carácter personalista de la Constitución introduciendo valores superiores al hombre ³⁷⁵.

Se discute también, como en referencia a los derechos inviolables, si permite este artículo la creación de nuevos deberes no incluidos específicamente en el texto constitucional ³⁷⁶. Sin

³⁷⁵ *Carbone relaciona directamente los deberes de solidaridad con los que fijan los fines del Estado; éstos, dice, estarían presentes en menor medida de lo que lo harían en una Constitución autoritaria en la que siempre habría más deberes. Para Carbone "la existencia de un particular ordenamiento constitucional es consecuencia de la relación existente entre autoridad y libertad, relación que... existe siempre en el Estado contemporáneo" pág. 319; así señala que en el Estado fascista existe una disminución de la libertad, no una desaparición libertad de participación y otras. Sin embargo, para el autor en la Constitución italiana esta relación autoridad-libertad se alarga integrando también las relaciones entre el Estado y las formaciones sociales y las del individuo y las formaciones sociales pág. 321, y esto implica a su juicio un ámbito de intervención mayor del Estado: "La observancia de los deberes por parte de los sujetos, a los que aquéllos se refieren, puede ser impuesta por los órganos del Estado, cuya autoridad es decisiva para prevenir o reprimir cualquier acto de incumplimiento" pág. 322. Esta relación autoridad-libertad no es una relación antitética, así la Constitución ha reconocido los derechos de libertad porque el pueblo soberano no puede dejar de reconocer la libertad a sus miembros pág. 323. C. CARBONE, Diritti e doveri pubblici individuali e principi fondamentali osservazioni generali, Rassegna di diritto pubblico, Año XX, 1965, págs. 295-337. Véase también G. M. LOMBARDI, Contributo allo studio dei doveri costituzionali, Edit. Giuffrè, Milano, 1967, pág. 21 y ss.*

³⁷⁶ *De la íntima vinculación que se da entre derechos y deberes es muestra la postura de Pace que entre los argumentos que esgrimía para no reconocer el carácter abierto del art. 2 en relación con los derechos fundamentales citaba el aumento de nuevos deberes Véase pág. 289. Desde un punto de vista totalmente contrapuesto al de Pace, Zagrebelsky afirma que "el reenvío a estos deberes puede justificar a su vez la introducción de límites a los derechos fundamentales", citando como ejemplos las*

embargo, si se acepta el carácter abierto del art. 2, como parece más adecuado, no deberá existir mayor reparo en reconocer automáticamente este mismo carácter con respecto a los deberes³⁷⁷.

Directamente implicado con esta declaración de deberes aparece el art. 23 Const. que vincula toda prestación patrimonial o personal a la ley ³⁷⁸, de manera que el desarrollo de los deberes fundamentales de solidaridad se habrá de hacer a través de la ley.

En cuanto a la posibilidad de extender los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, la doctrina ha encontrado en el tenor literal del art. 2 un gozne de singular importancia para elaborar la doctrina de la *Drittwirkung*. Efectivamente, el art. 2 no sólo reconoce los derechos inviolables o fundamentales frente al poder sino también "en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad" ³⁷⁹. No obstante esto, y desde un punto de vista teórico, como hemos visto, los derechos fundamentales se aplicarán a las relaciones entre particulares dependiendo de su contenido. Existen derechos que por su propia naturaleza sólo pueden ejercerse frente a otros particulares, otros

decisiones de la Corte Constitucional núm. 75/1966 y la 16/1968. G. ZAGREBELSKY, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux..., op. cit., pág. 313.

³⁷⁷ C. LAVAGNA, Basi per un studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Cost. italiana, en *Ricerche sul sistema normativo*, Edit. Giuffrè, Milano, 1984, pág. 15; S. RODOTÀ, Il problema della responsabilità civile, Edit. Giuffrè, Milano, 1967, pág. 104; C. CARBONE, Diritti e doveri pubblici individuali e principi fondamentali..., *op. cit.*, pág. 318, nota 41.

³⁷⁸ Art. 23: "Toda prestación personal o patrimonial ha de establecerse mediante ley".

³⁷⁹ Art. 2: "en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad". A. BARBERA, Comentario a art. 2 de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 67. R. D'ALESSIO, Comentario al art. 2 de la Constitución italiana..., *op. cit.*, pág. 11. A. PACE, Il c.d. diritto all'identità personale..., *op. cit.*, pág. 409.

que son oponibles a particulares y al Estado, y otros que sólo se pueden accionar frente al Estado ³⁸⁰.

7. Recapitulación

En la determinación de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico italiano destacamos, en primer lugar la distinta sistematización del texto constitucional en relación con el español y, sobre todo, la omisión de la expresión "derechos fundamentales".

En efecto, la inexistencia de un Preámbulo, la exposición de unos principios fundamentales en los doce primeros artículos, la división entre dos Partes de la Constitución, una Parte Primera titulada "Derechos y deberes de los ciudadanos" y una Segunda, "Ordenamiento de la República", marcan una estructura muy distinta de la prevista en el texto constitucional español.

En segundo lugar tenemos que resaltar la escasísima utilización de la fórmula "derecho fundamental". Sólo en una ocasión, el art. 32, establece el carácter fundamental del derecho a la salud. Esto, no obstante, no significa que en el ordenamiento italiano no existan derechos fundamentales o que sólo exista uno. Y ello porque la determinación de los derechos fundamentales no tiene un carácter nominalista, no exigíamos que se utilizase expresamente esta fórmula, sino que se superase el doble test de relación del contenido con los derechos humanos y protección jurídica. Y estos dos requisitos son cumplidos por algunos otros derechos.

³⁸⁰ Véanse págs. 132 y ss.

Cuando examinamos los derechos fundamentales en el ordenamiento español hicimos alusión al elemento sistemático-literario en la medida en que la Constitución hacía varias referencias, en un intento, como veíamos poco logrado, de identificar qué habría de entenderse por derechos fundamentales, pero se trataba en todo caso de un concepto que se ubicaba dentro de la propia Constitución española. En el texto constitucional italiano, por contra, el criterio sistemático no aporta solución alguna pues ésta ignora la existencia de los derechos fundamentales. Esto hace que nuestra investigación se haya de aproximar a la perspectiva jurisprudencial y dogmática para dilucidar qué ha de entenderse por derechos fundamentales.

El esfuerzo de estas dos instancias para delimitar cuáles son los derechos fundamentales ha partido del texto constitucional; y en ambos casos se ha identificado a los derechos inviolables con los derechos fundamentales. Así dos expresiones que podían parecer en principio antagónicas, la de derechos inviolables más vinculada con el iusnaturalismo y la de derechos fundamentales con el positivismo jurídico, tienen un mismo contenido. Esta coincidencia no es casual puesto que la Constitución italiana no intenta establecer un conjunto de derechos que dimanen de un hipotético derecho natural y que denomina derechos inviolables. La no utilización de aquella expresión obedece a la poca tradición que tiene la fórmula "derechos fundamentales" en la cultura jurídica italiana.

Para reconocer cuáles son los derechos fundamentales se ha tomado como punto de partida el art. 2 de la Constitución italiana que con carácter general reconoce los derechos inviolables del hombre, considerándolo individualmente o como integrante de las formaciones sociales.

Y en este artículo se puede reconocer fácilmente la naturaleza pacticia que recorre toda la Constitución y que implica la superposición de dos concepciones éticas contradictorias: la católica y la marxista. La primera va a pretender que la Constitución reconozca los derechos vinculados con la autonomía de la persona, las libertades públicas. El marxismo, por su parte, permanecerá alerta procurando que el catálogo de derechos no entorpezca su programa de cambios sociales y económicos. Efectivamente, estas dos concepciones se presentan en el art. 2 de la Const. en el que, por un lado, comparecen alusiones de indudable cariz iusnaturalista como el término '*inviolable*' o la expresión '*reconoce*' y, por otro, fórmulas más propias del marxismo como la referencia a las formaciones sociales en las que el individuo desarrolla su personalidad, o la existencia de deberes inderogables de solidaridad política, económica y social.

Este doble influencia se refleja también en la declaración de derechos que la Constitución italiana contiene en su Parte primera; enunciando derechos con una indudable raigambre individualista, y otros decididamente vinculados a la ideología socialista.

Pero el problema más relevante para la delimitación de los derechos fundamentales era la relación que existía entre los concretos derechos establecidos en la Constitución y el artículo 2; es decir, qué lazo de conexión se instaura entre esos derechos y el artículo mencionado: si éste tiene un carácter de remisión a los derechos enumerados en el texto constitucional, o si, por contra, es una declaración de carácter general y autónoma.

Se trataba de averiguar, en concreto, si el art. 2 puede servir como cláusula abierta a nuevos derechos que puedan ser calificados como fundamentales, lo que implicaba también fijar qué grado de responsabilidad tenía la Corte Constitucional en la

determinación de los derechos fundamentales. Si se mantiene el carácter introductorio del art. 2 se propiciará necesariamente un papel más restringido de la Corte Constitucional, al tener que remitir todas las nuevas exigencias éticas que considere como derechos fundamentales a los enunciados constitucionales. Si, por contra, se considera que tiene un carácter abierto podrá participar más concluyentemente en la determinación de los derechos fundamentales.

Por otro lado es constatable que en la Constitución italiana no se recogen derechos cuyo carácter fundamental es admitido generalmente por el derecho comparado como la objeción de conciencia, el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, a la información..., por lo que mantener el carácter introductorio del art. 2 tendría como consecuencia que el operador jurídico tuviera que realizar interpretaciones demasiado forzadas y comprometidas.

En la doctrina italiana existían partidarios de ambas tesis. Para unos los derechos fundamentales no constitucionalizados serían siempre vinculables a algún precepto de la Constitución, de manera que no sería necesario apelar al art. 2 y a su carácter heurístico. Además, la aparición de nuevos derechos fundamentales supondría siempre la concreción de nuevos deberes, y por lo tanto la limitación de los derechos existentes, y por ende la violación de la Constitución en la medida en que se crean límites a unos derechos constitucionalizados, límites no previstos en el articulado constitucional.

Esta interpretación no nos parecía acertada porque asociaba enunciados lingüísticos constitucionales a facultades subjetivas que en principio no pretendían considerar, violentando de manera excesiva el texto constitucional, y porque en una sociedad en constante cambio es más fácil relacionar nuevos derechos con una

cláusula genérica que con disposiciones concretas. Por otro lado, la interpretación censurada parece olvidar uno de los principios mayoritariamente aceptados con respecto a las normas iusfundamentales, cual es su conflictividad, al indicar que el carácter creativo del intérprete consolida nuevos deberes no queridos por el constituyente.

La interpretación abierta del art. 2 ha encontrado también valedores entre los constitucionalistas italianos. Para éstos, las nuevas exigencias humanas susceptibles de ser calificadas como derechos fundamentales en muchos de los casos pueden ser entroncadas con el articulado constitucional porque de alguna manera pueden ser concreción o actualización de un derecho ya reconocido; sin embargo, en otros casos, parece que es indispensable acudir al art. 2, como cláusula abierta, para evitar problemas de lacunosidad.

En este mismo sentido estos autores han mantenido que la interpretación extensiva de este artículo se adecua mejor al carácter evolutivo de los derechos fundamentales, que en caso alguno pueden confinarse en una concreta tabla, sino que han de permanecer atentos a los nuevos desarrollos morales, de manera que el art. 2 abriría la Constitución a estas nuevas exigencias.

Por último, se mantiene que la consideración abierta del artículo 2 se muestra más garantista en cuanto los derechos fundamentales no necesitan normas de intermediación para su concreta eficacia, bastaría con su reconocimiento por la Corte Constitucional.

El carácter extensivo del art. 2 de la Constitución, en definitiva, parece adaptarse mejor a nuestro concepto de derecho fundamental que considerábamos siempre en clave dinámica, como respuesta a los derechos humanos que emergen en la

realidad social, y en la medida en que no exige cabriolas interpretativas para ligar un nuevo derecho inviolable a un precepto iusfundamental.

Esta tesis permite también que los derechos fundamentales no queden únicamente en manos del legislador, y que el juez constitucional participe de forma decisiva y concluyente en su determinación.

Por otro lado, desde un punto de vista literal, esta parece ser la única interpretación aceptable, porque de otra manera sería el artículo 2 un precepto superfluo.

La Corte Constitucional italiana no ha mostrado una posición unitaria con respecto a la comprensión de este artículo. En algunos casos lo interpreta como cláusula introductoria y en otros crea nuevos derechos fundamentales *ex art. 2*. Pero lo cierto es que en la jurisprudencia de la Corte se puede detectar una lenta evolución tendente a reconocer nuevos derechos desde esta disposición.

En efecto, en sus primeras sentencias la Corte se manifestaba de una manera enérgica y sin fisuras contra la utilización del artículo 2 de la Constitución como cláusula abierta a nuevos derechos, no dudando en vincular todas las cuestiones de inconstitucionalidad relacionadas con los derechos fundamentales al concreto articulado constitucional y nunca con el art. 2 exclusivamente. Sin embargo, posteriormente aparecen decisiones que van erosionando esta doctrina, y aunque de manera muy cauta, y sin excesos declarativos, va a vincular nuevas facultades a los derechos fundamentales, tomando como elemento argumentativo el carácter extensivo del artículo 2, y va a considerar dicho artículo autónomamente para determinar la inconstitucionalidad de algunas leyes.

En cierta medida, la Corte explicita una opinión que de alguna manera palpitaba en la jurisdicción ordinaria, el carácter abierto del art. 2. Y es que los jueces nunca tuvieron reparos en someter a la Corte cuestiones de inconstitucionalidad que, unas veces de manera tácita, remitían a su interpretación abierta, al plantear la cuestión de inconstitucionalidad sólo con relación al art. 2; y otras, de forma expresa, aludían a nuevos derechos fundamentales *ex art. 2*.

Este cambio en la jurisprudencia constitucional es fácilmente explicable si se comprende, como hemos hecho, el fenómeno iusfundamental de una forma evolutiva. Y es que el conjunto de derechos recogidos en la Constitución italiana responde a las inquietudes sobre la dignidad de la persona en la posguerra, por lo que la Corte en sus primeros años no tiene necesidad de acudir a una hipótesis de interpretación abierta del art. 2. Sobre todo si se considera que la preocupación principal de ésta es, en una primera etapa, fijar explícitamente cuáles son los derechos fundamentales para evitar que la jurisdicción ordinaria asimile un gran número de derechos a los derechos fundamentales.

Sin embargo, con el paso del tiempo, aparecen nuevos derechos difíciles de insertar en el catálogo de la Constitución, por lo que la Corte, sin llegar a reconocer de forma tajante el carácter abierto del art. 2, va a crear nuevos derechos.

Lo aconsejable sería, nos parece, que la Corte indicara sin ambages ni rodeos, y con toda la prudencia necesaria, el carácter abierto del art. 2 como principio hermenéutico.

De esta forma la Corte incrementaría su grado de participación en la determinación de los derechos fundamentales. En efecto si se sustenta la interpretación introductoria, el juez

constitucional habrá de vincular toda exigencia que cualifique como derechos fundamentales a los preceptos constitucionales, lo que supone en muchos casos interpretaciones forzadas y por tanto artificiales, y en otros que ciertas situaciones que responden a la idea de derechos fundamentales no sean reconocidas como tales por la dificultad de integrarlas en los preceptos constitucionales. Si se mantiene, en cambio, que el art. 2 tiene un carácter abierto, estos problemas son fácilmente superables.

Si esto es así, ¿por qué la Corte ha hecho una interpretación, al menos en su primera época, a favor de la comprensión del art. 2 como cláusula introductoria? La respuesta está ligada a un doble fenómeno: el recelo de no poder contener y orientar la demanda social que se dirige hacia la Corte desde la jurisdicción ordinaria para que desarrolle una actividad de suplencia del legislativo, y un temor a su propio subjetivismo.

Estos prejuicios no son reales, la comprensión extensiva del art. 2 no implica que todas las nuevas exigencias sean calificadas como derechos fundamentales. Este artículo enuncia criterios materiales de determinación, singularmente la persona como valor del que se han de derivar los derechos fundamentales o inviolables.

En cuanto a la protección de los derechos fundamentales en el derecho italiano podemos destacar la inexistencia de un trato formal diferenciado en la Constitución para el conjunto de derechos que se recogen en ella.

Esto significaría, *a priori*, que no se pueden establecer diferencias entre los derechos teniendo todos una idéntica protección jurídica. Sin embargo, parte de la doctrina ha señalado que la Corte ha diferenciado entre los derechos que exigen una actividad positiva del Estado y los que no: los primeros sólo serían

garantizados en la medida de la disponibilidad de los recursos, mientras los segundos gozarían de una protección directa.

Esta opinión no parecía satisfactoria, la cuestión es mucho más compleja y está más relacionada con la precisión del lenguaje constitucional, legislativo o jurisprudencial y con la naturaleza del sujeto obligado que con el carácter prestacional o social del concreto derecho.

Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico italiano serán, pues, aquellos que encuentran una protección concreta en su texto constitucional mediante un lenguaje preciso capaz de configurar un auténtico derecho, los que han sido dotados de una verdadera garantía jurídica por el legislador, y los que la Corte ha ido configurando con su jurisprudencia otorgando tutela jurídica, unas veces ligándolos con el articulado constitucional y otras introduciéndolos *ex novo* desde el art. 2.

En relación también a la protección de las normas iusfundamentales uno de los temas que más ha preocupado a la doctrina italiana es la existencia de una garantía que impida modificar el texto constitucional en materia de derechos fundamentales.

Esta tesis no encuentra una base literal en el texto constitucional donde sólo se prohíbe la modificación de la forma de Estado republicana. Sin embargo, para algunos autores la inviolabilidad sólo es comprensible en clave de inmutabilidad. E incluso cierto sector doctrinal llega a identificar de manera textual inmutabilidad con inviolabilidad específica, es decir, entiende que la referencia literal en un derecho determinado a la expresión "inviolable" implica la imposibilidad de reformar ese concreto derecho, de manera que sólo los que contuvieran expresamente

esta fórmula estarían protegidos por la garantía de inmutabilidad, estos son, los artículos. 13, 14, 15 y 24 de la Constitución italiana.

Esta última interpretación nos parece demasiado literal puesto que la utilización de una fórmula u otra no supone un régimen de protección distinto. Son expresiones algunas veces más solemnes o pomposas pero de las que no se pueden extraer regímenes de protección diferenciados.

A la tesis que defiende la imposibilidad *tout-court* de modificar los derechos fundamentales, se le ha respondido que este límite va dirigido únicamente al Parlamento y no a la revisión constitucional, porque al reconocerse derechos como la libertad de expresión, o principios como la soberanía popular, no se pretende mantener y consolidar una concreta estructura de derechos inviolables. Se centra este debate en el conflicto entre un principio democrático que permitiría la modificación constitucional y el principio de inmutabilidad constitucional que protegería a los derechos fundamentales.

Sin embargo esta contradicción sólo puede ser aparente puesto que democracia y derechos fundamentales son términos que necesariamente se implican; sólo existen auténticos derechos fundamentales cuando se trate de un régimen democrático, y la democracia exige como presupuesto la garantía de los derechos fundamentales.

Si se acepta la posibilidad de modificar los derechos fundamentales, hemos de plantearnos si cabrá cualquier tipo de cambio constitucional. La respuesta en este caso parece unánime en la doctrina, sólo son admisibles las intervenciones que tengan carácter expansivo.

La Corte Constitucional no ha prestado gran atención a este problema, sin embargo parece admitir, o al menos no niega, la eventualidad de reformar los preceptos constitucionales, pero sí prohíbe la alteración de los principios inherentes a la Constitución, dentro de los que sin duda se encontrarían los derechos fundamentales.

Por lo tanto parece que deba afirmarse, por un lado, la posibilidad de modificar los preceptos iusfundamentales en cuanto formalmente nada lo impide y por otra sólo aceptar, desde un punto de vista exclusivamente material, las reformas *in bonam parte*.

Por cuanto se refiere al resto de garantías de los derechos fundamentales en el ordenamiento italiano podemos decir que en él no existen dos tipos de protección que configuraban la determinación de auténticos derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. Estamos hablando, obviamente, de la fórmula del contenido esencial que nos servía para delimitar la efectiva existencia de un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, y el recurso de amparo que era el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional español para elucidar su presencia.

La Constitución italiana no contiene referencia alguna a la existencia de un "contenido esencial". Esto no quiere decir que no exista o que no se tutele. Al contrario, tal ausencia ha sido suplida por la Corte que ha creado un contenido esencial con relación a algunos derechos, sobre todo con respecto al derecho de propiedad, manifestando la existencia de dos partes en este derecho, una intangible y otra limitable.

Sin embargo, la utilización de esta cláusula ha sido criticada por la doctrina en la medida en que supone una recepción de

categorías jurídicas ajenas y extrañas al derecho italiano y porque no añade nada a la protección de los derechos fundamentales que no estuviera ya previsto en la Constitución.

Es cierto que el contenido esencial nos servía en nuestra Constitución como elemento decisivo para dilucidar la existencia de derechos fundamentales, como cláusula clave en la sistemática constitucional. En el derecho italiano su introducción sólo sirve, en el mejor de los casos, para razonar de una manera más gráfica, pero no aporta mayor ayuda para identificar cuáles son los derechos fundamentales ni contribuye a su mayor protección provocando en su conjunto más problemas que ventajas.

La segunda característica de la Constitución italiana es la ausencia de un recurso de amparo, elemento que sirve a la doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional español para definir cuáles son los derechos fundamentales. Coherentemente, para esta doctrina, en el ordenamiento jurídico italiano no existirían derechos fundamentales... Lo desatinado y absurdo de esta última frase no puede sino denunciar la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. Y es que no se puede confundir el concepto de derechos fundamentales con su aspecto procedimental, son dos cuestiones que han de dilucidarse por separado, la mayor o menor protección de un derecho fundamental es adjetiva de éste y por tanto lo presupone pero no puede definirlo.

Independientemente de esto, la posibilidad de fijar un recurso de amparo fue postulada en algún momento por la doctrina. Pero sin embargo hoy tal posibilidad parece innecesaria en la medida en que el sistema incidental consigue un auténtico control de constitucionalidad ausente de lagunas, en cuanto la Convención europea de derechos del hombre, firmada por Italia, contiene un procedimiento asimilable, y porque se ha alcanzado

una gran armonía entre la justicia constitucional y la ordinaria en la defensa de los derechos inviolables.

También nos referimos a las relaciones que necesariamente se dan entre derechos y deberes y que de modo evidente proclama el art. 2 de la Constitución italiana. Esta alusión a los deberes, sin embargo, ha sido criticada porque incorpora valores superiores a la persona humana y sus derechos en la Constitución.

Se discute con respecto a esta misma cláusula si tiene carácter recapitulatorio en relación con los específicos deberes constitucionales o deja abierta la incorporación de nuevos deberes. Se trataría de la misma cuestión que veíamos cuando hablamos del vínculo que unía al art. 2 con los concretos derechos fundamentales situados en la Constitución. Si parecía más adecuado en este segundo caso interpretar el art. 2 como cláusula abierta, será coherente también entender que se pueden crear, incorporar, nuevos deberes a través de este mismo artículo.

Por ultimo nos ocupamos también de la utilización por la doctrina de este precepto para aceptar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares al reconocer esta disposición los derechos fundamentales del hombre "en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad". Constituye esta referencia un oportuno asidero para legitimar la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones *inter privados*.

CAPÍTULO IV
LA COLISIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES.

1. La colisión de los derechos fundamentales como punto de partida.

En cuanto hemos dicho con relación a la identificación de los derechos fundamentales en la Constitución italiana y española late una idea que parece necesario resaltar: la coincidencia substancial, desde un punto de vista pragmático constitucional, del fenómeno iusfundamental. En efecto, al proyectar la noción teórica de derechos fundamentales que vinculaba la idea iusfundamental a la dignidad humana, y que, además, exigía una protección jurídica, en los ordenamientos jurídicos español e italiano, obteníamos como resultado que los derechos fundamentales en ambos sistemas eran esencialmente idénticos o equivalentes.

Este paralelismo no creemos que pueda hacer surgir mayores discusiones. El hecho de que los textos constitucionales no contengan una misma redacción o una similar protección no empece a que los derechos fundamentales sean a grandes rasgos los mismos; y es que éstos constituyen un fenómeno cultural desde una doble perspectiva. Por un lado, lo son en cuanto exigencias éticas comunes a, al menos, determinadas áreas culturales y no propias exclusivamente de un determinado Estado; y por otro, como texto positivo que está sometido a interpretación ³⁸¹.

³⁸¹ *La relación que existe entre cultura e interpretación es comúnmente aceptada por los filósofos del derecho; así en sus formulaciones más recientes F. Viola señala que "si el derecho es una práctica social determinada, está encerrado en un horizonte cultural específico...". F. VIOLA, Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica, Rivista internazionale di filosofia del dritto, 1989, págs. 336-356, pág. 353. En el mismo sentido Häberle señala que "los derechos fundamentales son expresión de la cultura humana y la hacen posible. Las garantías jurídicas de la libertad están dentro de un contexto de conexiones culturales sin las que estas garantías no podrían ser valoradas en su efectividad jurídica. Textos clásicos no jurídicos pueden ser de tanta importancia para la 'condición general de la*

No obstante, la patente diferencia cronológica entre un texto constitucional y otro, así como el interés que se haya prestado a un concreto derecho en un ordenamiento, evidencian puntos de desacuerdo. Conviene recordar en este sentido la jurisprudencia constitucional italiana con respecto a la 'fundamentalidad' del derecho a la casa, o a la identidad sexual ³⁸², o las referencias que en nuestra Constitución se hacen al derecho a la objeción de conciencia.

Estas diferencias sin duda alguna obedecen a aspectos eventuales o coyunturales que no pueden discutir ni contestar la general coincidencia que los derechos fundamentales tienen en áreas culturales más o menos homogéneas, como puede ser la europea a la que España e Italia pertenecen ³⁸³.

Si los derechos fundamentales son, en el sentido en que venimos hablando, generalizables y no circunscribibles a un ordenamiento jurídico, evidentemente también lo será la

libertad' como una sentencia, que en un caso específico, recae sobre una violación de los derechos fundamentales". P. HABERLE, Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale..., op. cit., pág. 229.

³⁸² Véanse págs. 323 y ss.

³⁸³ En este sentido Häberle habla de una cultura de los derechos fundamentales alemana: "aún con todas las diferencias entre Länder, éstos se colocan siempre dentro de una tradición jurídica común en el campo de los derechos fundamentales". De igual manera existiría para el autor una cultura jurídica europea con relación a los derechos fundamentales: "También en este contexto el análisis de la jurisprudencia sobre el contenido esencial de los particulares derechos fundamentales en la óptica de la Corte de Justicia de las Comunidades europeas y de la Corte europea de los derechos del hombre ha permitido individualizar orientaciones comunes". P. HABERLE, Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale..., op. cit., pág. 232. A. E. PEREZ LUÑO, Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?..., op. cit., págs. 22-32. Véase nota pie de página núm. 29.

problemática que se desarrolla en su rededor y, concretamente, el tema que nos ocupa: la colisión que se pueda producir entre ellos.

La naturaleza esencialmente contradictoria de los derechos fundamentales es algo incontrovertido en la teoría de los derechos fundamentales ³⁸⁴ y que viene ratificada en la práctica. Así a la libertad de expresión se opondría el derecho al honor, frente a la libertad personal aparecería la inviolabilidad del domicilio... Y es éste un problema que ha de resolverse desde un punto de vista hermenéutico, en cuanto los derechos fundamentales vienen expresados en preceptos jurídicos.

Efectivamente, los enunciados semántico-constitucionales no entran en colisión en abstracto sino cuando se concretan en la práctica jurídica, y esto supone que nos tengamos que introducir necesariamente en la interpretación del derecho ³⁸⁵, entendida

³⁸⁴ Nicolás López Calera va a considerar tres tipos de conflictos: entre los derechos de un mismo contenido de dos sujetos, el conflicto de dos derechos de contenido diverso de dos sujetos distintos, y la contradicción entre los derechos de los sujetos individuales y los derechos colectivos. N. LOPEZ CALERA, Teoría crítica y derechos humanos, ¿Por qué no se realizan plenamente los derechos humanos?, en AA. VV., *El fundamento de los derechos humanos...*, op. cit., págs. 209-213, pág. 212; Naturaleza dialéctica de los derechos humanos..., op. cit., pág. 82; L. GARCIA SAN MIGUEL, Democracia y derechos humanos en la sociedad postindustrial..., op. cit., págs. 280 y 281.

³⁸⁵ De Otto señala que "en realidad, el problema de los límites de los derechos fundamentales no puede plantearse en términos de colisión entre derechos o entre derechos y bienes, aceptando que éstos estén definidos en términos tales que choquen entre sí, sino como un problema de interpretación de las normas en que se trata de delimitar las fronteras de los derechos, de trazar los límites en los que la propia norma constitucional configura los derechos fundamentales". I. DE OTTO Y PARDO, La regulación del ejercicio de los derechos y libertades..., op. cit., pág. 135.

ésta, en sentido amplio, con Riccardo Guastini, como "la atribución de sentido o significado a un texto normativo"³⁸⁶.

Esta asignación de sentido, en su acepción más extensa, viene realizada con una doble finalidad de conocimiento y de volición³⁸⁷. La primera la lleva a cabo con carácter general la ciencia jurídica que explicita los diferentes sentidos que un enunciado normativo puede tener y, en todo caso, propone el significado que es más aconsejable desde un punto de vista lógico. La actividad volitiva la llevan a cabo los jueces y, en general, todos los operadores jurídicos, y en ella se decide el sentido que el enunciado jurídico ha de tener para resolver un caso concreto, poseyendo un carácter vinculante³⁸⁸. Sin embargo, entre estas dos actividades existen evidentemente relaciones: así la interpretación-conocimiento habrá de tomar en cuenta las soluciones prácticas y no especular sin entrar en la consideración de la realidad, y en muchos casos la actividad volitiva se aprovechará de la tarea realizada por la ciencia del derecho³⁸⁹.

En cualquier caso, es preciso destacar que toda interpretación jurídica, sea con móviles prácticos o no, optará por adscribir siempre un sentido determinado a un enunciado

³⁸⁶ R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Edit. Giappichelli, Torino, 1990, pág. 15.

³⁸⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Edit. Giuffrè, Milano, 1980, pág. 61.

³⁸⁸ *Ibidem*, pág. 45.

³⁸⁹ *Esta idea la plantea en sus justos términos Aarnio cuando diferencia la dogmática del derecho de la práctica jurídica. La aplicación del derecho cumple una doble función: verificación de los hechos/aclaración de los contenidos de una norma jurídica. La dogmática jurídica coincide con la segunda: aclaración de los contenidos de una norma jurídica, pero procede también a su sistematización. A. AARNIO. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica, traducido por E. Garzón Valdés, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 51.*

normativo, es decir, comportará una decisión. Y esta actividad se realiza a través de la justificación jurídica, esto es, aportando razones a favor de un determinado sentido ³⁹⁰.

Esta tesis parece insinuar de alguna manera la derogación del conocido brocardo *in claris non fit interpretatio* al exigir para todo supuesto el desarrollo de una actividad interpretativa ³⁹¹. Es necesario que dediquemos aunque sólo sean algunas líneas a esta cuestión. La pregunta que nos podemos plantear es la siguiente: ¿existen casos en los que el significado viene ya dado por el enunciado normativo de manera que el operador no interpreta sino que únicamente realiza una operación lógica de deducción?, es decir, ¿en los casos en los que el sentido aparece claro en el texto no es necesario interpretar?

Desde nuestro punto de vista la respuesta ha de ser negativa, pues como se ha puesto de manifiesto la atribución de sentido pertenece a otro lenguaje y, por lo tanto, tiene características propias que son distintas a las del lenguaje normativo ³⁹². Además la cuestión es, conviene añadir, que hacer

³⁹⁰ L. GIANFORMAGGIO, L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, págs. 65-103, pág. 75.

³⁹¹ Tal posición estaría relacionada con cierto positivismo decimonónico para el que el derecho era una ciencia exacta, y "donde hay ciencia no hay interpretación, y viceversa donde hay interpretación no hay ciencia y por tanto no hay racionalidad". G. ROBLES MORCHON, Introducción a la teoría del derecho, *Edit. Debate, Madrid*, 1989, pág. 136.

³⁹² R. GUASTINI, Dalle fonti alle norme..., *op. cit.*, pág. 85. En este mismo sentido F. Ost y M. Van de Kerchove observan que la concepción estricta de interpretación, que reduce el problema interpretativo a la solución de lagunas y antinomias, no puede ser defendida en tanto que "la constatación de una laguna o de una antinomia... no puede operar más que dentro de una interpretación de normas existentes. La laguna y la antinomia no existen, en efecto, en sí; aparecen cuando el intérprete no ha conseguido, o querido, extender el campo de aplicación de una o varias normas virtualmente aplicables o, inversamente, porque no ha conseguido, o querido, restringir el campo de aplicación de dos normas para conciliar sus términos

distingos entre textos claros y oscuros es problemático en la medida en que "la claridad y la obscuridad, si prestamos atención, no son cualidades intrínsecas a un texto, precedentes a la interpretación: son, ellas mismas, consecuencia de la interpretación entendida en sentido lato como adscripción de significado a un texto" ³⁹³. En efecto, la oscuridad o no de un enunciado normativo se determina una vez que el operador haya actuado, nunca antes, y dependerá muchas veces del intérprete, lo que para un operador es claro puede no serlo para otro ³⁹⁴.

Así, pues, parece que no se haya de admitir esta máxima. No obstante esto, se ha querido mantener su efectividad reduciendo la interpretación a los casos en los que exista alguna dificultad ³⁹⁵.

con una armonización en su campo de aplicación restrictivo". F. OST y M. VAN DE KERCHOVE, Interprétation, Archives de philosophie du droit, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, tomo XXXV, págs. 165 a 190, pág. cit. 174.

³⁹³ R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme...*, op. cit., pág. 86. Igualmente Betti sostiene que la claridad no puede presuponerse, constituye el resultado de la interpretación. Lo contrario no sería sino un prejuicio a favor de la interpretación literal que llevaría a anticipar un juicio sobre la claridad de una fórmula. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici, edición preparada por G. Crifò, Edit. Giuffrè, Milano, 1971, pág. 51.*

³⁹⁴ En este sentido es necesario señalar que todos aquellos autores que diferencian entre casos rutinarios y casos difíciles o hard cases, se adscriben a esta línea doctrinal, exigiendo en todo caso la labor interpretativa. Otra cosa es que al intérprete con relación a un caso determinado no se le planteen dudas acerca del sentido final que se deba dar a la disposición. Véase A. AARNIO, *Lo racional como razonable...*, op. cit., págs. 24 y 25; R. DWORKIN, *Los derechos en serio, traducido por M. Gustavino, Edit. Ariel, Barcelona, 1989, pág. 146 y ss.*

³⁹⁵ "Da la impresión de que algunos de los argumentos dirigidos contra la interpretación *sensu stricto* están conectados con la carencia de una concepción pragmática de claridad y parecen expresar un postulado ligado a la idea de que todo texto legal debería ser interpretado". J. WROBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, traducido por A. Azurza, Edit. Civitas, Madrid, 1985, págs. 24 y 25. Ahora bien, es necesario resaltar que el autor polaco defiende una concepción estrecha de la interpretación por ser la utilizada en el discurso práctico*

2. Interpretación constitucional y derechos fundamentales.

En nuestra definición de derechos fundamentales no utilizábamos su constitucionalización como condición necesaria para su existencia, lo cierto es, sin embargo, que siempre han mantenido una vinculación histórica con esta fuente ³⁹⁶, y que tanto en la Constitución española como en la italiana existe una expresa e innegable alusión a ellos.

Por esto nos hemos de referir a los aspectos más relevantes de la problemática de la interpretación constitucional, que lógicamente, y dada su mayor comprensividad, determinará consecuencias concretas con relación a la hermenéutica de los preceptos iusfundamentales.

En primer lugar conviene citar las doctrinas que no consideran a la Constitución como texto jurídico y, por lo tanto, no susceptible de ser interpretada desde esta perspectiva. Para estas teorías la interpretación constitucional es en el mejor de los casos una actividad política, pues el texto constitucional constituye un objeto esencialmente de tal naturaleza. Esta posición la

jurídico, pudiendo ser factible la utilización de un significado de interpretación distinto, dependiendo de los fines que la investigación concreta planteara; ibidem, pág. 24. Sin embargo es necesario resaltar que desde esta postura sólo sería conceptuable como interpretación la actividad realizada por los jueces en la resolución de casos concretos y no otra, como puede ser la realizada por la ciencia jurídica. Véase en este sentido también del mismo autor L'interprétation en droit: theorie et ideologie, Archives de philosophie du droit, tomo XVII, L'interprétation dans le droit, 1972, págs. 51 a 69, pág. 53.

³⁹⁶ Véase nota pie de página núm. 26. Hemos dicho incluso que los derechos fundamentales sólo son comprensibles cuando exista una Constitución. Esta vinculación no se debe a que los derechos fundamentales hayan de recogerse en el texto constitucional, sino a que la Constitución generalmente implica un particular régimen organizativo de las relaciones Estado-individuo; concretamente la separación de poderes que es necesaria para que podamos hablar de derechos fundamentales.

podemos ilustrar a través de Ferdinand Lassalle para quien en la relación derecho-poder es el segundo elemento el que tiene primacía ³⁹⁷. En concreto, y con relación a la pregunta de qué es en esencia la Constitución, el publicista alemán responde arguyendo que no es otra cosa que "la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país" ³⁹⁸. Para éste, "se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de ese momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado" ³⁹⁹.

Sin embargo, hoy el carácter normativo de la Constitución viene reivindicado mayoritariamente por la ciencia jurídica. Paradigmático en este sentido es el simple título del trabajo del profesor García de Enterría, "La Constitución como norma"; en él va a enlazar históricamente el carácter vinculante de la normativa constitucional con la primera doctrina jurisprudencial americana en la que el Tribunal Supremo va a realizar juicios de constitucionalidad considerando a la Constitución como una auténtica norma jurídica. Este carácter normativo se consolida posteriormente en Europa con la aportación kelseniana relativa al

³⁹⁷ *En todos aquellos autores en los que el factor político, el poder, está privilegiado frente al jurídico, se observa una crítica no ya sólo limitada al derecho constitucional, sino al conjunto del fenómeno jurídico. Lassalle se centró, justamente, en la problemática jurídico-constitucional. Para un estudio más detallado de las implicaciones relativas a las relaciones poder-derecho véase M. LA TORRE, Diritto, potere, dominio. Argomenti per una teoria non prescrittivistica del diritto, working paper Law núm. 92/30, Edit. European University Institute, San Domenico, 1992; G. PECES BARBA MARTINEZ, Introducción a la filosofía del derecho, Edit. Debate, Madrid, 1983, págs. 29-53.*

³⁹⁸ *F. LASSALLE, ¿Qué es una Constitución?, traducido por W. Roces, Edit. Ariel, Barcelona, 1984, pág. 92.*

³⁹⁹ *Ibidem, pág. 92.*

control concentrado a través de un específico "juez" de constitucionalidad ⁴⁰⁰.

Este carácter normativo viene cualificado de manera notable al ocupar la norma constitucional el vértice jerárquico del ordenamiento jurídico ⁴⁰¹, teniendo una aplicación directa e inmediata ⁴⁰².

⁴⁰⁰ E. GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución como norma..., *op. cit.*, págs. 50 y ss. En el mismo sentido se expresa Gustavo Zagrebelsky vinculando el carácter normativo de la Constitución a las revoluciones francesa y americana. Cuando se puede establecer una garantía a través de la Constitución, ésta "se concibe por primera vez como norma jurídica capaz de conformar en sí misma la vida constitucional". G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale..., *op. cit.*, pág. 16. Sobre la posibilidad de una justicia constitucional véase también la polémica entre Kelsen y Schmitt en H. KELSEN, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?..., *op. cit.*; C. SCHMITT, La defensa de la Constitución..., *op. cit.*; también C. M. HERRERA, La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución..., *op. cit.*, págs. 195-227

⁴⁰¹ Tanto el carácter normativo como la supremacía constitucional son reconocidos en diversas ocasiones por la propia Constitución; véase en este sentido el art. 9.1 y 9.3 de la Constitución española o el art. 28 de la ley italiana núm. 87, de 11 de marzo de 1953, en el que se establece que: "El control de legitimidad constitucional de una ley o un acto con fuerza de ley excluye toda valoración de naturaleza política y todo control del uso del poder discrecional". Sin embargo en nuestro país se ha mantenido por cierta doctrina el carácter no vinculante del Capítulo III argumentándose que tiene un sentido exclusivamente programático. Esta opinión como vimos no parece aceptable, sería contraria al art. 9.1 de la Constitución; como dice Alonso García "no hay preceptos puramente programáticos, sino que todos son preceptos". E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 17, n. p. p. 66; E. GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución como norma..., *op. cit.*, pág. 68. En Italia también se ha planteado esta hipótesis, pero en general la doctrina viene entendiendo que "todas las disposiciones contenidas en la Constitución tienen un carácter preceptivo, en cuanto crean o concurren a crear verdaderas y auténticas normas obligatorias". C. LAVAGNA, Istituzioni di diritto pubblico..., *op. cit.*, pág. 216; P. MEROLA CHIERCHIA, L'interpretazione sistematica della Costituzione, Edit. CEDAM, Padova, 1978, pág. 145; E. SPAGNA MUSSO, Diritto costituzionale..., *op. cit.*, págs. 256 y ss. Sin embargo también existen autores que defienden el carácter programático de ciertas disposiciones constitucionales; así Enzo Cheli expresa la imposibilidad de establecer

Así pues, podemos incluir, en principio, la interpretación constitucional dentro de los confines de la interpretación jurídica. Ahora bien, existen una serie de notas que se presentan en este tipo de interpretación ⁴⁰³, fundamentalmente el elemento "político", que hacen que la hermenéutica constitucional posea ciertas especificidades que la definen y diferencian.

una vinculación jurídica en relación con la iniciativa económica. E. CHELI, Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina, Rassegna di diritto pubblico, 1960, págs. 260-304, pág. 303 y 304.

⁴⁰² *Esta aplicación directa entra en conflicto claramente con el monopolio del Tribunal Constitucional con relación a la constitucionalidad de las leyes, y es este principio organizativo el que generalmente tiene prioridad. No obstante, en algunos casos, como el de los derechos fundamentales en la Constitución española con relación a la legislación preconstitucional, o cuando se tramite su protección a través del recurso de amparo ordinario o constitucional, se aplica directamente el precepto constitucional. Véanse págs. 124 y ss. La doctrina italiana en este tema es contradictoria, y así en la primera jurisprudencia ya se mantenían posturas opuestas: la sentencia núm. 1, de 5 de junio de 1956, o la núm. 2, de 23 de junio del mismo año, se refieren al carácter exclusivo de la competencia de la Corte con relación a las leyes preconstitucionales Véase S.C.C. 1/1956, de 14 de junio de 1956, Giur. Cost. 1956, págs. 1-10. y S.C.C. 2/1956 de 23 de junio, Giur. Cost. 1957, págs. 561-575, la sentencia núm. 11, de 3 de julio de 1956, sin embargo declaraba la aplicabilidad directa del art. 13 de la Constitución al menos en el punto en el que sustrae a la autoridad administrativa las competencias que dicho artículo atribuye a los jueces en relación con el derecho a la libertad sentencia núm. 11, de 3 de julio de 1956, Giur. Cost. 1956, págs. 612-618. Estas dos corrientes doctrinales se mantienen a lo largo del tiempo: véanse las sentencias 49/1958, de 14 de julio, Giur. Cost. 1958, págs. 577-586; 12/1960 de 23 de marzo, Giur. Cost. 1960, págs. 113-123; y 2/1957, de 2 de enero, Giur. Cost. 1957, págs. 5-11; S.C.C. 13/1974, de 23 enero, Giur. Cost. 1974, II, págs. 47-52 o S.C.C. 54/1979, de 21 de junio, Giur. Cost. 1979, primera parte, págs. 413-427.*

⁴⁰³ *"La interpretación... impone por tanto que las leyes se interpreten de forma diversa según su distinta naturaleza y existen tantas teorías particulares como ramas del derecho". G. BELLAVISTA, Sulla interpretazione costituzionale, en AA. VV., Studi per il ventessimo anniversario dell'assemblea costituente. Autonomie e garanzie costituzionali, Edit. Vallecchi, Firenze, 1969, págs. 55-65, pág. 58. D. GARCIA BELAUNDE, La interpretación constitucional como problema, Revista de estudios políticos, 1994, octubre-diciembre, págs. 9-37, pág. 29 y ss.*

El componente político influye en cuanto "la Constitución comprende el complejo de las normas que regulan la organización del Estado y el sistema de las relaciones políticas y sociales" ⁴⁰⁴. En ella van a confluir los más altos principios del ordenamiento jurídico, las reglas que regirán las relaciones entre el Estado y los demás órganos, así como las ideologías que determinan el régimen político ⁴⁰⁵.

Esto no implica, empero, que los tribunales constitucionales hagan política, el juez constitucional "no debe, obviamente, decidir ajeno a todo razonamiento de principio y... favorecer, un grupo, una categoría social por la que siente simpatía. Tampoco debe decidir supliendo al legislativo, o sea, haciendo prevalecer una específica dirección política, quizás razonable y benéfica, pero cuya elección corresponde en definitiva a los electores" ⁴⁰⁶. En cualquier caso el Tribunal Constitucional no podrá tampoco dejar de calcular "con relación a la situación de todo el país, si la afirmación a la que se da un cierto valor podrá tener éxito, o si

⁴⁰⁴ P. MEROLA CHIERCHIA, L'interpretazione sistematica..., *op. cit.*, pág. 96.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, págs. 96 y ss. A. PACE, Corte Costituzionale e "altri" giudici, tra "garantismo" e "sensibilità politica", en AA. VV., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, Edit. CEDAM, Padova, 1985, págs. 587-604, págs. 597 y ss. Para el autor es evidente que los factores políticos entran en juego en todo tipo de interpretación pero de una manera más sensible cuando es el juez constitucional quien interpreta.

⁴⁰⁶ G. BOGNETTI, La Corte Costituzionale tra procedura e politica, en AA. VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Actas del Seminario desarrollado en Roma los días 13 y 14 de noviembre de 1989, Edit. Giuffrè, Milano, 1990, págs. 221-234, pág. cit. 231. Es necesario señalar que el citado autor parte de una concepción según la cual toda la Corte Constitucional está imbuida de una u otra manera de aspectos políticos. Por otro lado, es necesario también tener presente que la Corte Constitucional tiene como función fiscalizar la discrecionalidad del legislativo, discrecionalidad que tiene un carácter también eminentemente político. A. PIZZORUSSO, Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa, en AA. VV., *Strumenti e tecniche della Corte Costituzionale*. Actas del Congreso de Trieste, celebrado del 26 al 28 de mayo de 1986, Edit. Giuffrè, Milano, 1988, págs. 70-95, págs. 71 y ss; J. PEREZ ROYO, Curso de derecho constitucional..., *op. cit.*, pág. 136.

estará destinada a ser vana o a causar incluso más perjuicio que bien" ⁴⁰⁷.

En cambio, sí se puede hablar del carácter político de la interpretación constitucional porque la función controladora que cumple el juez constitucional tiene esta naturaleza al menos en dos aspectos: en primer lugar, en la medida en que garantiza *ex definitione* la observancia de reglas constitucionales que tienen, como ya hemos señalado, un marcado carácter político, y en segundo lugar, en cuanto las decisiones interpretativas resuelven asuntos relevantes desde el punto de vista político. Y a ello, como indica Wróblewski, se debe la prevalencia de la ideología en la interpretación, que puede ser estática o dinámica ⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ G. BOGNETTI, *La Corte Costituzionale tra procedura e politica...*, *op. cit.*, pág. 232.

⁴⁰⁸ J. WROBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica...*, *op. cit.*, pág. 113. Para Wróblewski lo que es necesario destacar es que "la interpretación constitucional está usualmente más estrechamente unida a problemas políticos que la interpretación de otras reglas del nivel jerárquico legal e infralegal. La interpretación de reglas constitucionales decide más sobre problemas políticamente relevantes y está vinculada a más opciones políticas que la interpretación de otras reglas" pág. 114. Muchas veces parece lógico, incluso normal, que se produzca confusión con relación al carácter político de la interpretación constitucional, y es que, como ha puesto claramente de manifiesto N. Occhiocupo, la Corte algunas veces se ha visto obligada a abordar determinadas decisiones desde un punto de vista más político que jurídico. Para evidenciar esta conclusión utiliza el mencionado autor declaraciones realizadas por miembros de la Corte en referencia a algunas sentencias. Por ejemplo, alude a las decisiones núm. 6 y 10 de 1969 en las que se declara el carácter administrativo de las Comisiones tributarias. En relación con ellas, Branca, Presidente de la Corte, en Conferencia de prensa manifestaba que de no haberse declarado su carácter administrativo se habría desmoronado todo el sistema. Estudia otras sentencias con similar argumento y termina diciendo que "la Corte ha utilizado -y utiliza- instrumentos diversos, porque, en determinadas contingencias, por los motivos más dispares de oportunidad, ha preferido aplazar toda decisión de mérito". N. OCCHIOCUPO, *La Corte Costituzionale come giudice "di opportunità della legge"*, en AA. VV., *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, edición preparada por N. Occhiocupo, Edit. CEDAM, Padova, 1984, págs. 13-65, pág. cit. 51. S.C.C. 6/1969, de 6 de febrero, *Giur. Cost.* 1969, I, págs. 36-

Si admitimos la existencia de un componente político en el texto-objeto de interpretación que diferencia esta específica adscripción de sentido, tendremos igualmente que asumir que existen métodos hermenéuticos propios y característicos de esta rama del derecho ⁴⁰⁹.

En primer lugar, es necesario destacar que no es éste un tema que haya preocupado especialmente en la literatura jurídica ⁴¹⁰, pocas son las líneas dedicadas por los teóricos del derecho a este argumento y escasas también las referencias en la

47; S.C.C. 10/1969, de 10 de febrero, *Giur. Cost.* 1969, I, págs. 61-69. Pero también desde la doctrina se ha criticado en otros casos a la Corte Constitucional por no adoptar decisiones políticas, así Vittorio Grevi se lamenta de que la Corte no haya declarado inconstitucional la legislación que contempla los procedimientos especiales relativos a los delitos cometidos por la policía. Tras citar otras razones que a su juicio invalidarían esta legislación el mencionado autor señala que la Corte resolviendo la inconstitucionalidad de esta ley arts. 27, 28 y 29 de la ley núm. 152, de 22 de mayo de 1975, habría operado como "mediadora entre dos instancias político-legislativas opuestas, evitando así un enfrentamiento parlamentario que podría resultar muy áspero". V. GREVI, *La procedura speciale per i reati commessi in servizio dagli appartenenti alla polizia: un privilegio non conforme al principio di eguaglianza*, *Giur. Cost.* 1976, II, págs. 1631-1656, *pág. cit.* 1651.

⁴⁰⁹ "Nada puede ilustrar más eficazmente la peculiaridad de la jurisdicción constitucional y el plano distinto en el que se desarrolla que el hecho de que una norma legal, esto es una entidad abstracta por definición, represente el caso concreto en torno al cual se desarrolla el juicio... El juez debe interpretar la norma para aplicarla, la Corte Constitucional, sin embargo, debe interpretarla para valorar su constitucionalidad". E. T. LIEBMAN, *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, *Rivista di diritto processuale civile*, 1966, págs. 569-579, *pág.* 571 y 572.

⁴¹⁰ Para Troper esta falta de atención no se debe a la casualidad sino, en todo caso, a que la Constitución históricamente no contiene una teoría general de la interpretación. M. TROPER, *Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale*, en AA. VV., *L'analisi del ragionamento giuridico*, edición preparada por P. Comanducci y R. Guastini, Edit. Giappichelli, Torino, 1989, Vol. II, págs. 215-247, *pág.* 216. Pérez Royo señala que sólo se habla de interpretación constitucional a partir de los años cincuenta y atribuye esta falta a la concepción no normativa de la Constitución que hasta entonces se tiene. J. PEREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional...*, *op. cit.*, *pág.* 130.

jurisprudencia constitucional. No obstante, como punto de partida y como *leit motiv* que rodea toda la hermenéutica constitucional, es imprescindible subrayar, con Prieto Sanchís, que el modo de argumentar en la interpretación constitucional "no puede ajustarse a los cánones de la subsunción, sino a los de la razonabilidad" ⁴¹¹.

Zagrebelsky señala que "es preciso reseñar que, con respecto a la Constitución, los vínculos jurídicos de la interpretación son muy suaves... siendo posible proponer casi siempre nuevas perspectivas sistemáticas que remezclen los específicos elementos del derecho constitucional en nuevas arquitecturas" ⁴¹². Para el citado autor hay que tener en cuenta la función que en la interpretación constitucional juegan las concepciones valorativas en relación con los conceptos constitucionales indeterminados. La racionalización de estos criterios se hace muy difícil por lo que existiría una categorización en cada caso, siendo los tópicos, los lugares comunes, de fundamental importancia en la interpretación constitucional. "Aquello que desde una teoría de la interpretación constitucional de la Corte constitucional se debería pretender no es un insensato discurso sobre los métodos de la interpretación, sino una puesta en juego de estos 'lugares' interpretativos de acuerdo con los caracteres de la Constitución que debe ser hecha

⁴¹¹ *El intérprete constitucional "no busca en realidad una solución al caso, sino la delimitación de un campo de licitud dentro del cual otros operadores jurídicos adoptarán la solución con arreglo a criterios políticos legislador o jurídicos juez; por eso, su modo de argumentar no puede ajustarse a los cánones de la subsunción, sino a los de la razonabilidad, que implican necesariamente un juicio valorativo y prudencial del que sólo puede ser responsable el propio intérprete". L. PRIETO SANCHIS. Notas sobre la interpretación constitucional..., op. cit., pág. 177. F. DE BORJA LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana, Revista española de derecho constitucional, 1992, enero-abril, págs. 99-125, pág. 108*

⁴¹² *G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale..., op. cit., pág. 52-53.*

valer y de la justicia constitucional que debe realizarse como función" ⁴¹³.

Entre estos lugares comunes, que debería tener en cuenta la interpretación del texto constitucional, estaría para Zagrebelsky el carácter pluralista de la Constitución que implica la lucha política y social ⁴¹⁴. Así el primer canon de la interpretación constitucional será que "la decisión de los casos constitucionales no debe prejuzgar la libertad del proceso político y la más amplia participación en él" ⁴¹⁵. Íntimamente vinculado con esta recomendación estaría el segundo canon, en el que Zagrebelsky señala que "la Corte ha de pronunciarse evitando que sus pronunciamientos asuman un valor suplementario de legitimación o, peor, de deslegitimación en abstracto de fuerzas o corrientes políticas" ⁴¹⁶. Para el autor "en una Constitución pluralista conviven varios valores y principios que traducen compromisos. Estos compromisos deben ser mantenidos también en la interpretación constitucional cuando se verifica un caso de 'colisión'. Esto supone la necesidad de evitar la absolutización de un valor o de un principio en menoscabo de los otros y así evitar la construcción de rígidas jerarquías entre ellos a menos que no vengan establecidas por la Constitución. El modo concreto en que operan los principios y valores constitucionales no es algo que pueda decirse definitivamente establecido, sino que es fruto de acontecimientos

⁴¹³ *Ibidem*, pág. 53.

⁴¹⁴ "La interpretación constitucional mira a la organización de una sociedad abierta al conflicto, a la que puedan acceder las partes sin discriminaciones ni privilegios". G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale...*, *op. cit.*, pág. 53. Sin embargo ha de diferenciarse esto de la restricción de hacer política que tiene el juez constitucional *self-restraint*. F. DE BORJA LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, *La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana...*, *op. cit.*, pág. 115.

⁴¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale...*, *op. cit.*, pág. 54.

⁴¹⁶ *Ibidem*, pág. 54.

siempre nuevos. Por consiguiente las jerarquías de los principios y de los valores son siempre nuevas, y la renovación corresponde en primer lugar y fundamentalmente al proceso político, respetando en todo caso el límite de la razonabilidad. La garantía de este límite va a corresponder a la Corte, pero sólo *ex post factum*, como control, no *ex ante*, como anticipación de elecciones que deben hacerse en la libertad del proceso político" ⁴¹⁷.

El tercer canon que habrá de observar la hermenéutica constitucional para el profesor italiano es que "la interpretación de la Constitución servirá como medio para promover el valor de la Constitución como conjunto" ⁴¹⁸; y, como la Constitución es contradictoria, el juez constitucional tendrá que entablar un diálogo con la opinión pública constitucional apartándose de las políticas de partido. Para Zagrebelsky otra pauta que guiará la interpretación constitucional, es "la exigencia de que las decisiones estén fundadas en reglas" ⁴¹⁹, de manera que se pueda, a través de ellas, evitar el excesivo carácter contractual propio de la vida política. También menciona como característica de esta interpretación "la necesidad de la mayor protección posible de los estándares decisionales" ⁴²⁰, aunque éstos hayan de ponderarse con los eventuales cambios que se puedan registrar en la sociedad. Por último, alude a la exigencia de que la Constitución se adecue a la realidad jurídica y social, "la justicia constitucional debe facilitar, no hacer difícil, el sentido de la Constitución" ⁴²¹.

⁴¹⁷ *Ibidem*, págs. 54 y 55.

⁴¹⁸ *Ibidem*, pág. 56. Este mismo criterio es utilizado por el Tribunal Constitucional alemán. F. DE BORJA LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana..., *op. cit.*, pág. 112.

⁴¹⁹ G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale..., *op. cit.*, pág. 59.

⁴²⁰ *Ibidem*, pág. 59

⁴²¹ *Ibidem*, pág. 60.

Para Pizzorusso, por otro lado, la característica más sobresaliente de la interpretación constitucional es su carácter elástico, que supone una utilización de los trabajos preparatorios inferior a la que se hace en la interpretación ordinaria ⁴²². Destaca, además, la fuerza normativa que para los jueces tienen las decisiones del Tribunal Constitucional. "Para el juez que ha de aplicar el derecho a los casos concretos, se trata, en efecto, de elaborar las normas para aplicarlas a aquéllos a través del empleo combinado de otras 'disposiciones' o 'enunciados' distintos, mientras que para el juez constitucional no se trata normalmente... de aplicar el derecho al hecho, sino de confrontar entre los textos ley - Constitución que deberán ser utilizados para la elaboración de normas concretamente aplicables a casos reales"⁴²³, que serán obligatorias.

Otra particularidad de la interpretación constitucional es la frecuente utilización del método sistemático. Este empleo encuentra su justificación en la necesidad de encajar las disposiciones constitucionales en la configuración general de la forma de Estado y la forma de gobierno ⁴²⁴.

Insiste en la preponderancia de la interpretación sistemática Merola Chierchia en "*L'interpretazione sistematica della Costituzione*". Para éste, lo que hace en primer lugar el intérprete es poner en relación una norma con otras, y recuerda con Celso, "*incivile est, nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita, iudicare vel*

⁴²² A. PIZZORUSSO, L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1989, págs. 3-15, pág. 8.

⁴²³ *Ibidem*, pág. 9. En la interpretación constitucional alemana se ha hablado del criterio de la armonización. F. DE BORJA LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana..., *op. cit.*, pág. 125.

⁴²⁴ A. PIZZORUSSO. L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi..., *op. cit.*, pág. 10; D. GARCIA BELAUNDE, La interpretación constitucional como problema..., *op. cit.*, pág. 31.

respondere". Está íntimamente ligada, pues, la interpretación con la unidad y coherencia del sistema jurídico, de manera que en la interpretación se muestra algo más de lo que en principio aparece⁴²⁵. Para Merola Chierchia el criterio sistemático se acentúa en la interpretación constitucional; efectivamente, "la sistematicidad se presenta en ésta, más que en relación con los textos legislativos, como una cualidad objetiva, lo que explica la exigencia de asumir el criterio sistemático, como *fundamental*, en la interpretación de las normas constitucionales, y de reconocerle una posición de prioridad lógica respecto a los otros criterios interpretativos"⁴²⁶.

Pensovecchio Li Bassi ha resaltado la necesaria participación del legislador en la interpretación constitucional. Es preciso, mantiene, que el Parlamento "actúe activa, intensa y continuamente, que intente comprender con exactitud el contenido, los motivos y las finalidades de las normas constitucionales, imprimiendo a su acción un real, aunque también controlado, impulso y evitando comportamientos deplorables de indiferencia con respecto a la actuación y aplicación de la Constitución"⁴²⁷. La actividad de la Corte dependerá de la del legislador, de manera que "cuanto más escasa y restringida es la segunda, tanto más está destinada la primera a desarrollarse: en este caso el límite entre la actividad del juez constitucional y la del legislador constitucional tenderá a reducirse, ya que una

⁴²⁵ P. MEROLA CHIERCHIA, L'interpretazione sistematica della Costituzione..., *op. cit.*, pág. 244.

⁴²⁶ *Ibidem*, pág. 249. Augusto Cerri sitúa, justamente, el problema del conflicto entre normas constitucionales en el criterio sistemático. A. CERRI, Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione, *Giur. Cost.* 1976, I, págs. 272-284, pág. 273.

⁴²⁷ A. PENSOVECCHIO LI BASSI, L'interpretazione delle norme costituzionali, *Edit. Giuffrè*, 1972, pág. 148. *Se ha discutido si esta intervención de la Corte tiene carácter supletorio o eventual, o si es institucional.* P. BARILE, Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana: sintesi, en AA. VV., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia, edición preparada por P. Barile, E. Cheli y S. Grassi, Edit. Il Mulino, Bologna, 1982, págs. 537-546.*

prolongada inercia y una actividad sólo excepcional por parte del poder de revisión implican inevitablemente un impulso de la actividad del juez constitucional, que frecuentemente se va a encontrar en la necesidad de adaptar y desarrollar el contenido de las normas constitucionales y también... de asumir un papel sustancialmente creativo, y por tanto normativo, que le conducirá a determinar una tácita transformación de la normativa constitucional o a influir en sus transformaciones" ⁴²⁸.

En nuestra doctrina existen algunas aportaciones de indudable valor en la caracterización de la interpretación constitucional. Uno de los autores que más se ha ocupado del tema es Luis Prieto Sanchís que en su trabajo "Notas sobre la interpretación constitucional" destaca como propiedades de ésta el carácter abierto de sus argumentaciones con relación a consideraciones de tipo valorativo o finalista ⁴²⁹, su carácter político ⁴³⁰, y el carácter vinculante del fundamento jurídico ⁴³¹. Más adelante va a subrayar la presencia de elementos extrasistemáticos en la interpretación constitucional,

⁴²⁸ A. PENSOVECCHIO LI BASSI, L'interpretazione delle norme costituzionali..., *op. cit.*, pág. 150. Uno de los sectores donde más evidente es este carácter supletorio de la Corte Constitucional es en la regulación de la radiotelevisión; así, como pone de manifiesto Roberto Zaccaria, desde 1976 el legislador, pese a los reiterados reclamos de la Corte, no intervino en este sector, por lo que la Corte va a encargarse de reglamentar esta materia. R. ZACCARIA, La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di espressione radiotelevisiva. Nuove dimensioni nei diritti di libertà, en AA. VV., *Scritti in onore de P. Barile*, Edit. CEDAM, Padova, 1990, págs. 539-556.

⁴²⁹ L. PRIETO SANCHIS, Notas sobre la interpretación constitucional..., *op. cit.*, pág. 178.

⁴³⁰ *Ibidem*, pág. 178.

⁴³¹ *Ibidem*, pág. 179 y ss.

ideologizantes ⁴³², y la particular importancia que en ella adquiere el precedente ⁴³³.

El profesor Pérez Royo advierte que la interpretación constitucional se caracteriza por ser una interpretación de límites. Por un lado, con relación al legislador que al establecer una ley ha de respetar los márgenes que le impone la Constitución; por otro, con respecto al juez constitucional, que tendrá que examinar si el legislador cumple las limitaciones que él considera como tales. Son límites que en todo caso actúan de forma distinta, pues el legislador tiene una función política, creativa, y el Tribunal Constitucional tiene una estrictamente jurídica, determinar si la decisión del legislador está dentro de la Constitución o no ⁴³⁴.

⁴³² "no sólo carece de sentido la tajante separación positivista entre derecho y moral, sino que, al contrario, aquél descansa siempre en una determinada concepción de la moralidad que el juez habrá de tener en cuenta para responder correctamente a los problemas, sobre todo a los problemas difíciles". L. PRIETO SANCHIS, Notas sobre la interpretación constitucional..., *op. cit.*, pág. 183. Ahora bien la presencia de estos elementos ideológicos no se derivan de la aceptación de un sistema de valores "sino más bien de su posibilidad de justificación racional"; *ibidem*, pág. 186.

⁴³³ "creo que el respeto al precedente es una virtud más apreciable en la justicia constitucional que en la ordinaria. Esto no sólo obedece a la vocación de estabilidad de la Constitución, que es el parámetro de enjuiciamiento, sino también a que en mi opinión el respeto al precedente se hace tanto más necesario cuanto más se desenvuelve la interpretación o si se prefiere, cuanto más limitadas se muestran las demás reglas del discurso en orden a definir una solución correcta". L. PRIETO SANCHIS, Notas sobre la interpretación constitucional..., *op. cit.*, págs. 190 y 191.

⁴³⁴ Se trataría de elucidar cómo el legislador en su libertad política respeta la norma jurídica constitucional. Para Pérez Royo el método tópico es el que determinará tal relación. Este criterio sería adoptado por las inconsecuencias a que llevarían los criterios tradicionales del Código civil. "Se trata... de un método que está determinado por la interacción política y derecho tal y como está institucionalizada en la Constitución democrática en la forma de Parlamento y Tribunal Constitucional". J. PEREZ ROYO, Curso de derecho constitucional..., *op. cit.*, pág. 142. A este criterio correspondería obtener un "mínimo de seguridad" dentro de las relaciones sociales. Pero como es un método impreciso, la doctrina ha elaborado una serie de principios hermenéuticos para obtener más seguridad: el principio de unidad de la Constitución, el principio de concordancia práctica optimizar la interpretación

Canosa Usera, por su parte, va a estudiar los elementos tradicionales de la hermenéutica deslegitimando su adecuación para resolver los problemas que plantea la interpretación constitucional; así el literalismo, el elemento sistemático, histórico, teleológico y la analogía, no satisfarían completamente al intérprete de la Constitución ⁴³⁵. Los elementos que inevitablemente se relacionan para el autor con la interpretación del texto constitucional son "la evolutividad; la politicidad; y el factor estimativo o penetración axiológica" ⁴³⁶. Por lo que se refiere al primer elemento, la evolutividad, señala que las disposiciones de la Carta "se hallan preparadas para soportar los cambios, que en un normal desenvolvimiento del sistema, han de producirse. Su facilidad de adaptación radica en la elasticidad y ambigüedad que las caracteriza" ⁴³⁷. En relación con el elemento político, llega a decir que "cuanta mayor politicidad contenga una norma jurídica, más privilegiada será su colocación dentro de la pirámide de jerarquía normativa" ⁴³⁸; esta politicidad supone para Canosa discrecionalidad y creatividad. El tercer elemento es el factor axiológico, que implica que "cuando el juez constitucional se enfrenta a la oscuridad del texto necesariamente ha de argumentar estimativamente, en especial, si el objeto a interpretar lo

de la Constitución cuando dos normas entran en conflicto, el principio de corrección funcional equilibrio en la distribución de los poderes del Estado, el principio de la función integradora la Constitución ha de ser entendida como medio para la unión política, y el principio normativo la Constitución es una norma que establece límites al legislador. Ibidem, págs. 144-146.

⁴³⁵ R. CANOSA USERA, Interpretación constitucional y fórmula política, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 92-106. No obstante, para el autor estos elementos, aun no siendo suficientes, sí son necesarios.

⁴³⁶ Ibidem, pág. 106.

⁴³⁷ Ibidem, pág. 112. Para el autor la evolutividad está íntimamente ligada con la interpretación sistemática.

⁴³⁸ Ibidem, pág. 120

componen las disposiciones del contenido más claramente axiológico" ⁴³⁹.

Alonso García, desde otro punto de vista, va a realizar un análisis de este tema minucioso y detenido en su obra "*La interpretación de la Constitución*". En ella va a examinar las distintas fuentes que utiliza el juez constitucional español para resolver los problemas interpretativos que se puedan suscitar, tomando como elemento comparativo la jurisprudencia norteamericana. Pone el acento sobre la escasa utilización de los argumentos literario ⁴⁴⁰, histórico ⁴⁴¹, el precedente ⁴⁴², la lógica jurídica ⁴⁴³, o el derecho natural ⁴⁴⁴. Para el autor la jurisprudencia de valores constituye el elemento peculiar de la interpretación constitucional; ésta tiene

⁴³⁹ *Ibidem*, pág. 134.

⁴⁴⁰ "nos referimos sólo a la posibilidad de que la norma subconstitucional se obtenga a través de la interpretación sintáctica y semántica del precepto constitucional, lo cual es totalmente excepcional". E. ALONSO GARCIA, *La interpretación de la Constitución...*, op. cit., págs. 90-91.

⁴⁴¹ *Tras analizar algunas sentencias en que el Tribunal ha utilizado argumentos históricos concluye diciendo que el originalismo del T.C. en principio, 1º "no ha conllevado la petrificación del contenido de la C.E.; 2 sí ha hecho el T.C. manifestación expresa de que su valor está subordinado al de otras fuentes; 3 a veces incluso lo ha rechazado explícitamente, y 4 no ha sido ajeno al llamado pseudo-originalismo, es decir, a la recreación intuitiva de la hipotética voluntad de los constituyentes". E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., op. cit., pág. 149.*

⁴⁴² *El precedente está relacionado para el autor con la jurisprudencia de valores que estudiaremos a continuación. E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., op. cit., pág. 172.*

⁴⁴³ *Para Enrique Alonso García la lógica jurídica puede entenderse como formal silogismo jurídico, que toda decisión posee, o como racionalidad o razonabilidad, aunque en estos casos "ambos tests son exactamente iguales, aplicación pura y simple de la teoría de los valores". E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., op. cit., pág. 212.*

⁴⁴⁴ *Este argumento ha sido rechazado específicamente por el Tribunal Constitucional español, e incluso cuando se refiere al valor de justicia se intenta huir de cualquier connotación iusnaturalista. E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., op. cit., págs. 270 y ss.*

una operatividad similar a la de la jurisprudencia de conceptos: "son construcciones de alto grado de abstracción, mayor que el de la jurisprudencia de conceptos por la sencilla razón de que han de aplicarse a la totalidad del ordenamiento" ⁴⁴⁵.

De cuanto hemos dicho podemos inferir la siguientes conclusiones con relación a la caracterización de la interpretación constitucional:

-1º La presencia del elemento político, desde un punto de vista externo, como ingrediente que cualifica la interpretación de la Constitución, la hace significativamente diferente a la de otras ramas del derecho.

-2º Es notoria la insuficiencia de los criterios ordinarios para resolver satisfactoriamente los problemas que dimanen de la Constitución como texto, porque la integran fórmulas con un alto grado de politicidad.

-3º El carácter político del texto constitucional significa también concebir la Constitución como un pacto entre las diversas fuerzas que participan en el proceso constituyente por lo que el método sistemático jugará un cardinal cometido en cuanto el intérprete habrá de armonizar un material asaz heterogéneo.

-4º Los textos constitucionales tienen un carácter más elástico que los legales, por lo que el intérprete no debe establecer rígidas jerarquías de principios o valores puesto que éstas variarán con el paso del tiempo.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, pág. 278. Recoge las críticas que se han suscitado en torno a la jurisprudencia de valores en la doctrina alemana y estadounidense; concretamente permitir al juez constitucional el llevar a cabo una labor más propia del legislador que de un juez. Véase nota pie de página núm. 434.

-5º La actividad del legislador influye de manera evidente en la interpretación del juez constitucional en cuanto será justamente ésta el objeto del juicio de constitucionalidad. Por otro lado, ante un legislador-constituyente que no desarrolle o modifique el texto constitucional existirá, como reverso, una interpretación de la Constitución más creativa, que supla esta inercia.

-6º Adquiere una importancia decisiva la técnica del precedente al figurar en la Constitución disposiciones de carácter general y anfibológicas que impiden determinar un concreto sentido que excluya a otros; así el juez constitucional resolverá de manera similar, utilizando el anterior caso como precedente, siempre que no se modifiquen las circunstancias.

-7º Por último podemos destacar la presencia de los criterios de razonabilidad o racionalidad ⁴⁴⁶, o, en sentido más amplio de la jurisprudencia de valores, como técnica característica de la interpretación constitucional.

Efectivamente, la presencia del elemento político es la nota más relevante, desde el punto de vista externo, de la hermenéutica constitucional, y es esencial a ésta puesto que la norma constitucional, con la que se ha de confrontar la ley, es la plasmación de un acuerdo de fuerzas políticas de distintas ideologías, en la medida en que el objeto del juicio recae sobre una ley, texto también de indudables contornos políticos, y en cuanto el intérprete más autorizado, el juez constitucional, tiene

⁴⁴⁶ *Pensamos con Alonso García que la racionalidad y la razonabilidad son términos equivalentes y que, en definitiva, no dejan de ser sinónimos de la jurisprudencia de valores. E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., op. cit., págs. 207 y 211.*

una composición de alguna manera también política ⁴⁴⁷. Para proporcionar una respuesta adecuada a estas singularidades, el juez constitucional habrá de utilizar criterios de razonabilidad, de valores, de fórmulas, en definitiva, ajenas al silogismo jurídico, siendo ésta la cualidad más sobresaliente de la interpretación constitucional desde un punto de vista interno.

Como ha mostrado Perelman el silogismo jurídico presupone un ordenamiento jurídico coherente y completo en el que no cabe ambigüedad, y que está ligado a las concepciones jurídicas de la postrevolución francesa ⁴⁴⁸. Esta idea de coherencia

⁴⁴⁷ *La naturaleza política de la composición del juez constitucional se refleja en el nombramiento de sus miembros. Así tanto la Constitución española como la italiana prevén que la propuesta de la mayoría de los miembros sea hecha por órganos políticos. El art. 159 de la Constitución española preceptúa que cuatro de los miembros del Tribunal Constitucional sean propuestos por el Congreso, cuatro por el Senado y dos por el Gobierno los dos restantes son propuestos por el Consejo general del poder judicial, y el art. 131 de la Constitución italiana dispone que un tercio de los miembros de la Corte Constitucional son nombrados por el Presidente de la República, otro tercio por el Parlamento y el otro tercio por las Supremas magistraturas ordinarias y administrativas. En todo caso es necesario recalcar también que este carácter político se ve lenificado al exigirse en ambos casos una rigurosa formación jurídica arts. 159.2 de la Constitución española y 151, páfo. 2º, de la Constitución italiana.*

⁴⁴⁸ C. PERELMAN, *Diritto, logica ed epistemologia*, en *Il campo dell'argomentazione. Nuova retorica e scienze umane*, traducido al italiano por E. Mattioli, Edit. Pratiche, Parma, 1979, págs. 216-231, págs. 216 y ss. Esta obra tiene el mismo título que el original *Le Champ de la argumentation*, editada por la Universidad de Bruxelles en 1970, pero su contenido es ligeramente diverso. Recoge sólo 11 de los 31 trabajos de éste y ello por la voluntad del autor de dar a conocer algunos de sus trabajos aparecidos en *"Justice et Raison"* de 1972 y lo publicado entre 1970 y 1977. Contiene además los estudios inéditos "La filosofía del pluralismo" e "Igualdad y justicia" y la ponencia "Dialéctica e igualdad" presentada en el Congreso del bicentenario de Hegel. También para Tarello está íntimamente vinculado el silogismo jurídico con el primer positivismo que va a ocultar las operaciones prácticas que no pudieran conducirse a él. G. TARELLO. *Interpretazione della legge...*, op. cit., pág. 79. Véase también D. FARIAS, *Interpretazione e logica*, Edit. Giuffrè, Milano, 1990, págs. 82-88.

del ordenamiento jurídico entra en crisis cuando se percibe que en un mismo ordenamiento conviven normas contradictorias. El conflicto no puede ser resuelto con procedimientos deductivos; evidencia que es mucho más patente en la Constitución cuyo carácter pactista crea un excelente caldo de cultivo para la aparición de antinomias irresolubles desde los principios de la lógica formal.

Pese a esto no se puede perder de vista que todas las operaciones discursivas que realiza el juez constitucional son reconducibles formalmente siempre a un silogismo ⁴⁴⁹ y que esta estructura tan propia de la lógica preside la expresión decisoria del juicio de constitucionalidad.

2.1 El silogismo constitucional: la norma legislativa como objeto de constitucionalidad.

En este silogismo constitucional se presentan una premisa mayor, el texto constitucional, y una premisa menor, la ley impugnada. El juez constitucional ha de convertir en estructuras homogéneas estos dos enunciados, decidiendo la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley impugnada.

Uno de los temas que más ha preocupado a la doctrina es el objeto de la declaración de inconstitucionalidad, si se trata de la norma o de la disposición jurídica. Hemos entendido la interpretación como atribución de sentido a un precepto, identificando a éste con el enunciado del lenguaje prescriptivo del

⁴⁴⁹ C. A. FRANCHI, L. GIANFORMAGGIO, L. MIGLIORINI, G. TARANTINI, Le argomentazioni nelle sentenze della Corte Costituzionale, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Perugia*, 1975, págs. 83-108, pág. 91. En este mismo sentido Alonso García dice que todas las sentencias del Tribunal Constitucional tienen una apariencia silogística más o menos acusada. E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 190.

legislador y aquélla con el sentido que adquiere el precepto con la adscripción de significado. Nos planteamos ahora qué es declarado inconstitucional: el texto dictado por el legislador, es decir, el precepto legislativo, o la interpretación que de este texto se haya hecho, esto es, la norma.

Para abordar este problema es necesario distinguir, en primer lugar, con Riccardo Guastini, entre vicios formales y materiales, y es que en los casos en los que se presenta un defecto formal, éste no afecta a la ley en cuanto tal al texto o documento normativo aprobado sino al procedimiento de formación, al acto normativo en virtud del cual se produce la ley. Pero a nuestros efectos debemos considerar que "la invalidez del acto normativo conlleva además la invalidez del texto normativo producido... En principio, una decisión de *accoglimento* -esto es una declaración de ilegitimidad constitucional- afecta al acto normativo y, por ende, también a todo el texto de la ley" ⁴⁵⁰

Por lo que se refiere a los vicios materiales no parece que exista un total acuerdo en la literatura jurídica. Cierta doctrina ha pretendido vincular la declaración de inconstitucionalidad con el precepto argumentando que se trata siempre de un ordenamiento jurídico escrito. Así Ascarelli dice que en general "el objeto de la interpretación no es una 'norma' sino un texto o un comportamiento, es gracias a la interpretación del texto o del comportamiento y por ello siempre gracias a un dato que en rigor puede calificarse como 'pasado', 'histórico', que se formula la 'norma' como 'presente' e incluso se proyecta en el 'futuro'. Ésta una vez expresada vuelve a ser necesariamente texto" ⁴⁵¹. Esto

⁴⁵⁰ R. GUASTINI: *Dalle fonti alle norme...*, *op. cit.*, pág. 225; *Quindici lezioni di diritto costituzionale...*, *op. cit.*, págs. 155 y 156.

⁴⁵¹ T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, *Rivista di diritto processuale civile*, 1957, págs. 351-363 pág. 352. *Sobre la concepción de la interpretación en Ascarelli véase G. CHIARELLI*, *Processo*

supone con relación al control de constitucionalidad que el autor mantenga que éste recae sobre el texto y no sobre la norma constitucional, puesto que si se tratase de una norma "se abriría una carrera incierta con relación a las posibles, plurales, interpretaciones de un texto que actuaría anulando... sólo una de entre las interpretaciones que se pueden dar o permanecería... a su vez sólo con relación a una única interpretación posible"⁴⁵².

Frente a esta postura, Guastini señala que "el vicio material... se reduce a una antinomia entre la ley y la Constitución. Sin embargo, evidentemente, no se dan antinomias entre 'textos' o sea entre disposiciones, entre enunciados de lenguaje no interpretados todavía: se dan antinomias sólo entre 'normas', o sea entre disposiciones interpretadas. En otras palabras, la antinomia es una relación entre normas, y las normas son el fruto de la interpretación; así el reconocimiento de una antinomia presupone, como se ha visto, la interpretación de dos textos y el cotejo entre las normas extraídas de ellos"⁴⁵³.

costituzionale e teoria dell'interpretazione, en AA. VV., *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Edit. Giuffrè, Milano, 1969, Vol. V, págs. 2853-2867.

⁴⁵² T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione...*, op. cit., págs. 360 y 361. En el mismo sentido véase F. PIRANDREI, *La Corte Costituzionale e l'attività <<maieutica>>*, *Giurisprudenza italiana*, 1961, IV, págs. 177-186, pág. 180; A. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Edit. Giuffrè, Milano, 1967, pág. 20 y ss; L. MONTESANO, *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, *Rivista di diritto processuale*, 1958, págs. 524-540, pág. 524, publicado también en AA. VV., *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, Edit. UTET, Torino, 1960, Vol. II, págs. 1157-1172; N. ASSINI, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la <<guerra delle due Corti>>*, Edit. Giuffrè, Milano, 1973.

⁴⁵³ R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale...*, op. cit., pág. 156. Esta postura ya fue perfectamente intuita por Vezio Crisafulli en 1956 al distinguir entre las disposiciones de las que se puede extraer una sola norma y aquellas de las que se pueden derivar varias. V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte Costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, *Giur. Cost.* 1956, págs. 929-949, específicamente págs. 947 y 948. En el mismo sentido Pérez Luño entiende que la norma jurídica es el resultado de la interpretación, para el

Zagrebelsky parece mantener una posición ecléctica al indicar que la Corte "refiere su decisión al texto disposición cuando exista una correspondencia unívoca con la norma; no la refiere, limitándose a pronunciarse sobre las normas dejando por tanto los textos cuando esta correspondencia no exista y por tanto el mantenimiento de la disposición se justifique por su capacidad de expresar también normas conformes a la Constitución"⁴⁵⁴. Pero en realidad sostiene una postura análoga a la del profesor genovés; es decir, en los casos en que todas las hipotéticas *normas*, posibles significados de un precepto, sean contrarias a la Constitución el juicio afectará indefectiblemente al propio precepto; en aquellos otros en que no suceda así, el juez constitucional podrá limitar la declaración de inconstitucionalidad a alguno de los sentidos, a las *normas*.

Es esta segunda la orientación que nos parece más acertada, y ello por cómo entendíamos la "interpretación". Existían, decíamos, dos discursos el de las fuentes y el del intérprete, el primero era el conjunto de enunciados dictados por el legislador destinados a modificar las conductas, y el segundo el que se desprende de la adscripción de significado a aquéllos. Sólo cabe contradicción en el discurso interpretativo, cuando estamos ante normas. Por otro lado, únicamente desde esta perspectiva tienen cabida en la jurisprudencia constitucional las sentencias interpretativas, las que mantienen o rechazan algún sentido del precepto impugnado, pero no lo rechazan en cuanto tal porque de él pueden originarse una o varias interpretaciones acordes con la Constitución, consiguiéndose un efecto de conservación o

citado autor "si se parte de la idea de que una norma sin significado es un absurdo, hay que concluir que la norma no tiene un significado, sino que es un significado". A. E. PEREZ LUÑO, La interpretación de la Constitución..., op. cit., págs. 249-283, pág. 254.

⁴⁵⁴ G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale..., op. cit., pág. 281.

mantenimiento del texto normativo y por tanto de economía legislativa.

En este sentido en la jurisprudencia constitucional italiana se ha elaborado la siguiente tipología de sentencias constitucionales: En primer lugar se distingue entre sentencias "*di rigetto*", que rechazan la cuestión de legitimidad constitucional, y "*di accoglimento*", que acogen la cuestión planteada por el juez ordinario.

Entre las de *rigetto*, se diferencian las de *rigetto* en sentido estricto y las interpretativas de *rigetto*. Las primeras versan sobre el precepto en cuanto en ese particular caso todas las interpretaciones del texto impugnado son constitucionales. Las sentencias interpretativas de "*rigetto*" recaen sobre normas; en éstas la Corte establece que una disposición es constitucional siempre y cuando se la interprete de una determinada manera ⁴⁵⁵.

Por lo que se refiere a las sentencias de "accoglimento" se distingue también entre las que recaen sobre disposiciones y sobre normas. Las primeras serían aquellas que declaran la inconstitucionalidad de todas las interpretaciones que se desprenden de un texto, anulando el propio precepto, y las que recaen sobre una disposición revocándola parcialmente, sólo ciertas palabras del texto. Dentro de las que recaen sobre normas se distingue entre las sentencias interpretativas de "*accoglimento*", que anulan sólo una de las posibles interpretaciones, conservando el texto; las sentencias interpretativas de "*accoglimento*" parcial, que

⁴⁵⁵ *Este tipo de sentencia ha sido discutida por la doctrina italiana en la medida en que la Corte Constitucional va a tener una función que en principio no le atribuye el texto constitucional, la interpretación de la legislación que corresponde a la jurisdicción ordinaria. El juez a quo no está vinculado por la interpretación dada por la Corte pudiendo siempre volver a proponer una cuestión de inconstitucionalidad. M. CAPURSO, I giudici e il ruolo della Costituzione nell'interpretazione giuridica delle norme giuridiche, Giur. Cost. 1973, I, págs. 1190-1215, pág. 1209 a 1212.*

declaran inconstitucional una norma que no se corresponde con un conjunto determinado de palabras, sino que se construye con dos o más disposiciones; las sentencias "additive" que expresan la inconstitucionalidad de una ley en la parte en que no preveía cierta cosa que debería haber previsto de acuerdo con la Constitución, no tocando la disposición pero añadiendo una nueva norma; y, las decisiones "sostitutive", que anulan una disposición en cuanto prevé una cosa y no otra manteniendo la redacción del texto pero cambiando una norma por otra ⁴⁵⁶.

También en nuestra literatura, aunque no se ha elaborado por la doctrina una tipología tan minuciosa como en la italiana, parecen tener cabida las decisiones interpretativas del juez constitucional ⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ R. GUASTINI, *Disposizione vs. norma*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, II, págs. 3-14, pág. 14; *Quindici lezioni di diritto costituzionale...*, *op. cit.*, págs. 157-162; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale...*, *op. cit.*, pág. 228 y ss. R. ROMBOLI, *La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional*, *traducido por I. Torres Muro*, *Revista española de derecho constitucional*, 1996, págs. 35-80. *Es interesante por otro lado destacar que la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas y no los preceptos sirve también para determinar la retroactividad de la sentencia. En este sentido véase F. MODUGNO*, *I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizione in sede di giustizia costituzionale*, *Quaderni costituzionali*, 1989, págs. 37-51; S. POMODORO, *Interpretazione della legge e giudizio di legittimità costituzionale*, *Archivi di ricerche giuridiche*, 1962, págs. 2-28, págs. 19 y ss; S. LABRIOLA, *Le garanzie istituzionali per la protezione della costituzionalità...*, *op. cit.*, pág. 38; *en sentido más restrictivo T. MARTINES*, *Questioni vecchie e nuove in tema di attività interpretativa della Corte Costituzionale*, *en AA. VV.*, *Studi per il ventesimo anniversario dell'assemblea costituzionale. Autonomia e garanzie costituzionali*, Edit. Vallecchi, Firenze, 1969, págs. 393-424, pág. 417. *En cuanto a los límites que la actuación de la Corte tiene en relación con las sentencias aditivas o sustitutivas véase A. PIZZORUSSO*, *Sui limiti della potestà normativa della Corte Costituzionale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1982, págs. 305-312.

⁴⁵⁷ "es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha

2.2 legislación ordinaria e interpretación constitucional.

Es un hecho verificable que en los sistemas jurídicos continentales la legislación ordinaria suele contener preceptos alusivos a cómo ha de interpretarse la legislación ⁴⁵⁸ mientras la Constitución no se ocupa de esta materia, por lo que se ha suscitado una interesante polémica acerca del alcance de estas disposiciones en relación con la interpretación constitucional, esto es, la posibilidad de que ésta haya de seguir otras directivas interpretativas.

Es necesario distinguir a este respecto entre la interpretación constitucional que lleva a cabo el juez constitucional y la que realiza el juez ordinario o los órganos administrativos. Estos últimos no plantean excesivos problemas, están vinculados

interpretación, valoración que debe hacerse desde la perspectiva que ofrece el caso planteado, sin excluir, cuando no se observa tal incompatibilidad, que en el futuro puedan plantearse otros que pongan de relieve la oposición del precepto con la Constitución". S.T.C. 93/1984, de 16 de octubre, fto. jco. 4, B.J.C. 45, págs. 41-47; I. ARA PINILLA, Teoría del derecho..., op. cit., págs. 294 y ss; J. JIMENEZ CAMPOS, Voz Sentencia del Tribunal Constitucional, Enciclopedia jurídica básica, Edit. Civitas, 1995, págs. 6176-6182, pág. 6178; J. VECINAS CIFUENTES, Las sentencias aditivas del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador, Justicia, 1993, III-IV, págs. 477-493. Pero también en nuestra doctrina han recibido críticas, véase M. GASCON ABELLAN, La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción, Revista española de derecho constitucional, 1994, mayo-agosto, págs. 63-87, págs. 70 y ss. Para la autora el juez constitucional suplantaría al Tribunal Supremo en las sentencias interpretativas, al imponer a la jurisdicción ordinaria una concreta interpretación; y al legislador en las sentencias aditivas, al incorporar algo no previsto por éste. Sin embargo, admite estos tipos de sentencias "cuando la atribución a un determinado grupo de las ventajas o beneficios previstos en el precepto presuntamente inconstitucional sea necesaria para la protección de un bien o valor constitucional y, además, solo quepa un modo de realizarla -precisamente el que utiliza el TC". M. GASCON ABELLAN, Interpretación y creación judicial del derecho, en J. BETEGON CARRILLO, M. GASCON ABELLAN, J. R. DE PARAMO ARGUELLES, L. PRIETO SANCHIS, Lecciones de teoría del derecho..., op. cit., págs. 367-375, pág. cit. 374.

⁴⁵⁸ Así véanse los artículos 3 y 4 del Cód. civil español o el art. 12 del Cód. civil italiano.

no sólo por la Constitución sino también por todo el ordenamiento jurídico y en tanto por los preceptos ordinarios en materia de interpretación ⁴⁵⁹. El problema se plantea con relación al juez constitucional.

La aceptación de estos criterios legales podría suponer, desde un punto de vista lógico, la alteración del principio de jerarquía normativa en cuanto unos preceptos que formalmente ocupan un lugar inferior a la Constitución determinarían el sentido de ésta. Por ello algunos autores han mantenido la constitucionalidad de estas disposiciones; se trata, dicen, de preceptos materialmente constitucionales que, aunque ocupen formalmente un estadio legal, habrán de ser reputados como normas de rango constitucional ⁴⁶⁰.

Sin embargo, esta opinión no parece aceptable por las incuestionables dificultades que plantea la definición concreta de una Constitución material: ¿qué otras normas se podrían incardinar en esta "Constitución material?", ¿qué procedimientos se habrían de emplear para modificar estos preceptos materiales?... Por otro lado, y en todo caso, coincidimos con

⁴⁵⁹ "se puede decir que el vínculo del Título preliminar del Código civil... vale para la interpretación de la ley constitucional en relación al uso directo del documento constitucional por parte de los jueces ordinarios y administrativos y no vale... en relación a la interpretación-aplicación de los órganos de actuación constitucional". G. TARELLO, Interpretazione della legge..., *op. cit.*, pág. 312.

⁴⁶⁰ "convinimos en que las disposiciones reguladoras del hacer hermenéutico revisten carácter materialmente constitucional... Aceptar su constitucionalidad conlleva reconocer en estas disposiciones una superior categoría y, por ende, una prevalencia incuestionable sobre las restantes normas jurídicas". R. CANOSA USERA, Interpretación constitucional y fórmula política..., *op. cit.*, pág. 89; L. PRIETO SANCHIS, El ordenamiento jurídico en la Constitución, en G. PECES BARBA MARTINEZ con la colaboración de L. PRIETO SANCHIS, *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Edit. Fernando Torres, Valencia, 1991, pág. 93; A. PIZZORUSSO, Lecciones de derecho constitucional, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Vol. II, págs. 143 y ss.

Bartole cuando indica que el concepto de 'Constitución material' es siempre posterior al empleo de las técnicas de interpretación y producto de éstas, "la Constitución material tiene que ver con la interpretación del derecho ya que bajo múltiples perfiles, como el de la definición que se acoja de derecho, se configura como un auxilio hermenéutico, o mejor, quiere aparecer como un factor de racionalización de la actividad hermenéutica" ⁴⁶¹. Así, la concepción material de Constitución es lógicamente posterior a su interpretación, y proporcionará al intérprete un cuadro de referencia en el que proyectar su actividad, pero no puede suponer la existencia de una Constitución paralela cuyo contenido se pueda fijar independiente y subjetivamente.

Además, como ha expuesto certeramente Pérez Luño, la Constitución es "el derecho común y marco jurídico-ambiental básico para la aplicación de todas las normas" ⁴⁶², y esta legislación "en virtud de los principios de jerarquía, unidad y coherencia del orden público... no puede hallarse en contradicción con la Constitución formal... las normas interpretativas recogidas en el Título preliminar deben ser interpretadas de conformidad con los principios de la Constitución" ⁴⁶³.

⁴⁶¹ S. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico...*, *op. cit.*, pág. 607.

⁴⁶² A. E. PEREZ LUÑO, *La interpretación de la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 270.

⁴⁶³ *Ibidem*, pág. 271. Pizzorusso, por su parte, reconoce la posibilidad de alterar el orden jerárquico que se puede dar al existir una doble relación de jerarquía formal y material y la posibilidad de que las normas de rango inferior operen instrumentalmente con relación a fuentes superiores; ahora bien, no excluye completamente "la posibilidad de averiguar la conformidad de las normas sobre la producción jurídica que provienen de fuentes inferiores a las normas y a los principios establecidos, en materia de producción normativa, de fuentes de rango superior donde existan, también a los fines de la eventual declaración de inconstitucionalidad o de ilegitimidad de las primeras". A. PIZZORUSSO,

Las normas relativas a la interpretación recogidas en el Código civil, desde nuestro punto de vista, se imponen en la interpretación constitucional no ya en virtud de una supuesta jerarquía material, sino en cuanto concretan los criterios hermenéuticos construidos por la dogmática jurídica a lo largo del tiempo y que se proponen en este tipo de interpretación como magnífico instrumento para determinar el sentido de los enunciados constitucionales ⁴⁶⁴. Así, cuando el juez constitucional emplea cualquiera de estos criterios hermenéuticos no lo hace en razón de una vinculación material, inmediata y necesaria, sino por su aceptación como adecuados para fijar el sentido de los preceptos de la Constitución.

A mayor abundamiento nuestra legislación ha expresado de manera tremendamente clara la autonomía del Tribunal Constitucional, y en el art. 1 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional recoge que el juez constitucional únicamente está vinculado por la Constitución y por su propia ley ⁴⁶⁵.

3. La racionalidad en la interpretación jurídico constitucional.

L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi..., *op. cit.*, pág. 13.

⁴⁶⁴ G. ZAGREBELSKY, Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione, *Giur. Cost.* 1970, I, págs. 904-924, pág. 912; A. ROCCO, L'interpretazione delle leggi processuali, *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1906, págs. 87-150, pág. 74 y ss.; F. DE BORJA LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana..., *op. cit.*, pág. 110; G. BELLAVISTA, Sulla interpretazione costituzionale..., *op. cit.*, pág. 60; V. SIMONCELLI, Corso di diritto giudiziario civile, *Edit. Fratelli Ferri, Roma, 1904*, pág. 59; G. CHIOVENDA, Principi di diritto processuale civile, *Edit. Jovene, Napoli, 1980*, pág. 95.

⁴⁶⁵ E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 81. *En el ordenamiento italiano no encontramos un pronunciamiento tan firme, pero se puede deducir del art. 27 de la ley núm. 87, de 11 de marzo de 1953, sobre la Constitución y el funcionamiento de la Corte Constitucional.*

De todas formas, la aplicación de estos criterios interpretativos no resulta tan decisiva porque en la mayoría de casos no resuelven el sentido que se haya de dar a un enunciado jurídico constitucional. Como hemos apuntado más arriba la relevancia de su dimensión política define el sentido específico de la interpretación constitucional desde el punto de vista externo, y desde el punto de vista interno nos tenemos que referir a la racionalidad o razonabilidad como nota central de la atribución de sentido a los preceptos constitucionales ⁴⁶⁶.

Las pautas hermenéuticas establecidas en la legislación no consiguen sino eventualmente fijar el sentido de los enunciados constitucionales ⁴⁶⁷, de manera que se ha de acudir a otros criterios interpretativos. Nos referimos a una serie de procedimientos que bajo la denominación de juicios de racionalidad o razonabilidad intervienen en la decisión del juez constitucional ⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Como indica Tosi la razonabilidad está siempre en el derecho como canon de interpretación, pero aquí nos referimos a una concreta forma de argumentar. R. TOSI, Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, *Giur. Cost.* 1993, págs. 545-568, pág. 551; publicado también en AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Actas del Seminario desarrollado en Roma, Palazzo della Consulta, los días 13 y 14 de octubre de 1992, Edit. Giuffrè, Milano, 1994, págs. 278-300.

⁴⁶⁷ Para Canosa Usera "el intérprete a la luz de estas pautas legales no puede llevar a buen fin la actuación completa de la Carta Magna". R. CANOSA USERA, Interpretación constitucional y fórmula política..., *op. cit.*, pág. 90. Augusto Cerri, sin embargo, prefiere incluir parte de estos razonamientos en la interpretación sistemática. A. CERRI, I modi argomentativi nel giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato, en AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale...*, *op. cit.*, págs. 131-162, pág. 134.

⁴⁶⁸ Atienza exige como primer requisito para introducir 'la razonabilidad' en la decisión jurídica que "se recurra al concepto sólo cuando no sea aceptable o no se pueda adoptar una decisión racional". M. ATIENZA, Para una razonable definición de lo razonable, *Doxa*, núm. 4, 1987, págs. 189-200, pág. 197. En el mismo sentido parece hablar Neil McCormick. Identifica la racionalidad del ordenamiento jurídico por un lado con el conjunto de procedimientos internos del ordenamiento que determinan la decisión jurídica, pero admite la posibilidad, por otro lado, de

En primer lugar, es preciso delimitar si nos referimos con estos juicios a una misma idea o se trata de dos procedimientos distintos, con contenidos diversos y bien diferenciados. Hay que reseñar antes de nada que tanto en la literatura italiana como en la española existe una mayor propensión a hablar de "razonabilidad" para referirse a estos criterios, ligando incluso la "racionalidad" a la decisión que se adopta desde un punto de vista exclusivamente lógico.

Sin embargo, coincidimos con Alonso García cuando señala que, aun cuando el Tribunal Supremo norteamericano ha hecho un uso prevalente de la racionalidad considerándola como "la utilización del argumento objetivo, lógico, que supone la relación medios-fines"⁴⁶⁹, y el Tribunal Europeo de la Razonabilidad entendiéndola como el examen de "las normas promulgadas por el poder público introductor de la desigualdad para ver si los motivos o razones que se alegan para justificar esa desigualdad están o no de acuerdo con los valores constitucionales"⁴⁷⁰, "ambos

*"conflictos de interpretación de normas existentes". Lo que ocurre es que para el autor es admisible utilizar procedimientos de racionalización ajenos a los previstos en el ordenamiento jurídico; así dice que "existen razones para elegir entre las razones que entran en conflicto, éstas deben ser de grado más elevado. Y si estas razones de grado más elevado toman forma de principios jurídicos, como sucede comúnmente, la gran generalidad de estos principios hace que en muchos casos éstos entren en conflicto, y que por tanto se deban hacer elecciones. Allí donde exista una cierta área de controversia en la que se apliquen al menos dos principios, justificando cada uno de ellos una decisión diferente del conflicto práctico y jurídico de grado inferior, ¿qué principio debe regular el caso en cuestión?... El criterio que justifica la decisión debe ser, aunque sólo sea en un modesto nivel, universal o universalizable. Pero existe todavía una elección que se debe hacer entre posibles criterios rivales de este tipo". N. MACCORMICK, I limiti della razionalità nel ragionamento giuridico, en N. MACCORMICK y O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, traducido al italiano por M. La Torre, Edit. Giuffrè, Milano, 1990, págs. 257-279, pág. 277.*

⁴⁶⁹ E. ALONSO GARCIA, *La interpretación de la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 207.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, pág. 211. El profesor De Asís Roig, al describir los significados de los criterios de interpretación jurídica, vincula la racionalidad y la razonabilidad al criterio teleológico, relacionando la primera con las finalidades que persiguen las

tests... son exactamente iguales, aplicación pura y simple de la teoría de valores" ⁴⁷¹.

Desde una perspectiva distinta Zagrebelsky llega a la misma conclusión. Parte este autor de la arbitrariedad de la ley como criterio de inconstitucionalidad, y de la razonabilidad, la racionalidad y la equidad como mecanismos o métodos para verificar aquel abuso. La irracionalidad vendría dada por "la ruptura de la coherencia interna del ordenamiento jurídico" ⁴⁷² al igual

normas, y la segunda con los valores y bienes constitucionales. R. DE ASIS ROIG, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 199 y 201.

⁴⁷¹ E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., op. cit., pág. 212. Los subrayados son nuestros. En el mismo sentido F. CUOCCOLO, Diritto e giustizia nella giurisprudenza costituzionale, Diritto e società, 1988, I, págs. 295-306, pág. 303 y 304.

⁴⁷² G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale..., op. cit., pág. 149. "El principio de sistematicidad del derecho, como no contradicción de las partes que lo componen, no excluye la posibilidad de diferenciaciones sino que excluye sólo las incompatibles con la lógica del sistema" 149, lo que no significa que toda norma deba reconducirse a un principio que a su vez se reconduzca a otro, siendo un sólo principio al final, pues de esta manera se negaría el carácter abierto del ordenamiento jurídico. Para el autor no todo principio al que se remite una norma ha de ser constitucional. "La jurisprudencia constitucional ha elaborado desde hace tiempo la regla según la cual el principio de racionalidad en cuestión significa el deber del legislador de equiparar el tratamiento jurídico de las situaciones análogas y, al contrario, diferenciar el trato de las situaciones diferentes" pág. 151. Esta regla ha de ser valorada desde el interior del ordenamiento jurídico, "la inconstitucionalidad no depende del contenido de la ley considerada en sí, sino de la circunstancia de que existiendo otra ley, entre las dos se determina una contradicción destructiva del carácter del derecho como ordenamiento" pág. 151; en estos casos, al contrario de lo que sucede en una relación normal de inconstitucionalidad, donde sólo existe la Constitución y la ley, se puede constatar un esquema ternario: la norma legislativa de valoración, una norma jurídica en contradicción y un principio constitucional. Por lo que se refiere a la norma que se ha de eliminar, la Corte Constitucional en estos casos "debe tener en cuenta la estructura lógica del problema así como la exigencia de respetar la voluntad prevalente del legislador; normalmente son las normas especiales, excepcionales o derogatorias las que deben ceder frente a las más generales por ejemplo decisiones 80/1972; 46, 108 y 314/1983; 263 y 296 /1984; 86/1985; 6 y 282/1988 de la Corte. El pronunciamiento de

que la irrazonabilidad, si bien ésta se sitúa en un nivel inferior y se diferenciaría por la circunstancia de que "el control de razonabilidad se basa en apreciaciones de mera plausibilidad" ⁴⁷³. Con la equidad se pretendería que "el derecho formal respete su carácter de medio para satisfacer algunas exigencias sociales y que la ciencia del derecho se oriente constantemente en una dirección práctica" ⁴⁷⁴.

inconstitucionalidad debe tener en cuenta la voluntad legislativa prevalente: la operación contraria -la anulación de la norma general y la transformación de la norma específica en norma general- configuraría una verdadera y propia usurpación de funciones legislativas por parte de la Corte y es, por tanto, inadmisibles Corte Cost. 80/1972; 28 y 90/1973; 47 y 167/1974; 42/1977; 71/1979; 162/1981; 22/1982. Pero esto no excluye la posible extensión de normas particulares a otros casos concretos, en los que exista la misma ratio específica siendo relativa la relación regla-excepción Corte Cost. 69/1965; 230/1974; 110 y 117/1975; 236/1976; 139/1979; 22 y 110/1980; 35 y 40/1981; 142/1982 y 36/1983" págs. 151 y 152; S.C.C. 80/1972, de 4 de mayo, Giur. Cost. 1972, I, págs. 1093-1096; 28/1973, de 28 de marzo, Giur. Cost. 1973, I, págs. 298-300.

⁴⁷³ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale...*, op. cit., pág. 154. "La contradicción no es entre dos valoraciones contrarias del ordenamiento en un mismo caso, sino que es entre las valoraciones que se refieren a casos distintos entre los cuales se pretende instituir una analogía o una diferencia". La regla que ha enunciado la Corte en el caso anterior se especifica de la siguiente manera: "gravita sobre el legislador el deber de equiparar el trato jurídico de situaciones razonablemente análogas y, al contrario, de diferenciar las situaciones razonablemente diferentes". No corresponde a la Corte establecer su propio punto de vista sino valorar la plausibilidad de las elecciones legislativas. Este control debe estar siempre al margen de la elección política, "en un área de convencimientos y valores muy difundidos, y en este sentido objetivos". Sin embargo, para determinar la razonabilidad es necesaria la utilización de criterios extra-legislativos que conllevan un amplio espacio de libertad; este margen de libertad "es el precio que corresponde a la Corte hacer lo menos gravoso posible" pág. 154.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, pág. 156. La Corte, dice, no puede imponer su propia visión de las cosas porque no tiene una función política: "No parece sin embargo que se pueda negar a la Corte el poder de afirmar que una cierta proposición legislativa no tiene justificación desde ningún punto de vista, desde cualquier perspectiva que se la considere, de manera que la solución de los casos que la Corte ofrecería, sería para todos 'contraria a la naturaleza de la cosa'". Es difícil encontrar casos en los que haya habido un control de la Corte Constitucional en estos términos de justicia

Estos juicios tienen un carácter jurisprudencial ⁴⁷⁵, no se prevé vinculación alguna del juez constitucional a los mismos ni en la Constitución ni en la legislación ordinaria. Pero quizás lo más destacable de esta *racionalidad* o *razonabilidad* sea la vinculación que tanto en la jurisprudencia italiana como española ha tenido con la igualdad. En efecto, en la jurisprudencia italiana la aparición de este juicio está en principio íntimamente entroncada con ella. En sus primeras sentencias la Corte resolvía los problemas de interpretación siguiendo un método literal, pero muy pronto se observan cambios que van a introducir el juicio de razonabilidad; así en la sentencia número 53 de 1958 ya va a decir que la igualdad es transgredida también cuando el legislador sujeta unas situaciones que considera diferentes a una misma regulación ⁴⁷⁶. A partir de ese momento el juicio de razonabilidad

porque es siempre sencillo construir una contradicción con otra norma; sin embargo no siempre es posible hacerlo o al menos expresarla en una verdadera formulación tripartita: un ejemplo sería la S.C.C. 15/1982 sobre la duración de la prisión preventiva, "La Corte ha afrontado el problema... con una valoración 'absoluta' y no comparativa de la elección legislativa: o mejor, a través de una valoración de adecuación al 'caso' más que al ordenamiento" págs. 156 y 157. Para Rosanna Tosi el perfil de estas sentencias es más utilizado por la Corte Constitucional recientemente. Para la autora este juicio no está dentro de los juicios de razonabilidad, no es controlable, pudiendo servir para que la Corte imponga una "racionalidad" distinta de la del legislador. R. TOSI, Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale..., op. cit., pág. 562; en el mismo sentido recientemente A. MOSCARINI, Un buon uso della tecnica di ragionevolezza in tema di applicazione delle misure cautelari, Giur. Cost. 1996, págs. 837-850.

⁴⁷⁵ *"es sin embargo la consecuencia del reconocimiento de límites muy generales que se refieren al modo mismo de percibir el derecho y la función legislativa en nuestra época y pertenecen, mucho antes que al derecho, a las condiciones y estructuras culturales que son presupuesto del propio derecho positivo, sin las cuales este último se hace impensable, incognoscible, ininteligible, no ordenable, no comunicable". G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale..., op. cit., pág. 148.*

⁴⁷⁶ *C. LAVAGNA, Ragionevolezza e legittimità costituzionale, en AA. VV., Studio in memoria di C. Esposito, III, Edit. CEDAM, Padova, 1972, págs. 1573-1588, pág. 1575.*

se va a utilizar con relación a la igualdad pero, al mismo tiempo, se va a observar una evolución en su comprensión desde su acepción como razonabilidad-igualdad hasta una completamente autónoma ⁴⁷⁷. Así la razonabilidad va a estar vinculada desde un principio con la igualdad por lo que Sandulli va a decir que "la regla de la *rationabilis* de las leyes hunde sus raíces en el principio constitucional de igualdad, del cual el art. 3 de la Const. no representa más que la parte emergente del *iceberg* que lo contiene"⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ Así B. CARAVITA DI TORITTO, *Le quattro fasi del giudizio di egualianza-ragionevolezza*, en AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale...*, op. cit., págs. 259-264, va a describir el proceso de autonomización de la razonabilidad. Para éste en una primera etapa la Corte Constitucional se limita a valorar si dos sujetos, objetos, hechos o situaciones iguales tienen un trato similar o diferente, y resuelve la hipotética inconstitucionalidad de este trato, o bien examina si se trata de manera igual a cuestiones semejantes pág. 260. En un segundo momento la Corte examina las valoraciones realizadas por el legislador, controlando si el elemento teleológico seleccionado por aquel como criterio crucial para igualar o diferenciar dos situaciones es correcto págs. 260 y 261. En el tercer estadio de la evolución falta el esquema ternario propio de la igualdad norma objeto de juicio-parámetro constitucional-norma de comparación, pero se utilizan los mismos instrumentos, estos son, "determinación de las finalidades; valoración de la consecuencia medio-fin y de la proporcionalidad del medio respecto al fin", desapareciendo aquí la alusión a la igualdad pág. 261. En este momento el juicio de razonabilidad puede hacerse con relación a normas generales, a principios constitucionales o a valores constitucionales pág. 261. En este caso no estaríamos ante un juicio axiológico puesto que el juez constitucional habrá de tomar como referencia para la determinación de la inconstitucionalidad los principios y valores que le ofrece la Constitución pág. 262. Por último, se refiere a una cuarta etapa en el juicio de razonabilidad, como pauta débil, en la que "la Corte no controla los instrumentos utilizados por el legislador con relación a la finalidades individuales, sino que se limita a verificar si se corresponden con el sentido común" pág. 263.

⁴⁷⁸ A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, *Diritto e società*, 1975, págs. 561-576, pág. cit. 562. El profesor Barile, sin embargo, sólo va a aceptar el empleo de la razonabilidad en cuanto esté vinculada con la igualdad. P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, en P. BARILE, *Libertà, giustizia, Costituzione...*, op. cit., págs. 25-48, pág. 48; artículo publicado también en AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale...*, op.

En la jurisprudencia española también ha jugado su utilización un papel fundamental en relación con la igualdad ⁴⁷⁹ y precisamente en ella se han diferenciado el juicio de razonabilidad y el de racionalidad: "si la desigualdad tiene 'algo que ver' con el fin *test* de racionalidad o si la razón es legítima *test* de

cit., págs. 21-42; en el mismo sentido A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifica di pari normazione in ordine a situazioni diversi*, *Giur. Cost.* 1974, II, págs. 2160-2168, pág. 2163. En sentido contrario Claudio Rossano, desde una concepción formal de la igualdad, sostiene que la razonabilidad no tiene nada que ver con ésta pues la primera siempre tiene carácter valorativo mientras la segunda es en todo caso neutral. C. ROSSANO, "Ragionevolezza" e fattispecie di eguaglianza, en AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale...*, *op. cit.*, págs. 169-178, pág. 171.

⁴⁷⁹ Hasta tal punto se ha vinculado la razonabilidad con la igualdad que para Canosa Usera sólo se referirá a ésta. Así, una norma o acto "es razonable cuando su hipotética contravención del principio de igualdad se justifica suficientemente... Parte la Magistratura Constitucional del reconocimiento del principio de igualdad como 'superior valor' del régimen democrático indetificado por el orden de valores que consagra S.T.C. 8/1983... Se comparan los objetivos de la norma sobre cuya razonabilidad se discute para asegurar su encaje con las grandes líneas marcadas por la Carta Magna. Más en concreto, la desigualdad se produce cuando un poder público trata arbitrariamente a los sujetos en situaciones iguales S.T.C. de 10 de julio de 1981... Una vez descubierta la causa razonable de la desigualdad y clarificada la finalidad de la norma discutida se precisa hallar la pacífica relación entre tal finalidad y los medios incluidos en la norma para conseguirla. Cuando la conexión entre ambos es satisfactoria la jurisprudencia constitucional califica la relación mentada como 'razonable proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida' S.T.C. de 2 de julio de 1981". R. CANOSA USERA, Interpretación constitucional y fórmula política..., *op. cit.*, págs. 209 a 211. En este mismo sentido José Suay Rincón individualiza en relación con la igualdad sólo dos tipos de juicios, el de razonabilidad y el de proporcionalidad. El primero supone que "si hay relación entre la finalidad perseguida por la normativa y la medida concretamente impugnada, ésta será razonable y la desigualdad estará justificada, y lo contrario ocurrirá si esa relación no existe". El segundo que "la medida que introduce una desigualdad ha de ser adecuada, apta o proporcional para no entrar en conflicto con el principio constitucional proclamado en el art. 14". J. SUAY RINCON, El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española...*, *op. cit.*, págs. 837-892, pág. 857 y 863.

razonabilidad" ⁴⁸⁰. Estos *tests*, sin embargo, pueden ser más estrictos si "la relación es *idónea* o si la razón es proporcionada" ⁴⁸¹.

A pesar de esta vinculación con la igualdad, el juicio de razonabilidad-razonabilidad es más amplio y tiene particular importancia en otros ámbitos de la interpretación constitucional ⁴⁸², singularmente en cuestiones relativas a derechos fundamentales.

⁴⁸⁰ E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 228.

⁴⁸¹ *Ibidem*, pág. 229. La proporcionalidad viene utilizada por el Tribunal europeo de derechos del hombre al interpretar el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, que exige que las medidas restrictivas de los derechos sean necesarias en una sociedad democrática. "No se trata de examinar si caben alternativas a esa medida que sean menos gravosas para el derecho, sino de si esa medida concretamente adoptada es o no 'excesivamente gravosa'". Sin embargo, en el Convenio de Roma el principio de igualdad no tiene una aplicación autónoma, necesita de otro artículo para ser aplicado. "Este traslado del test de proporcionalidad desde otros derechos fundamentales a la cláusula de igualdad también lo ha hecho el Tribunal Constitucional en la S.T.C. núm. 3/83, de 25 de enero, fto. 6 a 8: exige que la desigualdad no sólo esté razonablemente justificada sino que además 'sea proporcionada a la desigualdad existente'" pág. 230. Para Alonso García que el test de proporcionalidad haya sido introducido por el Tribunal europeo de derechos humanos es normal porque no entra en juego la desigualdad en general sino con otro derecho; más dudoso es que se introduzca la proporcionalidad en la desigualdad en general. En cuanto a la idoneidad "en último término pone de relieve un problema acerca de la naturaleza misma de la relación, si ésta se basa en criterios de notoriedad o si, por el contrario, es susceptible de prueba empírica" y para el autor nuestro Tribunal Constitucional sí "ha operado con argumentaciones generales sin que la jurisprudencia empírica entre en juego", lo que a su juicio constituye un error. S.T.C. 3/1983, de 25 de enero, B.J.C. 22, págs. 147-158.

⁴⁸² "...el criterio de razonabilidad, adoptado por la Corte para resolverlos, se demuestra además utilizado por esta última también en otros sectores". C. LAVAGNA, Ragionevolezza e legittimità costituzionale..., *op. cit.*, pág. 1376; R. BIN, Note sul controllo di ragionevolezza dei termini fissati dal legislatore, *Giur. Cost.* 1989, primera parte, II, págs. 2289-2292; E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 238.

Por cuanto se refiere al contenido de la razonabilidad, Lavagna lo liga a las implicaciones que se dan entre las prescripciones como *verba* y los contextos humanos como factor definitivo en la construcción de la norma. Así, los preceptos dictados por el legislador poseen una *ratio*, y los contextos humanos necesarios para extraer la norma otra. La razonabilidad es el uso de esta *ratio* en la determinación de la norma, o, en palabras del autor, "la utilización racional de los contextos humanos en la construcción de normas sobre la base de las prescripciones-fuente"⁴⁸³; se trata siempre de un procedimiento técnico y no de un examen valorativo. En el juicio de constitucionalidad la razonabilidad opera de manera idéntica, si bien ahora el objeto está compuesto por las *verba* de la prescripción legislativa, por lo que el juez constitucional habrá de examinar primero la relación de la ley impugnada con el contexto humano y luego confrontarla con la que resulta de vincular el contexto humano con las *verba* o preceptos constitucionales⁴⁸⁴.

En definitiva, continúa Lavagna, el recurso a la razonabilidad se refiere a un juicio sobre las finalidades, se trata "de un juicio dirigido a establecer la restricción o no del fin, concretamente perseguido por la ley, con relación al fin más general indicado por la Constitución; o, como sucede frecuentemente, al fin que la Constitución considera prevalente"⁴⁸⁵.

⁴⁸³ C. LAVAGNA, Ragionevolezza e legittimità costituzionale..., *op. cit.*, pág. 1580.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, pág. 1582. En el mismo sentido Sandulli destaca que la irrazonabilidad se aprecia no en el momento de la emanación sino "en el contexto del sistema legislativo entendido unitariamente... la irrazonabilidad de las leyes es por tanto un vicio no del acto, sino del producto del acto: del texto normativo, de las disposiciones, de las normas que de éstas dimanar, así como ellas viven en el momento en el cual son llamadas a operar y con relación al cual deben ser juzgadas". A. SANDULLI, Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale..., *op. cit.*, pág. 566.

⁴⁸⁵ C. LAVAGNA, Ragionevolezza e legittimità costituzionale..., *op. cit.*, pág. 1583.

La razonabilidad incluye también otros aspectos como pueden ser el juicio de pertinencia y el de congruencia. Ambos operan sobre las finalidades y aluden a instrumentos usados por el legislador. Sin embargo, entre ellos existe una diferencia enorme que se deriva del distinto grado de penetración que tiene cada uno. El primero "consiste, en efecto, en establecer si los medios normativos asumidos por el legislador al perseguir una cierta finalidad se encuentran en una relación de razonable instrumentalización con ella" ⁴⁸⁶. La diferencia con el juicio de finalidad *strictu sensu* es clara, el de pertinencia está siempre condicionado por aquél. Primero ha de valorarse la finalidad para luego reflexionar sobre los instrumentos utilizados. Si ya desde el principio se demuestra que la ley persigue fines distintos a los previstos en la Constitución no será preciso entrar en la cuestión de pertinencia o en la utilidad de los medios ⁴⁸⁷.

El segundo aspecto del juicio de razonabilidad con relación a los medios es el juicio de congruencia. Éste surge "sólo en el caso en el que la Constitución indique las finalidades callando en cuanto a los medios" ⁴⁸⁸. Es este juicio posible en la medida en que los medios sean inidóneos, extraños o irrelevantes. No obstante, se plantea la posibilidad de que se pueda elaborar un juicio de idoneidad, es decir, de medios más idóneos para alcanzar cierto fin constitucional. En principio, la respuesta del publicista italiano es negativa. Pero lo cierto es que desde la congruencia, en cuanto no clara inidoneidad, se puede llevar a cabo una especie de juicio de idoneidad, aunque la propia Corte ha señalado expresamente la imposibilidad de tal eventualidad ⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, pág. 1584.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, págs. 1584 y 1585.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, pág. 1585.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, pág. 1585.

Para Carlo Lavagna la razonabilidad no sólo actuará vinculada con los fines, sino que puede expresarse también a través de canales diferentes, concretamente se refiere a la coherencia y a la evidencia. Señala que "la coherencia es el recurso a una pura y simple crítica externa de las *verba* de la *ratio legis*". En efecto, en los casos en los que los preceptos de una ley o el conjunto de prescripciones de un sistema sea intrínsecamente contradictorio es inútil recurrir a otros elementos para demostrar la persecución de finalidades contrarias a la Constitución. La *evidencia*, sin embargo, "es el canal que utiliza mayoritariamente los contenidos externos, en cuanto puede conducir, al final, a afirmar la incorrección de la ley basándose en nociones y cogniciones comunes, pacíficas, universales: para extraer, según los casos, de tal incorrección, un juicio de ilegitimidad por adulteración del fin, no pertinencia o incongruencia" ⁴⁹⁰. Estos juicios coherencia-evidencia son distintos, el de coherencia presupone siempre, no obstante, el de evidencia aunque aparentemente no exista; así para decir que la ley es contradictoria porque por ejemplo discrimina situaciones después reguladas de una manera idéntica no se puede dejar de utilizar una serie de contenidos externos. Esto se produce porque el juicio de coherencia, aunque se base en las palabras y en la *ratio legis*, es también un juicio de razonabilidad ⁴⁹¹.

Para Aldo Sandulli el vicio de irrazonabilidad constitucional se presenta bajo una doble perspectiva. Por un lado se caracteriza por la aplicación extemporánea de fórmulas elásticas como 'utilidad social', 'fines sociales', etc. Por otro, se refiere a la *incoerenza* de la legislación, incoherencia que se manifiesta de varios modos: contradicción, impertinencia o inadecuación. La contradicción se expresa "cuando las situaciones resultan inconciliables... con los objetivos enunciados en las motivaciones...

⁴⁹⁰ *Ibidem*, pág. 1586.

⁴⁹¹ *Ibidem*, pág. 1587.

o con otras proposiciones del mismo texto legislativo... o con el texto en el que las disposiciones están colocadas, considerado en su integridad... o con otros textos legislativos que se encuentran en el sistema... o con el sistema en su conjunto" ⁴⁹². Por lo que se refiere a la *impertinencia*, ésta surge cuando existe una "falta de correlación lógica de funcionalidad entre el mecanismo legislativo respecto a los objetivos a perseguir" ⁴⁹³. La inadecuación, por último, "se verifica cuando se utilizan instrumentos legislativos que pecan evidentemente... por defecto o por exceso, o en todo caso por falta de proporción, con el objetivo a cumplir, apareciendo, respectivamente, insuficientes, o espontáneos, o en todo caso susceptibles de introducir disparidades cuya incongruencia es totalmente evidente, hasta el punto de no llegar, en el primer caso a satisfacer la exigencia que está en la base de la ley, o de incidir, en el segundo caso, más allá de lo necesario, en posiciones protegidas por la Constitución, o de aventajar, o posponer, en el tercer caso, a los sujetos interesados, aplicando un criterio evidentemente inidóneo" ⁴⁹⁴.

En un reciente estudio sobre el control de razonabilidad en la jurisprudencia constitucional italiana, Adele Anzon toma como premisa la existencia de un conjunto de mecanismos heterogéneos reconducibles al juicio de razonabilidad ⁴⁹⁵. Para la autora, la doctrina y la dogmática constitucional han asociado este *test* de razonabilidad a "dos grupos o categorías que son, de un lado, las hipótesis de verificación del respeto del *principio de igualdad* entendido en sentido estricto, que implica una valoración

⁴⁹² A. SANDULLI, Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale..., *op. cit.*, pág. 569.

⁴⁹³ *Ibidem*, pág. 570.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pág. 574.

⁴⁹⁵ A. ANZON, Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza, en AA. VV., *La giustizia costituzionale a una svolta. Actas del seminario del 5 de mayo de 1990*, edición preparada por R. Romboli, Edit. Giappichelli, Torino, 1991, págs. 31-38.

comparativa de las situaciones y de las distintas regulaciones legislativas; y de otro, todas las hipótesis en las que el control no se refiere a problemas de paridad/disparidad de tratamiento, sino que implica valoraciones de adecuación, pertinencia, congruencia, proporcionalidad, de coherencia interna o de razonabilidad intrínseca de la ley" ⁴⁹⁶. Este segundo grupo tendría una definición residual, se habrían de incorporar todos los supuestos no encuadrables en la igualdad.

A pesar de que es difícil encontrar casos de "razonabilidad" en estado puro en la medida en que en una concreta decisión siempre existen relaciones entre los dos tipos de racionalidad, es necesario mantener, al menos en teoría, la diferencia entre uno y otro grupo porque así lo viene haciendo la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia constitucional ⁴⁹⁷.

Gavara de Cara, en su estudio sobre la garantía del contenido esencial en la Constitución alemana, va a tratar la proyección de la "razonabilidad" en los derechos fundamentales. Así vincula el principio de proporcionalidad con las teorías relativas del contenido esencial, aunque también desde las teorías absolutas, considera, sería necesario acudir a ella ⁴⁹⁸. Siguiendo a la

⁴⁹⁶ *Ibidem*, pág. 32.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, pág. 32.

⁴⁹⁸ "la reconstrucción del contenido esencial de los derechos fundamentales como núcleo que es excluido del desarrollo legislativo del derecho fundamental significa intentar identificar una esfera en la que el titular del derecho fundamental pueda decidir sobre su objeto. Sin embargo, incluso para poder determinar la esfera íntima en determinados derechos fundamentales... es necesario recurrir a la ponderación, ya que su contenido constitucional concreto se deriva de la inexistencia de colisiones con derechos de terceras persona o con bienes jurídicos constitucionales". J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, *op. cit.*, pág. 271. Para un análisis de la cuestión en la doctrina alemana véase A. A. CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche*

jurisprudencia constitucional alemana parte del contraste entre normas y bienes jurídicos que ha de resolverse a través de la técnica consistente en la ponderación de bienes, esto es, "adoptar una decisión de preferencia entre bienes jurídicos que están en conflicto" ⁴⁹⁹. Esta preferencia puede ser abstracta o concreta, la primera "es una comparación ficticia entre bienes jurídicos de igual rango protegidos por la Constitución con la finalidad de adoptar una decisión de preferencia entre ellos", mientras la segunda "parte del supuesto de que no se puede determinar una decisión de preferencia dada la igualdad de rango entre los bienes jurídicos en conflicto, debiendo, en este caso, solucionarse el mismo utilizando para su solución el principio de proporcionalidad, mediante el que se intenta una aplicación concordante de las normas constitucionales en conflicto" ⁵⁰⁰. La ponderación abstracta es criticable puesto que no está prevista por la Constitución y exige una contraposición definitiva de preceptos constitucionales, por lo que es necesario acudir a la ponderación concreta o principio de proporcionalidad ⁵⁰¹.

argomentative e bilanciamento tra valori costituzionali a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca, en AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale...*, op. cit., págs. 55-101, y D. SCHEFOLD, *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, en AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale...*, op. cit., págs. 121-129.

⁴⁹⁹ J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, op. cit., pág. 332.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, pág. 332

⁵⁰¹ *Ibidem*, pág. 333. *Ejemplo de una ponderación abstracta se puede encontrar en Z. COMBALIA, La salud como límite al derecho de libertad religiosa, Suplemento Humana Iura de derechos humanos, Persona y derecho, 1993, págs. 47-78. En ella se intenta trazar con carácter general los criterios de resolución del conflicto entre el derecho a la salud y la libertad religiosa. Por otro lado, en cuanto a la ponderación concreta, únicamente a modo de ejemplo, y dado el meticuloso proceder del autor podemos citar a L. BOCCHI, Libertà personale e visita di leva: il rilevamento dattiloscopico, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1992, págs. 134-157. Se va a plantear la constitucionalidad de la toma de huellas dactilares cuando el mozo se*

Este principio de proporcionalidad en sentido amplio consiste en "la utilización de diversos controles con el fin de determinar si una medida de desarrollo o de aplicación de un derecho fundamental es contraria a la Constitución" ⁵⁰². De este principio se extraen tres subprincipios: el de adecuación, que es necesario para determinar "si una medida estatal que interviene en los derechos fundamentales reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad que pretende... si la finalidad de la medida legislativa se deriva de la Constitución, no es contraria a la misma, protege un bien jurídico constitucional y mantiene algún tipo de relación con la restricción ocasionada en el derecho fundamental, debe ser considerada adecuada" ⁵⁰³; el de necesidad que "trata de determinar, respecto de la medida legislativa de limitación, que no existe otra igualmente efectiva que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. Mediante la utilización del principio de necesidad se trata de determinar si otro instrumento, igualmente adecuado, pudiera ser más benigno para el ejercicio del derecho fundamental" ⁵⁰⁴; y el principio de proporcionalidad en sentido estricto que implica que "la aplicación de una determinada medida legislativa para alcanzar una finalidad no debe ser irrazonable o dicho de otra manera, que debe haber una conexión razonablemente proporcionada entre la medida adoptada y la finalidad que se pretende... la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto se realiza a través de dos criterios: la valoración del caso individual y la comparación de casos. El primero criterio supone la determinación de un criterio de comparación para la valoración de

presenta a filas para la determinación de su idoneidad al servicio militar con relación al derecho a la libertad personal del art. 13 de la Const. italiana. El autor va a estudiar la justificación de esta restricción de la libertad personal en el sistema italiano, y concluye afirmando su carácter inconstitucional.

⁵⁰² J. C. GAVARA DE CARA, Derechos fundamentales y desarrollo legislativo..., *op. cit.*, pág. 333.

⁵⁰³ *Ibidem*, pág. 333.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, pág. 333.

la relación entre la medida adoptada y la finalidad que pretende. Los criterios que se adoptan se dirigen a determinar la intensidad de la intervención, la importancia del bien jurídico constitucional y la afectación del derecho fundamental. Estos criterios son abiertos y graduales, con lo que difícilmente pueden ser considerados como controles normativos, ya que su concreción se realiza simultáneamente a su aplicación. La comparación de casos se utiliza para adoptar una decisión en función de los casos precedentes. Este criterio puede ser insuficiente, obviamente, cuando no existan precedentes o éstos no encajen exactamente en los supuestos del caso concreto" ⁵⁰⁵.

Carrasco Perera sitúa al juicio de razonabilidad "a caballo entre una interpretación literal y un juicio de optimización que integre incontroladamente representaciones de valor" ⁵⁰⁶. Este juicio, no obstante, debe ser ajeno a todos los condicionamientos políticos identificándose lo razonable con lo constitucionalmente

⁵⁰⁵ *Ibidem*, págs. 333 y 334. *La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio no está prevista en la Constitución alemana, de manera que ha de justificarse su utilización. El Tribunal Constitucional alemán la ha justificado en base a la consideración del Estado de derecho desde una perspectiva material, deduciéndolo del principio de justicia. No obstante, este planteamiento tiene inconvenientes al tomar como presupuesto un término tan indeterminado como el de justicia. Desde un punto de vista doctrinal se ha vinculado al principio de contenido dirigente de la Constitución. El principio de proporcionalidad se ha intentado extraer de la prohibición de arbitrariedad "en el sentido de que una norma para no ser considerada arbitraria o discriminatoria, debe tener un motivo objetivo de justificación. De ahí se deriva la necesidad de que el Estado justifique objetivamente sus decisiones normativas o, cuando menos, éstas deben poder justificarse en la Constitución. Sin embargo una equiparación completa entre el principio de igualdad y la prohibición de arbitrariedad no es posible, ya que el principio de igualdad necesita para su aplicación de la determinación de un término de comparación, mientras que la prohibición de arbitrariedad examina la justificación objetiva de la decisión legislativa sin necesidad de determinar en todos los casos un término de comparación entre supuestos de hecho"*, págs. 334 y 335.

⁵⁰⁶ A. CARRASCO PERERA, *El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional...*, *op. cit.*, pág. 104.

aceptable ⁵⁰⁷. Por otro lado, el juicio de razonabilidad, señala, en caso alguno puede suponer un juicio de optimización constitucional, sólo puede delimitar si la medida es razonable y no otra cosa ⁵⁰⁸.

Por último, para Javier de Lucas y Ernesto Vidal la interpretación constitucional española ha concretado la razonabilidad en las técnicas del 'test teleológico', el criterio de 'la alternativa menos gravosa' y los criterios de idoneidad y proporcionalidad ⁵⁰⁹.

De todo cuanto hemos dicho acerca de la razonabilidad en la justicia constitucional podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. En primer lugar que estamos ante un método interpretativo de carácter jurisprudencial, no previsto ni por el constituyente ni por el legislador.

2. Tiene un carácter residual, el juez constitucional normalmente utiliza otros mecanismos para determinar el sentido de los enunciados constitucionales, como los métodos tradicionales de interpretación recogidos en la legislación civil, y

⁵⁰⁷ *Ibidem*, pág. 105.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, pág. 105.

⁵⁰⁹ Para los autores el test teleológico sería "el examen de la relación entre supuesto de hecho, consecuencia jurídica y fin de la norma"; la 'alternativa menos gravosa', exigiría "la prueba de que no existe una técnica jurídica menos gravosa para el derecho que se restringe o la situación a la que se trata de buscar equilibrio"; y la idoneidad y proporcionalidad, exigirían "el examen de la naturaleza misma de la relación y la ponderación del carácter aceptable de la restricción o de las consecuencias del equilibrio en la medida en que sean adecuados para las finalidades para las que se establecen..." J. DE LUCAS y E. VIDAL, Razonabilidad e interpretación constitucional: a propósito de un jurisprudencia reciente, en AA. VV., *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de estudio...*, op. cit., págs. 2281-2289.

sólo en los casos en que no puede determinar su sentido acude a "*la razonabilidad*". Este carácter residual no implica una escasa utilización; al contrario, los métodos ordinarios de interpretación no consiguen en infinidad de casos atribuir un sentido definitivo al precepto constitucional.

3. Su primera utilización se presenta en relación con el principio de igualdad, y a él permanece muy vinculado. En efecto, tanto en la jurisprudencia constitucional española como en la italiana los primeros precedentes que utilizan esta técnica intentan fijar los criterios que autorizan al legislador a dar un trato diferente a situaciones distintas, esto es, determinando la igualdad material.

4. En la denominación "juicio de razonabilidad" se engloban una pluralidad de *tests* específicos que hacen hincapié en aspectos determinados de la razonabilidad. Así, referimos la identificación entre dos términos que incluso, *prima facie*, podrían parecer contradictorios como eran *razonabilidad* y *racionalidad*; el segundo parecía ligado a la interpretación "lógica" mientras el primero aludiría a criterios extrasistemáticos. Lo cierto es que, en el fondo, la razonabilidad no es sino un intento de racionalizar la decisión desde fuera. Se habla, además de juicio de finalidad, pertinencia, congruencia, idoneidad, coherencia, evidencia, aplicación extemporánea de cláusulas generales, incoherencia, contradicción, impertinencia, inadecuación, adecuación, proporcionalidad, razonabilidad intrínseca de la ley, criterio teleológico, alternativa menos gravosa, plausibilidad o equidad, refiriendo concretas aplicaciones del principio de razonabilidad. Sin embargo, es preciso destacar que en dos de estos juicios se presentan distintos inconvenientes que impiden su inclusión dentro del juicio de razonabilidad, son el de idoneidad y el de equidad. El primero, no parece que deba entroncarse con la razonabilidad en tanto que se entiende como posibilidad de

determinar cuáles son los medios más idóneos para la consecución de cierta finalidad, no siendo esta la función del juez constitucional. En cuanto al segundo, la equidad, no existe acuerdo acerca de su inserción o no dentro de la razonabilidad; así, mientras Gustavo Zagrebelsky sostiene que se trata de un caso de razonabilidad absoluta, Javier de Lucas y Ernesto Vidal consideran que es algo muy diferente. Por nuestra parte, entendemos que ha de incluirse dentro de los procedimientos de razonamiento "razonable" en cuanto también aquí estamos ante una puesta en juego de la jurisprudencia de valores, que, es la nota característica y común a todos los procedimientos delimitados bajo el rótulo "juicio de razonabilidad".

5. Todas estas específicas técnicas de razonamiento que venimos analizando y que genéricamente hemos denominado "juicio de razonabilidad" o "juicio de racionalidad", realmente obedecen a una "dimensión del derecho que se podía considerar perdida, como realidad distinta a la ley: el derecho como regla material que expresa el 'valor' del caso, como criterio de una determinada visión profunda, 'común', no formal y vivida, más que declarada, por las estructuras organizativas de la sociedad" ⁵¹⁰; o, en otras palabras, y refiriéndonos concretamente a la justicia constitucional, estamos ante la utilización estricta de la teoría de los valores ⁵¹¹.

⁵¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale...*, *op. cit.*, pág. 158. *Es incuestionable que la razonabilidad está íntimamente vinculada con los condicionamientos concretos de cada momento; así como mantiene Alessandro Pace no es similar una situación ordinaria y una de emergencia. A. PACE, Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, *Giur. Cost.* 1982, primera parte, págs. 108-114, págs. 112 y 113.

⁵¹¹ *En este sentido Fausto Cuocolo señala que el juez constitucional es el único que puede superar los esquemas tradicionales de la interpretación jurídica refiriéndose más a los valores que a la propia ley, y "su juicio, por consiguiente, puede realizar la justicia en la medida más alta posible en el mundo de los hombres y*

4. Criterios interpretativos y constitución.

De todo esto se desprende que la jurisprudencia de valores puede prestar un gran auxilio a la interpretación constitucional y concretamente en la resolución de conflictos de derechos fundamentales. Pero previamente se hace necesario examinar las virtualidades de los otros criterios interpretativos.

Por lo que se refiere en primer lugar a la interpretación literal hay que decir que si ya es muy difícil aplicar la gramaticalidad del precepto constitucional a casos ordinarios, en la medida en que el lenguaje del texto constitucional es en la mayor parte de los casos genérico y abstracto, su empleo en el conflicto de derechos fundamentales se hace prácticamente imposible. Aquí, normalmente, dos enunciados lingüísticos, que en principio son contradictorios, se excluyen; es decir, la absoluta eficacia de uno impediría la del otro.

Los debates parlamentarios y los precedentes históricos tampoco ofrecen una adecuada respuesta al problema que estamos planteando. Un concepto dinámico como el de derechos fundamentales, que está directamente determinado por los infinitos nuevos consensos que se den en la sociedad acerca de la dignidad del hombre, ha de estar más interesado en éstos que en una específica "concepción" de los derechos fundamentales; si no,

según las ideologías del mundo histórico". F. CUOCCOLO, Diritto e giustizia nella giurisprudenza costituzionale..., op. cit., pág. 305. En todo caso sí parece conveniente resaltar que la introducción de los valores en el derecho constitucional reclama "una renovación teórica y un significativo cambio en el método del derecho constitucional", en cuanto "exigen que tanto las reglas de interpretación, como la misma naturaleza de la hermenéutica, se adecuen a su propia lógica, a la lógica de la ragionevolezza, y a las reglas sobre las relaciones entre valores". A. BALDASSARRE, Constitución y teoría de los valores, artículo traducido por E. García, Revista de las Cortes Generales, núm. 32, 1994, págs. 7-34, pág. cit. 33; publicado en Italia en AA. VV., Giornate in onore di A. Falzea, Edit. Giuffrè, Milano, 1993, pág. 57-84.

se podría llegar a una petrificación del significado de los derechos fundamentales ⁵¹².

En cuanto a la razón, entendida como silogismo, no puede ser útil en el conflicto entre derechos; no se puede formar una premisa mayor con dos enunciados contradictorios, debemos antes resolver esta contraposición, y esto no se puede hacer exclusivamente con arreglo a criterios lógicos.

Por lo que se refiere al derecho natural en sentido estricto no puede ser tampoco fuente de normas subconstitucionales, y ello porque no parece que en las constituciones contemporáneas exista una remisión a un derecho superior ⁵¹³. En algunos casos, no obstante, se ha vinculado a la jurisprudencia de los valores con el iusnaturalismo entendido en su sentido más amplio ⁵¹⁴.

Más reparos cabe objetar aun a la jurisprudencia política que entiende que los conflictos constitucionales son políticos y no jurídicos, pues desde aquel punto de vista se pretende interpretar los cambios sociales de acuerdo con las eventuales mayorías políticas, excluyendo cualquier control sobre la decisión. Supondría el abandono de la interpretación constitucional al juego de las mayorías, a la política. No nos parece, como ya hemos dicho, que, por mucho que el elemento material, formal... de la interpretación constitucional esté profundamente imbuido de un

⁵¹² I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos...*, *op. cit.*, págs. 77 y ss.

⁵¹³ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili...*, *op. cit.*, pág. 12; J. M. BAÑO LEON, *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española...*, *op. cit.*, pág. 170.

⁵¹⁴ A. E. PEREZ LUÑO, *La interpretación de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 309; A. OLLERO TASSARA, *La Constitución: entre el normativismo y la axiología*, en A. OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 225-241, pág. 238 y ss.

componente político, se pueda sustraer la interpretación constitucional de la interpretación jurídica ⁵¹⁵.

Por último la denominada jurisprudencia empírica parece que remite a la idea que identifica lo constitucional con lo razonable, pero ésta no deja de ser una manifestación evidente de la jurisprudencia de los valores ⁵¹⁶.

Es necesario destacar que, siguiendo la terminología utilizada por Alonso García, todas las fuentes de normas subconstitucionales siempre "acaban reconduciendo a la teoría de los valores" ⁵¹⁷, porque en cualquier proceso y criterio interpretativo existe siempre la asunción de algún valor ⁵¹⁸. Cuando nos referimos, empero, a la jurisprudencia de valores en sentido estricto situamos nuestro discurso en la aplicación de los valores directamente, sin la mediación de fuente formal alguna, o cuando éstos asumen el papel preponderante en la toma de decisión, aunque formalmente sigan vinculados a una fuente.

La jurisprudencia de valores se funcionaliza, pues, mediante una abstracción de los valores contenidos en los preceptos

⁵¹⁵ *García de Enterría señala que aunque las normas constitucionales tengan un carácter diverso, una funcionalidad distinta y a pesar de la importante trascendencia de las sentencias constitucionales, el método empleado en su interpretación es jurídico. E. GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución como norma..., op. cit., pág. 223. Véase pág. 440.*

⁵¹⁶ *E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., op. cit., pág. 539; V. CRISAFULLI, Le norme "programmatiche" della Costituzione..., op. cit., págs. 59-96.*

⁵¹⁷ *E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., op. cit., pág. 277.*

⁵¹⁸ *"He demostrado que, en la justificación de decisiones interpretativas, las valoraciones desempeñan el papel más relevante... la valoración determina los valores básicos de la interpretación en cuanto que fines interpretativos, los valores presupuestos en la elección de directivas interpretativas". J. WROBLEWSKI, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica..., op. cit., pág. 70.*

constitucionales, a los que luego se les atribuirá carácter normativo, no ya como tales normas sino como valores en sí ⁵¹⁹.

5. Una crítica a la jurisprudencia de valores: c. Schmitt.

Esta utilización de los valores no ha sido, sin embargo, unánimemente aceptada por la doctrina, y la crítica quizás más cáustica y frontal que se le ha hecho es la formulada por Carl Schmitt. Efectivamente, en su artículo "*La tiranía de los valores*" ⁵²⁰, cuyo solo título ya es revelador, realiza un ataque virulento a los valores como fundamento de la decisión jurídica que es fácilmente proyectable en la decisión jurídico-constitucional, pues es éste el campo en que seguramente con mayor prodigalidad se emplean.

Entiende Schmitt que los valores se introducen en los textos positivos constitucionales en la postguerra tomando como antecedente la Constitución de Weimar ⁵²¹. Y desde entonces constata la fe ciega de los tribunales alemanes en lo que denomina la lógica de los valores.

En su opinión, los valores no sólo se emplean en el sentido latino de "fuerza" o "coraje", ni en el económico propio de las lenguas germánicas, sino también como filosofía de vida. Una filosofía que en principio se opondría a las filosofías materialistas pero que concluye en una cientifización neutralizante. "La

⁵¹⁹ E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 278.

⁵²⁰ C. SCHMITT, La tiranía dei valori, *Rassegna di diritto pubblico*, 1970, págs. 2-28; artículo traducido al italiano por S. Forsthoff Falconi y F. Falconi, existe traducción al español de este artículo, de Anima Schmitt de Otero, pero no recoge la amplia introducción, así como algunas correcciones, que Schmitt añadió al original alemán; *Revista de estudios políticos*, 1961, enero-febrero, págs. 65-79. Vamos a seguir en lo sucesivo la traducción italiana por ofrecer la totalidad del artículo original. Véase también R. NANIA, Il valore della Costituzione..., *op. cit.*, págs. 69-87.

⁵²¹ "Sólo después de la segunda guerra mundial los tribunales alemanes han basado en gran medida sus decisiones desde el punto de vista de los valores". C. SCHMITT, La tiranía dei valori..., *op. cit.*, pág. 2.

transformación en un valor no es, en efecto, otra cosa que una transferencia en un sistema de grados en la escala de los valores. Ella hace posible continuos cambios sea en el sistema de valores, o también de particulares valores en el ámbito de un mismo sistema de valores" ⁵²². Esta filosofía, continúa, supone también un retorno al iusnaturalismo, pero a un iusnaturalismo sin base científica y demasiado subjetivo y relativo ⁵²³.

El discurso de Schmitt se centra primordialmente en atacar la aplicación del derecho a través de los valores y no de normas concretas, para éste "la actuación directa del valor destruye la actuación jurídicamente sensata, que es posible sólo en ordenamientos concretos, sobre la base de normas precisas y de decisiones claras" ⁵²⁴. A su juicio, toda valoración ajena al campo económico es siempre negativa porque declara de forma explícita el no valor ⁵²⁵.

Por otro lado se plantea la posición que en la escala de valores tiene, precisamente, la libertad de valorar: "Una filosofía consecuente de los valores, que se ocupa de la libertad, no puede contentarse proclamando la libertad como el valor supremo; debe mantener sobre todo que para la filosofía de los valores no sólo la libertad es el valor supremo, sino también que la libertad de valorar es la libertad superior" ⁵²⁶, de forma que no existirían mecanismos capaces de limitar esta libertad.

En la segunda parte de este artículo se va a cuestionar qué son los valores y qué significado tienen. Suponen, dice, una respuesta al positivismo jurídico, buscando una ciencia en que

⁵²² *Ibidem*, pág. 6.

⁵²³ *Ibidem*, pág. 8.

⁵²⁴ *Ibidem*, pág. 9.

⁵²⁵ *Ibidem*, pág. 10.

⁵²⁶ *Ibidem*, pág. 16.

éstos estén presentes ⁵²⁷. Se pregunta, a continuación, quién instituye los valores y responde con Weber diciendo que lo hace el hombre en su radical subjetividad ⁵²⁸. Desde este punto de vista "resulta conmovedor ver que desde el último hasta el primero y el significado de la misma filosofía de los valores se pierde, y que según esta lógica el intento de una superación del nihilismo científico-positivista se destruye a sí mismo" ⁵²⁹. Para el autor la tiranía de los valores consistiría en esto ciertamente: "El valor superior tiene el derecho y el deber de imponerse al valor inferior, y el valor como tal aniquila con razón al no valor como tal" ⁵³⁰.

Según Schmitt la lógica de los valores supondría "que para el valor supremo el precio más alto no es demasiado alto, y debe ser pagado" ⁵³¹, y esto sólo lleva a la negación de los propios valores.

Concluye prescribiendo la necesidad de evitar el terror que comporta la actuación automática del valor a través de la instauración de reglas específicas y determinadas ⁵³². Así, el intérprete, antes de aplicar directamente los valores, tendría que ser prudente y saber perfectamente qué hace, no obviar el hecho de que él mismo es portador de valores ⁵³³.

⁵²⁷ *Ibidem*, pág. 17. En sentido contrario A. BALDASSARRE, Constitución y teoría de los valores..., *op. cit.*, pág. 24.

⁵²⁸ C. SCHMITT, La tiranía dei valori..., *op. cit.*, págs. 18 y 19. Otros, sin embargo, como Scheler o Hartman han intentado huir del subjetivismo y fijar objetivamente los valores. Para Schmitt, no obstante, el poner valores supone que estos valgan: "Quien dice que ellos valen, sin que los haga valer, pretende engañar"

⁵²⁹ *Ibidem*, pág. 23.

⁵³⁰ *Ibidem*, pág. 24.

⁵³¹ *Ibidem*, pág. 25.

⁵³² *Ibidem*, pág. 27.

⁵³³ Para Schmitt "el jurista que se apreste a hacerse ejecutor inmediato de los valores debería saber qué hace. Tendría que tener presente el origen y la estructura de los valores, y no tomar a la ligera el problema de la tiranía de los valores y de su

Dos, nos parece, son las críticas que dirige Schmitt a la teoría de los valores. De un lado, la amplia libertad que deja el valor al intérprete y, de otra, que la imposición de un valor supondría la necesaria negación de los demás.

Desde nuestro punto de vista estas conclusiones son contradictorias porque si la primera se basa en un hipotético "vacío" del contenido del valor, la segunda no podría sino fundamentarse justamente en su premisa opuesta.

Frente a las posturas que arguyen la inexistencia de un contenido de los valores, se puede replicar que "los valores no son palabras desnudas" o "vainas vacías" ⁵³⁴. Se puede decir también que "no todos los presupuestos de valor son admisibles, sino sólo los asumidos por el ordenamiento como propios principios cardinales", no los coloca el hombre subjetivamente ⁵³⁵. Y es que los valores, al menos para quien escribe, tienen un contenido, variable si se quiere, que no justifica cualquier tipo de expresión. Es cierto que en su concreción histórica éstos se han proyectado en manifestaciones "dudosas" ⁵³⁶, pero también que sólo a través de una crítica de la positividad basada en las diferentes concepciones axiológicas se ha podido dar respuesta a las no pocas necesidades

actuación inmediata. Tendría que tener presente la filosofía contemporánea de los valores antes de decidirse a valorar, invertir los valores, dar prioridad al valor o desvalorizarlo, y proclamar, como sujeto portador de valores y sensible a los valores, los dictámenes de un orden gradual de valores subjetivos, o bien objetivos, en la forma de decisiones que tienen validez jurídica". Ibidem, pág. 28.

⁵³⁴ E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 315.

⁵³⁵ G. ZAGREBELSKY, Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione..., *op. cit.*, pág. 908.

⁵³⁶ Piénsese que instituciones como la esclavitud fue defendida como consecuencia de la sustantivación de los valores a los que nos hemos referido.

que aparecen en la sociedad, y se ha conseguido alcanzar cierto "progreso" en la eficacia de los derechos humanos ⁵³⁷.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que la Constitución, como norma jurídico-fundamental, está diseñada para perdurar en el tiempo por lo que está sujeta siempre a nuevas reinterpretaciones necesarias de acuerdo con los cambios sociales. Estas reelaboraciones se han de inspirar en los valores reconocidos constitucionalmente. Sólo basándose en éstos, como elementos más genéricos y rectores del ordenamiento jurídico, podrá el intérprete facilitar soluciones adecuadas a los nuevos problemas.

Que se configuren los valores en el discurso hermenéutico como herramienta indispensable tampoco puede suponer la imposición absoluta y *tirana* de uno de ellos. Es más, siempre nos hemos referido a la expresión *plural* "valores" y no a un valor, dando a entender que existe una convivencia, conflictiva algunas veces, entre ellos. Que en un momento dado exista una prevalencia de uno frente a otro no quiere decir que exista un "aniquilamiento", como dice Schmitt, del segundo, se trata sólo de una preferencia puntual en un caso determinado. Además, toda preeminencia de un valor no expresa sino la aplicación de todos los demás porque, como veremos más adelante, si la elección de una regla supone la negación de otra, siguiendo la técnica del *all or nothing* ⁵³⁸, en los valores la aplicación de uno supone también,

⁵³⁷ En relación con la posibilidad de que pueda existir un retroceso en la teoría de los derechos fundamentales véase I. ARA PINILLA, Las transformaciones de los derechos humanos..., págs. 114-116. En cuanto a la configuración de las instancias críticas como fundamento último de nuevos derechos véase J. MUGUERZA, La alternativa del disenso..., *op. cit.*, págs. 19- 65.

⁵³⁸ R. DWORKIN, Los derechos en serio..., *op. cit.*, págs. 75 y 76. En el mismo sentido Häberle señala que aún admitiendo que el peso de los bienes constitucionales sea distinto "no se puede admitir un 'dominio de valores' en el sentido de que los valores individuales no se afirman en menoscabo de otro, ni se excluyen; tal dominio está excluido por el carácter unitario del sistema de valores, de la relación de

en parte, la de los otros y del valor que representa la unidad del ordenamiento jurídico ⁵³⁹.

Por tanto, podemos afirmar la necesidad y la utilidad de los valores en la hermenéutica contemporánea, excluyendo aquellas teorías que los condenaban por atentar contra el Estado de derecho y por suponer que aceptarlos implica la imposición de uno solo, y del más arbitrario subjetivismo en su definición ⁵⁴⁰.

6. Especificidades en la hermenéutica de enunciados normativos iusfundamentales

Los derechos fundamentales vienen siendo reconocidos usualmente en las constituciones de forma que cuanto acabamos de decir con relación a la hermenéutica constitucional es válido para su interpretación. Así está claro que el catálogo de derechos

condicionamiento recíproco en que se encuentran los distintos bienes en la Constitución, y en fin, del carácter constitucional de este sistema de valores, del que es propio el efecto de coordinación y de unificación". P. HABERLE, Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale..., op. cit., pág. 41.

⁵³⁹ G. BERTI, Pluralismo dei valori ed espansione dei diritti personali e sociali..., op. cit., págs. 89 y ss.; L. GIANFORMAGGIO, L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi..., op. cit., pág. 91.

⁵⁴⁰ *Por otro lado hay que constatar que en la jurisprudencia constitucional reciente existe una utilización cada vez más acentuada de los valores como pone de relieve Alessandro Mangia cuando dice que hoy es evidente la superación de una fase en la que el recurso a los valores tenía un carácter contingente ligado al caso concreto; se resuelven las cuestiones constitucionales "según un método más sustancial, en la comparación y sopeso de valores del propio tejido constitucional". A. MANGIA, Valori e libertà nella giurisprudenza costituzionale, Rivista di scienza giuridica Jus, 1987, págs. 341-365, pág. cit. 349; D. CORRADINI, Il problema del controllo dei valori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1965, págs. 264-275, pág. 275. Baldassarre, además, señala que la utilización de los valores implica el inicio de la superación del formalismo y el acercamiento a una teoría realista del derecho. A. BALDASSARRE, Constitución y teoría de los valores..., op. cit., pág. 34.*

recogido por el texto constitucional viene determinado por el régimen político: si se trata de un sistema político socialista reconocerá un mayor número de derechos sociales, los protegerá con más firmeza; si, por contra, estamos ante un régimen liberal, pondrá el acento en las libertades públicas.

Por otro lado, y en cuanto se refiere a la interpretación como metodología, todo lo que hemos dicho es plenamente válido para la atribución de sentido a las disposiciones iusfundamentales de la Constitución. Concretamente los procedimientos de razonabilidad o racionalidad juegan un papel concluyente en relación con éstas ⁵⁴¹.

Pero existen, sin embargo, algunas especificidades propias de la interpretación de los preceptos de derechos fundamentales que hemos de examinar. En primer lugar, se ha hablado del principio *in dubio pro libertate*, que expresaría la directiva implícita de la máxima expansión de los derechos fundamentales ⁵⁴². Esta *vis expansiva* es detectada por Enrique Alonso García en la S.T.C. de 17-VII-1981 cuando dice que "nada que concierna al ejercicio

⁵⁴¹ C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale...*, *op. cit.*, pág. 1576.

⁵⁴² Entiende Pérez Luño que este principio tendría un doble sentido: para el positivismo poseería un carácter exclusivamente individualista, mientras para la teoría de los valores institucional o iusnaturalista crítica, que dicho autor defiende, supondría la lógica consecuencia de la *vis expansiva* de los derechos fundamentales, potenciando sus efectos en todos los ámbitos de la vida social, ampliándose desde este punto de vista un postulado favor libertatis que procura no sólo una interpretación más acorde con la Constitución sino que también intenta maximizar la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto. A. E. PEREZ LUÑO, *La interpretación de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, págs. 315 y 316; L. AGUIAR LUQUE, *Los límites de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, págs. 29 y 30. En la doctrina italiana esta expansión de los derechos fundamentales se ha concretado en la aceptación de la doctrina del *strict scrutiny*. G. P. DOLSO, *Bilanciamento tra principi e "strict scrutiny" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, *Giur. Cost.* 1991, págs. 4153-4159. Así La Corte Constitucional italiana expresamente señala que el legislador al regular la modalidad del ejercicio de un derecho debe asegurar la efectividad de su ejercicio *Sent.* 93/1962, de 22 de noviembre, *Giur. Cost.* 1962, págs. 1371-1378

por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, podrá considerarse nunca ajeno a este tribunal" ⁵⁴³. Este principio *favor libertatis* inspira una serie de técnicas específicas siendo la más utilizada "reconducir las cláusulas constitucionales que se encuentran específicamente reguladas en otros preceptos constitucionales al contenido de los derechos fundamentales" ⁵⁴⁴. Otra consiste en entrar en el examen de simples cuestiones de legalidad extrañas a cualquier consideración de concordancia con el texto constitucional en los casos en que estén implicados los derechos fundamentales. En estos supuestos aparece "una cuasiconstitucionalización de normas meramente legales" ⁵⁴⁵. La

⁵⁴³ Citado por E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 362. S.T.C. 26/1981, de 17 de julio, fto. jco. 14, B.J.C. núm. 5, págs. 324-334; S.C.C. 38/1958, de 19 de junio, *Giur. Cost.* 1958, págs. 507-522.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, pág. 362-363. Así la S.T.C. núm. 75/1982, de 13 de diciembre, utiliza los parámetros del art. 117, páfo. 5, con respecto al examen del alcance del art. 24 de la Constitución B.J.C. núm. 21, págs. 41-43, fto. jco. 4, o la S.T.C. núm. 11/1983, de 21 de febrero, fto. jco. 2, declara aplicable el art. 24 a los procedimientos de extradición del art. 13.3. B.J.C. núm. 23, págs. 264-274. Sin embargo no siempre sucede esto, hay casos en que se ha rechazado su amparabilidad; por un lado la S.T.C. 46/1983 declara el carácter fundamental de la libertad de empresa pero no entra en la cuestión por no estar dentro de los derechos susceptibles de recurso de amparo S.T.C. 46/1983, de 27 de mayo, fto. jco. 6, B.J.C. núm. 26, págs. 688-703; con relación a la negociación colectiva la S.T.C. 72/1982, de 2 de diciembre, fto. 7, B.J.C. núm. 20, págs. 1058-1063, dice que el cierre patronal no constituye un derecho insertable en el derecho de la huelga y por lo tanto no es susceptible de recurso de amparo; la S.T.C. 4/1983, de 28 de enero, fto. 1, B.J.C. núm. 22, págs. 169-174, se va a referir a la negociación colectiva y el derecho de sindicarse, no examinando el primero por no estar dentro de los derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo; o la S.T.C. 12/1983, de 22 de febrero, ftos. jcos. 1 y 3, va a distinguir la negociación colectiva de la libertad sindical, de los conflictos colectivos y cierre patronal. B.J.C. núm. 23, págs. 274-281. En la jurisprudencia constitucional italiana este principio *favor libertatis* se ha concretado en la imposibilidad de la aplicación analógica de los límites de los derechos fundamentales y en el carácter restrictivo que éstos tienen. Véase la sentencia 298/1994, de 13 de julio, *Giur. Cost.* 1994, págs. 2577-2581.

⁵⁴⁵ E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 366. Ver S.T.C. 36/1982, de 16 de junio, fto. jco. 7, B.J.C. núm. 16-17, págs. 611-619.

tercera práctica que se desprende del principio *favor libertatis* es la inversión de la prueba; así, de la decisión del Tribunal Constitucional núm. 26/1981⁵⁴⁶ se derivaría que "toda medida aparentemente en contra de los derechos fundamentales goza de una presunción de inconstitucionalidad"⁵⁴⁷.

7. El carácter normativo de los derechos fundamentales.

7.1 Algunas acotaciones terminológicas: valores y principios.

Hemos hablado hasta ahora de la jurisprudencia de "valores" para referirnos al conjunto de mecanismos necesarios para resolver los conflictos constitucionales ante los cuales los criterios hermenéuticos tradicionales no ofrecen una respuesta. Es fundamental para el adecuado desarrollo de nuestro discurso definir exactamente qué son los valores y, sobre todo, determinar si existen diferencias sustanciales entre éstos y los principios, y en caso de existir, cuál es su contenido⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ S.T.C. 26/1981, de 17 de julio, fto. jco. 16, B.J.C. núm. 5, págs. 324-334.

⁵⁴⁷ E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 366. Para el autor, no obstante, esta técnica encuentra muchas veces problemas, lo que subraya citando la jurisprudencia contradictoria que se dio en torno a la posibilidad de definir qué huelgas son abusivas; así la sentencia núm. 72/1982, de 2 de diciembre, fto. 4, señala que el legislador ordinario es quien debe dilucidar esta cuestión S.T.C. 72/1982, de 2 de diciembre, B.J.C. núm. 20, págs. 1058-1063, y la 38/1981, de 23 de noviembre, en sus fundamentos 2 y 3, se pronunció en sentido contrario B.J.C. núm. 8, págs. 567-573. En relación con la igualdad el profesor Suay Rincón también observa un cambio jurisprudencial; así señala que hasta 1985 el Tribunal Constitucional exige que sea el poder público quien tenga que demostrar "la compatibilidad de la norma impugnada en el principio de igualdad". Pero esta jurisprudencia deja de ser uniforme requiriendo algunas decisiones que quien impugna una ley pruebe su ilegitimidad. J. SUAY RINCON, El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional..., *op. cit.*, págs. 845.

⁵⁴⁸ Debemos aclarar que los principios aparecen la mayoría de las veces como algo distinto a los valores véase por ejemplo R. CANOSA USERA, Interpretación constitucional y fórmula política..., *op. cit.*, págs. 141-150. Nosotros intentaremos

El concepto de valor se presenta habitualmente vinculado con la idea de principio, como norma aun más general, y dirigida a la ordenación de la totalidad del sistema jurídico. Como dice A. E. Pérez Luño, los valores funcionan "como metanormas respecto a los principios y como normas de tercer grado respecto a las reglas o disposiciones específicas"⁵⁴⁹. Así, para elucidar la noción de valor parece imprescindible que tengamos que acometer, en primer lugar, qué caracteriza a los principios.

No es cuestión fácil hablar de principios en el derecho; éstos, como ha señalado Norberto Bobbio, "no constituyen desde luego una categoría simple y unitaria"⁵⁵⁰.

Históricamente son los *principios generales del derecho* los que aparecen en un primer momento entroncados con la autointegración del derecho civil, y en los propios códigos se recurría a ellos para resolver las lagunas jurídicas⁵⁵¹. Sin embargo, con el paso del tiempo, en otras ramas del derecho se presentan

demostrar que desde el punto de vista del razonamiento jurídico ambos conceptos son coincidentes; es por esto que no hemos hecho alusión hasta ahora a las particularidades principialistas en relación con la interpretación constitucional, y hemos hablado sólo de valores.

⁵⁴⁹ A. E. PEREZ LUÑO, La fundamentación de los derechos humanos, en *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., págs. 132-184, pág. 140. En el mismo sentido Parejo señala que "la distinción entre valores y principios resulta ser así más bien de grado: los primeros son las normas más abstractas y abiertas cláusulas generales, los segundos tienen un contenido ciertamente indeterminado, pero más preciso o concreto que el de los anteriores. Justamente por esta razón, la clave para la identificación de estos tipos normativos más imprecisos acaba encontrándose en el terreno de su eficacia". L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del ordenamiento...*, op. cit., pág. 140.

⁵⁵⁰ N. BOBBIO, Principi generali del diritto. Novissimo digesto italiano, XIII, Edit. UTET, Torino, 1966, págs. 888-896, págs. 893 y 894.

⁵⁵¹ S. BARTOLE, Principi generali del diritto, *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Edit. Giuffrè, Milano, 1986, págs. 495-533, pág. 496; N. BOBBIO, Principi generali del diritto..., op. cit., pág. 888.

también principios generales como sucede en el derecho internacional, en el derecho administrativo o en el derecho constitucional ⁵⁵².

Más tarde pasan a integrarse dentro de los textos normativos y esto, como ha dicho Riccardo Guastini, dificulta proponer una caracterización única de los principios del derecho ⁵⁵³, así el autor italiano explicita al menos seis tipos de acepciones que utilizan los juristas para referirse a ellos. En primer lugar se emplea esta expresión para aludir a normas o disposiciones que expresan normas de un elevado nivel de generalidad ⁵⁵⁴, a disposiciones provistas de un alto grado de vaguedad y que necesitan una concreción en vía interpretativa ⁵⁵⁵, a normas de

⁵⁵² Así, como indica Bobbio, el art. 38 del Estatuto de la Corte permanente de Justicia internacional de 1920 sitúa a los principios generales reconocidos por las naciones civiles como método subsidiario de los tratados internacionales y de la costumbre internacional en la resolución de conflictos; esta fuente ha seguido siendo considerada por la Corte internacional de Justicia de 1945 o por el Tratado de Roma de 1957, si bien sólo con relación a los ilícitos extracontractuales. Por otro lado se ha hablado de los principios generales o fundamentales de la Constitución; así, la Constitución italiana habla en su art. 117 de "los principios fundamentales establecidos por la ley del Estado", o la Constitución española en su art. 9 garantiza "el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad...". N. BOBBIO, *Principi generali del diritto...*, op. cit., pág. 890.

⁵⁵³ R. GUASTINI, *I principi generali del diritto*, en AA. VV., *Soggetto e principi generali del diritto*. Actas del XV Congreso, edición preparada por M. Basciu, Edit. Giuffrè, Milano, 1987, págs. 67-88, pág. 68.

⁵⁵⁴ La generalidad, no obstante, es una cualidad graduable. Justamente por esto se distingue entre "principios generales del derecho o "del ordenamiento jurídico art. 12 disp. prel. cód. civ, principios generales o fundamentales de materias especiales art. 117, 1º páfo. de Cost, etc... una disposición, concluye, es más general cuanto mayor sea el número potencial de circunstancias concretas en las que puede encontrar aplicación". *Ibidem*, págs. 69 y 70.

⁵⁵⁵ También la vaguedad es graduable: una norma "es más vaga cuanto mayor sea la indeterminación semántica de los términos que designan el supuesto de hecho condicionante". *Ibidem*, pág. 71.

carácter programático ⁵⁵⁶, a las normas que ocupan un lugar elevado en la jerarquía de las fuentes ⁵⁵⁷, o a las normas que tienen un papel principal en el sistema jurídico o político ⁵⁵⁸.

Pérez Luño entiende que se puede hablar de principios en tres sentidos. En una acepción metodológica como "reglas orientadoras para el conocimiento, para la interpretación y para la aplicación de las restantes normas jurídicas... o, como *ratio legis* o *mens legis* de las normas, o sea, como finalidad, objetivo o *policy* perseguido por las normas que deben orientar su interpretación teleológica y evolutiva" ⁵⁵⁹; en una dimensión ontológica "como *principia essendi* a los que se remite el ordenamiento jurídico en calidad de fuentes normativas" ⁵⁶⁰; o en un sentido axiológico, "como los *prima principia*, axiomas o postulados éticos que deben inspirar todo el orden jurídico" ⁵⁶¹.

Bobbio, por su parte, distingue entre principios que se refieren a una institución como puede ser la indisolubilidad del

⁵⁵⁶ "Se trata de normas, sobre todo dirigidas al legislador y/o a la administración pública, que prescriben la consecución de un fin, o bien declaran solamente un valor, callando acerca de los medios con los que el fin debe ser perseguido o las situaciones en las que el valor debe ser realizado". *Ibidem*, pág. 71.

⁵⁵⁷ "Se trata, esencialmente, de normas de rango constitucional, que... parecen merecer la calificación de principios, independientemente de su naturaleza, o del modo en que vienen expresadas". Desde esta perspectiva se habla de principios constitucionales sin posterior especificación como parámetros del juicio de legitimidad constitucional de las leyes. Con esta expresión se hace referencia al documento constitucional formal en su conjunto, o al complejo de documentos normativos de grado constitucional, sin distinguir como se hace en otros casos entre normas constitucionales de principios y no de principios. *Ibidem*, págs. 73 y 74.

⁵⁵⁸ "Se puede decir quizás que una norma es considerada fundamental o característica de un cierto sistema normativo, en la medida en que se convenga que, en su ausencia, aquel sistema normativo cambiaría de identidad". *Ibidem*, pág. 74.

⁵⁵⁹ A. E. PEREZ LUÑO, La interpretación de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 289.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, pág. 289.

⁵⁶¹ *Ibidem*, pág. 290.

matrimonio, a una materia del derecho el principio de la tutela de la confianza en materia de contratos, a una rama del derecho como el principio *favor rei* del derecho penal, o a un ordenamiento jurídico el principio de la libertad contractual en un sistema inspirado en la ideología liberal ⁵⁶².

Sin embargo, nos parece que es necesario separar dos categorías de principios que cumplen dos finalidades diferentes. En efecto, es curioso comprobar cómo, pese al reconocimiento constitucional expreso de los principios, en la literatura jurídica existe una confusión entre los principios del derecho constitucional y los principios generales del derecho constitucional. Así resulta chocante que Crisafulli al referirse a los principios constitucionales los defina como "los principios generales del derecho que son esencialmente inherentes a la forma histórica del Estado o en todo caso se refieren a su ordenamiento supremo" ⁵⁶³ y, otras veces, utilice fórmulas en referencia al mismo concepto como aquellos "principios *generales* que informan y regulan...". También en la literatura más reciente Bartole habla de la construcción de estos principios "generalizando en un proceso

⁵⁶² N. BOBBIO, *Principi generali del diritto...*, *op. cit.*, pág. 894. *Se plantea, además, la posibilidad de que existan una serie de principios que sean propios de todos los sistemas jurídicos. A esta pregunta sólo se puede responder positivamente desde una perspectiva iusnaturalista: aquí entrarían para el profesor italiano "1° los considerados principios de justicia, fórmulas vacías que se pueden colmar con cualquier contenido, como los clásicos neminem laedere e suum cuique tribuere; 2° reglas obvias que se deducen de condiciones de hecho imprescindibles o incontrovertibles, como ad impossibilia nemo tenetur, o nemo plus transferre potest, etc.; 3° máximas que enuncian las condiciones mismas de posibilidad de todo ordenamiento jurídico como el fatídico pacta sunt servanda".*

⁵⁶³ V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione*, en AA. VV., *Scritti in onore di Santi Romano*, Edit. CEDAM, Padova, 1940, Vol. I, págs. 663-703, pág. 687.

de abstracción", sin establecer claramente si alude a los principios o a los principios generales del derecho ⁵⁶⁴.

En otros casos sí se distingue. En concreto, Modugno diferencia entre normas, principios constitucionales y principios generales de la Constitución ⁵⁶⁵. La distinción entre los primeros y los segundos, amén del lógico rasgo de la explicitación, se ubicaría en su origen; los principios vendrían impuestos por el legislador o constituyente e incorporarían una finalidad o un programa, mientras los principios generales son impuestos por el intérprete para dar sentido a las disposiciones jurídicas ⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ S. BARTOLE, *Principi generali del diritto...*, *op. cit.*, pág. 516. *Acepta, no obstante, la existencia de principios recogidos en la Constitución que han tenido aplicación directa, pero la idea que preside este artículo está más vinculada a la perspectiva civilista.*

⁵⁶⁵ F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1989, pág. 2. *Para el autor: "En cualquier ámbito o tipo de fuente es posible extraer y señalar principios generales". Frente a los principios del derecho, los principios generales "tienen una naturaleza esencialmente implícita en cuanto están dotados de contenido deontológico excedente...". En el mismo sentido Prieto Sanchís distingue entre los principios generales del derecho que concibe como "un caso de creación de derecho en sede interpretativa" y principios del derecho que harían referencia a "ciertas normas constitucionales, legales o jurisprudenciales que, no se sabe muy bien por qué, reciben el nombre de principios". L. PRIETO SANCHIS, Diez argumentos a propósito de los principios, *Jueces para la democracia*, núm. 26, 1996, págs. 41-49, pág. 42. Véase también M. GARCIA CANALES, Principios generales y principios constitucionales, *Revista de estudios políticos*, 1989, abril-junio, págs. 131-162, págs. 148-149.*

⁵⁶⁶ F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento...*, *op. cit.*, pág. 4. *Para Luis Prieto "los principios implícitos son obra del razonamiento jurídico y no constituyen el significado de ninguna disposición normativa... los principios expresos es evidente que forman parte de una disposición". L. PRIETO SANCHIS, La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas...*, *op. cit.*, pág. cit., 340. *Los profesores Ara Pinilla y Ruiz Manero van a distinguirlos en razón de su carácter explícito o implícito. I. ARA PINILLA, Teoría del derecho...*, *op. cit.*, págs. 281 y 282 J. RUIZ MANERO, Principios jurídicos, en AA. VV., *El derecho y la justicia*, edición dirigida por E. Garzón Valdés y F. Laporta, Edit. Trotta, Madrid, 1996, págs. 149-159, pág. 152. *Esto no quiere decir que hayan de ser creados siempre por el*

Así pues, podemos decir que los principios generales son "hipótesis asumidas por el operador intérprete"⁵⁶⁷, mientras los principios del derecho constitucional pertenecen al lenguaje del legislador o del constituyente⁵⁶⁸.

intérprete a través de un proceso de inducción, en muchos casos el intérprete podrá utilizar los principios constitucionales como herramienta hermenéutica. M. ARAGON, Constitución y democracia, Edit. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 92 y 93.

⁵⁶⁷F. MODUGNO, Principi generali dell'ordinamento..., op. cit., pág. 5; G. MARINI, Principi generali del diritto nel sistema politico, en AA. VV., *Soggetto e principi generali del diritto...*, op. cit., págs. 112 y ss.

⁵⁶⁸Hoy en día no se discute, como ya hemos visto, el carácter jurídico de los principios del derecho; se acepta este carácter por cuanto provienen de una autoridad y en cuanto son normas, con unas características determinadas, como veremos. Más problemas ha ocasionado la juridicidad de los principios generales del derecho; véase en sentido contrario E. Betti, para quien como las normas particulares no se pueden extraer deductivamente de los principios, recíprocamente tampoco se podrán inducir los principios a partir de las normas. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici...*, op. cit., pág. 211. En el mismo sentido Basile, tras considerar que la relación entre normas y principios es la que existe entre medios y fines, señala que no se puede pasar de unas a otros a través de la simple inducción porque con una generalización de los medios no se pueden determinar los fines. S. BASILE, "Valori superiori", *principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, *Giur Cost.* 1993, págs. 2200-2257, pág. 2241. Prieto Sanchís, por su parte, indica que "la inducción de los principios generales del conjunto de los enunciados del derecho positivo se resuelve o en analogía legis o en la mera extensión de reglas particulares, de manera que no se explica la necesidad de añadir un argumento suplementario". L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 23. Para Modugno, sin embargo, el carácter normativo de los principios generales depende de qué se entienda por derecho; si por éste se entiende la valoración o cualificación "estrictamente dependiente, ligada, declarada a una o más disposiciones" los principios no son normas jurídicas, si se entiende que son cualquier valoración o cualificación "posible, relevante en el ámbito del ordenamiento", entonces sí tendrán carácter jurídico. Para el autor "es esta última la alternativa correcta... porque, si los principios fuesen directa e inmediata cualificación o, valoración de hechos, de situaciones, de acciones, etc., se reducirían a norma simplemente más general o comprensiva de otras que se pueden recordar, pero perdería su alternatividad natural, o sea la capacidad de ir adaptando la calificación de casos no previstos, esta es justamente su función normogenética". F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento...*, op. cit., pág. 6. En todo caso, como señalan Atienza y Ruiz

Nos situamos, pues, en el campo de los principios del derecho constitucional, principios explicitados en enunciados jurídicos susceptibles de interpretación, y que pertenecen al lenguaje normativo en cuanto ordenan un deber ser ⁵⁶⁹, sin perjuicio de que puedan operar como principios generales al ser utilizados por el intérprete.

Los principios tradicionalmente se vienen diferenciando de las reglas por su carácter genérico; así serían "normas más generales, en los diversos sentidos en los que se entiende la generalidad: a en cuanto a la clase de los destinatarios, b en cuanto a los hipotéticos casos, c con relación al efecto jurídico previsto en la norma" ⁵⁷⁰.

Sin embargo, esta tesis no parece aceptable en tanto que establece una distinción entre reglas y principios desde un punto

Manero, el problema crucial es el de la identificación de los principios implícitos y este problema "viene a coincidir con el problema general de la interpretación jurídica". M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, Sobre principios y reglas, Doxa, núm. 10, págs. 101-120, pág. 119. Véase también V. CRISAFULLI, I principi costituzionali dell'interpretazione..., op. cit., pág. 682. N. BOBBIO, Principi generali del diritto..., op. cit., pág. 890. S. BARTOLE, Principi generali del diritto..., op. cit., pág. 513.

⁵⁶⁹ Como reconoce Alexy existe una confusión terminológica con relación a los términos principios, reglas, normas o máximas. Para el mencionado autor los principios y las reglas pertenecen al género normas en la medida en que ambos señalan un deber ser; principios y reglas "son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas". R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales, traducida por E. Garzón Valdés, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 83. Cfr. F. TODESCAN, A proposito dei principi generali del diritto nel sistema politico, en AA. VV., Soggetto e principi generali del diritto..., op. cit., págs. 119-125, págs. 122 y 123.

⁵⁷⁰ D. FARIAS, Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali, publicación del Instituto de ciencias jurídicas, económicas, políticas y sociales de la Universidad de Mesina, Edit. Giuffrè, Milano, 1981, pág. 161; M. ARAGON, Constitución y democracia..., op. cit., pág. 84; R. GUASTINI, Dalle fonti alle norme..., op. cit., págs. 111-112; E. SPAGNA MUSSO, Diritto costituzionale..., op. cit., págs. 254 y ss.

de vista exclusivamente cuantitativo. Y la utilización de este criterio impide determinar el punto exacto de la gradación en el que se empieza a hablar de principios y cuándo se deja de aludir a las reglas generales. Por otro lado, es necesario resaltar que con arreglo a esta doctrina la generalidad implica una proporcional falta de juridicidad, por lo que sería necesario dilucidar en todo caso el alcance jurídico de cada principio y regla.

La diferencia entre reglas y principios no puede fijarse conforme a este criterio, es necesario elucidar su estatus desde una perspectiva cualitativa. Y ésta ha de ser la capacidad de resolver por sí el conflicto jurídico; así los principios son "normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes" ⁵⁷¹, y las reglas "son normas que sólo pueden ser cumplidas o no" ⁵⁷²; o como dice Zagrebelsky, los principios nos proporcionan "criterios para *tomar posición* frente a situaciones *a priori* indeterminadas, cuando se han de determinar concretamente" ⁵⁷³, en cambio las reglas sólo pueden ser aplicadas mecánicamente por medio del silogismo.

⁵⁷¹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 86. *Los principios serían "mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas". En parecido sentido se expresa Dworkin cuando diferencia las reglas rules, en cuanto éstas se aplican disyuntivamente mientras los principios tendrán una aplicación conjunta con otros. R. DWORKIN, Los derechos en serio..., op. cit., págs. 74 y 75. Sin embargo no se trata de una concepción idéntica, véase J. HABERMAS, Fatti e norme. Contributi a una teoria del diritto e della democrazia, traducido al italiano por L. Ceppa, Edit. Guerini e associati, Milano, 1996, págs. 251 y ss.*

⁵⁷² R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 87. *Las reglas contendrían "determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible".*

⁵⁷³ G. ZAGRABELSKY, *Il diritto mite*, Edit. Einaudi, Torino, 1992, traducido al español por M. Gascón Abellán, *El derecho dúctil*, Edit. Trotta, Madrid, 1997, pág. 149.

La distinción, pues, entre principios y normas se sitúa en el lenguaje interpretativo. En el conjunto de proposiciones normativas, enunciados lingüísticos dotados de autoridad y que ordenan un deber ser, no se puede detectar la existencia de una regla o un principio, es necesario que se "interprete". La relevancia se da en el momento de los significados y no en el de los enunciados, se trata de un problema de lógica de los juristas y no de lógica del derecho ⁵⁷⁴.

Ahora bien, el hecho de que sea en el momento de la adscripción del significado cuando se elucide el carácter principal de un enunciado normativo no quiere decir que el intérprete ostente una amplia libertad en su determinación. Éste habrá de tener en cuenta que la regla es "una norma cuya aplicación tiene como objeto central y absoluto el determinar el resultado de la argumentación" y el principio no ⁵⁷⁵. Para esta determinación el

⁵⁷⁴ L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi...*, *op. cit.*, págs. 72 y ss. *Esta distinción entre lógica de los juristas y lógica del derecho es necesaria pues sin ella se confunden dos problemas: la aplicabilidad de las leyes lógicas a los sistemas normativos y la racionalidad de los procedimientos interpretativos y aplicativos de las normas. La lógica del sistema jurídico es un objeto distinto al de la racionalidad de los procedimientos interpretativos y aplicativos. A juicio de la autora la distinción entre reglas y principios sería un problema de razonamiento jurídico y no de generalidad aunque reconozca que en la mayoría de los casos los principios tienen una mayor generalidad. La diferencia entre principio y regla es de sustancia y no de grado. Esta diferencia consiste en que en los principios la subsunción no vendrá, en la argumentación, mantenida como razón suficiente para determinar la consecuencia.*

⁵⁷⁵ *Ibidem*, pág. 71. *En cualquier caso nos movemos como ha puesto de relieve Luis Prieto en el ámbito normativo, en el de atribución de sentido a las disposiciones constitucionales. Para el aludido autor esto implica el que no exista una efectiva diferencia entre principios y reglas; se trataría de "dos modos de llamar a técnicas o modelos de argumentación diferentes, lo que paradójicamente conduce al final a negar cualquier atisbo de distinción al proceso hermenéutico" pág. 57. El autor intenta, utilizando los criterios que tradicionalmente han servido para distinguir normas y principios, trazar una separación lógica entre ambos; y el único criterio que establece es el carácter relacional o comparativo que tienen los principios con respecto a las reglas. Esta conclusión tiene una consecuencia: cuando una*

intérprete ha de respetar en todo caso ciertos indicios que le proporciona el texto normativo ⁵⁷⁶.

Así pues, y a efectos de nuestro trabajo, consideraremos a los principios como un tipo de normas que operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización, frente a las reglas que lo hacen de una manera excluyente ⁵⁷⁷.

Constitución o una ley establece un principio no se pueda determinar a priori esta consideración; "sólo cuando llevamos el principio a un contexto normativo más amplio se hace posible precisar en qué sentido y en relación con qué un enunciado normativo es un principio" pág. 63. L. PRIETO SANCHIS, Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico..., op. cit.; La doctrina de los principios del derecho y la distinción entre principios y reglas..., op. cit., págs. 341 y ss.

⁵⁷⁶ *Letizia Gianformaggio señala que para dilucidar si estamos ante un principio o una regla habrá que estar a lo que intentaba decir el sujeto emisor además de su formulación es preciso tener en cuenta la interpretación histórica, teleológica, etc.. L. GIANFORMAGGIO, L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi..., op. cit., pág. 71. Para Juan Ruiz Manero las reglas pueden estar supuestas en las disposiciones del legislador; así enuncia tres procedimientos que determinarán la existencia de reglas: "imponiendo restricciones recíprocas a la persecución por cada cual de sus propios intereses... garantizando, en la persecución por cada cual de sus propios intereses, una esfera de no interferencia por parte de otros agentes; y, en tercer lugar, posibilitando que los individuos alteren y enriquezcan, dentro de ciertos límites, el anterior entramado normativo". J. RUIZ MANERO, Principios jurídicos..., op. cit., pág. 156. Véase también M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, Sobre principios y reglas..., op. cit., pág. 117. En todo caso lo que no parece atendible es la pretensión de Prieto Sanchís al atribuir libertad al juez para dilucidar cualquier caso acudiendo a los principios en cuanto en toda regla "late un principio". L. PRIETO SANCHIS, Diez argumentos a propósito de los principios..., op. cit., pág. 47; La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas..., op. cit., pág. 357. Se pondría desde este punto de vista en manos del juez un poder omnímodo para dilucidar cada caso concreto a través de la colisión de principios y negar la aplicación de las reglas dictadas por el legislador.*

⁵⁷⁷ *Pérez Luño disiente de manera abierta de este criterio distintivo, y criticando a Dworkin señala que "desconoce la posibilidad de una interpretación sistemática de la Constitución en la que las distintas normas constitucionales reciben su sentido no sólo de la adecuación a lo postulado por los valores y principios fundamentales, sino también por su posibilidad de conjugarse con otras normas específicas constitucionales que contribuyen a elucidar el sentido lógico y objetivo del texto*

Quizás sea, justamente, como indica Robert Alexy, la colisión de principios y reglas la manera más descriptiva y gráfica de distinguirlos. En el caso de que se dé un conflicto de reglas, una de ellas ha de ser declarada inválida y eliminada por tanto del ordenamiento jurídico porque "el concepto de validez jurídica no es graduable"⁵⁷⁸. Esto es, cuando dos o más normas-reglas consideren de manera diversa un supuesto de hecho dando respuestas distintas, el intérprete habrá de invalidar todas menos la que aplique, que se erige con toda su intensidad y consecuencias.

Cuando sean dos principios los que entren en colisión no se invalida ninguno, sino que "uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro"⁵⁷⁹. En esta colisión el principio que cede no desaparece del ordenamiento jurídico, e incluso recibe aplicación en la medida en que transforma el sentido más vehemente que pudiera tener su opuesto. Los principios "no son jamás incompatibles entre ellos, son siempre concurrentes y aplicar uno significa aplicar al mismo tiempo todos aquellos que con él concursan"⁵⁸⁰

Una vez hemos adoptado un concepto de principio, debemos abordar el de *valor*. Y conviene recordar que éste se viene construyendo sobre el carácter más genérico que tendría con relación a los principios⁵⁸¹. Para esta tesis los valores constituirían un tipo de norma más general que los principios⁵⁸².

fundamental en su conjunto". A. E. PEREZ LUÑO, La interpretación de los derechos fundamentales..., op. cit., págs. 292-293.

⁵⁷⁸ R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 88.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, pág. 89.

⁵⁸⁰ L. GIANFORMAGGIO, L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi..., op. cit., pág. 78.

⁵⁸¹ Véase nota pie de página núm. 549.

⁵⁸² "Así pues, tanto los valores como los principios son, para el derecho, normas y sólo normas, construidas con conceptos jurídicos y cuya eficacia ha de establecerse,

Coherentemente desde esta posición se reconoce a los valores una normatividad "mucho más restringida... que la que atribuyen a los principios" ⁵⁸³. Y ello porque la adscripción del carácter normativo resulta inversamente proporcional al grado de concreción; así las reglas tendrían una normatividad total, los principios una más restringida, y los valores un carácter normativo casi irrelevante ⁵⁸⁴.

Este criterio de distinción es, por tanto, idéntico al que diferenciaba entre reglas y principios. Y aquí también nos merece idéntico juicio. Desde nuestro punto de vista, no se pueden hacer distingos cuantitativos entre estas categorías porque estaría sembrada la duda sobre dónde se sitúa la frontera entre estas dos

consecuentemente, en términos rigurosamente jurídicos". L. PAREJO ALFONSO, Constitución y valores del ordenamiento..., op. cit., pág. 144. En el mismo sentido Teresa Freixes Sanjuán y Carlos Remotti Carbonell, admitiendo el carácter normativo de valores y principios en la Constitución española, emplazan la diferencia entre principios y valores en su estructura y en su función. Desde el primer punto de vista los valores son "metanormas" y los principios "gérmenes de reglas". En cuanto a la función, los principios tienen una función fundamentadora, orientadora y crítica, y los valores una exclusivamente informadora. T FREIXES SANJUAN y C. REMOTTI CARBONELL, Los valores y principios en la interpretación constitucional, Revista española de derecho constitucional, 1992, mayo-agosto, págs. 97-109; M. ARAGON, Constitución y democracia..., op. cit., pág. 92.

⁵⁸³ L. PAREJO ALFONSO, Constitución y valores del ordenamiento..., op. cit., pág. 140.

⁵⁸⁴ "La razón de la postura doctrinal restrictiva mayoritaria radica, sin duda, en la determinación del tipo normativo 'valor' por relación al grado máximo de inconcreción y abstracción de la prescripción normativa. La generalidad misma de las cláusulas en que consisten los valores conduce de suyo al peligro de la diluición del derecho en un decisionismo y activismo judiciales, con la consecuente subversión de principios claves para la construcción del Estado y, en particular, de la posición del legislador como representante de la soberanía popular constituida. La suma de ambas circunstancias, conduce sin negación del alcance normativo de los valores, a la máxima restricción posible de su eficacia". *Ibidem*, pág. 141.

nociones y de cómo se precisa el grado de normatividad de cada valor y de cada principio ⁵⁸⁵.

Lo cierto es que, pese al predicamento que ha tenido el criterio de la generalidad en la literatura jurídica, existen también ciertas reticencias a reconocer su carácter normativo ⁵⁸⁶, y es que asignar a los valores idéntica naturaleza que a los principios y diferenciarlos exclusivamente por la generalidad supone incluir una figura en el razonamiento jurídico que opera de idéntica manera a como lo hacen los principios ⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Incluso autores que otorgan a la distinción entre normas reglas y principios un carácter relacional o comparativo atribuyen a los valores un carácter principial. R. DE ASIS ROIG, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento...*, op. cit., pág. 68.

⁵⁸⁶ Así Torres del Moral sostiene que la diferencia entre valores y principios muchas veces se difumina. A. TORRES DEL MORAL, *Principios de derecho constitucional español...*, op. cit., pág. 54. Por su parte Sánchez Agesta señala que la distinción entre principios y valores es relevante "porque los principios son fuentes del derecho, de acuerdo con la ordenación de las fuentes en el Código Civil, mientras que los valores no tienen este valor jurídico definido". L. SANCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980, págs. 84-85. Vilas Nogueira se muestra aún más contrario a admitir el carácter jurídico de los valores superiores de la Constitución española, éstos a su juicio se homologarían con los principios, y en cuanto no hayan sido desarrollados o existan principios contradictorios en la Constitución "no tienen eficacia inmediata respecto de los ciudadanos". J. VILAS NOGUEIRA, *Los valores superiores del ordenamiento jurídico*, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 12, 1984, septiembre-diciembre, págs. 87-102, pág. 97 y 100.

⁵⁸⁷ En nuestra doctrina, como hemos visto, ha existido, no obstante, una tendencia a singularizar un estatus autónomo con relación a los valores, y ello sin duda por la positivación de los valores superiores en el art. 1.1. Esta configuración constitucional ha provocado en la dogmática desde un principio la dificultad de determinar qué significaba esta mención a los valores. Véase así S. BASILE, *Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en AA. VV, *La Constitución española de 1978, Estudio sistemático dirigido por los profesores A. Predieri y E. García de Enterría*, págs. 253-305, Edit. Civitas, Madrid, 1978, págs. 253-305; G. PECES BARBA MARTINEZ, *Los valores superiores*, Edit. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 17-114.

Efectivamente, el reconocimiento de otras normas que no sean reglas o principios carece de funcionalidad porque todas las disposiciones jurídicas actúan en el razonamiento jurídico como reglas o principios, no se puede "inventar" un tercer género. Así Zagrebelsky, al estudiar los posibles vicios materiales de constitucionalidad, distingue únicamente entre reglas y principios; entiende que cuando se está ante una regla no existen problemas "pues cualquiera podría advertir la constitucionalidad a primera vista e incontrovertiblemente"⁵⁸⁸; cuando se trata de un principio,

⁵⁸⁸ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale...*, op. cit., pág. 125. En el mismo sentido el profesor Ollero al estudiar los valores superiores recogidos en el art. 1.1 de la Constitución plantea cuál es su naturaleza, rechazando la existencia de otras posibilidades que no fueran las de normas o principios. Para el autor citado "los valores funcionan primordialmente como 'principios', sin que su entrada en juego excluya la de otros con los que están llamados a complementarse... o como 'normas' en la medida en que su formulación permita fundamentar en ellos decisiones, hacerlas previsibles o dar paso a su posterior revisión". A. OLLERO TASSARA, *La Constitución: entre el normativismo y la axiología...*, op. cit., pág. cit., 232. Sin embargo la tesis de Ollero nos parece criticable en dos aspectos. Por un lado el hecho de hablar del carácter normativo de las normas y los principios, pues parece cuando menos pleonástico el caracterizar las normas como normativas, y no concebirlas como género en el que coexisten dos especies: las reglas y los principios. Por otro lado, parece, también, difícil considerar que los valores superiores del art. 1.1 puedan operar como reglas o normas, porque el hecho de que se utilice el término "valores" así como su vaguedad, traslucen su carácter principal. Aún siendo así, lo cierto es que no puede excluirse esta posibilidad, en cuanto en algún momento pueda esta norma determinar por sí la resolución de un caso. Así Garrido Falla estima que en los valores proclamados por el art. 1 existen distintos grados de concreción y que por ejemplo el pluralismo político podría operar como una regla para declarar inconstitucional una ley que estableciera un partido único. F. GARRIDO FALLA, *Comentario al art. 1.1, en Comentarios a la Constitución...*, op. cit., pág. 29. En todo caso es necesario destacar que la inclusión de los valores superiores en el art. 1 de la Constitución española ha sugerido múltiples reflexiones en el ámbito teórico tendentes a diferenciar los valores de los principios, pero lo cierto es que como señala García Canales "de hecho los valores son asimilados a los principios constitucionales". Y ello por tres razones: "1ª. Se trata, en suma, de 'valores superiores del ordenamiento jurídico'; esto es, del mismo ordenamiento en que operan los principios... No se trata, pues, de valores morales, religiosos o éticos. 2ª Tanto los valores como los principios expresan los enunciados más generales, aunque también de mayor fuerza del ordenamiento... 3ª Hay, por último, una cierta relación entre

a diferencia de lo que sucede con la regla jurídica, éste "no 'regula', en efecto, una concreta situación jurídica, pues no indica la consecuencia jurídica que debe extraerse de un supuesto de hecho no es en definitiva reconducible al esquema kelseniano: si a debe ser b" ⁵⁸⁹.

Si carece de funcionalidad distinguir valores y principios desde la perspectiva del razonamiento jurídico, nos podemos plantear si existe alguna diferencia entre ellos ⁵⁹⁰.

Desde nuestro punto de vista sí es posible elaborar un criterio distintivo entre estas nociones, y éste ha de buscarse en el diferente plano en que se mueven. Robert Alexy, concretamente, tomando como presupuesto la tripartición de Von Wright, entre conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos, reconoce

valores y principios, pues, de un lado, algunos valores encuentran su encarnación en un principio, y en otros, hay una conexión con afirmaciones constitucionales, que tienen la consideración de principios constitucionales". M. GARCIA CANALES, Principios generales y principios constitucionales..., op. cit., págs. 153.

⁵⁸⁹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale...*, op. cit., pág. 126. *En su artículo Su tre aspetti della ragionevolezza, hace coincidir expresamente los vocablos principios y valores, prefiriendo utilizar el primero por estar más apegado a la tradición jurídica italiana. G. ZAGREBELSKY, Su tre aspetti della ragionevolezza, en AA. VV., Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale..., op. cit., págs. 179-192, pág. 185. Sergio Fois, por su parte, identifica los principios con los valores pero para él no tendrán carácter jurídico, carácter que reserva a las reglas. Para el constitucionalista italiano el confiarse a los principios o valores podría suponer un régimen paternalista o incluso autoritario. S. FOIS, "Ragionevolezza" e "valori": Interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto, en AA. VV., Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale..., op. cit., págs. 103-119, pág. 118.*

⁵⁹⁰ *Desde un concepción diferente de los principios Silvio Basile también va a identificar los valores con los principios. S. BASILE, "Valori superiori", principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie..., op. cit., pág. 2212. Para el autor los principios son fines y su operatividad es asegurar la coherencia funcional de los medios que son las normas jurídicas pág. 2237. Los principios no siempre tienen carácter jurídico, pero sí en los casos en que sean reconocidos por las fuentes formales págs. 2241 y ss..*

el carácter deontológico de los principios en cuanto son un tipo de norma que ordena un deber ser, un mandato de optimización; y el carácter axiológico de los valores en la medida en que van a expresar lo bueno ⁵⁹¹.

Así la estructura de la norma jurídica sería la siguiente ⁵⁹²:

⁵⁹¹ R. Alexy recoge esta distinción de G. H. von WRIGHT, *The Logic of Preference*, Edimburgo, 1963, pág. 7, traducida por R. J. Vernengo, *La lógica de la preferencia*, Edit. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires 1967. Para Von Wright los conceptos prácticos se dividen en deontológicos, axiológicos y antropológicos; deontológicos son los de mandato, prohibición, permisión y del derecho a algo; los axiológicos se caracterizan por referirse fundamentalmente a lo bueno, y los antropológicos se refieren a cuestiones como voluntad, necesidad, decisión o acción. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 139

⁵⁹² *Ibidem*, pág. 145. Como se pone de manifiesto en este esquema en el plano axiológico se reproduciría la misma estructura que hemos estudiado en el plano deontológico. Para Alexy existe una pluralidad de objetos que pueden ser valorados y de criterios de valoración un automóvil, por ejemplo puede ser valorado desde el criterio de la velocidad, seguridad, etc., que es lo que designa como valor porque los objetos en sí no son un valor. Las valoraciones se llevan a cabo conforme a uno o varios criterios de valoración por ejemplo se puede valorar un automóvil desde el punto de vista de la seguridad, pero también desde otros puntos de vista como la velocidad, el confort, etc.. "Por lo general, se valora según varios criterios entre los cuales hay que sopesar porque tienen un carácter contrapuesto. Las clasificaciones de algo como 'bueno' es, entonces, la expresión de una valoración total. La aplicación de criterios de valoración entre los cuales hay que sopesar responde a la aplicación de principios. En lo que sigue, serán llamados 'criterios de valoración' sólo aquellos criterios de valoración que pueden ser sopesados. Sus opuestos son los criterios de valoración que, como las reglas, son aplicables sin ser sopesadas. Serán llamados 'reglas de valoración'", pág. 144. Así, estaremos ante criterios de valoración, los principios del lenguaje axiológico, cuando sea necesario sopesar los distintos criterios de valoración para determinar lo bueno; mientras que operaremos con una regla de valoración si se emplea un sólo criterio de valoración que determina directamente lo bueno. Gregorio Robles plantea un esquema diferente en el que la regla es la especie y la norma un tipo particular de regla que establece un deber. G. ROBLES MORCHON, *Las reglas del derecho y las reglas del juego. Ensayo de teoría analítica del derecho*, Edit. Facultad de derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1984, págs. 163 y ss.

Norma

Norma deontológica

Norma axiológica

Regla	Principio	Regla de valoración	Principio de valoración
-------	-----------	---------------------	-------------------------

De esta forma los criterios de valoración son el rostro jánico de los principios en el lenguaje axiológico, y las reglas el de las reglas de valoración en el ámbito deontológico ⁵⁹³.

⁵⁹³ Posición muy distinta es la sostenida por J. HABERMAS, *Fatti e norme...*, op. cit. Para éste los valores no son en caso alguno normas jurídicas e interpretar mediante valores, en cuanto ninguno puede tener una prevalencia incondicionada, implica transformar la interpretación jurídica en realización de valores. Los principios se diferencian de los valores, en primer lugar, porque aquellos "tienen carácter deontológico, mientras que los valores se han de entender en sentido teleológico" pág. 303; en segundo lugar, porque los principios, como todas las normas, se presentan con "una pretensión binaria de validez, y son o válidas o inválidas", y los valores establecen relaciones de preferencia que indican que ciertos bienes son más atractivos que otros por lo que se puede estar más o menos de acuerdo con los valores; en tercer lugar, señala, que las normas donde incluye los principios tienen una validez deóntica absoluta, "de una obligación incondicionada y universal", en tanto que los valores tienen una validez deóntica relativa "una estimación de bienes que, en determinadas culturas y formas de vida, ha sido heredada o adoptada"; por último señala, que las normas "no pueden contradecirse nunca una con otra" mientras que los valores en la medida en que encuentran un reconocimiento subjetivo en una cultura o forma de vida "generan configuraciones flexibles y ricas de tensión" págs. 303-304.

Las diferencias estructurales entre principios y valores constituyen distintas formas de aplicación; así, por un lado, "los valores nos van a decir qué comportamiento es recomendable realizar en un cuadro cultural o en una forma de vida determinada; las normas, por otro, nos van a decir qué acción será buena para todos" pág. 304. Para Habermas los derechos fundamentales tienen distinta configuración si se les considera como principios normas o como valores: como normas "regulan una materia en el interés igual de todos", como valores "configuran un orden simbólico que expresa la identidad y la forma de vida de una concreta comunidad jurídica" pág. 305. Si los derechos fundamentales, y la Constitución, fueran considerados como valores se traicionaría su carácter jurídico pág. 305.

En la interpretación del Tribunal Constitucional alemán y en parte de la doctrina, sobre todo a través del sopeso de valores, se ha dado entrada a la

comprensión de los derechos fundamentales como valores y ello supone para Habermas que principios jurídicos se convierten en bienes o intereses jurídicos teleológicos que configuran un orden objetivo de valores que vincula a los jueces y al legislador a una eticidad sustancial de una determinada forma de vida pág. 307. *La reducción de los derechos fundamentales a valores supone que éstos han de luchar junto con otros valores en el mismo plano para conseguir una prevalencia; las normas por contra fundan su validez en un proceso de generalización* pág. 307. *En muchas ocasiones, reconoce Habermas, no se aplica el derecho sino un fin colectivo, pero cuando esto sucede es porque una norma superior autoriza tal cosa. Los principios, al ser vinculantes universalmente y no como los valores preferibles particularmente, tienen una fuerza justificatoria mayor que éstos, ya que en cuanto no existen criterios racionales para hacer el sopeso se ha de realizar de una manera arbitraria* pág. 308. *De esta forma cuando la Corte concibe los derechos como valores corre el riesgo de dictar sentencias irracionales* pág. 308; *si se conciben como principios, en caso de colisión, se habrá de elegir entre las normas aplicables prima facie la que mejor se adapte a la situación fáctica. Así habrá normas que, dependiendo del caso, ocupen un lugar secundario dando prioridad a otras, sin tratarse de una competición de valores, y manteniendo la coherencia* págs. 308 y 309: *"Una jurisprudencia orientada a los principios debe juzgar en el conflicto concreto qué pretensión o qué acción es justa, no sopesar los bienes entre sí y poner en relación valores. Es cierto que las normas válidas forman un tablero flexible cuyas realizaciones pueden modificarse en cada caso. Pero esta modificación está siempre supeditada al mantenimiento de la coherencia que garantiza el acuerdo de todas las normas en un sistema armónico, dando idealmente una única solución justa para cada caso. La validez jurídica de la sentencia tiene así el sentido deontológico de un imperativo, no el sentido teleológico de lo que en ciertas condiciones se puede obtener en el horizonte de nuestros deseos"* pág. 310

La tesis de Habermas no resulta aceptable. En primer lugar no parece que el "valor" sea un concepto teleológico; así en la Enciclopedia de Filosofía de Paul Edwards se le atribuyen tres tipos de significados: 1 Valor en singular puede ser entendido como una expresión abstracta como a "en un sentido más limitado para referirse sólo a términos como 'bueno', 'deseable', o 'meritorio', b en un sentido más amplio para referirse, además, a todas las clases de corrección, obligación, virtud, belleza, verdad y santidad. 2 En un sentido más concreto puede ser entendido a "para referir aquello que es valioso, juzgado que tiene valor, que se piensa que es bueno o deseado" o b "que tiene valor o es valioso, o bueno, en oposición a lo que se considera como bueno o valioso". Una tercera acepción sería valor como verbo 'valorar'; significaría en este caso valoración o evaluación de un acto. Está claro que esta pluralidad de sentidos en muchos casos admite la comprensión de valor en clave teleológica una cosa es buena con respecto a un fin pero no remite de forma necesaria a este sentido. W. K. FRANKENA, Voz Valor y valoración en The Encyclopedia of Philosophy, coordinada por Paul Edwards, Edit. Macmillan Publishing-Collier

La diferencia entre principios y valores tiene una naturaleza, pues, cualitativa, que se vincula con su carácter deontológico o axiológico: "Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido"⁵⁹⁴.

7.2 los derechos fundamentales como principio.

Si todo enunciado normativo ha de ser reconducido necesariamente a la categoría de regla o principio, hemos de

Macmillan Publishes, New York-London, 1972, págs. 229-232, págs. 229 y 230. Pero quienes sí conciben al menos históricamente los valores como una noción deontológica son Guzzo y Mathieu en el Diccionario enciclopédico de filosofía. En efecto, la separación del estudio de los valores se sitúa para ellos en la distinción kantiana entre ser y deber ser. A. GUZZO y V. MATHIEU, Voz Valor, Dizionario enciclopédico di filosofia, Edit. La Lettere, Firenze, 1982, págs. 579-591, pág. 582.

Por otro lado Habermas acoge la distinción dworkiana de principios y reglas, caracterizando los primeros como normas prima facie con carácter deontológico, pero no nos dice por qué un principio debe ser antepuesto a otro, qué criterio se ha de utilizar. En todo caso, parece tener una excesiva confianza en la coherencia del derecho que sería capaz de ofrecer una norma-principio que se adapte a un caso concreto sin tener en cuenta las demás. Cfr. I. ARA PINILLA, Teoría del derecho..., op. cit., pág. 237, quien habla del carácter ideal del principio de coherencia del ordenamiento jurídico.

Por último es necesario destacar que la teoría habermasiana es cuanto menos contrafáctica, pues no sólo la jurisprudencia constitucional alemana acude a la teoría de los valores para resolver los conflictos entre derechos fundamentales, sino que también, como veremos, el juez constitucional estadounidense, italiano o español, acuden al sopeso de valores. No parece tener en cuenta Habermas que también puede existir tensión en el derecho, entre sus principios, y que sobre todo los principios constitucionales no hacen más que recoger el precipitado axiológico que las distintas ideologías proyectan en los textos constitucionales.

⁵⁹⁴ *R. ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 147. O como señala M. C. Ponthoreau los principios tienden a un resultado "la concretización de un valor". M. C. PONTTHOREAU, La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française..., op. cit., pág. 208.*

estudiar qué carácter tienen las disposiciones constitucionales que recogen derechos fundamentales.

Para Alexy son tres las posibilidades teóricas que se pueden plantear: que estos enunciados contengan reglas, principios, o reglas y principios ⁵⁹⁵.

El autor alemán examina de manera minuciosa y detenida las distintas alternativas. En primer lugar estudia la posibilidad de que las disposiciones constitucionales contengan únicamente principios. Desde esta perspectiva, los preceptos iusfundamentales sólo expresarían este tipo de normas y las reglas sólo entrarían en juego en la medida en que lo determinara la colisión entre dos principios ⁵⁹⁶.

Para Alexy, sin embargo, esta tesis no respeta el texto constitucional escrito, y es que no tiene en cuenta las cláusulas restrictivas de derechos que contiene la Constitución, y que tienen indudablemente carácter de regla. El modelo puro de principios "al no tomar en serio estas regulaciones, viola el texto constitucional. Sustituye vinculación por ponderación, y de esta manera deja de lado el carácter de la Ley Fundamental como una <<Constitución 'rígida'>> que aspira a la <<'claridad y univocidad normativas'>>" ⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, págs. 115 y ss. Es necesario precisar que en este punto vamos a seguir esta obra aún siendo conscientes de que se trata de un trabajo ubicado en el derecho alemán, como expone Alexy en su primer capítulo. Sin embargo, lo cierto es que todo esto se puede transvasar a nuestro ordenamiento o a ordenamientos afines. En efecto, el material normativo, la enunciación de las disposiciones jurídicas, tiene una igual formulación en el ordenamiento español y alemán: declaraciones más o menos generales que parecen expresar principios y cláusulas restrictivas más o menos explícitas que parecen contener reglas.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, pág. 116.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, pág. 117.

En segundo lugar, va a estudiar el modelo puro de reglas, que propone interpretar todas las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales como reglas, renunciando a la posibilidad de aplicar el canon de la colisión de principios y reduciendo la interpretación de las disposiciones iusfundamentales a la aplicación de reglas. Para Alexy esta es una hipótesis sugerente al crear mayor seguridad en la interpretación de los derechos fundamentales. El autor diferencia entre tres tipos de disposiciones constitucionales: las que recogen derechos fundamentales sin reserva alguna, las que contienen una reserva simple y las que establecen una reserva cualificada. En estos tres casos falla este modelo puro de reglas por lo que tampoco puede tener virtualidad ⁵⁹⁸.

⁵⁹⁸ *En opinión de Alexy las disposiciones que no contienen restricción alguna en principio podría parecer que contienen reglas en cuanto no existen restricciones y por tanto tampoco otros principios que colisionen con el derecho fundamental. Sin embargo, existen una serie de restricciones inmanentes que pueden llevar a la no protección del derecho, por lo que se hace necesaria la ponderación de principios; recoge las restricciones planteadas por Dürig: las derivadas de los derechos de terceros, las socialmente inmanentes, y las éticamente inmanentes págs. 121 y 122. En relación con los derechos fundamentales con reserva simple, el problema es el contrario porque parece que garantizan muy poco. Para Alexy estas cláusulas no pueden suponer la restricción desproporcionada del derecho, y esto sólo se puede solucionar a través de la ponderación pág. 125. Por cuanto se refiere a los derechos con reserva cualificada parece que es el supuesto en que mayor plausibilidad tiene el modelo de reglas. Sin embargo, el autor expone dos casos en los que, aunque exista una reserva cualificada, se va a resolver el conflicto a través de la colisión de principios. En uno de ellos alude al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que puede ser restringido si se trata de uno de los fines del art. 13.3 de la Ley Fundamental, esto es, en cuanto exista un peligro que amenace a la persona individual, o para prevenir los peligros inminentes que amenacen la seguridad y el orden público, y específicamente para remediar la penuria, luchar contra las epidemias o para proteger a la juventud en peligro: "Cuando una medida que no afecta muy intensamente la inviolabilidad del domicilio es adecuada y necesaria para superar esta escasez, no necesita ya ponderarse extensamente entre el peso que tiene su superación y la violación del domicilio" pág. 126. Para el legislador constitucional la escasez grave de vivienda tiene preferencia, pero otro caso es el de*

En tercer lugar, se refiere a la combinación de ambos tipos normativos en las disposiciones iusfundamentales, modelo que resulta ser el defendido por el autor. Para Alexy al nivel principal "pertenecen todos los principios relevantes para las decisiones iusfundamentales bajo la Ley Fundamental" ⁵⁹⁹. Aquí estarían no sólo los que contienen derechos individuales sino también los que declaran derechos colectivos ⁶⁰⁰, o las cláusulas restrictivas de derechos ⁶⁰¹. Pero no sólo tiene en cuenta una adscripción formal a una disposición, sino que exige además una relevancia material "que hay que demostrar en la argumentación de derecho fundamental" ⁶⁰².

Junto a este nivel de principios convive otro, el de las reglas. A través de éstas se establecen "determinaciones con respecto a las exigencias de principios contrapuestos" ⁶⁰³. Estas restricciones, sin embargo, no son siempre completas y por lo

escasez de vivienda que no resulta tan grave, de manera que la protección de esta escasez pueda suponer una intervención injustificada en el derecho de a la inviolabilidad del domicilio. En este caso fracasa "el intento de solucionar racionalmente este caso únicamente a través de una subsunción, libre de ponderación, bajo el concepto de escasez de vivienda" pág. 127. No se propone aquí el problema de si una situación es subsumible en la escasez de vivienda, sino de determinar si una escasez de vivienda justifica la restricción del derecho fundamental 127. R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales..., op. cit.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, pág. 130. La posibilidad de que convivan en un misma Constitución principios y reglas parece ser desconocida por Foix, en cuanto sólo distingue entre una concepción de la Constitución como conjunto de reglas con carácter jurídico y como conjunto de principios no jurídicos. S. FOIX, "Ragionevolezza" e "valori": interrogazioni progressive..., op. cit., págs. 113 y 114.

⁶⁰⁰ R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 130.

⁶⁰¹ *Ibidem*, pág. 131.

⁶⁰² *Ibidem*, pág. 132.

⁶⁰³ *Ibidem*, pág. 133-134.

tanto no en todos los casos pueden operar sin acudir a la ponderación ⁶⁰⁴.

Aun existiendo esta tipología de normas en los enunciados que reconocen derechos fundamentales no podemos obviar que incluso en aquellos casos en los que podría parecer que estamos ante una regla por cómo está formulado el enunciado, en realidad actuará como un principio, y es que como ha señalado Bin “el procedimiento de interpretación sistemática del texto constitucional 'a la luz' de la legislación ordinaria comporta la atenuación, en las 'normas' producidas a través de aquel procedimiento, de las características de 'regla' y una proporcional acentuación de las características de 'principio', incluso allí donde la estructura del enunciado constitucional hubiera consentido pronosticar el resultado opuesto” ⁶⁰⁵.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, pág. 134. Si se establece una restricción a través de una regla pero ésta no es aplicable sin una ponderación, estamos ante una regla incompleta. Esto, no obstante, no quiere decir que las reglas deban ser tenidas en cuenta para realizar la ponderación.

⁶⁰⁵ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilancio degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Edit. Giuffrè, 1992, pág. 28. Para el autor en la Constitución algunas veces se enuncian principios políticos o programáticos que no han tenido un desarrollo legislativo; en otras, principios que hacen referencia a una larga tradición cultural y que por lo tanto tienen un reflejo en la legislación; y, en otras, nociones o instituciones consolidadas en el ordenamiento jurídico. En todos estos casos la legislación ordinaria aparece como referente utilizado por la Corte Constitucional para interpretar las disposiciones constitucionales. En determinadas ocasiones se va a asignar a determinadas expresiones utilizadas por la Constitución el sentido que tienen en la legislación ordinaria. En otros casos se va a atenuar el rigor del enunciado al 'normalizarlo' con los instituciones reguladas por la legislación ordinaria como fue el caso de la interpretación de la libertad de asociación para acoger la legislación de colegios profesionales. En otros, también, la Corte va a entender la garantía otorgada por la Constitución como la que ofrece la legislación ordinaria. Además, se va a atenuar el carácter de reglas de los enunciados constitucionales a través de la interpretación sistemática, pues, al ponerse en relación una serie de enunciados que representan valores de distintas tradiciones político-

Este doble nivel de principios y reglas en materia de derechos fundamentales plantea la cuestión de la jerarquía entre unos y otras. Y como punto de partida cabe hablar de una prioridad del nivel reglas en cuanto contiene determinaciones específicas suficientes para decidir un caso, al constituir la regla una razón suficiente para tomar una decisión jurídica ⁶⁰⁶. Alexy constata, sin embargo, que en algunas ocasiones los principios opuestos tienen mayor peso que las reglas, lo que justifica que se abandone la decisión que dimana de éstas ⁶⁰⁷. Estaríamos ante otra regla de prevalencia: *"el nivel de las reglas precede al de los principios, a menos que las razones para determinaciones diferentes a las tomadas en el nivel de las reglas sean tan fuertes que también desplacen al principio de sujeción al texto de la Constitución"* ⁶⁰⁸.

culturales, se exigirá una comprensión de estos enunciados en clave de principio. Ibidem, págs. 24-31.

⁶⁰⁶ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 135; J. RUIZ MANERO, *Principios jurídicos...*, op. cit., pág. 156.

⁶⁰⁷ El autor cita la *BverfGE 7, 377 40*, en la que el Tribunal Constitucional federal alemán autoriza una interpretación contraria al sentido literal basada en los principios opuestos, concretamente a la intervención del Estado en la libertad de elección de profesión. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 135.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, pág. 135. Häberle plantea este problema desde una perspectiva diferente. Efectivamente, en su opinión parece que sólo la regla tiene carácter normativo, y así dice que "todo derecho pretende ser 'regla'. El derecho es 'una realidad que corresponde a las reglas' 'regelmässige Wirklichkeit'. Se trata de ensayar una Constitución en la que, a través de la garantía de los derechos fundamentales, la normatividad se acompañe 'paralelamente' de la normalidad. Al legislador le queda, pues, la prohibición de viciar un derecho fundamental hasta que sea una excepción. Son por tanto legítimos los frecuentes llamamientos al carácter de principio de los derechos fundamentales". Para el autor "se debe, no obstante, distinguir con cuidado el carácter de regla y de principio de los derechos fundamentales con relación a la cuestión de si el legislador pueda intervenir en este campo solo excepcionalmente o regularmente". La realidad social es en su concepción quien determina si a un derecho fundamental se le ha suprimido el carácter de regla, esto es, si se le ha suprimido su efectividad. Este carácter de regla no quiere decir en Häberle que no estén sujetos a límites y concretamente a los que se derivan del Estado social el

Las disposiciones iusfundamentales, por tanto, tienen un carácter doble, contienen reglas que poseen un carácter definitivo y principios que detentan uno *prima facie* ⁶⁰⁹. Pero ello no quiere

carácter funcional de los derechos fundamentales. Para el mencionado autor el respeto del carácter de 'regla' de los derechos fundamentales se concreta en "prestar atención para no transformar, con su actuación el legislador, el 'caso normal' en una excepción". Toma definitiva y concluyentemente su distancia con Alexy al señalar que sólo "si los derechos fundamentales son reglas, éstos pueden cumplir una función en la vida social en su totalidad... Siempre que ésta no fuera satisfecha, el reconocimiento de los derechos fundamentales como 'valores supremos' sería poco real para el individuo y para la vida de la comunidad estatal". P. HABERLE, Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale..., op. cit., pág. 73 y ss.

⁶⁰⁹ R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 135. *Se habla de eficacia prima facie de los principios iusfundamentales en oposición a la eficacia definitiva que tendrían las reglas. Los principios contendrían mandatos que han de ser llevados a efecto en la medida de lo posible mientras las reglas contienen una determinación específica. Alexy entiende que no todas las reglas tienen el mismo carácter definitivo y no todos los principios igual carácter prima facie. Desde el punto de vista de las reglas, se pueden imaginar cláusulas de excepción fundadas en principios; en estos casos las reglas perderían su carácter definitivo pero adquirirían un carácter prima facie distinto al ordinario de los principios. No basta con que los principios opuestos a la regla tenga mayor peso, sino que se ha de obviar el principio que impone la obediencia de las reglas, es decir los principios llamados formales - aquellos que imponen que las reglas son obligatorias en cuanto han sido dictadas por una autoridad legitimada-. "Sólo si a tales principios no se les diera ya ningún peso, lo que tendría como consecuencia el fin de la validez de las reglas en tanto tales, las reglas y los principios tendrían el mismo carácter prima facie". Ibidem, pág. 100. Por otro lado, el hecho de que se refuerce el carácter prima facie de los principios no los convierte en reglas, ni siquiera se acercan al carácter definitivo de las reglas. Este carácter puede reforzarse "introduciendo una carga de argumentación en favor de determinados principios o determinados tipos de principios", pero no llegan nunca a equipararse con las reglas. Ibidem, pág. 101. Vittorio Angiolini va a criticar, desde una postura positivista, la no aplicación de reglas en favor de los principios. Para el autor los principios tendrían una función secundaria, interpretativa e integrativa, siempre en relación con las normas precisas, tal y como se prevé en el art. 12 del Código Civil italiano. V. ANGIOLINI, Costituzione tollerante, Costituzione totale ed interpretazione della disciplina, en AA. VV., La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corte Costituzionali, edición dirigida por R. Romboli, Edit. Giappichelli, Torino, 1994, págs. 15-45, pág. 38 y ss. Para el autor la interpretación que da prioridad a las reglas partiría de una premisa tolerante dirigida a asegurar las libertades, mientras que la que privilegia los principios tendría un presupuesto total, que permitiría intervenir al derecho constitucional en la sociedad pág. 44.*

decir que las normas de derechos fundamentales tengan en todo caso ese doble nivel, sólo lo van a poseer "si se construye una la norma iusfundamental de forma tal que en ella los dos niveles estén ensamblados" ⁶¹⁰. Esto se produce "cuando en la formulación de la norma iusfundamental se incluye una cláusula restrictiva referida a principios y, por tanto, sujeta a ponderación" ⁶¹¹.

Estas cláusulas restrictivas son reglas desde dos puntos de vista en cuanto para ser aplicadas no tienen que ser sopesadas con otras normas y en la medida en que pueden subsumir el caso discutido en ellas ⁶¹². Pero este tipo de normas "no tiene en absoluto el carácter de una regla en la medida en que en la cláusula restrictiva se hace referencia expresa a principios y a su ponderación. Las normas de esta forma pueden ser llamadas '*normas iusfundamentales con carácter doble*'" ⁶¹³.

Por último, es necesario referirse a la utilidad que puede tener también la ponderación en los derechos fundamentales con reservas cualificadas. En estas reservas los principios operarían igualmente, pero con una peculiaridad: "el círculo de los principios opuestos es limitado a través de disposiciones en el nivel de las reglas" ⁶¹⁴.

⁶¹⁰ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 135.

⁶¹¹ *Ibidem*, pág. 135.

⁶¹² *Ibidem*, pág. 137.

⁶¹³ *Ibidem*, pág. 137. *La razón es clara. Estas cláusulas restrictivas exigen para limitar un derecho tres requisitos: un rango constitucional, su necesidad, y su precedencia; esto es, que la restricción del derecho ha de tener, al menos, un apoyo en otros principios constitucionales, ha de ser necesario para otro principio opuesto; y, además, ha de tener un mayor peso. Para Robert Alexy estos requisitos no representan sino una de las características de la teoría de los principios en cuanto mandatos de optimización, el principio de proporcionalidad, que supone que la realización de un principio depende del principio opuesto. Ibidem, pág. 112.*

⁶¹⁴ *Ibidem*, pág. 138.

En definitiva, podemos decir que las disposiciones iusfundamentales no contienen únicamente principios o reglas, sino que se dan ambos tipos normativos. El modelo puro de principios no es atendible en cuanto no tiene en cuenta muchas de las restricciones que impone el constituyente y que tienen indiscutiblemente carácter de regla al operar como razón suficiente para resolver un caso a través de la subsunción. Presenta también problemas el modelo de reglas, en la medida en que es necesario acudir a la ley de colisión entre principios. Por lo tanto, el modelo que tiene mayor perspectiva de éxito es el que considera que las disposiciones constitucionales expresan reglas y principios. Desde este punto de vista los enunciados constitucionales de derechos fundamentales operarían como principios iusfundamentales, normas que se desenvuelven como mandatos de optimización, y dentro de las cuales no sólo estarían los preceptos declarativos de derechos sino también ciertas cláusulas restrictivas. Junto a este nivel de principios se situaría el de las reglas, en cuanto existen determinaciones con relación a principios opuestos que son reglas y que actúan como tales. En otras ocasiones, no obstante, es necesario acudir a la ponderación antes de que éstas puedan operar como tales por lo que se atenúa su carácter definitivo.

De cuanto hemos expuesto se derivan consecuencias valiosas para el trabajo que hemos propuesto. En primer lugar, supone excluir el razonamiento a través de reglas de nuestro estudio. En efecto, nos planteábamos analizar cómo se habría de resolver la colisión, esto es, qué razones ha de utilizar el intérprete y, concretamente, el juez constitucional como órgano más cualificado, en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. Y el conflicto sólo es posible en la medida en que sean concebidos los derechos fundamentales como principios. Si, en cambio, se reconoce que ciertos preceptos iusfundamentales operan como reglas no tiene sentido hablar de colisión.

Cuando nos movemos en el plano de las reglas, aunque se trate de reglas constitucionales, la aplicación no deja de ser idéntica a la del resto de reglas del ordenamiento jurídico; esto es, subsumir el caso concreto en la norma-regla extrayendo las consecuencias jurídicas previstas. Se trata, pues, de una actividad relativamente sencilla que se realiza a través de la interpretación deductiva.

Esta exclusión del razonamiento a través de reglas no implica que nuestro trabajo sea incompleto con relación a la interpretación constitucional, porque aunque existen normas-reglas iusfundamentales que operan sin necesidad de acudir de manera alguna a la colisión de principios, éstas son relativamente escasas, pues incluso en los casos en los que aparentemente pueda parecer que existan reglas en las disposiciones constitucionales, su relación con la legislación ordinaria y la interpretación sistemática puede implicar su proyección como principios ⁶¹⁵.

Por otro lado, hemos constatado que en muchos casos que aparecen *a priori* reglas, incluso cuando estamos ante cláusulas restrictivas cualificadas, donde pudiera parecer que la idea de disposición como regla tiene más plausibilidad, es necesario acudir a la colisión como método previo para su aplicación. Este ámbito, al seguir vinculado a la técnica de la colisión de principios, prolonga nuestro interés y no queda fuera del objeto de análisis aquí planteado.

Además, como ya hemos visto, por colisión de principios no sólo vamos a entender los casos en que dos principios iusfundamentales con reconocimiento expreso en la Constitución entren en disputa de manera abierta, sino que tendremos también

⁶¹⁵ Para Zagrebelsky el derecho constitucional se caracteriza por la presencia de principios y el derecho legislativo por la de reglas. G. ZAGRABELSKY, *Il diritto mite...*, op. cit., pág. 147. Véase nota pie de página núm. 605.

en cuenta la posibilidad de que existan principios inmanentes, sean o no derechos fundamentales, opuestos a una norma-principio de derecho fundamental, y las normas-reglas que contengan cláusulas restrictivas, sean de carácter simple o cualificado, que necesiten ser ponderadas con el derecho-principio para ser aplicadas ⁶¹⁶.

Pero, ¿cómo se ha de resolver el conflicto de enunciados que plantean supuestos de normas-principios que reconocen derechos fundamentales, entendiendo por éstos todos los casos en que sea preciso acudir a la colisión de principios?

8. El razonamiento jurídico en la colisión de derechos fundamentales. Doctrinas que elaboran una jerarquía abstracta.

En las páginas precedentes hemos identificado principios y valores por poseer ambos una misma operatividad en el razonamiento jurídico, distinguiéndose únicamente por el ámbito espacial en el que se sitúan. Por otro lado, circunscribimos el objeto de nuestra tesis a los casos en que se diera colisión de principios iusfundamentales.

Ahora estamos en condiciones de estudiar la manera de resolver la colisión de principios que reconocen derechos fundamentales. La aplicación de un principio supone por definición la de otro u otros. Al contrario que en las reglas, donde una excluye a la otra realizándose indefectiblemente un juicio de validez, en los principios no sólo no desaparece la norma-

⁶¹⁶ "El principio en base al cual se ha de determinar los límites de los derechos fundamentales y a través del cual vienen resueltos los conflictos que puedan surgir entre bienes constitucionales cercanos es el principio de la ponderación". P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato...*, op. cit., pág. 62. Más adelante señala que "no es configurable la hipótesis de un derecho fundamental que no esté circunscrito por bienes jurídicos de rango paritario o superior, y al que por lo tanto no sea inminente un límite general". *Ibidem*, pág. 67.

principio mas débil sino que suaviza y pondera al que tiene mayor peso en ese caso.

Y en primer lugar, hemos de considerar si existen principios que se imponen siempre sobre otros, esto es, si es verosímil considerar que determinados principios iusfundamentales excluyen en todos los casos a los demás.

Son la doctrina y la jurisprudencia norteamericana las que más se han preocupado por elaborar una jerarquía entre los principios que recoge la Constitución. Así, frente al *balancing test* que puede ser traducido como contrapeso de valores y que no difiere de la ponderación *stritcu sensu* de principios ⁶¹⁷, se situarían doctrinas como la *preferred position* o la *clear and present danger* que jerarquizan unos derechos frente a otros.

La primera afirma la prioridad de ciertas cláusulas constitucionales que se imponen a las restantes, concretamente la primera parte del *Bill of Rights*, y fundamentalmente la libertad de pensamiento y de expresión ⁶¹⁸. Esta doctrina supone, con relación

⁶¹⁷ Alonso García distingue claramente entre dos sentidos de la expresión *balancing test* con relación a la interpretación constitucional: Por un lado la identifica con *self restraint* que, desde una perspectiva conservadora, aconsejaba al juez constitucional eludir la cuestión de inconstitucionalidad porque ésta era una cuestión difícil y arriesgada que dependía de las circunstancias sociales; "el juez debía autolimitarse *self restraint* para eludir la imposición inconsciente de sus propios valores y/o intereses". Por otro lado, puede ser entendido como método de interpretación, haciendo referencia a "la implantación en el ámbito constitucional de las técnicas de la jurisprudencia de intereses". En este segundo sentido, que para el autor supone la creación de una nueva norma, se trata de "diferir la decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad a la situación concreta". E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, págs. 413 y 414.

⁶¹⁸ A. CERRI, Il "principio" come fattore di orientamento interpretativo e come valore "privilegiato": spunti ed ipotesi per una distinzione, *Giur. Cost.* 1987, primera parte, II, págs. 1806-1830, pág. 1806. Esta doctrina tiene su origen en la decisión de 1937 *Palko v. Connecticut*, 302 U.S., 319, en la que el juez Cardozo distingue entre los derechos de la primera parte de la declaración y los restantes.

a la validez de las leyes, que se invierte la carga de la prueba, y que es el legislador quien ha de justificar la constitucionalidad de una ley cuando afecte a aquellos derechos. Por otro lado, no basta un interés ordinario para limitarlos sino que es preciso uno cualificado ⁶¹⁹. Esta doctrina, sin embargo, cambia con el paso del tiempo no siendo siempre la libertad de expresión el derecho que en última instancia fundamenta el sistema; el derecho de reunión, el derecho de asociación, la libertad religiosa o la libertad de prensa sustituirán a la libertad de expresión ⁶²⁰.

En cualquier caso, esta doctrina tuvo incluso desde sus orígenes detractores como el juez Marshall que mantenía la idéntica jerarquía constitucional de todos los principios, insinuando de alguna manera el anticipo de su decadencia que llegó con el reconocimiento de los derechos a la intimidad y de la personalidad ⁶²¹.

Junto a la doctrina de la *preferred position*, surgió, al final de la primera guerra mundial como doctrina minoritaria y con carácter oficial en los años del *new deal* roostveliano, la teoría del

⁶¹⁹ E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 281.

⁶²⁰ *Ibidem*, pág. 282. *En todo caso es necesario aclarar que, aunque se considere conforme a esta doctrina a un derecho como fundamento de todo el ordenamiento jurídico, es siempre considerado como principio y por lo tanto en algunos casos decae frente a otros. Así, Alonso García cita una serie de principios como la seguridad nacional, los intereses militares o la necesidad de asegurar el censo a efectos electorales como principios que han tenido más peso que los derechos de la primera parte del Bill of Rights.*

⁶²¹ *En 1973 comienza en EE. UU. a reconocerse con carácter abierto los derechos fundados en la intimidad y derechos de la personalidad: el derecho al matrimonio, el derecho a vivir juntos los miembros de una familia, el derecho a decidir el internamiento de los hijos en instituciones mentales, el derecho a la planificación sexual no integrada en la familia... De esta manera se amplían los derechos constitucionales, comportando "una explicación global de los preceptos constitucionales a partir de la jurisprudencia de valores". Ibidem, pág. 287; A. CERRI, I modi argomentativi nel giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato..., *op. cit.*, pág. 148.*

clear and present danger. En principio, esta doctrina no cumple una finalidad específicamente disímil a la del *balancing test*, puesto que refleja la existencia de un peligro inminente y presente frente a un derecho fundamental. Pero en los años cincuenta va a tener una utilización excesiva y falseada; y es que el peligro aparece generalizado en unas concretas circunstancias históricas, la guerra fría⁶²². Esta teoría, no obstante, en los años sesenta vuelve a tener su antiguo sentido garantizando espacios de tolerancia dentro del sistema americano, sobre todo a partir de la guerra del Vietnam⁶²³.

Más allá de estas propuestas, es evidente que el Tribunal Supremo norteamericano ha manifestado una especial defensa de la libertad religiosa hasta el punto de sostener que es el derecho de más intensa y puntual garantía⁶²⁴. Ha señalado que una ley sólo puede afectarla siempre que tenga un carácter necesario, no implique un favor a otra confesión y no exista otro modo para realizar su finalidad⁶²⁵. De esta manera se configura

⁶²² A. CERRI, Il "principio" come fattore di orientamento interpretativo e come valore "privilegiato"..., *op. cit.*, pág. 1810.

⁶²³ *Ibidem*, pág. 1810; A. BALDASSARRE, Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense, Edit. Bulzoni, Roma, 1974, pág. 205.

⁶²⁴ A. CERRI, Il "principio" come fattore di orientamento interpretativo e come valore "privilegiato"..., *op. cit.*, pág. 1813.

⁶²⁵ *Ibidem*, pág. 1813. Si no se dan estos requisitos, los motivos religiosos autorizan la desobediencia de la ley, cosa que representa un auténtico privilegio de este derecho. Así, se puede dejar de saludar la bandera por causas religiosas *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U. S., 624 1943, o por ellas tomar el sábado como día de descanso sin que ello suponga perjuicio alguno como beneficiario de las prestaciones sociales *Sherbert v. Verner*, 374 U. S., 398 1963, o se puede rechazar la inscripción en colegios públicos *Wisconsin v. Yoder*, 406 U. S. 205 1972, o no perder las indemnizaciones por despido, cuando el trabajador rompa voluntariamente el contrato de trabajo por motivos de conciencia o religiosos *Thomas v. Review Board*, 450 U. S., 707 1981

indudablemente "una cierta tutela privilegiada de la religión en el sistema norteamericano" ⁶²⁶.

Con estas teorías se han intentado establecer jerarquizaciones entre los derechos constitucionales dando prioridad, en algunos casos a los derechos personales como lo hacía la doctrina de la *preferred position* o, en otros, a través de la protección de la seguridad nacional, como la *clear and present danger*. En todo caso es necesario no perder de vista que la función de estas doctrinas es dar preferencia abstracta a determinados principios, de manera que cuando se haya de llevar a cabo el *balancing test* éstos partan con cierta ventaja.

Estas doctrinas, sin embargo, no llegan a elaborar una explícita, metódica y concreta jerarquía de derechos. Responden a las directrices generales de la labor del Tribunal Supremo; y es que la jurisprudencia americana, aun siendo la más antigua en relación con los derechos fundamentales y habiendo tenido que resolver problemas de alto grado de dificultad, ofrece, más que un modelo definitivo de interpretación, "un laboratorio abierto extraordinariamente rico en sugerencias, intuiciones, fermentos, problemas" ⁶²⁷.

También se ha querido ver en la jurisprudencia alemana una cierta prioridad de derechos o jerarquía de valores que estableciese de antemano qué derecho tiene mayor peso. Así, las alusiones del Tribunal Constitucional en el sentido de que la dignidad del hombre no puede estar sujeta a ponderaciones, o declaraciones genéricas en favor del alto rango de determinados derechos como la libertad religiosa, la libre expresión, el derecho

⁶²⁶ *Ibidem*, pág. 1814.

⁶²⁷ *Ibidem*, pág. 1816; A. CERRI, *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione...*, *op. cit.*, pág. 281.

a la intimidad, etc.⁶²⁸, parecen sugerir una prevalencia de algunos derechos. Sin embargo, estas preferencias no determinan el peso de valores sino que, al contrario, son el resultado de los criterios utilizados por la Corte para resolver casos concretos⁶²⁹.

John Rawls, por su parte, establece una cierta prevalencia entre derechos fundamentales desde la perspectiva de la Filosofía Moral. En primer lugar, no admite que las libertades fundamentales puedan ser limitadas por otros bienes constitucionales, sólo por otras libertades fundamentales⁶³⁰. Esto implica que se tenga que reconocer un número limitado de libertades, pues alargarlo supone fragilizar su protección⁶³¹. Las libertades fundamentales se desprenden de la persona como sujeto capaz de ser un miembro que coopera en la sociedad y que tiene los dos poderes de la personalidad moral: capacidad de tener el sentido del derecho y de la justicia, y la de concebir el bien⁶³². Para Rawls en una supuesta posición originaria las partes habrán de adoptar la prioridad de las libertades fundamentales pues sólo

⁶²⁸ A. CERRI, *I modi argomentativi nel giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato...*, *op. cit.*, págs. 151-156.

⁶²⁹ *Ibidem*, pág. 156 y 157. *En cuanto al carácter dominante de la dignidad como valor, responde a la tradición acerca de este principio que se puede situar en Pufendorf. Ibidem, Nota pié de página 62.*

⁶³⁰ J. RAWLS, *Liberalismo político, traducido al italiano por G. Rigamonti, Edit. Edizioni di Comunità, Milano, 1994, págs. 245. Esto no significa que no puedan ser reguladas, sino que ha de estar garantizado lo que Rawls llama "gama de aplicación central"*.

⁶³¹ *Ibidem*, pág. 248; *en el mismo sentido F. LAPORTA, Sobre el concepto de derechos humanos, Doxa, núm. 4, 1987, págs. 23-46. En sentido contrario I. ARA PINILLA, Las transformaciones de los derechos humanos..., op. cit., págs. 149 y ss; A. E., PEREZ LUÑO, Concepto y concepción de los derechos humanos, Doxa, núm. 4, 1987, págs. 47-66; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta, Doxa, núm. 4, 1987, págs. 67-69.*

⁶³² J. RAWLS, *Liberalismo político...*, *op. cit.*, pág. 252.

así se podrán asegurar los dos tipos de poder moral ⁶³³. Estas libertades fundamentales están vinculadas, y así el autor americano señala que "las iguales libertades políticas e ideológicas deben garantizar la aplicación libre e informada de los principios de justicia... Estas libertades fundamentales requieren una forma de régimen democrático representativo... Las libertades de conciencia y de asociación deben garantizar que los ciudadanos, al formar, al revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien para toda la vida, hagan un uso informado y efectivo de sus poderes de razón deliberativa" ⁶³⁴. De esta manera el autor va a privilegiar la libertad de conciencia y el derecho de asociación.

Esta jerarquización de derechos elaborada por Rawls, incluso pudiendo ser asumida como explicación del pacto social, no parece que pueda prestar gran ayuda para establecer una prevalencia de tipo jurídico. En ella aparecen elementos de tipo ideal que mal se compadecen con una jerarquía de derechos reconocidos ya en un texto constitucional. Por otra parte, el angosto concepto que nos ofrece Rawls no parece que sea

⁶³³ *Ibidem*, pág. 250. Con relación al segundo poder moral el autor entiende que su garantía implica la existencia de la libertad de conciencia puesto que no existe un concepción determinada de lo que es el bien pág. 259 y ss.. Por cuanto se refiere al primero señala que existen tres tipos de razones asociadas al sentido de justicia que justifican las libertades fundamentales y su prioridad: la primera es la gran ventaja que supone un sistema de cooperación justo y estable para la concepción de cada uno del bien; la segunda se deriva de la fundamental importancia del respeto de sí mismos; y por último, la existencia de una sociedad bien ordenada págs. 263-271. Estas tres razones harían que las partes en una posición originaria adoptaran los dos principios de justicia: "Toda persona tiene un derecho igual a un sistema totalmente adecuado de iguales libertades fundamentales que sea compatible con un sistema análogo de libertades para todos"; "Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones. Primera, deben estar asociadas a cargas y posiciones abiertas a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades; segunda, deben producir el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad" pág. 144.

⁶³⁴ *Ibidem*, pág. 279. Estos derechos tienen que ser reconocidos y garantizados por la Constitución, mientras que los demás dependen del legislador o la jurisdicción.

compatible con nuestra concepción de los derechos fundamentales.

Uno de los intentos más serios de resolver desde el punto de vista teórico-constitucional la colisión de derechos fundamentales en la literatura jurídica italiana es el llevado a cabo por Aldo Corasaniti ⁶³⁵.

El autor italiano relaciona en primer lugar la interpretación de las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales con el *bilanciamento*, porque supone "un contraste entre el valor que se concreta y especifica en el pleno y libre ejercicio de un derecho y otro valor que influye por contra en el sentido de limitarlo" ⁶³⁶.

Dentro de los conflictos el autor distingue entre el interno u homogéneo, que se da con referencia al mismo núcleo de intereses, y el externo, entre distintos valores. En el primer supuesto "la composición del conflicto es en tal caso guiada por el criterio de la paridad, en el sentido de garantizar o de restablecer el mismo derecho de cada uno y de todos" ⁶³⁷. La garantía, o restablecimiento, de esta paridad no significa que existan límites al ejercicio por parte de otro; al contrario, el ejercicio, el correcto ejercicio de un derecho, permite el de los demás.

Otro caso sería el del conflicto *esterno* o *disomogeneo* "esto es, cuando colisionan, según una cierta tipificación, de un lado

⁶³⁵ A. CORASANITI, Note in tema di diritti fondamentali..., *op. cit.*, págs. 189-215.

⁶³⁶ *Ibidem*, pág. 209.

⁶³⁷ *Ibidem*, pág. 210.

valores 'personales o individuales' y, de otro, 'valores públicos o comunitarios', o bien, 'intereses públicos o colectivos'" ⁶³⁸.

Estaríamos en este caso ante una contradicción entre derechos y valores que denomina "objetivos". De estos valores, unos tendrán carácter institucional, estructural, organizativo e instrumental del régimen democrático, y otros serían valores comunitarios en sentido estricto.

En estos casos, en los conflictos *disomogenei*, los criterios de resolución habrán de ser distintos al simple *bilancio*. No obstante, antes de indicar cuáles sean las particularidades de este sopeso, el autor diferencia dentro de los valores públicos entre dos categorías que limitan y entre los derechos dos clases sujetas a limitación.

Entre los valores limitantes institucionales, estructurales, organizativos e instrumentales al sistema democrático, existen algunos como el principio de soberanía que cualifican el sistema mismo, y otros que no. Esta diferencia supone que los que lo cualifican se sustraen a la reforma constitucional, mientras que los segundos pueden ser modificados ⁶³⁹.

En cuanto a los derechos sujetos a limitación, distingue entre los inherentes a la persona humana, que serían los derechos fundamentales, y los restantes que serían simplemente derechos garantizados por la Constitución ⁶⁴⁰.

Estas distinciones tendrán gran importancia con respecto a los criterios para decidir el *balancing*. Por un lado, para el autor es evidente que si se plantea la hipótesis de un conflicto entre valores limitantes institucionales, estructurales, organizativos idóneos para

⁶³⁸ *Ibidem*, pág. 210.

⁶³⁹ *Ibidem*, págs. 211 y 212.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, pág. 212.

cualificar el sistema democrático y derechos fundamentales, el criterio de resolución es idéntico al propuesto para el caso de conflictos entre dos dimensiones del mismo valor conflictos interno u homogéneo, *el bilancio* ⁶⁴¹.

Si se trata de conflictos entre valores limitantes institucionales, organizativos... y derechos fundamentales, "el sopeso debería ser operado en el sentido de desfavorecer claramente los límites y favorecer, por contra, los derechos fundamentales" ⁶⁴².

En el caso de conflicto entre valores limitantes institucionales... cualificantes o no del sistema democrático y derechos sólo protegidos constitucionalmente "puede ser compartida la idea de que la tutela de los primeros ha de ser privilegiada, con la intención de mantener los derechos constitucionalmente protegidos totalmente sujetos a un poder conformador de la Autoridad Pública" ⁶⁴³.

De esta manera se configuran para el juez constitucional una serie de casos en los que unos derechos tienen prioridad sobre otros, o ciertos valores sobre algunos derechos. En general, como veremos más adelante, toda jerarquización en la colisión de derechos nos parece, en principio, aventurada, pues pertenece al lenguaje del intérprete y es éste quien ha de expresar la eventual primacía de un derecho; así una preferencia teórica que cubra todos los casos en que determinados principios entran en conflicto no parece acertada, aun admitiendo la plausibilidad de los planteamientos de Corasaniti.

⁶⁴¹ *Ibidem*, pág. 212.

⁶⁴² *Ibidem*, pág. 212.

⁶⁴³ *Ibidem*, pág. 212.

En nuestra doctrina también se ha intentado dar prevalencia algunos derechos frente a otros. Así, el profesor Rodríguez Molinero, tras mostrarse partidario de la ponderación caso por caso ⁶⁴⁴, presenta preferencias *a priori* de derechos fundamentales. Por ejemplo señala que a la personalidad "le está reconocido implícitamente por la Constitución un rango superior - en cuanto se sitúa en el artículo 10.1, que luego se refleja a su vez en el derecho al honor y a la propia imagen art. 18.1- en relación con el derecho a la libertad de información y, más aún, a la libertad de prensa... Pero además se debe tener muy en cuenta que en el derecho al honor la esfera privada está mucho más protegida que la esfera pública y la actividad profesional del titular del derecho" ⁶⁴⁵. Desde este punto de vista el autor privilegia *a priori* el

⁶⁴⁴ "La vía para solucionar estos conflictos no pasa simplemente por elegir o decidirse por uno de los derechos en conflicto postergando el otro. Mas bien consiste en valorar y ponderar, como ya hemos anticipado, el contenido y los límites en cada uno de los derechos en juego y en sopesar el alcance de los bienes jurídicos que tras ellos se refugian, no sólo en abstracto, sino también y sobre todo en el caso particular y de acuerdo con las circunstancias concretas, para así ver cuál de ellos prevalece y cuál debe ceder ante el otro. Como guía directiva de esta actividad valorativa han de tenerse en cuenta los siguientes criterios: en primer lugar, el rango o jerarquía que a cada derecho fundamental corresponde en abstracto y en la situación concreta; en segundo lugar, el mayor respeto y la menor restricción posible o limitación del derecho fundamental que haya de ceder ante el otro derecho en conflicto; y, en tercer lugar, guardar la debida proporcionalidad entre el menoscabo que sufre el ejercicio y disfrute de un derecho fundamental y el fin que se pretende alcanzar mediante esa limitación". M. RODRIGUEZ MOLINERO, Colisión de derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales..., *op. cit.*, pág. cit. 1800

⁶⁴⁵ *Ibidem*, págs. 1800-1801. Esta no es la única prevalencia de derechos fundamentales que establece el autor, así dice que algo similar ocurre en la colisión que se produce entre la libertad de información y prensa y la seguridad del Estado. La seguridad del Estado es superior lo que permite limitar los derechos anteriores, "máxime, dice, cuando quede la seguridad y la propia vida de los ciudadanos". "Lo mismo cabe decir del conflicto de esos mismos derechos, más el de libertad de asociación y reunión, con una ley general... o de la limitación por ley del ejercicio de la profesión, sin el cual queda sin efectividad el derecho a la libre elección de profesión, debido a que lo exige la protección de un bien de rango superior, cual es la salud pública. En estos dos últimos supuestos cabe también... el recurso de

derecho a la *privacy* frente al derecho a la libre expresión y a la información, preponderancia que no nos parece pueda encontrar alguna justificación en la Constitución. En sentido contrario puede resultar revelador el reproducir la opinión del profesor Bacigalupo con relación a la precedencia entre estos mismos derechos: "el derecho a la libertad de expresión o información aparece, ponderadas todas las circunstancias, como preferente"⁶⁴⁶.

Así, pues, desde dos perspectivas distintas se ha intentado establecer una prevalencia que resulta ser contradictoria, por lo que no creemos que se puedan "crear" jerarquías de derechos donde la Constitución no distingue grados, ni siquiera en aquellos que pudieran parecer primarios absolutamente como el derecho a la vida o la integridad física⁶⁴⁷. Y la Constitución en materia de

inconstitucionalidad por tratarse de una norma con rango de ley. Por último, la colisión entre el derecho a la libertad de manifestación y el derecho a una convivencia pacífica, sobre todo si alguno de ellos es limitado por orden gubernativa, obligaría al órgano judicial a quien se planteara el conflicto a ponderar cuidadosamente en qué medida se siguen los tres criterios antes citados para resolver el conflicto de diversos derechos fundamentales. Y lo mismo cabe decir del conflicto entre el ejercicio del derecho de huelga y el derecho a la actividad laboral y empresarial, así como la actuación gubernativa dirigida a evitar cualquier medida de fuerza contra aquéllos que no quieren secundar la huelga por no estimarla justa o adecuada".

⁶⁴⁶ E. BACIGALUPO, Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 20, 1987, págs. 83-98, pág. cit. 94. Para el autor se apreciará sobre todo la prevalencia del derecho a la información cuando se refiera a la formación de la opinión pública, asuntos estatales, afecten a la comunidad social o tengan interés público. En el mismo sentido J. M. ESPINAR, La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor, en AA. VV., *Estudios sobre la intimidad*, edición coordinada por Luis García San Miguel, Edit. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 46-67. Esta doctrina tendría apoyo jurisprudencial en la S.T.C. 104/1986, de 17 de julio, B.J.C. núm. 64/65, págs. 1048-1055 y en la S.T.C. 106/1986, de 8 de julio, B.J.C. núm. 64/65, págs. 1041-1059.

⁶⁴⁷ J. A. PIQUERAS BAUTISTA, El abuso en el ejercicio de los derechos fundamentales. *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 863-891, pág. 877; también A. J. PORRAS NADALES, Derechos e intereses. Problemas de tercera generación, *Revista del Centro de estudios*

derechos fundamentales no establece la prioridad de unos sobre otros ni siquiera la de aquellos que tienen una protección reforzada, sino que se limita a recoger un catálogo de derechos que en ningún caso pueden ser desnaturalizados.

La creación de jerarquías entre derechos fundamentales es siempre engañosa y artificial porque no existen derechos absolutos, y el privilegiar en un momento determinado un derecho u otro no es el resultado sino de un juicio de oportunidad que debe de llevar a cabo en primer lugar el legislador y, en su caso, el Tribunal Constitucional, si bien éste, obvio es, no puede realizar un juicio político sobre la intervención legislativa sino un control jurídico de la configuración del derecho.

Todos los intentos de realizar una jerarquización de derechos que comporte que en caso de colisión se acabe siempre imponiendo el mismo derecho nos parecen ciertamente inútiles y desechables. En muchos casos confunden su objeto de análisis; se olvida que en la colisión de derechos fundamentales se está ante un problema de interpretación, de "lógica de juristas", y no ante un problema de "lógica del derecho" ⁶⁴⁸. Por ello, cuando se intenta elaborar una doctrina general acerca de la colisión de derechos fundamentales, basándose en los enunciados-lingüísticos constitucionales, se hace desde la lógica del derecho, y aquí, obviamente, no cabe colisión alguna; las proposiciones jurídicas

constitucionales, núm. 9, año 1991, mayo-agosto, págs. 219-232, pág. 231. En relación con los derechos de expresión e intimidad el profesor García San Miguel no propone juicios de jerarquización sino que dilucida desde un punto de vista principal sus relaciones. L. GARCIA SAN MIGUEL, Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión, en AA. VV., Estudios sobre la intimidad..., op. cit., págs. 15-35; en el mismo sentido J. E. BUSTOS PUECHE, Los límites de los derechos de libre expresión e información según la jurisprudencia, en AA. VV., Estudios sobre el derecho a la intimidad..., op. cit., págs. 101-156, págs 109 y ss.

⁶⁴⁸ Véase nota pie de página núm. 574.

constitucionales no entran en conflicto, lo hacen, como ya hemos dicho, las normas.

En otros se intentan formular reglas de colisión de principios que a buen seguro son las utilizadas por el juez constitucional, pero se pretenden extender más allá de los supuestos en las que aparecen ⁶⁴⁹. Esto es equivocado ya que el intérprete constitucional no está vinculado por sus decisiones y las transformaciones sociales, económicas, políticas o culturales pueden exigir un cambio en la jerarquía de los valores ⁶⁵⁰.

9. La ponderación casuística en la colisión de derechos fundamentales.

⁶⁴⁹ *Alessandro Pace, en el mismo sentido, enuncia dos razones en virtud de las cuales se ha de negar cualquier prevalencia: a En primer lugar, la inexistencia de una norma que prevea una jerarquía de derechos y libertades, en todo caso existe una diversidad de regulaciones; b deducir una jerarquía de la Constitución supondría una alteración de su interpretación sistemática en cuanto se daría prioridad a algunas partes de la Constitución sin motivo. A. PACE, Corte Costituzionale e "altri" giudici, tra "garantismo" e sensibilità politica"..., op. cit., págs. 590 y 591. Igualmente L. VIOLINI, Protezione della salute e dell'ambiente "ad ogni costo", Giur. Cost. 1992, I, págs. 727-733, pág. 729, señala que "está claro que también a los derechos y valores considerados 'absolutos y primarios' por la jurisprudencia de la Corte no corresponde una completa irrelevancia de los otros bienes o intereses jurídicamente protegidos; por ejemplo, con respecto al bien 'ambiente', que es definido como no susceptible de ser subordinado a otro bien, la Corte ha afirmado que a su garantía no le es extraña un sopeso con el interés a un desarrollo económico equilibrado". Por otro lado, es necesario no perder de vista que del hecho de que los preceptos que reconocen derechos sociales establezcan límites a los mismos, no se deriva que éstos no puedan ser sopesados con derechos de libertad, o que en toda colisión entre ellos exista una preferencia de estos últimos. A. MASSERA, Individuo e amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1991, págs. 1-54. págs. 23 y ss.*

⁶⁵⁰ Véase ut supra los cambios que se han dado en la doctrina americana acerca de la preferred position.

Todo supuesto de colisión de derechos fundamentales exige en primer lugar que se esté ante dos principios, o por mejor decir, que de alguna manera sea necesario recurrir al método propio de la colisión de principios que implica que la aplicación de uno conlleva inevitablemente la de su opuesto ⁶⁵¹.

Por otro lado, hemos rechazado todas aquellas teorías que intentaban establecer un concreto orden de principios o valores en materia de derechos fundamentales. Habrá que acudir al concreto caso y examinar las circunstancias que concurren para determinar qué derecho norma-principio se impone y en qué medida viene ponderado ⁶⁵². Esto se hará a través del sopeso de valores o

⁶⁵¹ *Hay que tener en cuenta que para estar ante el bilancio de valores es necesario que se presenten dos principios iusfundamentales, y no ante un derecho fundamental y los medios para su protección, que en el caso de los derechos sociales se solapan en el valor de cobertura presupuestaria. Si no puede individuarse la presencia de dos derechos fundamentales sino de valorar los medios en relación con la garantía de un derecho, estaremos ante lo que Bin denomina "juicio de gradualidad" y no ante un sopeso de derechos fundamentales. R. BIN, Diritti e argomenti..., op. cit., pág. 110; Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione, en AA. VV., Libertà e giurisprudenza costituzionale..., op. cit., págs. 45-63, págs. 46 y 47. En algún caso, no obstante, se extiende el significado del bilancio a todos los supuestos en los que los jueces acuden a la valoración, identificando razonabilidad y bilancio. R. ROMBOLI, Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali, en AA. VV., Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale..., op. cit., págs. 229-243, pág. 237. Parece, sin embargo, conveniente reservar el bilancio para los específicos casos en los que entren en colisión principios iusfundamentales.*

⁶⁵² *Así lo ha señalado incluso el Tribunal Constitucional en la S.T.C. 104/1986, de 17 de julio, fto. jco. 5, B.J.C. núm. 64/65, págs. 1048-1055, que en caso de colisión de derechos se precisa "una necesaria y casuística ponderación". En el mismo sentido IDE OTTO Y PARDO, La regulación del ejercicio de los derechos y libertades..., op. cit., págs. 123 y 124. Cuando se propone un problema de colisión de derechos fundamentales no tendrá utilidad "la exégesis del derecho constitucional positivo propiamente dicho, sino en una valoración en la que cabe tener en cuenta, si se trata de un caso singular y no de la llamada ponderación abstracta...". Igualmente Angela Musumeci dice que "una jerarquía entre valores será admisible sólo si se la entiende como resultado del sopeso operado por la Corte en el caso particular, pues nada excluye que el órgano de legitimidad pueda valorar, asistir al sacrificio de uno de los*

balancing, que para Enrique Alonso García es la técnica paradigmática de la jurisprudencia de valores; en el *balancing* "el tribunal formula una regla de interpretación que expresa que para la aplicación de determinado principio o norma constitucional hay que tener en cuenta los intereses constitucionales en juego y contraponerlos"⁶⁵³.

En la delimitación del sopeso de valores se pueden contemplar tres momentos diferenciados. En primer lugar se trataría de determinar cómo se construye el conflicto, en qué

valores que están en contraste para lograr la composición. Todo lo que se acaba de decir, sin embargo, no contradice, sino que por contra valora, la tesis de la ponderación de los intereses caso por caso porque el sacrificio de un valor no podrá tener nunca un alcance general". A. MUSUMECI, Obiezione di coscienza e giudizio di legittimità nell'ottica dei valori, Giur. Cost. 1992, I, págs. 463-471, pág. 467; A. BALDASSARRE, In materia di limiti del diritto di cronaca, Giurisprudenza italiana, 1972, págs. 1917-1920, pág. 1920; F. MORTILLARO. Quando due diritti costituzionali collidono: Limiti dello sciopero e libertà di iniziativa economica, Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1977, págs. 332-342, pág. 339.

⁶⁵³ E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 419. *El autor va a examinar aquellos campos en que esta técnica va a ser empleada por el Tribunal Constitucional español: con relación a valores no sólo directamente derivados de la Constitución sino también de los que derivan mediatamente de ésta; en relación con el principio de igualdad, en la colisión de derechos fundamentales; en relación con los principios procedimentales del art. 24 de la Const. española; y en relación con los principios económico-sociales. Para el profesor Martínez-Pujalte, sin embargo, "los derechos fundamentales no admiten ser ponderados... La posición central de los derechos fundamentales en el entero sistema constitucional... veda toda subordinación de los derechos fundamentales a otros bienes constitucionalmente protegidos". Tampoco cabría la colisión entre derechos fundamentales, a través de la fórmula del contenido esencial se podría eludir tal problema porque "comprender cada derecho desde su contenido esencial significaría, ahora, proceder a la delimitación del ámbito de cada derecho de tal suerte que se excluya toda intersección con el ámbito de los restantes derechos, lo que excluye la posibilidad de un auténtico conflicto". A. L. MARTINEZ PUJALTE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, págs. 67 y 133. En el mismo sentido Pedro Serna sostiene que desde una adecuada delimitación de los derechos fundamentales se puede soslayar el conflicto entre derechos fundamentales. P. SERNA, Derechos fundamentales: el mito de los conflictos..., *op. cit.*, págs. 226 y ss.*

medida un interés incide en un derecho fundamental. Se pretende esencialmente “identificar los intereses en concurso”⁶⁵⁴.

El segundo momento, propiamente el *balancing*, sería el de la utilización de las técnicas para resolver el conflicto. En este sentido Bin señala que antes de nada el juez ha de valorar si “el interés perseguido por la norma impugnada es suficiente para justificar la comprensión del derecho constitucional”⁶⁵⁵. Una vez

⁶⁵⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti...*, op. cit., pág. 63. En este primer momento no se puede hablar para el autor de bilancio en sentido estricto, sino de una descripción del conflicto que, no obstante esto, tendrá una repercusión en el sopeso puesto que va a diseñar la colisión entre los principios. Si bien parece aceptable, desde un punto de vista metodológico, apreciar este primer momento, no parece tanto asumir el criterio de diferenciación propuesto por Bin. Para éste la descripción del conflicto se inscribe en el proceso de la interpretación jurídica y el sopeso en sí sería otra cosa. Incluir el sopeso de valores dentro de la interpretación, indica el autor, implicaría una doble paradoja. De un lado, la interpretación, para él, es la adscripción de significado a un enunciado del legislador o del constituyente y presupone “racionalidad, coherencia y relativa estabilidad”, mientras que el sopeso implica producir nuevos significados y no atribuirlos por lo que sería contrario a la objetividad y controlabilidad que la interpretación presupone. De otro, la utilización de la expresión ‘interpretación jurídica’ para hacer referencia a algo que no es tal, con la finalidad de hacerla fiscalizable, distrae la atención y convierte esta actividad en incontrolable págs. 134 y 135; también R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione...*, op. cit., págs. 49-51. Desde nuestra perspectiva la posición de Bin no es aceptable ya que hemos entendido que la interpretación es el ‘conjunto’ de operaciones que realiza el jurista para atribuir sentido a un enunciado jurídico, y el bilancio de intereses va dirigido a cumplir este fin. Por otro lado, nos parece que tanto la interpretación como el sopeso tienen un carácter objetivo y controlable, y que no se pueden trazar diferencias en virtud de estas razones; en el mejor de los casos se podría decir que la interpretación es de más fácil fiscalización, pero no negar la controlabilidad del sopeso de valores. Por último, parece poco atendible, desde el punto de vista lógico, hablar de un momento previo al bilancio en el que la interpretación diseña el conflicto, un momento posterior en el que se fija la regla que resuelve el conflicto y que por lo tanto se inscribe también en el proceso de atribución de significado, y un momento intermedio en el que se está frente a un proceso productivo que nada tiene que ver con la interpretación.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, pág. 72. Esta valoración se habrá de hacer caso por caso y no se puede rechazar un interés a priori por lo que la insuficiencia del interés no aparece como algo autónomo al bilancio sino como su resultado pág. 80.

que se ha determinado que existe una reducción excesiva del derecho se habrá de proceder a un reequilibrio de los intereses, y aunque la Corte Constitucional italiana no haya trazado una serie de criterios fijos y unívocos, a juicio de Bin, se puede verificar la existencia de ciertas figuras argumentativas consolidadas. Así, hace referencia a la técnica del *'costo delle norme'* a través de la cual se valorará “si el legislador habría podido alcanzar el mismo fin con un menor sacrificio de los intereses relevantes” ⁶⁵⁶. Se trataría de extraer la finalidad de la norma impugnada y establecer posibles alternativas para determinar si alguna es menos costosa para el sacrificio de otros intereses en juego. Sin embargo, en estos casos la Corte pocas veces sustituye la solución del legislador por otra que haya hipotizado, se limita a desautorizar “la rígida asignación de valor a los intereses concurrentes trazada por el legislador, sustituyéndola por mecanismos flexibles” ⁶⁵⁷, delegando en otras instancias institucionales el sopeso que fije una regla concreta.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, pág. 82. En el mismo sentido Baldassarre vincula el bilancio de valores con dos momentos; en el primero la Corte debe sopesar, "valorando las circunstancias y el carácter del fin perseguido, si el interés estatal regulado, del que se deriva una restricción del derecho fundamental, es tan 'grande' e 'irresistible' como para justificar racionalmente una limitación de la libertad constitucional garantizada. En el segundo, a continuación, debe valorar si existen pruebas suficientes que demuestren razonablemente la existencia de una 'relación substancial' entre la regulación del interés estatal que se considera 'prevalente' y la específica restricción de la libertad. Lo que significa, concretamente, que la limitación prevista para ser juzgada válida debe ser considerada como un medio esencial respecto a la satisfacción del interés público prevalente y a la regulación positiva del mismo". No obstante, con el tiempo, se añaden nuevos tests que no son encuadrables en estos dos procedimientos de ponderación de manera que, en sentido general, se pueden relacionar con todos los procedimientos en los que se parta de la imposibilidad de establecer una jerarquía de valores. A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense...*, op. cit., pág. 195 y ss.; *Voz Libertad, Enciclopedia giurídica Treccani*, 1981, 29 y ss.

⁶⁵⁷ R. BIN, *Diritti e argomenti...*, op. cit., pág. 89. Véase A. VINDIGNI, *Un caso di self restraint della Corte nel controllo sul bilanciamento legislativo*, *Giur. Cost.* 1992, págs. 4301-4303.

Otra técnica utilizada por la Corte es la existencia de un contenido mínimo y de una protección suficiente. La primera hace referencia al “respeto de ciertos contenidos” de los derechos, la segunda “a los medios a través de los cuales el derecho puede expresarse”⁶⁵⁸. Sin embargo, esta distinción es en muchos casos utilizada por la Corte como afirmación genérica y no como medio para resolver los casos concretos, y es que esta distinción tendría virtualidad en derechos como la libertad de manifestación donde se puede diferenciar la garantía del derecho y los medios de protección que tendrían un fundamento constitucional autónomo, pero no en otros ⁶⁵⁹. En estos casos la Corte utiliza técnicas distintas: cuando está ante límites de contenido va a analizar la necesidad de la medida restrictiva y el valor del interés concurrente; si está ante límites al ejercicio, la Corte procederá teniendo en cuenta todos los intereses en juego ⁶⁶⁰.

En cualquier caso, en la motivación de las sentencias que acudan al *bilancio* habrá que presentar los criterios que la Corte ha seguido para determinar la prevalencia de un valor de una manera “clara y difusa”; esto supone que se pueda “construir una escala de valores desde la jurisprudencia constitucional que pudiera ser contrapuesta y tenida como parámetro estable con la que

⁶⁵⁸ R. BIN, *Diritti e argomenti...*, *op. cit.*, pág. 94.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, pág. 104. *En la mayor parte de los derechos no se puede distinguir ambos elementos y en el fondo se establece una relación entre los derechos garantizados y los recursos disponibles, de manera que derechos y medios se superponen y cuando los segundos superan la barrera de la operatividad mínima se lesiona el contenido del derecho. Ibidem*, pág. 103. *Se incorpora, por tanto, el strict scrutiny norteamericano en relación con los derechos fundamentales. G. P. DOLSO, Bilanciamento tra principi e "strict scrutiny" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale...*, *op. cit.*, págs.4153-4159.

⁶⁶⁰ R. BIN, *Diritti e argomenti...*, *op. cit.*, pág. 105. *Cuando se trata de una limitación del ejercicio de los derechos no existe efectivamente un interés contrapuesto con un derecho constitucional, sino un concurso de más intereses dentro de los que uno es un derecho garantizado por la Constitución con un determinado recurso.*

comparar la escala de valores emergente en la elección operada por el legislador" ⁶⁶¹.

Con relación a los derechos de prestación también se pueden identificar ciertas técnicas específicas. Por un lado se habla de *gradualidad*, donde no existe un auténtico *bilancio* en cuanto no aparecen dos intereses en conflicto sino que se trata de juzgar la adecuación de unos medios para cumplir un fin ⁶⁶². Por otro, se ha de tener en cuenta que la Corte, en relación con estos derechos, ha de respetar las exigencias presupuestarias que le impiden crear nuevas obligaciones frente al Estado ⁶⁶³. Por último, y siempre con relación a los derechos prestacionales, estaría el juicio de razonabilidad con el que la Corte, normalmente a través del principio de igualdad, va a limitar la discrecionalidad del legislador creando excepcionalmente nuevas obligaciones económicas para el Estado ⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Romboli señala dos peligros que se dan en el actuar de la Corte y que podrían ser eludidos a través de tales motivaciones: que el legislador siga el criterio establecido por la Corte, y que determinadas cuestiones no sean examinadas por el juez constitucional por tener un carácter político. R. ROMBOLI, Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte Costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti, en AA. VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale...*, op. cit., págs. 207-221, pág. cit. 215.

⁶⁶² Véase nota pie de pág. núm. 651.

⁶⁶³ R. BIN, Diritti e argomenti..., op. cit., pág. 111. E. FERRARI, Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità, *Le regioni*, 1991, págs. 1513-1530, pág. 1521.

⁶⁶⁴ En rigor las dos anteriores técnicas no tienen nada que ver con la razonabilidad, son fórmulas que cierran el juicio de constitucionalidad y dirigidas a respetar la decisión del legislador. Sin embargo, cuando a través de la igualdad se va a discutir la razonabilidad de la decisión de la ley, se van a crear determinadas obligaciones presupuestarias para el Estado. Se ha planteado también la posibilidad

La última parte del *bilancio* constituiría la expresión de una regla determinada que se imputará al caso en concreto.

La técnica de ponderación o *balancing* implica considerar únicamente los valores o principios que concurren en un caso determinado y solucionarlo exclusivamente de acuerdo con las circunstancias concretas y del momento histórico en el que se realiza ⁶⁶⁵.

Este método ha tenido actualmente un gran desarrollo debido fundamentalmente a la presencia, como hemos dicho, de principios en la Constitución. Sin embargo, también ha sido criticado y fundamentalmente se ha visto en él un camino abierto hacia la arbitrariedad judicial ⁶⁶⁶. En otros casos se ha argüido que

de que la Corte no equipare situaciones subjetivas sino de que cree auténticos derechos sociales. En estos casos no sólo se opondrían a esta producción las exigencias presupuestarias, sino también la necesidad de una organización y de una estructura administrativa por lo que no parece una solución plausible. Sin embargo la Corte llega a esta situación extrema en la Sent. 215/1987, en la que va a garantizar con normas obligatorias la asistencia a las escuelas medias y superiores de los minusválidos. R. BIN, Diritti e argomenti..., op. cit., pág. 119.

⁶⁶⁵ *Así las respuestas del sopeso "serán proporcionadas por la cultura política prevalente en un país en una cierta época histórica y no provendrán de elaboraciones abstractas". G. SILVESTRI, Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso..., op. cit., pág. 249; A. MUSUMECI, Obiezione di coscienza e giudizio di legittimità nell'ottica dei valori..., op. cit., pág. 467.*

⁶⁶⁶ *E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., op. cit., pág. 431. Para Baldassarre en el balancing realizado por el Tribunal Supremo estadounidense con relación al aborto sólo existen preferencias personales ni siquiera enmascaradas cuando se explicita un derecho fundamental al aborto. Y en esta decisión se expone el vicio más importante del balancing test: la arbitrariedad del juicio en un doble sentido, prevaricación de las elecciones personales de los jueces frente a los parámetros objetivos y desconstitucionalización del juicio de constitucionalidad. A. BALDASSARRE, Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense..., op. cit., pág. 351 y ss. Es por esto que algunas decisiones intentan evitar la referencia al contrapeso de valores M. LUCIANI, Libertà di impresa di assicurazione e garanzia dei livelli occupazionali. Prime osservazioni alla sent. núm. 319 del 1990 della Corte Costituzionale, Giur. Cost. 1989, primera parte, II, págs. 2033-2038, pág. 2038. Se*

el *balancing test* tiene un carácter inestable al poner en relación principios o valores con una realidad social cambiante ⁶⁶⁷. Se le ha acusado, además, de dar prevalencia a los derechos fundamentales, en la medida en que en una colisión entre éstos y los intereses públicos siempre saldrían favorecidos los primeros en virtud de cláusulas como "*in dubio pro libertate*" ⁶⁶⁸. Por otro lado, se ha dicho también que es imposible llevar a cabo un "sopeso" de principios y valores en cuanto son dos objetos de naturaleza diferentes ⁶⁶⁹. Por último, se ha criticado su carácter simple, por cuanto evita al juez acudir a otros mecanismos mucho más complejos ⁶⁷⁰.

Estas críticas no son en nuestra opinión asumibles. En primer término, y por lo que se refiere a la posibilidad de dejar un amplio arbitrio al juez constitucional, nos parece que no deja en absoluto mayor discrecionalidad que otras; el juez participa

queja concretamente el autor de la falta de alusión en esta sentencia al "bilanciamento fra beni costituzionalmente protetti" como son la libertad de empresa y la garantía de los puestos de trabajo.

⁶⁶⁷ *Los sopesos de valores en cuanto "expresan un cotejo entre el 'texto' a interpretar y una situación histórica, social, económica o política 'concreta'... ofrecen simplemente al ulterior intérprete elementos sobre los que trabajar, que en la mejor de las hipótesis servirán para enriquecer el 'conocimiento' del 'caso' al que posteriormente la misma 'proposición jurídica' deberá ser efectivamente aplicada". V. ANGIOLINI, Costituzione tollerante, Costituzione totale ed interpretazione della disciplina..., op. cit., pág. 25.*

⁶⁶⁸ E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., op. cit., págs. 431-432. Crítica radicalmente diversa es la que dirige Antonio Baldassarre a la aplicación de esta técnica por el Tribunal Supremo norteamericano. Para el autor italiano desde el momento en que se produzca una colisión de derechos fundamentales con intereses colectivos la Corte utiliza el *balancing test* para posponer el derecho fundamental; este procedimiento no es más que "un ejercicio de mala lógica, mediante el cual el derecho fundamental, garantizado en abstracto por la Constitución, es diluido, disuelto y relativizado". A. BALDASSARRE, Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense..., op. cit., págs. 255 y 256.

⁶⁶⁹ E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., op. cit., pág. 432.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, pág. 436.

siempre en la creación del derecho ⁶⁷¹ y en el sopeso quizás resulta más paladina su presencia, pero tampoco creemos que permita un poder creador omnímodo en cuanto existen una serie de reglas que el juez constitucional ha de seguir en la construcción del *balancing test*.

Por otro lado, y con respecto al carácter inestable o inseguro de los sopesos realizados por el juez constitucional, se puede objetar que estos serán vinculantes a través del precedente constitucional y determinarán la decisión judicial ⁶⁷², y que el juez constitucional va a seguir ciertas orientaciones propendiendo a una coherencia decisional ⁶⁷³.

Por lo que se refiere a la posibilidad de que se de una interpretación a favor de los derechos individuales al colisionar con intereses públicos, creemos que no se trata de una crítica seria. En primer lugar por la existencia de una dimensión colectiva también en los derechos fundamentales-libertades públicas ⁶⁷⁴. Por otro lado, y como ya hemos demostrado, existen derechos sociales tan fundamentales como las libertades públicas ⁶⁷⁵.

⁶⁷¹ L. PRIETO SANCHIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Edit. Tecnos, Madrid, 1987. El autor examina los distintos momentos en los que el juez tiene una función creativa. Sería en la calificación provisional, la individualización de la norma y en la tarea de completar el derecho, págs. 105 y ss.

⁶⁷² M. GASCON ABELLAN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Edit. Tecnos, Madrid, 1993.

⁶⁷³ A. RUGGERI, "Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positazione, en AA. VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali...*, op. cit., págs. 45-78, pág. 78.

⁶⁷⁴ E. ALONSO GARCIA, *La interpretación de la Constitución...*, op. cit., pág. 432.

⁶⁷⁵ Como muy bien ha dicho Massimo Luciani en un comentario a la sentencia de la Corte Constitucional núm. 316 de 5 julio de 1990, con relación a la colisión de la libertad de empresa y la garantía de los niveles de ocupación, "la ausencia de previsión de la ponderación no puede ser justificada sobre la base de la consideración de la prevalencia incontestable del interés social a la ocupación sobre

Se reprochaba también la imposibilidad de realizar un *balancing* entre objetos distintos. Lo cierto es que como venimos sosteniendo el sopeso se habrá de llevar a cabo entre dos normas entre las que no existen diferencias estructurales, se trata siempre de principios. La diferencia entre valor y principio no puede situarse en el razonamiento jurídico sino en la diversidad de planos en que ambos se mueven y, por lo tanto, el sopeso se realizará entre entidades de idéntica naturaleza ⁶⁷⁶.

Por último, frente a la censura que señala que estamos en presencia de una técnica simple que dejaría subjetividad al juez, es conveniente recordar que esta técnica se emplea en los casos en que justamente otras no pueden operar. Efectivamente, la ponderación de valores va a resolver, como no podría ser de otra manera, la colisión de principios iusfundamentales.

10. La ley de la máxima expansión de los principios iusfundamentales.

Hemos dicho que en el *bilancio* o sopeso de valores, en principio, no existían reglas que jerarquizaran definitivamente las normas de derechos fundamentales. Esto no quiere decir que no haya reglas que limiten la discrecionalidad del intérprete a la hora de concretar la ponderación de los principios que entran en conflicto.

el individual al ejercicio de una actividad de empresa...". M. LUCIANI, Libertà di impresa di assicurazione e garanzia dei livelli occupazionali Prime osservazioni alla sent. nùm 316 de 1990, della Corte Cost., Giur. Const., 1990, II, págs. 2033-2038, pág. 2038. Para el autor el hecho de que falte sopeso de valores comporta, en principio, la sospecha de ilegitimidad constitucional.

⁶⁷⁶ Véanse págs. 568 y ss.

La primera y más evidente que ha de tener presente el intérprete es la de su máxima expansión ⁶⁷⁷. Se deduce ésta del propio concepto de principio que venimos considerando como mandato de optimización.

En efecto, definíamos los principios como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida jurídico-fáctica posible, lo que implica que al resolver la colisión de normas iusfundamentales el juez constitucional procure la mayor efectividad de los principios en conflicto. Es decir, no basta ya con que se apliquen ambos, es necesario que tengan todos los concurrentes la máxima efectividad.

A juicio de Robert Alexy, esta regla de la máxima expansión determina la aparición de tres reglas parciales: la de adecuación, la de necesidad y la de la proporcionalidad en sentido estricto ⁶⁷⁸. Las dos primeras harían referencia a las posibilidades fácticas, mientras la proporcionalidad en sentido estricto aludiría a las jurídicas ⁶⁷⁹.

11. La razonabilidad del sopeso de valores.

Para que estemos ante una ponderación de valores es necesario que existan dos o más principios que tengan relevancia

⁶⁷⁷ "la limitación de los derechos fundamentales debe conciliarse con el principio de su máxima expansión". A. CORASANITI, Note in tema di diritti fondamentali..., *op. cit.*, pág. 214. Esta regla lleva implícita otra que supone la imposibilidad de anular completamente una de las normas que entran en conflicto. Esto ha sido puesto de relieve en nuestra doctrina por Luis Prieto con relación a una decisión del Tribunal Constitucional. Véase nota pie de página núm. 170.

⁶⁷⁸ R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, págs. 111 y 112..

⁶⁷⁹ *Ibidem*, págs. 112 y 113. No obstante, estas categorías muchas veces tampoco tienen un uso excesivamente técnico en la jurisprudencia constitucional; así la sentencia 316/1990, de 5 de julio, de la Corte Constitucional italiana utiliza en sus sentencia la proporcionalidad para referirse a las posibilidades fácticas, *Giur. Cost.* 1990, II, págs. 2025-2032.

en un conflicto de derechos fundamentales ⁶⁸⁰. En estos casos será necesario establecer una concreta prioridad entre ellos.

Sin embargo, la actividad que va a dar una mayor importancia a un derecho en una eventual colisión de normas de derechos fundamentales tampoco puede quedar a la libertad del juez constitucional ⁶⁸¹. Y es que, como ha indicado Luciani, el sopeso no es cualquier equilibrio sino "la razonable ponderación entre los valores que son por tanto el núcleo de la justicia constitucional de nuestros días" ⁶⁸². Así, la ponderación ha de estar marcada por su razonabilidad o corrección ⁶⁸³, no siendo aceptable cualquier tipo de ponderación. Pero, ¿cuál es la correcta y cuál no?

La respuesta a esta pregunta se ha de plantear en el plano de la argumentación jurídico-constitucional, es decir, dilucidando cómo se justifica o cómo se debería justificar ⁶⁸⁴ una decisión de colisión de derechos fundamentales, por qué se da prioridad o se posterga un derecho en relación con otro. Se trataría de determinar qué razones son las que hacen que se dé prevalencia a un principio, qué razones son aceptables.

⁶⁸⁰ M. LUCIANI, *Libertà di impresa di assicurazione e garanzia dei livelli occupazionali...*, *op. cit.*, pág. 2037. C. IUVONE, *Il problema del bilanciamento degli interessi tra la tutela dell'ambiente ed altri valori costituzionali. Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1992, págs. 15-23, págs. 15 a 17.

⁶⁸¹ *Letizia Gianformaggio se refiere a la posibilidad de que en la aplicación de los principios se den "acrobacias interpretativas". L. GIANFORMAGGIO, L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi...*, *op. cit.*, pág. 79.

⁶⁸² M. LUCIANI, *Corte Costituzionale e unità nel nome di valori*, en AA. VV., *edición preparada por R. Romboli. La giustizia costituzionale a una svolta, Actas del seminario de Pisa del 5 de mayo 1990*, Edit. Giappichelli, Torino, 1991, págs. 170-178, pág. 175.

⁶⁸³ *Alexy se refiere a la corrección de la ponderación. R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 311.

⁶⁸⁴ M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 24 y 25.

El primer dato que hemos de tener en cuenta en la argumentación jurídico-constitucional es la distinta base que tiene en relación con la argumentación jurídica ordinaria; en la primera falta un elemento primordial de la argumentación jurídica como es la *ley*. En efecto, si la argumentación jurídica general parte de un triple condicionamiento como es la sujeción a la ley, al precedente y a la dogmática jurídica que la diferencian de la argumentación práctica general ⁶⁸⁵, en la argumentación constitucional la ley viene sustituida por la Constitución, por lo que se pierde un nivel decisonal y de concreción de indudable precisión ⁶⁸⁶.

La inexistencia de este nivel supone, como ya hemos visto, que el elemento literal juegue un papel secundario en la interpretación constitucional ⁶⁸⁷, e irrelevante en la de las normas-principios iusfundamentales ⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ R. ALEXY, Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, *traducción de M. Atienza e I. Espejo, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 222 y ss. Aludimos, claro está, al elemento material que ha de ser utilizado por el intérprete. Es evidente que, desde el punto de vista formal, la argumentación moral carece de los elementos institucionalizados establecidos en la argumentación jurídica.*

⁶⁸⁶ Para Alexy este cambio tiene gran importancia al desaparecer uno de los factores más determinantes en la argumentación jurídica general como es la ley que implica un primer grado de decisión, en muchos casos muy concreta y ser sustituida por "disposiciones iusfundamentales, muy abstractas, abiertas e ideologizadas" como son las constitucionales. R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 532

⁶⁸⁷ E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, pág. 115. "En resumen, los argumentos 'literales' son especialmente relevantes para los supuestos de hecho aporéticos y para las interpretaciones sintácticas y semánticas contextuales...". Véase pág. 524.

⁶⁸⁸ Únicamente tendrá relevancia en la medida en que se tomen las normas iusfundamentales como reglas, y siempre que no se puedan aducir "razones jurídico-constitucionales" suficientes en contra de su obligatoriedad. R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 535.

El precedente, por contra, sí ocupa un lugar determinante en la argumentación constitucional -de derechos fundamentales- y a buen seguro más destacado que el que tiene en la argumentación ordinaria, en cuanto en ésta existe un discurso legislativo. El precedente obligaría, en virtud del principio de universalidad, a que cuando un caso tenga similitud con un supuesto ya resuelto anteriormente se resuelva de la misma forma⁶⁸⁹.

Sin embargo, es necesario señalar que el precedente no vincula de manera forzosa, pudiendo el juez constitucional apreciar un cambio de circunstancias que implique una decisión diferente ⁶⁹⁰. Efectivamente, el ordenamiento jurídico, sea el italiano o el español, no impone al juez constitucional la obediencia al precedente. Es, no obstante, la aceptación de los esquemas de la argumentación jurídica la que le fuerza a seguir la respuesta dada a un caso anterior. En todo caso el precedente constitucional sí se configura como una razón determinante para atribuir sentido a los preceptos constitucionales.

Aun reconociendo que el precedente en la argumentación jurídico-constitucional tiene mayor trascendencia que en otros campos del derecho, es necesario advertir también que la jurisprudencia constitucional es sensiblemente más reciente que la

⁶⁸⁹ *Ibidem*, págs. 537; R. ALEXI, Teoría de la argumentación jurídica..., *op. cit.*, págs. 261-266. E. ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución..., *op. cit.*, págs. 165-182; M. GASCON ABELLAN, La técnica del precedente y la argumentación racional..., *op. cit.*, págs. 50 y ss. L. PRIETO SANCHIS, Notas sobre la interpretación constitucional..., págs. 190 y 191; G. TREVES, Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana, en AA. VV., *La dottrina del precedente nella giurisprudenza costituzionale*, edición preparada por G. Treves, Edit. UTET, Torino, 1973, págs. 3-27, pág. 21-25.

⁶⁹⁰ Sin embargo sí parece que haya de seguirlo, sobre todo, cuando "viene imponiendo dicha regla a los jueces ordinarios como una exigencia constitucional derivada del art. 14 de la Constitución española". M. GASCON ABELLAN, La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción..., *op. cit.*, pág. 83.

jurisprudencia civil, penal, mercantil, etc. por lo que no siempre se va a encontrar con la misma facilidad que en estos órdenes jurídicos respuestas específicas. Esto último se acentúa más en el caso español en el que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no tiene más de una quincena de años.

En tercer lugar, es la dogmática jurídico constitucional, en tanto teoría material de los derechos fundamentales, quien también puede proponer soluciones a la colisión de principios iusfundamentales⁶⁹¹. Esta elaboración dogmática habrá de tener en cuenta el nivel decisional textual-constitucional y el precedente constitucional, pero añadirá un plus, será algo más que la simple repetición de éstos⁶⁹².

Alexy distingue entre las teorías científicas que se basan en un sólo principio, las que se fundamentan en una pluralidad, y las que lo hacen en un haz de principios no jerarquizados⁶⁹³. A las primeras pertenecerían la teoría liberal de los derechos fundamentales, la del Estado social o la democrática⁶⁹⁴ que son objetables en la medida en que es dudoso que la libertad o la igualdad "sean los únicos principios iusfundamentales"⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ Nos referimos aquí por dogmática a la dimensión normativa que elabora "propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos". R. ALEXY, Teoría de la argumentación jurídica..., op. cit., pág. 241; es decir, a aquella que intenta "dar una respuesta racionalmente fundamentada a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución en el material autoritativamente ya dado" R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 32.

⁶⁹² *Ibidem*, pág. 543.

⁶⁹³ *Ibidem*, pág. 546.

⁶⁹⁴ En la teoría liberal se hace valer como único principio el de la libertad negativa frente al Estado; en la del Estado social, el de que la libertad ha de entenderse como oportunidad en la vida real; en la democrática, por último, se sostiene como único principio el de la libre participación en la comunidad. *Ibidem*, págs. 542 y 543.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, pág. 547.

Por lo que se refiere a las teorías que reconocen la existencia de una serie de principios jerarquizados señala que toda graduación no puede tener un carácter absoluto porque es contraria al propio concepto de principio. Éstos tienen un carácter *prima facie* como puede ser la libertad en virtud del principio *in dubio pro libertate*, que, no obstante, puede ser desplazado cuando existan buenas razones en sentido contrario ⁶⁹⁶.

Tampoco parece admisible el conjunto de hipótesis que postulan la existencia de un haz de principios no jerarquizados puesto que las respuestas a la colisión de derechos no pueden basarse únicamente en el texto constitucional, sino que tendrán que acudir a otras fuentes, a una concreta teoría del Estado o de la sociedad ⁶⁹⁷.

Así pues, la dogmática puede en el mejor de los casos elaborar una prioridad *prima facie* de principios iusfundamentales, e indudablemente prestar una ayuda substancial en la correcta solución de los casos particulares, pero nunca nos dará una solución predeterminada y absoluta para todas las colisiones ⁶⁹⁸, y tampoco resulta vinculante para los operadores jurídicos.

En definitiva, podemos afirmar que la base de la argumentación iusfundamental determina la solución de una forma inferior a la argumentación jurídica general.

La pregunta que se plantea a continuación es qué debe hacer el juez constitucional frente a la colisión de derechos

⁶⁹⁶ *Ibidem*, pág. 549 a 551. Es lo que Alexy denomina jerarquías blandas de derechos. En este sentido el profesor Peces Barba elabora unos criterios o guías para resolver la colisión de derechos fundamentales, aun reconociendo que la ponderación de derechos es la que finalmente resolverá cada cuestión. G. PECES BARBA MARTINEZ, Curso de derechos fundamentales. Teoría general..., *op. cit.*, págs. 570 y ss.

⁶⁹⁷ R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 547.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, pág. 552. Véanse págs. 616 y ss.

fundamentales cuando esta base "texto-Constitución", "precedente", "dogmática", no aporta solución. ¿Tiene un ámbito de discrecionalidad en el que puede actuar de la manera que prefiera?, ¿debe renunciar a la "racionalidad" en su decisión o debe alcanzarla utilizando otros mecanismos?

La respuesta necesariamente ha de ser la segunda pues sin racionalidad "puede existir praxis, y quizás pensamiento, pero no sistematicidad" ⁶⁹⁹, y esta racionalidad ha de buscarse obligatoriamente en la argumentación práctica general, que opera subsidiariamente cuando la argumentación jurídica es incapaz de dar una solución correcta ⁷⁰⁰.

Así, la decisión "correcta" en la colisión de normas de derechos fundamentales habrá de remitirse en innumerables casos a la argumentación práctica general ⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ N. MACCORMICK, I limiti della razionalità nel ragionamento giuridico..., *op. cit.*, pág. 257. M. ATIENZA, Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica..., *op. cit.*, pág. 248 y ss.

⁷⁰⁰ "La argumentación práctica general puede ser necesaria en la fundamentación de las premisas normativas que se requieren para la saturación de las distintas formas de argumentos, en la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a diferentes resultados, en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos, en la fundamentación de enunciados de los distinguishing y overruling y directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna". R. ALEXI, Teoría de la argumentación jurídica..., *op. cit.*, págs. 271 y ss; Teoría de los derechos fundamentales..., *op. cit.*, pág. 553 y 554. N. MACCORMICK, I limiti della razionalità nel ragionamento giuridico..., *op. cit.*, pág. 275.

⁷⁰¹ Como señala Habermas la argumentación moral es necesaria en un derecho desformalizado como el actual en el que se superan todos los prejuicios impuestos por la concepción liberal del derecho. En esta nueva comprensión jurídica es la moral la que va a determinar la respuesta al caso concreto. Esta forma de entender el derecho se proyecta de manera más evidente en el derecho constitucional pues la actual Constitución se presenta como un todo dinámico en el que es preciso resolver caso por caso y donde no existen derechos fundamentales a priori. Así, es necesario acudir al razonamiento moral: "Sólo teorías morales y jurídicas entendidas en sentido

12. La argumentación práctica en la colisión de los derechos fundamentales.

La posibilidad de acudir al razonamiento práctico general supone aceptar dos presupuestos; en primer lugar, la existencia de un uso práctico de la razón ⁷⁰² y, en segundo, que existe una coincidencia entre el discurso jurídico y el discurso práctico moral: la corrección en ambos discursos de los enunciados normativos ⁷⁰³.

procedimental pueden implicar un procedimiento imparcial para la institución y sopeso de principios distintos". J. HABERMAS, Morale, diritto, politica, traducido al italiano por L. Ceppa, Edit. Einaudi, Torino, 1992, pág. 30. Nos oponemos así a aquellas doctrinas positivistas como la de Esser que evitan cualquier contaminación moral del derecho. J. A. RAMOS PASCUA, El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser, Anuario de filosofía del derecho, 1992, págs. 269-290, pág. 279. Véase también C. S. NINO, Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho, Edit. Ariel, Barcelona, 1994; y L. GIANFORMAGGIO, Rapporti tra etica e diritto, en AA. VV., Teorie etiche contemporanee, edición dirigida por C. A. Viano, Edit. Bollati Bronghieri, Torino, 1990, págs. 149-164.

⁷⁰² Este uso práctico de la razón es negado por el positivismo que limita el papel de la lógica, del método científico y de la razón, a problemas del conocimiento puramente teórico. C. PERELMAN, La lógica jurídica y la nueva retórica, traducido por L. Díez Picazo, Edit. Civitas, Madrid, 1989, pág. 134. Así Bobbio dirá que "del mismo modo que el jurista no se interesa en si la norma es justa o injusta, tampoco se preocupa acerca de si la norma es cumplida o no. Su problema es, repitámoslo, la validez de la norma". N. BOBBIO, Ragionamento giuridico. Contributi ad un dizionario giuridico, Edit. Giappichelli, Torino, 1994, pág. 288.

⁷⁰³ "Lo que tienen en común los discursos jurídicos con el discurso práctico general consiste en que en ambas formas de discurso se trata de la corrección de enunciados normativos... En el discurso jurídico se trata de un caso especial, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras. Entre éstas se deben mencionar especialmente la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como -lo que no concierne, sin embargo, al discurso científico jurídico- las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal". R. ALEXI, Teoría de la argumentación jurídica..., *op. cit.*, págs. 35 y 36; Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral en Derecho y razón práctica, introducción de W. Orozco y traducido por P. Larrañaga, Edit. Distribuciones Fontamara, México D. F., 1993, págs. 37-58, especialmente págs. 54 y 55. Para Klaus Günther las razones aducidas por Alexy para concebir la

Este conjunto de reglas del discurso práctico general que habrá de seguir el juez constitucional no están definidas, sino que depende finalmente de la teoría metaética que se acepte, y en última instancia, como demuestra el profesor La Torre, de la teoría del significado que se adopte ⁷⁰⁴.

argumentación jurídica como un caso especial de argumentación moral no son aceptables: la pretensión de corrección en la argumentación moral no tiene igual carácter que en la argumentación jurídica, y no existe coincidencia estructural entre las reglas y formas de argumentación moral y jurídica. Günther no niega, sin embargo, el carácter específico de la argumentación jurídica, éste se desprendería de la distinción entre validez y aplicación de las normas; "este problema se resuelve si se considera la argumentación jurídica como un caso especial del discurso moral de aplicación". K. GUNTHER, Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica, traducción y presentación de J. C. Velasco Arroyo, Doxa, núm. 17-18, 1995, págs. 271-302; Critical remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis", Ratio iuris, 1993-julio, págs. 143-156. Alexy, no obstante, no cree que se pueda establecer una diferencia radical entre validez y aplicación de las normas. R. ALEXY, Justification and Application of Norms, Ratio iuris, 1993, julio, págs. 157-169. Esta remisión del derecho al orden moral ha suscitado en la doctrina distintas consideraciones en torno a la inclusión de Alexy entre los autores positivistas o iusnaturalistas; A. C. AMATO MANGIAMELI, Variazioni positivistiche e giusnaturalistiche sulla dialettica fra diritto e morale. Osservazioni in margine a "Begriff und Geltung des Rechts" di Robert Alexy", Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1994, enero-marzo, págs. 3-35. Prieto considera que la postura de Alexy es compatible con el positivismo. L. PRIETO SANCHIS, La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas..., op. cit., pág. 357.

⁷⁰⁴ *La elección de una teoría del lenguaje tiene importantes consecuencias desde el punto de vista metaético. "A quien defienda una concepción 'referencial' o verificacionista del significado... se le abren en el plano metaético dos posibilidades especulativamente contrapuestas. i La primera es considerar los enunciados que contienen juicios morales como radicalmente distintos y diferentes de y no reducibles a enunciados descriptivos, y por tanto sostener que no se dan verdaderos y propios enunciados éticos... o que los juicios morales son imperativos u órdenes... o también manifestaciones sin sentido de sentimientos y de emociones... Para todos estos autores los juicios de valor son infundables racionalmente. ii La segunda posibilidad que se abre -en el ámbito metaético- a una concepción 'referencial' de los enunciados lingüísticos es la de considerar que los enunciados morales son enunciados descriptivos, y así se proponen metaéticas naturalistas... Según las metaéticas naturalistas e institucionalistas los valores morales tienen tal objetividad que pueden ser descritos... En el ámbito de una teoría comportamentista del significado no tiene*

El discurso práctico racional se presenta inconciliable con posturas metaéticas naturalistas e intuicionistas ⁷⁰⁵, siendo compatible con las restantes ⁷⁰⁶.

tanta importancia la cuestión del significado como la de la eficacia o función de hecho desarrollada por los juicios morales, o mejor, la cuestión del significado se resuelve en la de la eficacia y la función que de hecho desarrollan los juicios. La moral, como el derecho, será vista aquí como una técnica específica de condicionamiento del comportamiento de los otros... Quien defiende una teoría 'ideacional' del significado, que -como se ha visto- no da cuenta suficientemente del hecho que el significado tiene un componente intersubjetivo e impersonal ineliminable, puede caer en el solipsismo moral... Quien defienda una teoría del significado como 'uso' se sustrae al dilema que se plantea el teórico verificacionista, y no debe necesariamente concebir la moral con referencia al comportamiento social ajeno. Ni puede caer en el 'solipsismo moral', si el 'uso' es concebido, como se ha propuesto más arriba, como uso normativamente determinado, esto es como uso determinado por reglas respecto a las cuales puede plantearse siempre el problema de la corrección del uso particular o 'privado', puede iniciarse entonces el estudio de un fundamento racional del discurso moral, como discurso distinto del de la ciencia, y sin embargo provisto de sentido, según cuanto nos enseña nuestra experiencia cotidiana entretejida de dudas, reflexiones y de debates sobre las cuestiones morales". M. LA TORRE, Significati e giudizi morali. Note per un'etica 'reflessiva', Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. 1991, págs. 879-916, págs. cit. 888-890.

⁷⁰⁵ *El naturalismo para Alexy no es compatible con la fundamentación racional del lenguaje normativo en cuanto define expresiones normativas a través de fórmulas descriptivas: "Cada enunciado normativo llegaría así a ser un enunciado descriptivo y, como tal, sería comprobable según el procedimiento de las ciencias naturales y de las ciencias sociales de carácter empírico". El deber ser se derivaría, desde este punto de vista, del ser. El intuicionismo parte de la imposibilidad de definir propiedades como la bueno o lo justo empíricamente, éstas han de ser definidas por facultades ajenas a los sentidos. Para estas doctrinas "la tarea del discurso práctico se resolvería mediante evidencias de algún tipo. Mientras estas evidencias sean suficientes, no queda ningún campo para la argumentación". Contra estas teorías se ha dicho, fundamentalmente, que cada persona tiene sus propias evidencias, y que no ofrece un criterio para distinguir cuáles son correctas y cuáles no. R. ALEXY, Teoría de la argumentación jurídica..., op. cit., págs. 52-56. Véase pie de página número 704.*

⁷⁰⁶ *Alexy en la construcción de su teoría de la argumentación va a estudiar las más recientes aportaciones a la racionalidad del discurso ético. Concretamente va a tratar las contribuciones de la ética analítica de Stevenson, Hare, Toulmin y Baier; la teoría consensual de Habermas; la teoría de la deliberación práctica de Erlangen; y,*

En el bosquejo de la teoría del discurso práctico general, Alexy parte de la existencia en las proposiciones normativas de las expresiones "bueno" o "debido" que no designan objetos, propiedades o relaciones no empíricas -como sugeriría el intuicionismo-, ni expresiones empíricas -como pretende el naturalismo-, por lo que su estudio no puede hacerse en referencia a una entidad empírica o no empírica ⁷⁰⁷. Esto, no obstante, no significa que se tenga que considerar a las proposiciones normativas como expresiones o descripciones de sentimientos sobre las cuales no cabe un juicio de corrección ⁷⁰⁸.

Entiende Alexy que se pueden hacer juicios de corrección en relación con las proposiciones normativas, es decir, que se puede justificar si una proposición es correcta o no. Esta justificación se llevará a cabo a través de la presentación de razones en favor o en contra. La introducción de estas razones en favor o en contra de una proposición normativa implica la aceptación de una regla. Si se quiere atacar la conclusión se puede discutir ésta o la regla en virtud de la cual se ha expresado. En el caso de que se conteste la regla que ha servido para emitir la proposición normativa, se habrá de fundamentar esta regla a través de otra regla ⁷⁰⁹.

Esto podría suponer en principio que toda proposición normativa se habría de justificar *ad infinitum* o que se establecieran límites a esta justificación que impidieran en todo caso que sólo se hablara hasta cierto sentido de fundamentación. Ninguna de estas

la teoría de la argumentación de Perelman. R. ALEXY, Teoría de la argumentación jurídica..., *op. cit.*, págs. 56 a72.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, pág. 175.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, pág. 175. Para un estudio histórico completo acerca de la corrección o incorrección de los juicios morales y jurídicos véase G. KALINOWSKI, Le problème de la vérité en morale et en droit, *Edit. Emmanuel Vitte, Lyon 1967*, págs. 9-149.

⁷⁰⁹ R. ALEXY, Teoría de la argumentación jurídica..., *op. cit.*, pág. 176.

dos vías parece recomendable. Para Alexy “la situación puede evitarse si la exigencia de una fundamentación ininterrumpida de cada proposición a través de otra proposición se sustituye por una serie de exigencias en la actividad de fundamentación. Estas reglas pueden formularse como reglas del discurso racional” ⁷¹⁰.

La teoría del discurso racional es un discurso normativo en cuanto trata de fundamentar sus propias reglas. Para ello estudia las distintas reglas que aparecen en el discurso y, fundamentalmente, va a seguir cuatro vías: considerar que se trata de reglas técnicas que prescriben medios para alcanzar un fin ⁷¹¹, la aceptación de estas reglas en cuanto se demuestra que rigen de hecho ⁷¹², la aceptación de un juego de lenguaje y de las consecuencias a las que conduce ⁷¹³, y la demostración de que la validez de determinadas reglas es condición de posibilidad de la comunicación ⁷¹⁴.

Pese a las críticas que se han hecho a estos procedimientos contienen en todo caso aspectos aprovechables para fundamentar

⁷¹⁰ *Ibidem*, pág. 177. Estas reglas no sólo se refieren a proposiciones sino también a comportamientos del hablante, por lo que pueden designarse como “reglas pragmáticas”. El cumplimiento de estas reglas no implica la certeza, pero sí, al menos, la racionalidad. Por lo que se refiere a las críticas que se han opuesto a la teoría de la argumentación jurídica alexiana véase M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica...*, op. cit., págs. 206 y ss.

⁷¹¹ A esta fundamentación se le critica que es necesario también fundamentar el fin, y que un mismo fin puede fundamentar varias reglas incluso contradictorias. *Ibidem*, pág. 179.

⁷¹² Sin embargo, el hecho de que éstas rigen no implica que sean racionales. *Ibidem*, pág. 180.

⁷¹³ Estas reglas, no obstante, tendrían el inconveniente de la fundamentación del juego del lenguaje, éste es presentado y explicado pero no justificado, y por lo tanto cabe cierta subjetividad. *Ibidem*, pág. 182.

⁷¹⁴ Frente a esta manera de justificar se dice que no está claro qué reglas tienen carácter de presupuestos generales y propios de un proceso de comunicación, qué reglas son constitutivas de un particular acto de habla y hasta qué punto se pueden fundamentar las reglas del discurso práctico. *Ibidem*, pág. 183.

las normas del discurso racional. Así, Alexy sostiene que las reglas que pueden ser fundamentadas desde la práctica universal deben ser tenidas en cuenta como soporte de la fundamentación de las reglas; las reglas técnicas son primordiales en tanto que no han sido atacadas de tal forma que tengan que ser excluidas; las reglas convenidas empíricamente se pueden estudiar según su oportunidad y se pueden comparar con otros sistemas construidos a través de otros criterios de oportunidad; por último, el método definatorio proporciona una serie de normas cuya crítica puede contribuir a la creación de nuevas reglas ⁷¹⁵.

Antes de enunciar las concretas reglas del discurso práctico, el autor llama la atención sobre los defectos y fallos de estas reglas, defectos que si fueran superados, llega a decir con cierto optimismo, supondría el que se pudiera hablar de un auténtico Código de la razón práctica ⁷¹⁶.

A continuación pasa a expresar las concretas reglas del discurso práctico, reglas que como hemos dicho deben ser respetadas por el juez constitucional al elaborar, al construir, la prevalencia de un concreto principio iusfundamental sobre otro. Y

⁷¹⁵ "Las reglas que pueden ser fundamentadas según la pragmática universal deben considerarse como un valioso material de base. Las reglas válidas fácticamente son importantes en dos aspectos. Incluso el teórico del discurso, al menos en un principio, debe guiarse por ellas en sus fundamentaciones... En favor de estas reglas habla también el hecho de que hayan prevalecido. Esto no es en verdad prueba alguna de su racionalidad. Pero demuestra al menos que hasta ahora no se ha lanzado contra ellas ninguna crítica tan contundente que lleva a abandonarlas. Si se considera que la posibilidad de crítica no existe siempre, pero sí muy frecuentemente, entonces no se podrá negar a dichas reglas una limitada racionalidad. Las reglas descubiertas empíricamente pueden además examinarse según su oportunidad y pueden ser confrontadas con otros sistemas de reglas construidos con otros criterios de oportunidad. El método definatorio plantea finalmente, a través de la formulación explícita de sistemas de reglas, la posibilidad de su crítica y abre el camino, a través de la construcción de nuevas reglas, a nuevos métodos". *Ibidem*, págs. 183 y 184.

⁷¹⁶ *Ibidem*, pág. 185.

en primer lugar va a enunciar *las reglas fundamentales*, aquellas que son "condición de posibilidad de cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad o corrección"⁷¹⁷; más adelante introducirá las reglas de razón⁷¹⁸, las de la carga de la argumentación⁷¹⁹, las reglas de la fundamentación⁷²⁰ y, por último, las reglas de la transición⁷²¹.

⁷¹⁷ 1.1 "Ningún hablante puede contradecirse". 1.2 "Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree". 1.3 "Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual en todos los aspectos relevantes". 1.4 "Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados". *Ibidem*, pág. 185.

⁷¹⁸ 2 "Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación". De esta regla se derivan: 2.1 "Quien puede hablar puede tomar parte en el discurso"; regla que exige que 2.2 "a Todos pueden problematizar cualquier aserción. b Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso. c Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades". Además, 2.3 "a ningún hablante puede impedirle ejercer sus derechos fijados en 2.1 y 2.2 mediante coerción interna o externa". *Ibidem*, pág. 188 y 189.

⁷¹⁹ 3.1 "Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo"; 3.2 "Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello", 3.3 "Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos" 3.4 "Quienes introducen en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación". *Ibidem*, págs. 191-193.

⁷²⁰ Antes de entrar en el análisis de las reglas de la fundamentación, se va a referir a las formas de la argumentación del discurso práctico general. Para Alexy existen dos formas básicas de fundamentar. En la primera, se toma como referencia una regla presupuesta como válida; en la segunda, se señalan las consecuencias de seguir el imperativo implicado en ella. Así precisa que: "Quien apela a una regla en una fundamentación presupone al menos que se cumplen las condiciones de aplicación de esa regla... presupone como verdadero un enunciado T que describe características, estados de cosas o acontecimientos. Por otro lado, quien aduce como razón para N una consecuencia presupone una regla que expresa que la producción de estas consecuencias es obligatoria o es buena. Esto vale en base al enunciado general: 'la noción de una razón, como siempre, lleva consigo la noción de una regla que afirma que algo es una razón para alguna otra cosa'". *Ibidem*, págs. 193 y 194. Estas formas de fundamentación suponen un aumento de racionalidad ante la

Por último, en el bosquejo de una teoría del discurso práctico general se refiere a sus límites. Y señala en relación con los mismos que el seguir todas las reglas indicadas hace sin duda más fácil la obtención de un consenso sobre cuestiones prácticas, pero no garantiza "el que pueda obtenerse un acuerdo para cada cuestión, ni el que cualquier acuerdo alcanzado sea definitivo o

imposibilidad de acudir a amenazas o adulaciones, sin embargo lo cierto es que pueden justificar cualquier proposición normativa por lo que es necesario acudir a más reglas, las que Alexy denomina reglas de la fundamentación. Dentro de éstas, en primer lugar, figurarían las distintas formas de articular el principio de generalizabilidad

Esto, no obstante, no produce un acuerdo racional, no existe un procedimiento para lograrlo en cada caso; sin embargo, se ganaría mucho si se planteara un procedimiento que aumentara al menos la posibilidad de la transformación de concepciones efectivamente incompatibles. Este ha sido propuesto por Habermas y por Lorenzen y Schwemmer, que fundan para Alexy la siguiente regla: 5.2.1 "Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba. a si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o b si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes". Para Alexy, sin embargo, esta doble prueba propuesta debe ser completada por una prueba del desarrollo individual de las opiniones normativas: 5.2.2 "Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables". La última regla que propone dentro de este grupo viene dada por la necesidad de que el discurso práctico resuelva cuestiones prácticas 5.3 "Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados" págs. 199 y 200.

Para Alexy estas reglas determinan el contenido de las proposiciones y reglas a fundamentar, por lo que las denomina "reglas de fundamentación" pág. 200.

⁷²¹ *Las reglas de transición van a paliar las insuficiencias de la teoría de la argumentación práctica pueden tratarse de cuestiones de hecho, de problemas lingüísticos y de cuestiones que se refieran a la propia discusión práctica. En estos casos se puede trasladar a otras formas del discurso: 6.1 "Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico empírico". 6.2 "Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje". 6.3 "Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso". Ibidem, pág. 201.*

irrevocable" ⁷²². Y ello por tres razones: en primer lugar, porque las reglas del discurso no tienen disposición alguna que establezca un punto de partida, en la medida en que no se aúnan "las respectivas convicciones normativas existentes y los intereses interpretativos del participante"; en segundo lugar, porque no regulan todos los pasos de la argumentación; y en tercero, en cuanto existen ciertas reglas del discurso que tienen un carácter ideal que sólo pueden verificarse de forma aproximada ⁷²³.

Ahora bien, también es comprobable que ciertos valores y soluciones son excluidos por las reglas del discurso práctico racional. Y ésta es justamente la enseñanza que podemos extraer de lo que hemos dicho con relación al problema presentado. En la colisión de derechos fundamentales, cuando las específicas reglas de la argumentación jurídica no son útiles para decidir el caso concreto, el juez constitucional habrá de respetar en la toma de su decisión las reglas de la argumentación moral ⁷²⁴.

Pero podemos dar un paso más, nos podemos plantear ¿qué sucede en los casos en los que la argumentación moral no nos ofrece una respuesta, es decir, cuando se sigue el conjunto de reglas del discurso moral y caben dos o más respuestas contradictorias de tipo racional para resolver un problema de conflicto entre derechos?

⁷²² *Ibidem*, pág. 201.

⁷²³ R. ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos, traducida por L. Villar Borda, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pág. 52*; R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, págs. 201 y 202

⁷²⁴ "Como la argumentación iusfundamental está determinada sólo de manera incompleta por su base, la argumentación práctica general es un elemento necesario del discurso iusfundamental". R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 553.

Para Aarnio estas divergencias en definitiva están condicionadas por el conjunto de valoraciones morales que cada sujeto tiene ⁷²⁵, pero ello no quiere decir que se haya de caer en un subjetivismo o relativismo moral. Al contrario, los valores son justificables hasta cierto punto "pero no es posible determinar su justificación última" ⁷²⁶. "Una valoración última sólo puede ser entendida como verdadera en relación a un sistema de valores" ⁷²⁷. Los sistemas de valores no son arbitrarios sino que dependen en última instancia del grado de evolución social. La aceptación de un sistema de valores no resulta de una decisión individual, sino de que está vinculada con nuestra vida puesto que los valores "están conectados con nuestra práctica vital". ⁷²⁸.

Así Aarnio va a decir que como individuo "una persona puede sostener las opiniones que desee, también por lo que respecta a los valores y principios morales. Pero, si desea participar en la interacción social, tiene que tomar en cuenta a los demás. La moral es una forma de generalizar: es participación en la interacción y en la comunicación sociales" ⁷²⁹.

Este conjunto de principios morales lo son en la medida en que han sido aceptados por la sociedad, por la mayoría de ésta, y cualquier decisión ha de respetar ese consenso social sobre los

⁷²⁵ A. AARNIO, Lo racional como razonable..., *op. cit.*, pág. 266.

⁷²⁶ Aarnio indica que algo puede ser bueno en relación con un valor sea siguiendo el criterio teleológico -medio/fin-, o el deontológico -la regla que apoya la valoración- pero luego se podrá pedir la justificación de los fines, y la cadena de preguntas y respuestas, hasta un límite. *Ibidem*, pág. 267.

⁷²⁷ *Ibidem*, pág. 267.

⁷²⁸ *Ibidem*, pág. 268

⁷²⁹ *Ibidem*, pág. 268.

valores ⁷³⁰, si quiere apartarse del subjetivismo y de la arbitrariedad. Así, las decisiones que resuelven las colisiones de derechos fundamentales han de respetar el contenido-textual constitucional, los precedentes, las posibles respuestas que ofrezca la dogmática, las reglas del discurso moral, y también los principios morales materiales aceptados socialmente.

13. Recapitulación

⁷³⁰ *Ibidem*, pág. 287. "Desde el punto de vista del manejo sensato de nuestros asuntos comunes es necesario, pero también suficiente, lograr un consenso representativo sobre el sistema de valores que se encuentra en la base del orden jurídico. Este es el núcleo de la concepción occidental de la democracia... Si la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica, siguiendo la racionalidad-D, llegaría a la conclusión de que es racional y razonable aceptar la posición presentada; entonces esta posición tiene mayor relevancia social en C que cualquier otra posición correspondiente. La relevancia no está basada en la presión de argumentos persuasivos o en la mera autoridad formal sino en la fuerza racional de la justificación. Tal interpretación satisface la expectativa de certeza jurídica de la sociedad. Y, además, este punto de vista posee la máxima legitimidad en la sociedad". Aarnio intenta elaborar una ética relativista con pretensiones de fundar racionalmente las normas morales, y en este ensayo, para Carlos Santiago Nino, fracasa. En primer lugar porque esta tesis supondría el conservadurismo moral impidiendo su progreso: "El disidente que ataca las valoraciones últimas de la audiencia... no sólo diría algo falso según esta teoría sino autocontradictorio: afirmaría o presupondría que las valoraciones del auditorio condenan lo que es aprobado por las valoraciones últimas de ese auditorio". Por otro lado, Aarnio parece confundir la ética descriptiva con su posición ética y para Nino la moral positiva de una sociedad no se desarrolla a través de juicios sobre ella, sino "a través de juicios acerca de una supuesta moral ideal cuyo contenido puede o no coincidir con la moral positiva". C. S. NINO, *Ética y derechos humanos...*, op. cit., págs. 62 y 63. No nos parecen aceptables la críticas de Nino, en cuanto considera que Aarnio expone una ética 'consensualista' en la que lo justo o lo bueno vendría definido por la sociedad y todos los miembros tendrían que remitirse a ese consenso. Nos parece que Aarnio hace referencia a lo que Nino conceptúa como ética descriptiva, pues no se puede olvidar el carácter subjetivo que para el autor finés tiene la moral no cognoscivista. En todo caso pensamos que el juez, al resolver un caso concreto acudiendo a la moral, no puede o no debe ayudarse de su moral ideal, sino que ha de servirse de la moral social descriptiva, es decir, de aquella que es más aceptada por la sociedad, si quiere que su decisión sea más racional.

En los capítulos precedentes hemos estudiado la noción de derechos fundamentales desde un punto de vista teórico y práctico. Hemos visto como el concepto práctico de derechos fundamentales es idéntico en dos sistemas jurídicos entre los que existen indudables diferencias como el español y el italiano. Esta identidad no es casual, los derechos fundamentales, independientemente de los mecanismos de reconocimiento o protección, van a consagrar un consenso ético acerca de ciertos valores que rebasa evidentemente las fronteras estatales y es común, al menos, a ciertas zonas culturales. Dentro de una de estas zonas se integran evidentemente los derechos español e italiano.

Coherentemente con esta premisa, planteamos la problemática de la colisión de derechos fundamentales como un asunto que habrá de ser tratado de forma genérica. El conflicto iusfundamental no aparece vinculado a un ordenamiento jurídico específico, sino que es un problema común, que ha de ser resuelto en sede hermenéutica, teniendo sus conclusiones también unos rasgos eminentemente generales.

Para analizar la problemática relativa a la colisión de normas que reconocen derechos fundamentales es necesario que nos ubiquemos en la interpretación constitucional pues es aquí donde históricamente se han venido positivando los derechos humanos.

Por hermenéutica constitucional entendemos en sentido amplio la adscripción de sentido a los enunciados normativos constitucionales. Y todo conflicto iusfundamental sólo puede ser propuesto en la medida en que se haya atribuido sentido a los preceptos que reconocen derechos fundamentales; la colisión es sólo posible entre normas constitucionales, sentidos atribuidos a los enunciados normativos, no entre disposiciones.

Este nexo entre colisión de normas iusfundamentales e interpretación parece negar la virtualidad del brocardo *in claris non fit interpretatio*, puesto que exige, como requisito del mismo, en todos los casos la adscripción de sentido a los enunciados constitucionales. En efecto, esto es así, entendemos que se trata de dos lenguajes bien diferenciados, el de los preceptos y el de las normas jurídicas, y que sólo se pueden confrontar dos enunciados de un mismo lenguaje. Por otro lado, es evidente que la diferencia entre la oscuridad y claridad de los textos es controvertida, siendo en todo caso un juicio que se realiza en un momento ulterior a la asignación de sentido por el intérprete, no antes. Por lo tanto es preciso que se atribuya sentido a las disposiciones constitucionales para verificar un conflicto de derechos fundamentales.

Pese a esta relación interpretación-Constitución, es necesario aludir, en primer lugar, a aquellas doctrinas que niegan la juridicidad de los textos constitucionales, y también cualquier interpretación jurídica que de estos se hiciera. Se afirma, desde estas posturas, que el texto constitucional tiene una naturaleza exclusivamente política y no jurídica de manera que su interpretación es una actividad de naturaleza política y su estudio no corresponde a la ciencia del derecho. Estas tesis actualmente vienen consideradas únicamente como mera evocación histórica, pues se acepta de forma unánime el carácter normativo de la Constitución, cualidad ésta que viene destacada si se repara en el lugar preeminente que ocupa en el ordenamiento jurídico y en su aplicación directa.

Pero, admitido su carácter jurídico, ¿cuáles son las notas que caracterizan la interpretación constitucional?

Como punto de partida podríamos señalar su carácter político que se exterioriza en principio al ordenar la norma constitucional la organización del Estado y el sistema de relaciones político-sociales. Esto no quiere decir que el juez constitucional, al interpretar los enunciados constitucionales, proceda como un órgano político, tome decisiones que correspondan a éstos, o utilice su discrecionalidad. Significa, fundamentalmente, que el juez resuelve cuestiones políticamente relevantes desde normas de indiscutibles contornos políticos, de manera que frente al juez ordinario que ha de comparar los hechos con la ley, el juez constitucional cotejará normas legales, fruto de la voluntad popular, con las constitucionales, concreción del pacto constituyente.

La interpretación constitucional se caracteriza también por la preponderancia del criterio sistemático en la medida en que se hace preciso armonizar un texto que presupone un difícil acuerdo entre las diversas fuerzas que participaron en el proceso constituyente. Este criterio se erige en una pieza primordial en virtud del carácter contradictorio e ideologizado que contienen los enunciados constitucionales.

Por otro lado, ha de primar la elasticidad en la atribución de sentido a los preceptos constitucionales, esto es, el intérprete no debe establecer rígidas jerarquías que fosilicen el contenido del texto constitucional pues éste se ha de renovar siguiendo los cambios sociales.

En este sentido existe una influencia decisiva de la actividad del legislador que determinará la amplitud de la interpretación del juez constitucional. Así, ante un legislador o constituyente que no actualice el texto constitucional aparecerá, como reverso, una interpretación más creativa por parte del juez que suplirá esta dejación.

En tercer lugar, hemos de subrayar la notable importancia de la que goza la técnica del precedente al ubicarse en la Constitución preceptos de carácter general y anfibológicos que impiden determinar un concreto sentido que excluya a los otros, así el juez constitucional tenderá a resolver los casos concretos de acuerdo a las soluciones que haya dado en otras decisiones.

Por último, podemos destacar la presencia de los criterios de razonabilidad o racionalidad, o en sentido más amplio, de la jurisprudencia de valores, como técnica preponderante en la interpretación de los preceptos constitucionales. Estos criterios podrían ser caracterizados, en principio, como mayor alejamiento de los cánones del silogismo. En efecto, los textos constitucionales emplean fórmulas políticas profundamente ideologizadas que no consienten la introducción de los criterios interpretativos tradicionales. Éstos resultan insuficientes para resolver satisfactoriamente todos los problemas que se originan en la atribución de sentido a los enunciados constitucionales.

Sin embargo, no se puede perder de vista que las decisiones constitucionales que juzgan la constitucionalidad de un acto normativo se presentan, como por otra parte toda decisión judicial, como un silogismo en el que la premisa mayor es el texto constitucional y la premisa menor la ley impugnada. ¿Pero qué se ha de entender por ley, el precepto o la norma, el texto dictado o su interpretación?

Para resolver esta cuestión hemos de distinguir dos hipótesis, la presencia de vicios formales o de vicios materiales. En el primer caso, la invalidez no se referirá a la ley en su contenido, sino al procedimiento de formación, por lo que será invalidado el acto en sí y por lo tanto el precepto, el texto. En el segundo, y de acuerdo con la concepción de interpretación que admitíamos, parece más adecuado aceptar la inconstitucionalidad únicamente

de las normas, de las interpretaciones; ahora bien, cuando todas las normas que se puedan extraer de un precepto sean incompatibles con la Constitución, la inconstitucionalidad afectará indefectiblemente también al texto.

Sólo desde esta perspectiva son admisibles las sentencias interpretativas, que declaran la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ciertos sentidos en los que pueden ser entendidos los enunciados legales. Así, en la jurisprudencia y en la doctrina se ha desarrollado una extensa tipología de sentencias interpretativas que rechazan ciertas normas o que admiten una disposición siempre que se la interprete en un sentido determinado.

Otro tema de innegable alcance en la hermenéutica constitucional es determinar en qué medida vinculan los preceptos ordinarios que recogen criterios interpretativos al juez constitucional. Su sujeción supondría la inversión de las fuentes del derecho al someter la interpretación del juez constitucional a preceptos del Código civil. Esta supeditación parece inaceptable, el órgano constitucional sólo está obligado por la propia norma constitucional y no por la legislación ordinaria. La aceptación de los criterios interpretativos legales sólo puede ser propuesta como canon dogmático tolerado por el intérprete, pero no como una imposición del ordenamiento jurídico.

Los métodos interpretativos civiles, empero, tampoco resultan tener una influencia determinante en la atribución de sentido a los enunciados constitucionales porque la interpretación constitucional está más relacionada, como ya hemos indicado, con los *tests* de razonabilidad o racionalidad que con los criterios hermenéuticos tradicionales. ¿Pero a qué nos referimos cuando hablamos de estos *tests*?

No existe un concepto unívoco de qué significan estas fórmulas, sin embargo, podríamos señalar una serie de notas que las caracterizan: 1 Estamos ante un método interpretativo de carácter jurisprudencial, no previsto por el constituyente ni por el legislador. 2 Tiene un carácter residual, el juez constitucional procura utilizar otros criterios para elucidar el sentido de los enunciados constitucionales, y sólo en los casos en los que no puede fijar su sentido con ellos acude a "*la razonabilidad*". 3 Su utilización aparece en un primer momento relacionada con el principio de igualdad, y a él permanece muy vinculada. 4 Bajo la denominación "juicio de razonabilidad" se recogen una pluralidad de *tests* que hacen hincapié en aspectos determinados de éste; incluso entre la *razonabilidad* y la *racionalidad* se perfilan matices, el segundo parece más ligado a la interpretación "lógica" mientras el primero aludiría a criterios extrasistemáticos. Se habla, además de juicio de finalidad, pertinencia, congruencia, idoneidad, coherencia, evidencia... 5 Todas estas específicas técnicas de razonamiento obedecen realmente a una dimensión jurídica que parecía perdida al remitir al valor, y no a la ley, la comprensión del derecho. En otras palabras, se trata del empleo de la teoría de los valores para ofrecer soluciones a determinados problemas jurídicos.

Esta visión axiológica del derecho no ha sido siempre aceptada, y a ella se le han dirigido innumerables críticas. Una de las más agudas y frontal es la expuesta por Carl Schmitt en su artículo "La tiranía de los valores". Para Schmitt esta jurisprudencia que encuentra sus antecedentes en la Constitución de Weimar, al aplicar los valores y no las normas, destruye la aplicación equilibrada del derecho por lo que no es aceptable.

Por otro lado, Schmitt considera que la utilización de los valores, que son imposición subjetiva de los hombres, implica una jerarquización de éstos y por lo tanto la imposición del valor

superior, la libertad de valorar, que conduce directamente a la negación de los mismos valores.

Dos son las críticas que opone el autor alemán a la jurisprudencia de valores: la gran libertad que conceden al intérprete y que la imposición de un valor impugnaría la de los demás. Estas dos aseveraciones nos parecen contradictorias porque la primera se basa en un hipotético vacío del contenido de los valores y la segunda en uno claro e indiscutible.

Frente a estos reproches se ha mantenido también que los valores no son fórmulas sin contenido que permitan cualquier decisión; tienen un contenido, variable si se quiere, que orienta y determina en todo caso la conclusión. Además, no todos los valores se han de apreciar en la interpretación sino aquellos recogidos en la Constitución o reconducibles a ésta.

En todo caso los valores tienen un papel decisivo con relación al progreso de la eficacia de los derechos humanos, y es que sólo gracias a ellos se pueden censurar actuaciones o concreciones de los derechos fundamentales que no responden a las exigencias sociales. Permiten, por tanto, perfilar y corregir la correspondencia de los derechos fundamentales con las necesidades de cada momento histórico.

Por otro lado, se trata siempre de la aplicación de "valores" en plural y no de un valor en particular, en el sentido de que se toma el conjunto axiológico que convive en un mismo ordenamiento jurídico, sin que en caso alguno la toma en consideración de un valor constituya la negación radical de los demás, sino que, al contrario, implica su propia aplicación al moderar la expresión del primero.

Por todo esto podemos aceptar metodológicamente la jurisprudencia de valores como instrumento necesario e inevitable con relación a la interpretación constitucional.

Los valores están presentes en la hermenéutica constitucional, sin embargo, también existen notas que son propias y peculiares de la interpretación de las normas iusfundamentales. Así se habla del principio *in dubio pro libertate*, que significa el carácter expansivo de los derechos fundamentales, y que se concretiza en el examen por el juez constitucional de toda cuestión que concierna a los derechos fundamentales, y del que se derivaría la reconducción de las otras cláusulas constitucionales al contenido de los derechos fundamentales, la cuasiconstitucionalidad de las normas legales que a ellos se refieran, y la inversión de la carga de la prueba cuando se pueda afectar a un derecho fundamental.

Pero el concepto clave para resolver la colisión de derechos fundamentales es el de valor. Éste aparece normalmente vinculado con la idea de principio, como norma más general y que ordena la totalidad del sistema jurídico. Se superponen los valores a los principios entendidos éstos como enunciados que ordenan un deber ser, no como criterios interpretativos propuestos por el intérprete para resolver una cuestión conflictiva, como principios generales, sin perjuicio de que en muchas ocasiones también puedan tener esta función. Son, por tanto, los principios los que nos interesan, pues han servido para construir el concepto de valor.

La noción de principio, a su vez, toma como referencia, para cierta doctrina, la idea de normas o reglas, serían normas más generales. Sin embargo, esta tesis no nos parece asumible porque establece la diferencia entre reglas y principios desde una perspectiva cuantitativa, sin lograr demarcar concretamente los

límites conceptuales entre estas dos nociones. No se podría fijar, desde este punto de vista, un criterio para dilucidar cuándo estamos en presencia de una norma general o de un principio.

Por otro lado, y desde este criterio, habría que elucidar en todos los casos la fuerza normativa de cada precepto porque ésta sería inversa a su generalidad.

La diferencia ha de tener, pensamos, carácter cualitativo. Se habrá de situar en el ámbito interpretativo no en el de los enunciados normativos: los principios son normas que ordenan realizar algo en la mayor medida posible mientras las reglas prescriben que algo puede ser cumplido o no. De esto no se desprende que el intérprete pueda decidir qué es una regla y qué un principio, ello depende en cualquier caso de la formulación lingüística en que se exprese el enunciado y de las posibilidades de resolver a través de esa norma, de una forma completa, el problema jurídico planteado.

Esta distinción se plasma sobre todo en la colisión entre principios y entre reglas. En caso de colisión de reglas el operador-intérprete tendrá que realizar un juicio de validez, esto es, dilucidar cuál es la regla norma que decide el caso anulando las otras; mientras que cuando colisionan dos principios, uno se aplicará en mayor medida pero sin invalidar el otro que, a su vez, atenúa al primero.

Una vez depurado el concepto de principios, es preciso elucidar el de "valor". Y se pueden reproducir las críticas que formulamos con relación al criterio de generalidad para distinguir entre reglas y principios y que concebía a los valores como metaprincipios.

Si se reconoce el carácter normativo, como parece evidente, de los valores, no cabe hacer distinciones entre éstos y los principios, al menos desde el punto de vista de su funcionalidad en el razonamiento jurídico, porque en éste sólo pueden operar dos tipos de normas, reglas o principios. No existe un tercer género, los valores operarían como principios y no serían otra cosa que principios.

Así, valores y principios desde este punto de vista son una misma cosa. Sin embargo, sí pueden establecerse diferencias entre ellos desde el distinto plano o dimensión en el que se localizan. Así, con Alexy, se pueden ubicar los principios y los valores en dos lenguajes distintos; los primeros pertenecerían al lenguaje deontológico del deber ser, y los valores al axiológico de lo bueno. Los valores serían el rostro jánico en el mundo axiológico de los principios y viceversa. De esta forma una regla que ordenara que algo fuera hecho en la dimensión deontológica tendría un reflejo en una regla valorativa en el lenguaje axiológico, e igualmente los principios jurídicos, en cuanto normas que ordenan que algo sea hecho en su mayor medida, tendrían un reflejo en el ámbito axiológico.

Si todo enunciado jurídico ha de ser necesariamente norma o principio, hemos de determinar qué carácter tienen los preceptos iusfundamentales. Y las posibilidades que se pueden plantear son tres, que se traten de principios, de reglas, o de principios y reglas. De estos modelos el más aceptable resulta ser el tercero. El primero no tiene en cuenta las cláusulas restrictivas de los derechos fundamentales que operan primordialmente como "reglas". El segundo fracasa en relación con determinados tipos de enunciados constitucionales que contemplan claramente principios. El mixto, que considera que los enunciados constitucionales contienen normas y principios, da buena cuenta de los preceptos constitucionales, tiene en cuenta ambos aspectos,

el conjunto de principios que pueden ser utilizados por el juez en una decisión iusfundamental, y las concretas reglas constitucionalizadas.

Este doble carácter exige que se haya de decidir cuál de ellos tiene mayor precedencia. En principio, y como regla general, dado el carácter de razón suficiente para tomar una decisión que tienen las reglas, hay que formular la prioridad jerárquica del nivel de las reglas. Esto, no obstante, en los casos en los que el peso de los principios sea mayor, ha de abandonarse la decisión que se toma en virtud de la regla, y decidir el caso de acuerdo con los principios.

De esto se puede colegir una consecuencia importante para nuestro trabajo, cual es, la de situar el conflicto de derechos fundamentales *strictu sensu* en la colisión de principios puesto que, cuando dos reglas entra en conflicto, se invalidará una, aplicándose la otra con toda su intensidad.

Esto no quiere decir que nos limitemos a un aspecto meramente testimonial de la interpretación iusfundamental porque incluimos todos los casos en los que el intérprete haya de recurrir a la colisión de principios, posibilidad ésta que es amplia, comprendiendo cualquier supuesto en el que la aplicación de una regla exija acudir previamente a la ponderación de principios.

La pregunta que se puede plantear entonces se concreta en la manera de resolver la colisión de derechos fundamentales. Y en primer lugar, es preciso aludir a la posibilidad de que existan principios de derechos fundamentales que se impongan necesaria e invariablemente a los restantes. Tal hipótesis ha sido defendida por alguna doctrina del Tribunal Supremo norteamericano, singularmente por la *preferred position* o la *clear and present danger*, o a veces desde puntos de vista doctrinales. Sin embargo, lo más

coherente es ponderar caso por caso los intereses en juego no admitiendo derechos absolutos, en cuanto el texto constitucional no establezca preferencias. Estaríamos ante el sopeso o *balancing* de valores, que constituye la concretización paradigmática de la jurisprudencia de valores.

El sopeso de valores formalmente se proyectaría en tres estadios o pasos. En un primer momento, se habría de perfilar qué valores entran en conflicto en el caso concreto, valores que se infieren de las normas-principios relevantes para resolver el caso planteado. En un segundo, se aplicarían las distintas técnicas para delimitar las restricciones del derecho fundamental. Y, por último, se enunciaría la regla específica que resuelve el conflicto en concreto.

Esta ponderación de intereses ha sido, sin embargo, criticada porque puede dar preferencia a intereses públicos o a las libertades individuales. Se ha afirmado también que los principios constitucionales y los valores representan objetos de naturaleza diversa y por tanto inconflictivos. Por último, se ha reprochado al sopeso de valores que deja un alto margen de subjetividad, o que posee un carácter sencillo y simple.

Todas estas críticas, sin embargo, son objetables: el juez constitucional no es libre al resolver un conflicto de valores, ha de seguir ciertas reglas en su ponderación; el sopeso, por otro lado, no impone necesariamente la prioridad de intereses colectivos o individuales, es el juez quien ha de anteponer en cada caso un principio a otro; y, por otra parte, es palmaria la homogeneidad del objeto de ponderación, estamos siempre ante principios desde el punto de vista deontológico y de valores desde la dimensión axiológica.

La ponderación de principios no es absolutamente libre, y la primera regla que ha de seguirse es “la máxima expansión de los principios iusfundamentales que entran en conflicto”, regla esta que se deriva de la propia noción de principio como mandato de optimización.

Sin embargo, no es esta la única regla a la que ha de estar sujeto el intérprete. Ha de someterse también a las que le impone el razonamiento jurídico al delimitar qué razones puede aportar el juez constitucional para resolver un concreto *balancing test*.

Y es que el sopeso de valores o *balancing test* no puede concebirse como mera confrontación de intereses constitucionales, sino, por contra, como *reasonable* ponderación de éstos. Es por ello que todo sopeso ha de ser correcto o razonable. ¿Pero cuándo podemos decir que cumple estos requisitos?

La respuesta a esta pregunta se halla precisamente en la argumentación jurídico-constitucional. El intérprete ha de acudir a los criterios que le ofrece el derecho formal para resolver el caso. Pero en este campo lo cierto es que en ocasiones faltan elementos suficientes para brindar una solución: no existe un instrumento de tipo decisonal como es la ley que podría prestar una gran ayuda, sino preceptos generales y contradictorios; el precedente que sí contiene un capacidad para decidir casos no ofrece siempre respuestas a todos los supuestos, y tiene un carácter inseguro en la medida en que puede ser cambiado por el juez; y la dogmática carece de una gran operatividad para solucionar estos conflictos dependiendo en muchos casos de la concepción de la relación Estado-individuo que se mantenga. Es por esto que para resolver las colisiones de derechos fundamentales, el intérprete habrá de acudir a la argumentación práctica moral como "Código" de corrección más general y, por lo tanto, como criterio subsidiario del razonamiento jurídico.

Esta posibilidad implica aceptar dos presupuestos: la existencia de coincidencias estructurales entre el discurso jurídico y el moral y la corrección de las proposiciones normativas en ambos órdenes. Si se aceptan estas hipótesis se podrá pasar a estudiar las reglas del discurso moral. Pero éstas no están definidas en código alguno, dependen de la teoría metaética, e incluso de la teoría del lenguaje, que se proponga. Por ello es necesario estudiar una teoría de la argumentación práctica que permita ofrecer un alto grado de racionalidad en las decisiones morales y que pueda prestar una indudable ayuda al operador jurídico para fundamentar su decisión.

Esta perspectiva supone excluir ciertas posturas morales que niegan la justificación racional de los juicios morales, concretamente el intuicionismo y el naturalismo. Para Alexy todo juicio moral implica una regla que lo fundamenta. Quien rechace el juicio podrá impugnar la regla en la que se justifica o el juicio en sí. Así, se podrían imaginar hipótesis en las que se pudiera ir hacia una justificación *ad infinitum* en cuanto se objetara la regla que justifica la regla precedente. Para evitar esto es necesario establecer un conjunto de reglas de razonamiento jurídico que pudieran evitar esta argumentación sin fin. De este modo el autor alemán va a fundamentar una serie de reglas del discurso moral, cuya observancia determinaría una mayor razonabilidad o plausibilidad de la norma que resuelva el caso problemático.

Con esto no se conseguirá la absoluta racionalidad de una respuesta, cabe la posibilidad de que siguiendo estas reglas del razonamiento práctico general dos o más soluciones puedan proponerse para resolver el conflicto en cuestión. En estos casos, el intérprete habrá de acudir a los valores morales adoptados por la sociedad porque el juez ha de ser un sujeto de interacción social y ha de pretender que su respuesta sea aceptada por la sociedad. De este modo el juez no desvirtuará las expectativas sociales en

una respuesta correcta y previsible que se aleje de un indeseado subjetivismo judicial.

CONCLUSIONES

1. Del análisis de la determinación teórico práctica de los derechos fundamentales en dos ordenamientos jurídicos con regímenes de protección diferenciados como sucede con el derecho español e italiano, puede inferirse que la idea a que esta expresión remite es semejante en sistemas jurídicos que tienen de un trasfondo cultural similar. Esto se explica por el cariz eminentemente ético que posee esta noción, pues al representar el consenso positivado de las exigencias humanas más estrechamente vinculadas con la dignidad humana, no es susceptible de ser considerada como exclusiva de un ordenamiento jurídico concreto. Al contrario, es habitual que los derechos humanos, que expresan las reivindicaciones morales que han de ser protegidas por el derecho positivo, sean idénticos en áreas culturales homogéneas, y sean propuestos como atributo propio de todos los hombres y no de los que se encuentran en un Estado determinado.

2. Independientemente de cuáles sean las concretas garantías que ofrece un ordenamiento jurídico particular con relación a los derechos fundamentales, éstos se configuran en la medida en que exista una efectiva protección jurídica que garantice su ejercicio. Su carácter constitucional o su tutela más reforzada no pueden definir qué facultades e instituciones constituyen derechos fundamentales, en todo caso estas tutelas especiales determinan la mayor sensibilidad que frente a determinados derechos fundamentales tiene un ordenamiento jurídico pero no pueden estipular cuándo estamos ante uno de ellos.

Así las garantías de amparo constitucional u ordinario, o la necesidad de ley orgánica no pueden determinar la existencia de un derecho fundamental, éste comparece en cuanto un derecho humano tiene protección jurídica. En nuestro ordenamiento son considerados como tales en la medida en que la cláusula del contenido esencial del art. 53.1 otorga protección jurídica a ciertos

derechos. En el derecho italiano, es la capacidad que tiene el texto constitucional, a través de un lenguaje específico, para consagrar auténticas facultades iusfundamentales, la Corte Constitucional que incorpora nuevos derechos muchas veces vinculándolas con las disposiciones constitucionales concretas, otras a través de la interpretación como cláusula abierta a nuevos derechos del art. 2, o el propio legislador que establece una garantía concreta para un derecho fundamental, quienes determinan cuáles son los derechos fundamentales

3. Sin embargo tradicionalmente ha sido la Constitución la fuente normativa donde se insertan las normas que reconocen derechos fundamentales, y la colisión que se da entre ellos ha de situarse justamente en la atribución de sentido a las disposiciones constitucionales iusfundamentales. En efecto, la colisión entre derechos fundamentales se da cuando se interpretan las disposiciones iusfundamentales, no se puede verificar un conflicto de enunciados constitucionales formalmente válidos. Esto implica que las especificidades de la interpretación constitucional van a condicionar la de las normas que contienen derechos fundamentales; así el mayor peso que tiene la interpretación sistemática o el precedente, o el carácter elástico que tiene la atribución de sentido a los preceptos constitucionales determinarán la interpretación de las disposiciones iusfundamentales.

4. Los criterios legales de interpretación, aparte de no ser vinculantes para el juez constitucional en la medida en que éste sólo está sometido a la norma constitucional y que su aceptación es admisible únicamente en cuanto es propuesta por el propio juez, son insuficientes para atribuir sentido a los preceptos iusfundamentales, al estar imbuidos éstos de un indudable carácter abstracto y general que dificulta sobre manera el empleo de estos criterios. En efecto, las disposiciones que contemplan derechos

fundamentales, y en general los preceptos constitucionales, tienen un marcado carácter político e ideológico que obstaculiza la utilización de los métodos tradicionales de interpretación.

5. El recurso a lo “razonable” aparece como el criterio más útil para atribuir sentido a las disposiciones constitucionales. Nos referimos a una serie de expedientes a través de los que el juez establece la admisibilidad de una medida con relación a un precepto constitucional. Estos criterios no están previstos por la Constitución, ni por el legislador, sino que son diseñados por el juez constitucional en un primer momento intentando conformar la igualdad material. No obstante, con el paso del tiempo la jurisprudencia constitucional va a extender estos tests a otros ámbitos, sobre todo en relación con los derechos fundamentales.

La razonabilidad se concreta a través de unos tests como el juicio de pertinencia, congruencia, idoneidad, evidencia... con los que el juez va a determinar la aceptabilidad o no de la legislación ordinaria con respecto a la Constitución, y representan una comprensión del derecho que abandona la ley como fuente desvinculada de los valores que contiene y que sobredimensiona este segundo aspecto. Nos situamos, por tanto, ante la utilización de la jurisprudencia de valores.

6. La jurisprudencia de valores ha recibido, sin embargo, críticas. Se arguye que la actuación directa de los valores destruye la aplicación sensata del derecho porque son instituidos subjetivamente el intérprete. Además, se ha indicado, que aceptar la jurisprudencia de valores implica asumir que el valor superior se impone siempre al inferior y el valor supremo es, desde esta óptica, la libertad de valorar.

Estas críticas no parecen de recibo puesto que los valores vienen impuestos por la Constitución, no son propuestos por el intérprete. Por otro lado, los valores son siempre plurales y entre ellos existe una coexistencia, a veces conflictiva, pero la aplicación de uno no puede suponer el aniquilamiento de los demás, como llega a decir Schmitt. Al contrario, el valor que no se aplica va a corregir la efectividad mas vehemente que tendría su valor opuesto.

Por otro lado, rechazar la jurisprudencia de valores en la resolución de conflictos constitucionales tendría un carácter contrafáctico pues la mayor parte de los jueces constitucionales la utilizan. Es evidente, también, que cuando el intérprete encuentre una respuesta concreta con criterios hermenéuticos más vinculados a los tradicionales resolverá la cuestión de acuerdo con éstos.

7. No se pueden apreciar diferencias entre principios y valores desde el punto de vista de la argumentación jurídica. En ella todo enunciado normativo al ser interpretado y aplicado al caso concreto puede actuar como regla, como razón suficiente para resolver el caso en cuestión, o como principio, exigiendo una ponderación con otras normas principiales para ser aplicado. No se pueden configurar los valores como metaprincipios, como una especie de norma más general que los principios.

La diferencia entre principios y valores ha de situarse en todo caso en el distinto plano lingüístico en el que se ubican. Así los principios representarían un concepto deontológico que determinaría qué es lo debido mientras los valores se situarían en el lenguaje axiológico, indicando lo bueno. Por lo tanto todo principio (deontológico) que ordena lo que debe ser tendrá un reflejo en un principio axiológico que señala lo que es bueno, y toda regla deontológica tendría una regla simétrica en el lenguaje axiológico que indica lo que es bueno.

8. Los enunciados jurídicos iusfundamentales al ser interpretados pueden ser comprendidos, por tanto, como reglas o como principios. Cuando adquieren el carácter de regla son aplicadas directamente sin tener en cuenta otras disposiciones y resuelven por sí, como razón suficiente, el caso conflictivo. Si son interpretadas como principios, se han de confrontar con otras normas de carácter principal relevantes en ese caso concreto para resolver la cuestión planteada.

9. El intérprete no goza de libertad para interpretar los preceptos iusfundamentales como reglas o principios. Ha de atenerse al tenor de los enunciados constitucionales y a la posibilidad de que éstos expresen normas capaces de resolver un problema por sí solas.

10. El derecho constitucional tienen un marcado carácter principal. La Constitución como acuerdo entre ideologías diversas que es, muy pocas veces utiliza un lenguaje específico que permita intuir que los enunciados normativos constitucionales puedan operar como reglas. Así, en concreto, las disposiciones iusfundamentales presentan una estructura en la que se explicita un enunciado genérico, que parece albergar un principio y una serie de excepciones más específicas que aparentemente pueden ser interpretadas como reglas. Pero incluso en estos casos en los que las propias disposiciones iusfundamentales permiten pronosticar que su interpretación como reglas es factible, esta posibilidad se frustra por la necesidad de acudir a otros principios para aplicar tal disposición. Aun siendo esto así no puede excluirse la eventualidad de que ciertos enunciados constitucionales puedan ser interpretados como regla y resuelvan como razón suficiente el caso concreto; e igualmente, que disposiciones que permitan prever su utilización como principios puedan tener virtualidad excepcionalmente como regla en cuanto puedan resolver por sí solas el problema planteado.

11. Si dos reglas jurídicas iusfundamentales entran en conflicto el operador-intérprete habrá de aplicar una con todo su vigor e intensidad, invalidando cualquier otra que prevea una respuesta diferente. Si se trata de dos principios aplicará ambas normas contemporáneamente realizando una ponderación entre ellas. En este caso los principios iusfundamentales van a condicionarse y a ser aplicados en la medida que resulte de su ponderación. No se invalida norma alguna, la aplicación de una norma principal está restringida por el principio o principios que con ella entran en conflicto. Efectivamente, la colisión entre principios y reglas tiene caracteres diferentes. Cuando dos reglas colisionan el juez realizará un juicio de validez, aplicando una norma-regla e invalidando todas aquellas que contuvieran una regulación diferente. Si se tratara de dos o más normas-principio que entran en conflicto, el juez realizará un sopeso entre ellos, de donde se deducirá cómo se resuelve el caso concreto, pero sin invalidar norma alguna.

12. Si un problema de derechos fundamentales puede ser resuelto por un principio o por una regla iusfundamental, se ha de aplicar esta última en cuanto es una razón suficiente que atribuye una respuesta que excluye a las demás y que tiene, por tanto, prioridad. Sólo si los principios relevantes en un caso concreto consideran una solución opuesta a la que se deriva de una regla, y tienen un peso tal que soslaye la aplicación de esa regla, determinará una respuesta distinta de la que proviene de la regla iusfundamental.

13. La aplicación de las reglas iusfundamentales no ofrecen mayores complicaciones, una resuelve directamente el caso concreto, mientras las otras son invalidadas. Cuando son los principios los que determinan la solución es preciso que se lleve a cabo un sopeso de valores entre los principios relevantes.

14. No se puede establecer una jerarquización de principios que resuelva de antemano cuál de ellos tiene una preferencia o prevalencia frente a otro. Es necesario hacer una ponderación casuística que determine en cada caso concreto qué grado de virtualidad tiene un principio u otro. En la práctica jurídico constitucional es imposible configurar un derecho que preceda a todos los demás o que en todo caso sea prioritario siempre frente a otro. La preferencia de un principio iusfundamental depende del análisis del caso concreto por parte del juez constitucional, y la solución que imponga es válida únicamente con relación a problema planteado.

15. La ponderación entre principios iusfundamentales no permite al juez constitucional elegir libremente como se ha de dar prioridad a un derecho frente a otro. Éste ha de tener en cuenta, en primer lugar, que debe dar la máxima amplitud a todos los principios (derechos) que entran en conflicto, tiene que procurar que éstos tengan la mayor eficacia en la colisión planteada. Los principios se conforman como mandatos de optimización que deben ser aplicados en la medida en que sea posible jurídica y fácticamente, por lo que el intérprete debe otorgar la máxima eficacia a todos los derechos fundamentales que entran en conflicto.

16. Además esta ponderación entre los derechos que colisionan ha de ser razonable. Esto implica que al realizar una preferencia entre derechos fundamentales el intérprete ha de tener en cuenta una serie de elementos extrasistemáticos que van a ayudarle a suministrar una respuesta, nos referimos a la argumentación moral.

17. Cuando la argumentación jurídica no consigue dar respuesta a un caso concreto a través del texto, el precedente y la dogmática, el intérprete acudirá a la argumentación moral, como

argumentación práctica general con carácter subsidiario, para formular una respuesta. Esto implica aceptar una serie de coincidencias entre la argumentación moral y jurídica, fundamentalmente su similar estructura y la corrección de los juicios en ambos discurso. Si aceptamos estas hipótesis podremos utilizar las reglas de la argumentación moral para ofrecer una solución más correcta, más razonable.

18. En muchos casos, no obstante, aun respetando las reglas del razonamiento moral, dos o más respuesta pueden ser aceptables. En estas ocasiones el juez, como instrumento de interacción social, ha de dilucidar cuál es el valor más aceptado en la sociedad y realizar la ponderación de acuerdo con éste. Sólo de esta forma el juez podrá establecer soluciones que permitan a la sociedad admitir de forma más generalizada su respuesta, e incluso predecir qué valor es preferente en el sopeso de valores; utilizando este arsenal argumentativo el juez constitucional podrá conseguir apartarse de la arbitrariedad y no frustrar las expectativas en una respuesta razonable y, por lo tanto, predecible y aceptable por la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, A., Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica, *traducido por e. Garzón valdés, edit. Centro de estudios constitucionales, madrid, 1991.*

AGUIAR DE LUQUE, L., Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el tribunal constitucional, *revista de derecho político, núm. 18/19, 1983, verano-otoño, págs. 17-30.*

— Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la constitución española, *revista de derecho político, 1981, 107-129.*

— Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Estado de la cuestión, *actualidad jurídica, x, 1981, págs. 5-13.*

— Los límites de los derechos fundamentales, *revista del centro de estudios constitucionales, 1993, enero-abril, págs. 9-34.*

ALEXY, R., Justification and application of norms, *ratio iuris, 1993, julio, págs. 157-169.*

— Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral, *en r. Alexy, derecho y razón práctica, introducción de w. Orozco y traducido por p. Larrañaga, edit. Distribuciones fontamara, méxico d.f., 1993, págs. 37-58.*

— Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, *traducido por m. Atienza e i. Espejo, edit. Centro de estudios constitucionales, madrid, 1989.*

— Teoría de los derechos fundamentales, *traducido por e. Garzón valdés, edit. Centro de estudios constitucionales, madrid, 1993.*

— Teoría del discurso y derechos humanos, *traducido por l. Villar borda, edit. Universidad externado de colombia, bogotá, 1995.*

ALONSO GARCIA, E., Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria, en aa. Vv., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, españa, francia e italia, edición preparada por a. López pina, edit. Civitas, madrid, 1991, págs. 205-230.*

— La interpretación de la constitución, *edit. Centro de estudios constitucionales, madrid, 1984.*

ALVAREZ CONDE, E., Curso de derecho constitucional, *edit. Tecnos, madrid, 1992.*

AMATO MANGIAMELI, A. C., Variazioni positivistiche e giusnaturalistiche sulla dialettica fra diritto e morale, (osservazioni in margine a "begriff und geltung des rechts" di robert alexy"), *rivista internazionale di filosofia del diritto, 1994, enero-marzo, págs. 3-35.*

AMATO, G., Voz libertad (*diritto costituzionale*), *enciclopedia del diritto, logis-locus, edit. Giuffrè, 1973, vol. Xxiv, págs. 272-287.*

ANGIOLINI, V., Costituzione tollerante, costituzione totale ed intrepresazione della disciplina, en aa. Vv., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corte costituzionali, edición dirigida por r. Romboli, edit. Giappichelli, torino, 1994, págs. 15-45.*

ANZON, A., Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza, en aa. Vv., *La giustizia costituzionale a una svolta, actas del seminario de 5 de mayo de 1990, edición preparada por r. Romboli, edit. Giappichelli, torino, 1991, págs. 31-38.*

ARA PINILLA, I., La tensión positivismo-realismo en la filosofía jurídica italiana contemporánea, *estudio preliminar a e. Pattaro, elementos para una teoría del derecho, traducido por i. Ara pinilla, edit. Debate, madrid, 1985.*

— Acerca de la concepción del derecho subjetivo en el realismo jurídico escandinavo, *revista general de legislación y jurisprudencia, 1982, diciembre, págs. 495-525.*

— El concepto de derechos fundamentales, en aa. Vv., *Problemas actuales de los derechos fundamentales, edición dirigida por j. M. Sauca, edit. Universidad carlos iii de madrid-b.o.e., madrid, 1994, págs. 143-158.*

— Hacia una definición explicativa de los derechos humanos, en aa. Vv., *Estudios jurídicos, i, libro conmemorativo del bicentenario de la universidad de la laguna, edit. Universidad de la laguna, la laguna, 1993, págs. 45-52.*

— Las transformaciones de los derechos humanos, *edit. Tecnos, madrid, 1990.*

— Teoría del derecho, *edit. Taller ediciones jb, madrid, 1996.*

ARAGON, M., Constitución y democracia, *edit. Tecnos, madrid, 1990.*

ARAZAMENA, J., Efectividad de los derechos fundamentales, en aa. Vv., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, españa, francia e italia, edición dirigida por a. López pina, edit. Civitas, madrid, 1991, págs. 322-326.*

ASCARELLI, T., Guirispudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione, *rivista di diritto processuale civile, 1957, págs. 351-363.*

ASSINI, N., L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la << guerra delle due corti >>, edit. Giuffrè, milano, 1973.

ATIENZA M. Y RUIZ MANERO, J., Sobre principios y reglas, *doxa*, núm. 10, págs. 101-120.

— A propósito del concepto de derechos humanos de francisco laporta, *doxa*, núm. 4, 1987, págs. 67-69.

ATIENZA, M., Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, edit. Centro de estudios constitucionales, madrid, 1991.

— Para una razonable definición de lo razonable, *doxa*, núm. 4, 1987, págs. 189-200.

BACIGALUPO, E., Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias, *revista española de derecho constitucional*, núm. 20, 1987, págs. 83-98.

BALAGUER CALLEJON, F., Derechos fundamentales y constitución normativa, en aa. Vv., *X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, edit. Dirección general del servicio jurídico del estado, secretaría general técnica de publicaciones, madrid, 1988, vol. I, págs. 209-225.

BALDASSARRE, A., Constitución y teoría de los valores, artículo traducido por e. García, *revista de las cortes generales*, núm. 32, 1994, págs. 7-34; publicado en italia en aa. Vv., *Giornate in onore di a. Falzea*, edit. Giuffrè, milano, 1993, págs. 57-84.

— Diritti inviolabili, *enciclopedia giuridica treccani*, 1989.

— In materia di limiti del diritto di cronaca, *giurisprudenza italiana*, 1972, págs. 1917-1920.

— Privacy e costituzione. L'esperienza statunitense, *edit. Bulzoni, roma, 1974.*

— Voz libertad, *eciclopedia giuridica treccani, 1981.*

BAÑO LEON, J. M., La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la constitución española, *revista española de derecho constitucional, 1988, septiembre-diciembre, págs. 155-179.*

BARBERA, A., COCOZZA, F., CORSO, G., Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza, *en g. Amato y a. Barbera, manuale di diritto pubblico, cáp. V, edit. Il mulino, bologna, 1991, págs. 201-283.*

BARBERA, A., Comentario al art. 2 de la constitución. Commentari della costituzione, *edición preparada por g. Branca, edit. Zanichelli, bologna, 1975, págs. 50-122.*

— Le due culture dei costituenti a proposito dell'art. 2 della costituzione, *democrazia e diritto, 1975, págs. 23-59.*

BARILE, P., Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana: sintesi, *en aa. Vv., Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in italia, edición preparada por p. Barile, e. Cheli y s. Grassi, edit. Il mulino, bologna, 1982, págs. 537-546.*

— Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, *edit. Il mulino, bologna, 1985.*

— I diritti umani come diritti costituzionali, *en p. Barile, libertà, giustizia, costituzione, edit. Cedam, padova, 1993, págs. 13-23.*

— Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale, *en p. Barile, libertà, giustizia, costituzione, edit.*

Cedam, padova, 1993, págs. 25-48; artículo publicado también en aa. Vv., Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale, actas del seminario desarrollado en roma, palazzo della consulta, los días 13 y 14 de octubre de 1992, edit. Giuffrè, milano, 1994, págs. 21-42.

— Istituzioni di diritto pubblico, *edit. Cedam, padova, 1987.*

BARTOLE, S., *Costituzione materiale e ragionamento giuridico, diritto e società, 1982, págs. 604-627.*

— Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione, *giur. Cost. 1983, primera parte, págs. 573-577.*

— Principi generali del diritto, *enciclopedia del diritto, xxxv, edit. Giuffrè, milano, 1986, págs. 495-533.*

— Transsexualismo e diritti inviolabili dell'uomo, *giur. Cost. 1979, primera parte, págs. 1178-1197.*

BASILE, S., *Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas, en aa. Vv, la constitución española de 1978, estudio sistemático dirigido por los profesores a. Predieri y e. García de enterría, edit. Civitas, madrid, 1978, págs. 253-305.*

— "valori superiori", *principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie, giur cost. 1993, págs. 2200-2257.*

BELLAVISTA, G., *Sulla interpretazione costituzionale, en aa. Vv., Studi per il ventesimo anniversario dell'assemblea costituente. Autonomie e garanzie costituzionali, edit. Vallecchi, firenze, 1969, págs. 55-65.*

- BELLI, R., La sentenza della corte costituzionale n. 1065 del 1992 e il "pieno sviluppo della persona nonostante la disabilità", *giur cost. 1992, i, págs. 2399-2413*.
- BERTI, G., Pluralismo dei valori ed espansione dei diritti personali e sociali, en aa. Vv., *Scritti in onore di a. Falzea, edit. Giuffrè, milano, 1991, vol. Iii, tomo i, págs. 81-103*.
- BETTI, E., Interpretazione della legge e degli atti giuridici, *edición preparada por g. Crifò, edit. Giuffrè, milano, 1971*.
- BIN, R., Bilanciamento degli interessi e teoria della costituzione, en aa. Vv., *Libertà e giurisprudenza costituzionali, edición preparada por v. Angiolini, edit. Giappichelli, torino, 1992, págs. 45-63*.
- Diritti e argomenti. Il bilancio degli interessi nella giurisprudenza costituzionale, *edit. Giuffrè, milano, 1992*.
- Note sul controllo di ragionevolezza dei termini fissati dal legislatore, *giur. Cost. 1989, primera parte, ii, págs. 2289-2292*.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P., Sui limiti della revisione costituzionale, *anales del seminario jurídico de la universidad de catania, edit. Jovene, napoli, 1959, vol. Iii, págs. 122-172*.
- BOBBIO, N., Principi generali del diritto, *novissimo digesto italiano, xiii, edit. Utet, torino, 1966, págs. 888-896*.
- Ragionamento giuridico. Contributi ad un dizionario giuridico, *edit. Giappichelli, torino, 1994*.
- BOCCHI, L., Libertà personale e visita di leva: il rilevamento dattiloscopico, *rivista trimestrale di diritto pubblico, 1992, págs. 134-157*.

BOGNETTI, G., La corte costituzionale tra procedura e politica, en aa. Vv., Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale, *actas del seminario desarrollado en roma los días 13 y 14 de noviembre de 1989*, edit. Giuffrè, milano, 1990, págs. 221-234.

— Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale, *comunicación presentada al xxvii congreso nacional de estudio de la unión de juristas católicos italianos, celebrado en roma del 6 al 8 de diciembre de 1976*, quaderni di iustitia, núm. 27, edit. Giuffrè, milano, 1977, págs. 24-65.

BRICOLA, F., Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza, *rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 1967, págs. 1079-1140.

BURDEAU, G., Les libertes publiques, edit. L.g.d.j., paris, 1965.

BUSTOS PUECHE, J. E., Los límites de los derechos de libres expresión e información según la jurisprudencia, en aa. Vv., *Estudios sobre la intimidación*, edición dirigida por I. García san miguel, edit. Tecnos, madrid, 1992, págs. 101-156.

CALZADA CONDE, R., La garantía normativa de la rigidez ¿especial protección de los derechos fundamentales?, En aa. Vv., *X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, edit. Dirección general del servicio jurídico del estado, secretaría general técnica de publicaciones, madrid, 1988, vol. I, págs. 387-406.

CAMUS, A., Calígula, *traducido por a. Bernárdez*, edit. Alianza, madrid, 1989.

CANOSA USERA, R., Interpretación constitucional y fórmula política, edit. Centro de estudios constitucionales, madrid, 1988.

- CAPIZZANO, E., Partecipación en el seminario "il principio di tipicità dei diritti inviolabili dell'uomo", *celebrado el 8 de marzo de 1972, recogido en p. Perlingieri, la personalità umana nell'ordinamento giuridico. Se recoge el seminario il principio di tipicità dei diritti inviolabili dell'uomo, edit. Jovene, camerino, 1972.*
- CAPPELLETTI, M., *La giurisdizione costituzionale della libertà, edit. Giuffrè, milano, 1954.*
- *La giustizia costituzionale, en aa. Vv., Anales de la universidad de macerata, 1960, págs. 117-146.*
- *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale, giur. Cost. 1990, i, págs. 857-864.*
- *I giudici e il ruolo della costituzione nell'interpretazione giuridica delle norme giuridiche, giur. Cost. 1973, i, págs. 1190-1215.*
- CARAVITA DI TORITTO, B., *Le quattro fasi del giudizio di egualianza-ragionevolezza, en aa. Vv., Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, actas del seminario desarrollado en roma, palazzo della consulta, los días 13 y 14 de octubre de 1992, edit. Giuffrè, milano, 1994, págs. 259-264.*
- CARBONE, C., *Diritti e doveri pubblici individuali e principi fondamentali (osservazioni generali), rassegna di diritto pubblico, 1965, págs. 295-337.*
- CARDUCCI, M., *Infondatezza di questione di legittimità costituzionale riguardante rapporti di fatto e limiti degli interventi additivi della corte costituzionale, giur. Cost. 1989, primera parte, ii, págs. 1407-1413.*

CAROSONE, O., E' configurabile un autonomo diritto all'identità personale?, *Il diritto di autore*, 1986, págs 329-335.

CARRASCO PERERA, A., El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional, *revista española de derecho constitucional*, año iv, núm. 11, págs. 39-106.

CARULLI, N., Il diritto di difesa dell'imputato, *edit. Jovene, napoli*, 1968.

CASAVOLA, F., Tutela costituzionale dei diritti inviolabili, *i diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, 1991, págs. 11-14.

CASTAN TOBEÑAS, J., Los derechos del hombre, *edit. Reus, madrid*, 1976.

CERRI, A., Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della costituzione, *giur. Cost. 1976, i*, págs. 272-284.

— I modi argomentativi nel giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato, *en aa. Vv., Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale, actas del seminario desarrollado en roma, palazzo della consulta, los días 13 y 14 de octubre de 1992*, *edit. Giuffrè, milano*, 1994, págs. 131-162.

— Il "principio" come fattore di orientamento interpretativo e come valore "privilegiato": spunti ed ipotesi per una distinzione, *giur. Cost. 1987, primera parte, ii*, págs. 1806-1830.

— Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifica di pari normazione in ordine a situazioni diversi, *giur. Cost. 1974, ii*, págs. 2160-2168.

- CERVATI, A. A., In tema di interpretazione della costituzione, nuove tecniche argomentative e bilanciamento tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca), *en aa. Vv., Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale, actas del seminario desarrollado en roma, palazzo della consulta, los días 13 y 14 de octubre de 1992, edit. Giuffrè, milano, 1994, págs. 55-101.*
- CICCONETTI, S., La revisione della costituzione, *edit. Cedam, padova, 1972.*
- COMBALIA, Z., La salud como límite al derecho de libertad religiosa, *suplemento humana iura de derechos humanos, persona y derecho, 1993, págs. 47-78.*
- CONDORELLI, O., La ragione nella vita del diritto, *en aa. Vv., Studi in onore di g. Zingali, 1965, edit. Giuffrè, milano, 1953, págs. 255-266; publicado también en la revista internazionale di filosofia del diritto, 1964, págs. 669-688.*
- CORASANITI, A., Note in tema di diritti fondamentali, *diritto e società, 1990, págs. 189-214.*
- CORRADINI, D., Il problema del controllo dei valori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, *rivista internazionale di filosofia del diritto, 1965, págs. 264-275.*
- CORSO, G., I diritti sociali nella costituzione italiana, *giur. Cost. 1981, primera parte, págs. 755-784.*
- CRISAFULLI, V., I principi costituzionali dell'interpretazione, *en aa. Vv., Scritti in onore di santi romano, edit. Cedam, padova, 1940, vol. I, págs. 663-703.*

- Le norme "programmatiche" della costituzione, *en aa. Vv., Studi in diritto costituzionale in memoria di I. Rossi, edit. Giuffrè, milano, 1952, págs. 59-96.*
 - Questioni in tema di interpretazione della corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria, *giur. Cost. 1956, págs. 929-949.*
- CRUZ VILLALON, P., El legislador de los derechos fundamentales, *en aa. Vv., La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, españa, francia e italia, edición dirigida por a. López pina, edit. Civitas, madrid 1991, págs. 125-137.*
- Formación y evolución de los derechos fundamentales, *en aa. Vv., X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales, edit. Dirección general del servicio jurídico del estado, secretaría general técnica de publicaciones, madrid, 1988, vol. I, págs. 157-184.*
- CUOCOLO, F., Diritto e giustizia nella giurisprudenza costituzionale, *diritto e società, 1988, págs 295-306.*
- Istituzioni di diritto pubblico, *edit. Giuffrè, milano, 1983.*
- CHELI, E., Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della corte costituzionale e nella dottrina, *rassegna di diritto pubblico, 1960, págs. 260-304.*
- CHIARELLI, G., Processo costituzionale e teoria dell'interpretazione, *en aa. Vv., Studi in memoria di t. Ascarelli, edit. Giuffrè, milano, 1969, vol. V, págs. 2853-2867.*
- CHIOVENDA, G., Principi di diritto processuale civile, *edit. Iovene, napoli, 1980.*

D'ALESSIO, R., Comentario al art. 2 de la constitución italiana. *Commentario breve alla costituzione, edición dirigida por v. Crisafulli y I. Paladin, edit. Cedam, padova, 1990, págs. 8-13.*

DALLA TORRE, G., Obiezione di coscienza e valori costituzionali, en aa. Vv., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico. Actas del congreso de estudios celebrado en módena del 30 de noviembre al 1 de diciembre de 1990, edit. Giuffrè, milano, 1991, págs. 19-61.*

DE ASIS ROIG, R., Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, *edit. Marcial pons, madid, 1995.*

— Sobre los límites de los derechos, *derechos y libertades, núm. 3, 1994, mayo-diciembre, págs 111-130.*

DE BORJA LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, F., La formulación de criterios de interpretación de la constitución en la doctrina alemana, *revista española de derecho constitucional, 1992, enero-abril, págs. 99-125.*

DE CASTRO CID, B., Derechos sociales: análisis sistemático, en aa. Vv., *Derechos económicos, sociales y culturales, actas de las iv jornadas de profesores de filosofía del derecho, edit. Universidad de murcia, murcia, 1981, págs. 11-33.*

— Derechos humanos y constitución. Reflexiones sobre el título i de la constitución española, *revista de estudios políticos, 1980, págs. 121-151.*

— El reconocimiento de los derechos humanos, *edit. Tecnos, madrid, 1982.*

— Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos, *edit. Universidad de león, león, 1993.*

DE ESTEBAN, J. Y LOPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español, edit. Labor, madrid, 1984.*

DE ESTEBAN, J. Y GONZALEZ-TREVIJANO, P. J., *Curso de derecho constitucional, edit. Servicio de publicaciones de la facultad de derecho de la universidad complutense de madrid, madrid, 1993.*

DE LACHARRIERE, R., *Opinion disidente, pouvoirs, núm. 13, 1980, págs. 133-150.*

DE LUCAS, J. Y VIDAL, E., *El catálogo de derechos en la constitución española de 1978: ¿una lista cerrada?, En aa. Vv., X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales, edit. Dirección general del servicio jurídico del estado, secretaría general técnica de publicaciones, madrid, 1988, vol. I, págs. 629-635.*

— Razonabilidad e interpretación constitucional: a propósito de un jurisprudencia reciente, *en aa. Vv., X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales, edit. Dirección general del servicio jurídico del estado, secretaría general técnica de publicaciones, madrid, 1988, vol. Iii, págs. 2281-2289.*

DE OTTO Y PARDO, I., *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la constitución, en l. Martín retortillo e i. De otto y pardo, derechos fundamentales y constitución, edit. Civitas, madrid, 1988, págs. 95-170.*

- DE VITA, A., Per un diritto alla casa: dalle aspirazioni alla possibilità giuridica, *en aa. Vv., Nuove dimensioni nei diritti di libertà, edit. Cedam, padova, 1990.*
- DELGADO PINTO, J., La función de los derechos humanos en un régimen democrático. Reflexiones sobre el concepto de derechos humanos, *en aa. Vv., El fundamento de los derechos humanos, edición dirigida por g. Peces barba, edit. Debate, madrid, 1989, págs. 135-144.*
- DI COSIMO, G., Coscienza individuale e momento di manifestazione dell'obiezione al servizio militare, *giur. Cost. 1991, págs. 3818-3833.*
- DI MARZIO, P., La libertà di coscienza come diritto soggettivo, *en aa. Vv., L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico, edición dirigida por r. Botta, edit. Giuffrè, milano, 1991, págs. 267-295.*
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales, *en aa. Vv., La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, españa, francia e italia, edición preparada por a. López pina, edit. Civitas, madrid, 1991, págs. 289-296.*
- DOGLIANI, M., La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la 'sdramatizzazione' del diritto costituzionale, *le regioni, 1990, págs. 774-787.*
- DOLSO, G. P., Bilanciamento tra principi e "strict scrutiny" nella giurisprudenza della corte costituzionale, *giur. Cost. 1991, págs. 4153-4159.*

DWORKIN, R., Los derechos en serio, *traducido por m. Gustavino, edit. Ariel, barcelona, 1989.*

EMBRID IRUJO, A., El tribunal constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado, *revista española de derecho administrativo, núm. 25, 1980, págs. 191-106.*

ESPADA RAMOS, M. L., El control interno de los tratados internacionales, *revista española de derecho internacional, 1980, págs. 9-32.*

ESPINAR, J. M., La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor, *en aa. Vv., Estudios sobre la intimidad, edición dirigida por I. García san miguel, edit. Tecnos, madrid, 1992, págs. 46-67.*

ESPOSITO, C., Costituzione, legge di revisione della costituzione e "altre" leggi costituzionali, *raccolta di scritti in onore di a. C. Jemolo, edit. Giuffrè, milano, 1963, págs. 189-219.*

— La costituzione italiana, *edit. Cedam, padova, 1954.*

— La validità delle leggi. Sudio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale, *edit. Giuffrè, milano, 1964.*

FARIAS, D., Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali, *edit. Instituto de ciencias jurídicas, económicas, políticas y sociales de la universidad de mesina, edit. Giuffrè, milano, 1981.*

— Interpretazione e logica, *edit. Giuffrè, milano, 1990.*

FASO, I., La libertà di domicilio, *edit. Giuffrè, milano, 1967.*

FASSO, G., Historia de la filosofía del derecho, *traducida al español por j. F. Lorca navarrete, edit. Pirámide, madrid, 1978, vol. Iii.*

FAVOREU, L. Y PHILIP, L., Les grandes décisions du conseil constitutionnel, *edit. Sirey, paris, 1989.*

FAVOREU, L., La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales, *en aa. Vv., La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, españa, francia e italia, edición dirigida por a. López pina, edit. Civitas, madrid, 1991, págs. 311-316.*

—L'apport du conseil constitutionnel au droit public, *pouvoirs, n. 13, 1980, págs. 17-26.*

FELICETTI, F., I diritti garantiti dall'art. 2 della costituzione nei lavori della costituente e nella giurisprudenza costituzionale, *giurisprudenza italiana, 1985, parte iv, págs. 182-187.*

FERNANDEZ DE LA MORA, G., Schmitt y la democracia, *en aa. Vv., Estudios sobre carl schmitt, volumen coordinado por d. Negro pavón, edit. Fundación cánovas del castillo, madrid, 1996, págs. 111-135.*

FERNANDEZ, E., Teoría de la justicia y derechos humanos, *edit. Debate, madrid, 1984.*

FERNANDEZ-GALIANO, A. Y DE CASTRO CID, B., Lecciones de teoría del derecho y derecho natural, *edit. Universitas, madrid, 1995.*

FERRARA, G., Interpretazione e "valore" nella costituzione, *democrazia e diritto, 1975, págs. 5-14.*

FERRARI, E., Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità, *le regioni, 1991, págs. 1513-1530.*

- FOIS, S., "ragionevolezza" e "valori": interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di stato e sul diritto, en aa. Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale, actas del seminario desarrollado en roma, palazzo della consulta, los días 13 y 14 de octubre de 1992*, edit. Giuffrè, milano, 1994, págs. 103-119.
- FRANCHI, C. A., GIANFORMAGGIO, L., MIGLIORINI, L. Y TARANTINI, G., Le argometazioni nelle sentenze della corte costituzionale, *anales de la facultad de derecho de la universidad de perugia*, 1975, págs. 83-108.
- FRANKENA, W. K., Voz valor y valoración, en *the encyclopedia of philosophy*, coordinada por p. Edwards, edit. Macmillan publishing-collier macmillan publishes, new york-london, 1972, pags. 229-232.
- FREIXES SANJUAN, T., El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites en una formulación positiva. Análisis a partir del artículo 20 de la constitución española, en aa. Vv., *X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, edit. Dirección general del servicio jurídico del estado. Secretaría general técnica de publicaciones, madrid, 1988, vol. I, págs. 507-541.
- FREIXES SANJUAN, T. Y REMOTTI CARBONELL, C., Los valores y principios en la interpretación constitucional, *revista española de derecho constitucional*, 1992, mayo-agosto, págs. 97-109.
- FROMONT, M., La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales, en aa. Vv., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, españa, francia e italia*, edición dirigida por a. López pina, edit. Civitas, madrid 1991, págs. 307-310.

GALEOTTI, S., *La garanzia costituzionale*, edit. Giuffrè, milano, 1950.

GALINDO AYUDA, F., *La fundamentación filosófica de los derechos fundamentales en la constitución española*, en aa. Vv., *Estudios sobre la constitución española de 1978*, edición preparada por m. Ramírez, edit. Libros pórtico, zaragoza, 1979, págs. 89-113.

GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudenciales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, edit. Civitas, madrid, 1994.

GARCIA AÑON, J., *Las teorías de los derechos morales: algunos problemas de concepto*, *anuario de filosofía del derecho*, 1991, págs. 391-408.

GARCIA BELAUNDE, D., *La interpretación constitucional como problema*, *revista de estudios políticos*, 1994, octubre-diciembre, págs. 9-37.

GARCIA CANALES, M., *Principios generales y principios constitucionales*, *revista de estudios políticos*, 1989, abril-junio, págs. 131-162.

GARCIA COTARELO, R., *El régimen económico social de la constitución española*, en aa. Vv., *Lecturas sobre la constitución española, i*, edición dirigida por t. R. Fernández rodríguez, edit. Uned, madrid, 1978, págs. 69-84.

GARCIA DE ENTERRIA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, edit. Tecnos, madrid, 1983.

— *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, edit. Civitas, madrid, 1985.

GARCIA PELAYO, M., Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la constitución española de 1978, en aa. Vv., *Estudios sobre la constitución española de 1978, edición preparada por m. Ramírez, edit. Libros pórtico, zaragoza, 1979, págs. 27-53.*

GARCIA SAN MIGUEL, L., ¿qué son los derechos humanos?, *Derechos y libertades, núm. 2, 1994, págs. 257-267.*

— Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión, en aa. Vv., *Estudios sobre la intimidad, edición preparada por l. García san miguel, edit. Tecnos, madrid, 1992, págs. 15-35.*

— Democracia y derechos humanos en la sociedad postindustrial, en l. García san miguel, *hacia la justicia, edit. Tecnos, madrid, 1993.*

GARCIA TORRES, A. Y JIMENEZ-BLANCO, A., Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La drittwirkung en la jurisprudencia del tribunal constitucional, *edit. Civitas, madrid, 1986.*

GARCIA TORRES, J., Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales, en aa. Vv., *X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales, edit. Dirección general del servicio jurídico del estado, secretaría general técnica de publicaciones, madrid, 1988, vol. Ii, págs. 1031-1064.*

GARRIDO FALLA, F., Comentario al art. 1.1, en *comentarios a la constitución, dirigidos por f. Garrido falla, edit. Civitas, madrid, 1980.*

GASCON ABELLAN, M., Interpretación y creación judicial del derecho, en j. Betegon carrillo, m. Gascon abellan, j. R. Paramo

arguelles, I. Prieto sanchis, lecciones de teoría del derecho, edit. Macgraw-hill, madrid, 1997, págs. 367-375.

- *La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción, revista española de derecho constitucional, 1994, mayo-agosto, págs. 63-87.*
- *La técnica del precedente y la argumentación racional, edit. Tecnos, madrid, 1993.*

GASCON ABELLAN, M. Y PRIETO SANCHIS, L., Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el tribunal constitucional, *anuario de derechos humanos, núm. 5, 1988-1989, págs. 97-120.*

GAVARA DE CARA, J. C., Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de bonn, *edit. Centro de estudios constitucionales, madrid, 1994.*

GIANFORMAGGIO, L., L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi, *rivista internazionale di filosofia del diritto, 1985, págs. 65-103.*

- *Rapporti tre etica e diritto, en aa. Vv., Teorie etiche contemporanee, edición dirigida por c. A. Viano, edit. Bollati bronghieri, torino, 1990, págs. 149-164.*

GIANNINI, M. S., Basi costituzionali della proprietà privata, *en aa. Vv., Letture di diritto civile, edición preparada por g. Alpa y p. Zatti, edit. Cedam, padova, 1990, págs. 351-377.*

- *Diritto amministrativo, ii, edit. Giuffrè, milano, 1970.*

GODWIN, W., Enquiry concening politcal and its influence on modern morals and happiness, *edición preparada por i. Kramnik, edit. Penguin, harmondsworth, 1976.*

GREVI, V., La procedura speciale per i reati commessi in servizio dagli appartenenti alla polizia: un privilegio non conforme al principio di eguaglianza, *giur. Cost. 1976, ii, págs. 1631-1656.*

GROPALI, A., I diritti naturali nella costituzione della repubblica italiana, *en aa. Vv., Studi giuridici e sociali, giuffrè, milano, 1954, págs 17-28; publicado también en la revista internazionale di filosofia del diritto, 1953, págs. 38-50.*

GROSSI, F., Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana, *edit. Cedam, padova, 1972.*

GROSSI, P. F., Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della costituzione italiana, *en aa. Vv., Studio in memoria di c. Esposito, edit. Cedam, padova, 1973, vol. Iv, págs. 2097-2138.*

GUAITA, A., Régimen de los derechos constitucionales, *revista de derecho político, núm. 13, 1982, págs. 75-94.*

GUARNERI, G., Procedimento penale e libertà di stampa, *en aa. Vv., Actas del iii congreso de derecho penal (bressanone 1965), edit. Cedam, padova, 1966, págs. 17-42.*

GUASTINI, R., "derechos": una contribución analítica, *artículo traducido por a. Greppi, en aa. Vv., Problemas actuales de los derechos fundamentales, edición preparada por j. M. Saucá, edit. Universidad carlos iii de madrid-b.o.e., madrid, 1994.*

— Dalle fonti alle norme, *edit. Giappichelli, torino, 1990.*

- *Disposizione vs. Norma*, *giur. Cost.* 1989, primera parte, i, págs. 3-14.
 - *I principi generali del diritto*, en aa. Vv., *Soggetto e principi generali del diritto*, *actas del xv congreso*, edición dirigida por m. Basciu, edit. Giuffrè, milano, 1987, págs. 67-88.
 - *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, edit. Giappichelli, torino, 1992.
 - *Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation*, *revue du droit public et de la science politique en france et à l'étranger*, núm. 4, 1991, julio-agosto, págs. 1079-1087.
- GUNTHER, K., *Critical remarks on robert alexy's "special-case thesis"*, *ratio iuris*, 1993, julio, págs. 143-156.
- *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, *traducción y presentación de j. C. Velasco arroyo*, *doxa*, núm. 17-18, 1995, págs. 271-302.
- GUZZO, A. Y mathieu, v., *Voz valor*, *dizionario enciclopedico di filosofia*, edit. La lettere, firenze, 1982, págs. 579-591.
- HABERLE, P., *El legislador de los derechos fundamentales*, en aa. Vv., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, españa, francia e italia*, edición dirigida por a. López pina, edit. Civitas, madrid, 1991, págs. 99-124.
- *La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales*, en aa. Vv., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, españa, francia e italia*, edición dirigida por a. López pina, edit. Civitas, madrid 1991, págs. 260-277.

- *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, edición preparada por p. Ridola, traducida al italiano por a. Fusillo y r. W. Rossi, edit. La nuova italia scientifica, roma, 1993.
- HABERMAS, J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria del diritto e della democrazia*, traducido al italiano por l. Ceppa, edit. Guerini e associati, milano, 1996.
- *Morale, diritto, politica*, traducido al italiano por l. Ceppa, edit. Einaudi, torino, 1992.
- HERRERA, C. M., *La polémica schmitt-kelsen sobre el guardián de la constitución*, revista de estudios políticos, núm. 86, 1994, octubre-diciembre, págs. 195-227.
- *I diritti fondamentali in italia*, relazione italiana a cura de la corte costituzionale italiana, presentata a la "conferencia de las cortes constitucionales europeas" de ankara celebrada del 7 al 10 de mayo de 1990, l'indice penale, 1990, págs. 233-251.
- IUVONE, C., *Il problema del bilanciamento degli interessi tra la tutela dell'ambiente ed altri valori costituzionali*, en aa. Vv., *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1992, págs. 15-23.
- JIMENEZ CAMPOS, J., *Voz sentencia del tribunal constitucional*, enciclopedia jurídica básica, edit. Civitas, 1995, págs. 6176-6182.
- KALINOWSKI, G., *Le problème de la vérité en morale et en droit*, edit. Emmanuel vitte, lyon, 1967.
- KELSEN, H., *¿quién debe ser el defensor de la constitución?*, Estudio preliminar de g. Gasió, traducido por r. J. Brie, edit. Tecnos, madrid, 1995.

LA TORRE, M., Diritto, potere, dominio. Argomenti per una teoria non prescristivistica del diritto, *edit. European university institute, badia fiesolana, 1992.*

— Linguaggio giuridico e realtà sociale. Nota sulla critica realistica del concetto di diritto soggettivo, *edit. European university institute, badia fiesolana, san domenico, firenze, 1992.*

— Linguaggio, norme, validità. Una prospettiva istituzionalistica. *Apéndice a n. McCormick y o. Weinberger. Il diritto come istituzione, edición preparada y traducida al italiano por m. La torre, edit. Giuffrè, milano, 1990.*

— Significati e giudizi morali. Note per un'etica 'reflessiva', *rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1991, págs. 879-916.*

LABRIOLA, S., Le garanzie istituzionali per la protezione della costituzionalità, *rivista trimestrale di diritto pubblico, 1990, págs. 26-39.*

LAPORTA, F., Sobre el concepto de derechos humanos, *doxa, núm. 4, 1987, págs. 23-46.*

LASSALLE, F., ¿qué es una constitución?, *Traducción de w. Rocés, edit. Ariel, barcelona, 1984.*

LATORRE SEGURA, A., Diez años de jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas, *en aa. Vv., X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales, edit. Dirección general del servicio jurídico del estado, secretaría general técnica de publicaciones, madrid, 1988, vol. Iii, págs. 2089-2104.*

- LAVAGNA, C., Basi per un studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella cost. Italiana, en aa. Vv. *Ricerche sul sistema normativo*, edit. Giuffrè, milano, 1984.
- Ragionevolezza e legittimità costituzionale, en aa. Vv., *Studio in memoria de c. Esposito, iii*, edit. Cedam, padova, 1972, págs. 1573-1588.
- LAVAGNA, L., Istituzioni di diritto pubblico, edit. Utet, torino, 1979.
- LAVILLA, L., Derechos fundamentales, estado y sociedad, en aa. Vv., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, españa, francia e italia*, edición dirigida por a. López pina, edit. Civitas, madrid 1991, págs. 27-39.
- LENER, S., La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della chiesa, en aa. Vv., *Scritti per carnelutti*, edit. Cedam, padova, 1950, págs. 345-387.
- LEONE, G., Aspetti costituzionali dell'interpretazione della legge, *rassegna di diritto pubblico*, 1958, págs. 493-510.
- LIEBMAN, E. T., Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale, *rivista di diritto processuale civile*, 1966, págs. 569-579.
- LOCKE, J., Ensayo sobre el gobierno civil, *traducción de a. Lázaro ros*, edit. Aguilar, madrid, 1990.
- LOMBARDI, G. M., Contributo allo studio dei doveri costituzionali, edit. Giuffrè, milano, 1967.
- LOPEZ CALERA, N., Naturaleza dialéctica de los derechos humanos, *anuario de derechos humanos*, núm. 6, 1990, págs. 71-84.

- Teoría crítica y derechos humanos, ¿por qué no se realizan plenamente los derechos humanos?, *En aa. Vv., El fundamento de los derechos humanos, edición preparada por g. Peces barba, edit. Debate, madrid, 1989, págs. 209-213.*
- LOPEZ GARCIA, J. A., La presencia de schmitt en españa, *revista de estudios políticos, 1991, págs. 139-168.*
- LORCA NAVARRETE, J. F., Introducción al derecho i y ii. Derechos fundamentales y jurisprudencia, *edit pirámide, madrid, 1989.*
- LORENZO RODRIGUEZ ARMAS, M., Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales, enunciados en el art. 53.1 de la constitución española, *edit. Colmares, granada, 1996.*
- LUCIANI, M., Corte costituzionale e unità nel nome di valori, *en aa. Vv., La giustizia costituzionale a una svolta, actas del seminario de pisa celebrado el 5 de mayo de 1990, edición preparada por r. Romboli, edit. Giappichelli, torino, 1991, págs. 170-178.*
- I diritti fondamentali come limiti alla revisiones della costituzione, *en aa. Vv., Libertà e giurisprudenza costituzionali, edición dirigida por v. Angiolini, edit. Giappichelli, torino, 1992, págs. 121- 129.*
- Libertà di impresa (di assicurazione) e garanzia dei livelli occupazionali. Prime osservazioni alla sent. N. 316 del 1990 della corte cost, *giur. Cost. 1990, ii, págs. 2033-2038.*
- LUTHER, J., L'aborto: tema con variazioni per legislatori, giudici e custodi della costituzione, *giur. Cost. 1987, primera parte, iii, págs. 2989-2997.*
- MACCORMICK, N., I limiti della razionalità nel ragionamento giuridico, *en n. Maccormick y o. Weinberger, il diritto come*

istituzione, traducedo al italiano por m. La torre, edit. Giuffrè, milano, 1990.

MANGIA, A., Valori e libertà nella giurisprudenza costituzionale, *rivista di scienza giuridica jus*, 1987, págs. 341-365.

MANGIAMELI, S., La <<libertà di coscienza>> di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche, (a proposito dell'autorizzazione del giudice tutelare all'interruzione della gravidanza della minore), *giur. Cost. 1988, primera parte, i*, págs. 523-544.

— La proprietà privata nella costituzione, *edit. Giuffrè, milano, 1986.*

MANNELLI, L., Profili di garanzia dei diritti inviolabili, *en aa. Vv., Liberta e giurisprudenza costituzionale, edición dirigida por v. Angiolini, edit. Giappichelli, torino, 1992, págs. 145-155.*

MARINI, G., "famiglia di fatto" e disciplina dettata con l'art. 649 c. P., *Giur. Cost. 1988, primera parte, ii*, págs. 1944-1948.

— Principi generali del diritto nel sistema politico, *en aa. Vv., Soggetto e principi generali del diritto, edición preparada por m. Basciu, edit. Giuffrè, milano, 1987, págs. 101-118.*

MARTIN RETORTILLO, L., Eficacia y garantía de los derechos fundamentales, *en aa. Vv., Estudios sobre la constitución española, edit. Civitas, madrid, 1991, tomo ii*, págs. 585-633.

MARTINES, T., Diritto costituzionale, *edit. Giuffrè, milano, 1978.*

— Questioni vecchie e nuove in tema di attività interpretativa della corte costituzionale, *en aa. Vv., Studi per il ventesimo*

anniversario dell'assemblea costituzionale. Autonomia e garanzie costituzionali, edit. Vallecchi, firenze, 1969, págs. 393-424.

MARTINEZ-PUJALTE, A. L., La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, edit. *Centro de estudios constitucionales*, madrid, 1997.

MARTINEZ-SICLUNA Y SEPULVEDA, c., Carl schmitt y la crítica al parlamentarismo, en aa. Vv., *Estudios sobre carl schmitt, volumen coordinado por d. Negro pavón*, edit. *Fundación cánovas del castillo*, madrid, 1996, págs. 311-331.

MASSERA, A., Individuo e amministrazione nello stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive, *rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, págs. 1-54.

MAZZIOTTI DI CELSO, M., Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di stato, *diritto e società*, 1996, págs. 303-323.

MEROLA CHIERCHIA, P., La interpretazione sistematica della costituzione, edit. *Cedam*, padova, 1978.

MODUGNO, F., I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizione in sede di giustizia costituzionale, *quaderni costituzionali*, 1989, págs. 37-51.

— Il problema dei limiti alla revisione costituzionale, *giur. Cost.* 1992, i, págs. 1649-1703.

— Principi generali dell'ordinamento, *enciclopedia giuridica treccani*, 1989.

— Voz institución, *enciclopedia del diritto*, xxiii, *istig-legge*, edit. Giuffrè, 1973, págs. 69-94.

MONTESANO, L., Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale, *rivista di diritto processuale*, 1958, págs. 524-540; publicado también en aa. Vv., *Studi giuridici in memoria di f. Vassalli*, edit. Utet, torino, 1960, vol. Ii, págs. 1157-1172.

MONTESQUIEU, C., *De l'esprit des lois*, edit. Frères garnière, paris, 1871.

MONTORO BALLESTEROS, A., Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico, edit. Universidad de murcia, murcia, 1983.

MORBIDELLI, G., Contenido "essenziale" del diritto di proprietà sul suolo, fasce di rispetto, *giur. Cost.* 1971, ii, págs. 1521-1548.

MORELLI, G., Il diritto naturale nelle costituzioni moderne. Dalla 'dottrina pura del diritto' al 'sistema dell'ordinamento democratico positivo', edit. Università catolica sacro cuore di milano, milano, 1974.

MORTATI, C., Concetto, limiti, procedimento, della revisione costituzionale, en aa. Vv., *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, edit. Giuffrè, milano, 1972, págs. 3-40; publicado también en aa. Vv., *Raccolta di scritti*, ii, edit. Giuffrè, milano, 1972.

MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, edit. Cedam, padova, 1976, vol. Ii.

— Observazione alla sentenza della corte costituzionale 40/1958, de 27 de junio, *giur. Cost.* 1958, págs. 526-535.

- MORTILLARO, F., Quando due diritti costituzionali collidono: limiti dello sciopero e libertà di iniziativa economica, *massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1977, págs. 332-342.
- MOSCARINI, A., Un buon uso della tecnica di ragionevolezza in tema di applicazione delle misure cautelari, *giur. Cost.* 1996, págs. 837-850.
- MUGUERZA, J., La alternativa del disenso, en aa. Vv., *El fundamento de los derechos humanos*, edición preparada por g. Peces barba, edit. Debate, madrid, 1989, págs. 19-56.
- MUSUMECI, A., Obiezione di coscienza e giudizio de legittimità nell'ottica dei valori, *giur. Cost.* 1992, i, págs. 463-471.
- NANIA, R., Il valore della costituzione, edit. Giuffrè, milano, 1986.
- ., La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana, edit. Giappichelli, torino, 1989.
- NINO, C. S., Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho, edit. Ariel, barcelona, 1994.
- Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, edit. Ariel, barcelona, 1989.
- OCCHIOCUPO, N., La corte costituzionale come giudice "di opportunità della legge", en aa. Vv., *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, edición preparada por n. Occhiocupo, cedam, padova, 1984.
- OLLERO TASSARA, A., Derechos humanos y metodología jurídica, edit. Centro de estudios constitucionales, madrid, 1989.

OST, F. Y *van de kerchov, m.*, *Interprétation, archives de philosophie du droit, vocabulaire fondamental du droit, 1990, tomo xxxv, págs. 165-190.*

PACE, A., *Corte costituzionale e "altri" giudici, tra "garantismo" e sensibilità politica*, en aa. Vv., *Scritti sulla giustizia costituzionale*

— *El legislador de los derechos fundamentales*, en aa. Vv., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales, edición dirigida por a. López pina, edit. Civitas, madrid, 1991, págs. 76-98; publicado en italia como la garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici*, en aa. Vv., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà, edit. Cedam padova, 1990, págs. 109-126.*

PACE, A., *Il c.d. Diritto all'identità personale e gli art. 2 e 21 della costituzione*, *giustizia civile, 1980, ii, págs. 409-412.*

— *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"*, en aa. Vv., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà, edit. Cedam, padova, 1990, págs. 109-126.*

— *Problematica delle libertà costituzionali*, edit. Cedam, padova, 1985.

— *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, *Giur. Cost. 1982, primera parte, págs. 108-114.*

— *La libertà di riunione nella costituzione italiana*, edit. Giuffrè, milano, 1967.

PALLADINO, A., DE MATTIA, A. Y GALLI, G., *Il diritto alla riservatezza*, edit. Giuffrè, milano, 1963.

PANUNZIO, S. P., Interrogativo sullo sciopero nelle funzioni e nei servizi pubblici essenziali, *giur. Cost., Ii, 1973, págs. 2597-2619.*

PAREJO ALFONSO, L., Constitución y valores del ordenamiento, *edit. Centro de estudios ramón areces, madrid, 1990.*

— El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de 1981, *revista española de derecho constitucional, núm. 3, 1981, págs. 169-190.*

PECES BARBA MARTINEZ, G., Introducción a la filosofía del derecho, *edit. Debate, madrid, 1983.*

— Curso de derechos fundamentales. Teoría general, *edit. Universidad carlos iii-boletín oficial del estado, madrid, 1995.*

— Derecho y derechos fundamentales, *edit. Centro de estudios constitucionales, madrid, 1993.*

— Los valores superiores, *edit. Tecnos, madrid, 1986.*

— Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales, *edit. Mezquita, madrid, 1982.*

— Derechos fundamentales, *edit. Facultad de derecho de la universidad complutense, madrid, 1983.*

— Génesis de los derechos fundamentales y libertades públicas en la constitución española, *en aa. Vv., X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales, edit. Dirección general del servicio jurídico del estado, secretaría general técnica de publicaciones, madrid, 1988, vol. I, págs. 289-309.*

— La protección de los derechos fundamentales en francia a través del consejo constitucional, en g. *Peces barba martinez, libertad poder y socialismo*, edit. Civitas, madrid, 1978, págs. 101-131; publicado también en *boletín informativo de ciencia política*, 1972, págs. 57-83.

PENSOVECCHIO LI BASSI, A., L'interpretazione delle norme costituzionali, edit. Giuffrè, milano, 1972.

— Valore giuridico dell'interpretazione costituzionale della corte. Appunti sul valore giuridico dell'interpretazione delle norme costituzionali da parte della corte costituzionale, en aa. Vv., *Studi in onore di a. Arena*, edit. Cedam, padova, 1981, vol. Iv, págs. 1749-1759.

PERELMAN, C., Diritto, logica ed epistemologia, en il campo dell'argomentazione. Nuova retorica e scienze umane. *Esta obra tiene el mismo título que el original le champ de la argumentation*, editado. Por la universidad de bruxelles en 1970, pero su contenido es ligeramente diverso. Recoge sólo 11 de los 31 trabajos de éste y ello por la voluntad del autor de dar a conocer algunos de sus trabajos aparecidos en "justice et raison" de 1972 y de lo publicado entre 1970 y 1977. Contiene además los estudios inéditos "la filosofía del pluralismo" e "igualdad y justicia" y la ponencia "dialéctica e igualdad" presentada en el congreso del bicentenario de hegel, traducidos al italiano por e. Mattioli, edit. Pratiche, parma, 1979.

PERELMAN, C., La lógica jurídica y la nueva retórica, traducido por l. Díez picazo, edit. Civitas, madrid, 1989.

PEREZ LUÑO, A. E., Concepto y concepción de los derechos humanos, *doxa*, núm. 4, 1987, págs. 47-66.

- Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?, *En aa. Vv., Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio, edición coordinada por a. E. Pérez luño, edit. Marcial pons, madrid, 1996, págs. 11-52.*
 - Derechos humanos, estado de derecho y constitución, *edit. Tecnos, madrid, 1986.*
 - E., Las funciones de los derechos fundamentales, *en aa. Vv., X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales, edit. Dirección general del servicio jurídico del estado, secretaria general técnica de publicaciones, madrid, 1988, vol. I, págs. 659-684.*
 - Los derechos fundamentales, *edit. Tecnos, madrid, 1988.*
 - Sobre los valores fundadores de los derechos humanos, *en aa. Vv., El fundamento de los derechos humanos, edición preparada por g. Peces barba, edit. Debate, madrid, 1989, págs. 279-288.*
 - Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica, *edit. Tecnos, madrid, 1997.*
- PEREZ ROYO, J., *Curso de derecho constitucional, edit. Marcial pons, madrid, 1996.*
- PEREZ TREMPES, P., Los derechos fundamentales, *en l. Lopez guerra, e. Espin, j. Garcia morillos, p. Perez tremps y m. Satrustegui, derecho constitucional, edit. Tirant lo blanc, valencia, 1994, vol. I, págs. 125-144.*
- PERLINGIERI, P., *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona, rassegna di diritto civile, 1986, págs. 624-639.*

— La personalità umana nell'ordinamento giuridico, *edit. Iovene, camerino, 1972.*

PESCATORE, G., MARZIALE, G., FELICETTI, F. *Y sgori, c.,* Costituzione e leggi sul processo costituzionale e sui referendum. Annotate con la giurisprudenza della corte costituzionale e delle magistrature superiori, *edit. Giuffrè, milano, 1992.*

PIQUERAS BAUTISTA, J. A., El abuso en el ejercicio de los derechos fundamentales, *en aa. Vv., X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales, edit. Dirección general del servicio jurídico del estado, secretaría general técnica de publicaciones, madrid, 1988, vol. Ii, págs. 863-891.*

PIRANDREI, F., La corte costituzionale e l'attività <<maieutica>>, *giurisprudenza italiana, 1961, iv, págs. 177-186.*

PIZZORUSSO, A., Ancora sulle sentenze di accoglimento della corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto, *en aa. Vv., Scritti in onore di m. S. Giannini, edit. Giuffrè, milano, 1988, págs. 547-555.*

— Delle persone e della famiglia, *en "art. 1-4, commentario del codice civile scialoja-branca", edit. Zanichelli, bologna, 1988.*

— Giurisdizione costituzionale e diritti fondamentali, *rivista di diritto processuale civile, 1981, págs. 340-348.*

— Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa, *en aa. Vv., Strumenti e tecniche della corte costituzionale. Actas del congreso celebrado en trieste del 26 al 28 de mayo de 1986, edit. Giuffrè, milano, 1988, págs. 70-95.*

- Lecciones de derecho constitucional, *edit. Centro de estudios constitucionales, madrid, 1984.*
 - L'interpretazione della costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi, *rivista trimestrale di diritto pubblico, 1989, págs. 3-15.*
 - Sui limiti della potestà normativa della corte costituzionale, *rivista italiana di diritto e procedura penale, 1982, págs. 305-312.*
 - Sul diritto alla riservatezza nella costituzione italiana, *prassi e teoria, 1976/1, págs. 29-43.*
- POMODORO, S., Interpretazione della legge e giudizio di legittimità costituzionale, *archivi di ricerche giuridiche, 1962, págs. 2-28.*
- PONTHOREAU, M. C., La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel, *edit. Economica, paris, 1994.*
- PORRAS NADALES, A. J., Derechos e intereses. Problemas de tercera generación, *revista del centro de estudios constitucionales, núm. 9, año 1991, mayo-agosto, págs. 219-232.*
- POYAL COSTA, A., La eficacia de los derechos humanos frente a terceros, *revista de derecho político, núm. 34, 1991, págs. 189-221.*
- PRIETO SANCHIS, L., Concepto de derechos humanos y problemas actuales, *derechos y libertades, núm. 1, 1994, págs. 92 a 99.*
- Diez argumentos a propósito de los principios, *jueces para la democracia, núm. 26, 1996, págs. 41-49.*

- El sistema de protección de los derechos fundamentales: el art. 53 de la constitución española, *anuario de derechos humanos*, núm. 2, 1983, págs. 367-425.
 - Estudios sobre derechos fundamentales, edit. Debate, madrid, 1990.
 - Ideología e interpretación jurídica, edit. Tecnos, madrid, 1987.
 - La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas, en j. Betegon carrillo, m. Gascon abellan, j. R. De paramo arguelles, l. Prieto sanchis, *lecciones de teoría del derecho*, edit. Mcgrau-hill, madrid, 1997, págs. 335-360.
 - Nota sobre el concepto de derechos fundamentales, en aa. Vv., *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, edición dirigida por j. M. Sauca, edit. Boletín oficial del estado, madrid, 1994, págs. 181-190.
 - Notas sobre la interpretación constitucional, *revista del centro de estudios constitucionales*, núm. Ix, 1991, mayo-agosto, págs. 175-198.
 - Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, edit. Centro de estudios constitucionales, madrid, 1992.
 - El ordenamiento jurídico en la constitución, en g. Peces barba martínez (con la colaboración de l. Prieto sanchis), *la constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, edit. Fernando torres, valencia, 1991
- PRISCO, S., *Fedeltà alla repubblica e obiezione di coscienza*, edit. Jovene, napoli, 1986.

- RAMOS PASCUA, J. A., El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a esser, *anuario de filosofía del derecho*, 1992, págs. 269-290.
- RAWLS, J., Liberalismo político, *traducido al italiano por g. Rigamonti, edit. Edizioni di comunità, milano, 1994.*
- RIVERO, J., Fin d'un absolutisme, *pouvoirs*, núm. 13, 1980, págs. 5-15.
- ROBLES MORCHON, G., El fracaso epistemológico de la doctrina del derecho natural, *en g. Robles, epistemología y derecho, edit. Pirámide, madrid, 1982.*
- Introducción a la teoría del derecho, *edit. Debate, madrid, 1989.*
- Las reglas del derecho y las reglas del juego. Ensayo de teoría analítica del derecho, *edit. Facultad de derecho de la universidad de palma de mallorca, palma de mallorca, 1984.*
- Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual, *edit. Civitas, madrid, 1992.*
- ROCCO, A., L'interpretazione delle leggi processuali, *archivio giuridico "filippo serafini"*, 1906, págs. 87-150.
- RODOTA, S., Il problema della responsabilità civile, *edit. Giuffrè, milano, 1967.*
- RODRIGUEZ GARCIA, R., Algunas consideraciones sobre los derechos no protegidos en la convención europea de los derechos del hombre, *anales de la universidad de la laguna, 1963-1964, tomo i, págs. 1-36.*

RODRIGUEZ MOLINERO, M., Colisión de derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales, en aa. Vv., *X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, edit. Dirección general del servicio jurídico del estado, secretaría general técnica de publicaciones, madrid, 1988, vol. Iii, págs. 1791-1802.

RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M., Lecciones de derecho natural como introducción al derecho, edit. Universidad complutense, madrid, 1988.

ROLLA, G., Il sistema costituzionale dei diritti fondamentali. L'esperienza spagnola, *rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, págs. 141-183.

ROMANO, S., Fragmenti di un dizionario giuridico, edit. Giuffrè, milano, 1953.

ROMBOLI, R., Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti, en aa. Vv., *Libertà e giurisprudenza costituzionali*, edición preparada por v. Angiolini, edit. Giappichelli, torino, 1992, págs. 207-221.

— La tipología de las decisiones de la corte constitucional, traducido por i. Torres muro, *revista española de derecho constitucional*, 1996, págs. 35-80.

— Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali, en aa. Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, actas del seminario desarrollado en roma, palazzo della consulta, los días 13 y 14 de octubre de 1992, edit. Giuffrè, milano, 1994, págs. 229-243.

- ROMERO MORENO, J. M., La aplicación normativa directa de la constitución española, *revista jurídica española "la ley"*, 1982, 2, págs. 1267-1283.
- ROSSANO, C., "ragionevolezza" e fattispecie di eguaglianza, en aa. Vv., *il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale, actas del seminario desarrollada en roma, palazzo della consulta, los días 13 y 14 de octubre de 1992*, edit. Giuffrè, milano, 1994, págs. 169-178.
- ROSSINELLI, M., Les libertés non écrites. Contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel, edit. *Faculté de droit de l'universté de genève, genève*, 1987.
- ROUSSEAU, J. J., Du contrat social, edit. *Union general d'editions, paris*, 1973.
- RUGGERI, A., "nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivazione, en aa. Vv., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali, edición dirigida por r. Romboli*, edit. Giappichelli, torino, 1994, págs. 45-78.
- RUIZ MANERO, J., Principios jurídicos, en aa. Vv., *El derecho y la justicia, edición dirigida por e. Garzón valdés y f. Laporta*, edit. Trotta, madrid, 1996, págs. 149-159.
- RUIZ MIGUEL, A., Los derechos humanos como derechos morales, *anuario de derechos humanos, núm. 6*, 1990, págs. 149-160.
- SANCHEZ AGESTA, L., Sistema político de la constitución española de 1978, edit. *Nacional, madrid*, 1980.
- SANCHEZ FERRIZ, R., Estudios sobre las libertades, edit. *Tirant lo blanch, valencia*, 1995.

SANCHEZ FERRIZ, R., Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales, *revista de derecho político*, núm. 30, 1989, págs. 55-73.

SANDULLI, A., *Il guidizio sulle leggi*, edit. Giuffrè, milano, 1967.

— Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, *diritto e società*, 1975, págs. 561-576.

SANTAOLALLA LOPEZ, F., Comentario al art. 168, en *comentarios a la constitución*, dirigida por f. Garrido falla, edit. Civitas, madrid, 1980, págs. 2409-2415.

SATURNO, A., Il diritto all'identità personale evoluzione dottrinale e modelli giurisprudenziali, *rassegna di diritto civile*, 1987, págs. 716-737.

SCHEFOLD, D., Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca, en aa. Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, actas del seminario desarrollado en roma, palazzo della consulta, los días 13 y 14 de octubre de 1992, edit. Giuffrè, milano, 1994, págs. 121-129.

SCHMITT, C., La defensa de la constitución, prólogo de p. De vega garcía, edit. Tecnos, madrid, 1983. Se trata de una reedición de la traducción española de 1931, de m. Sánchez sarto, publicada por la editorial labor en 1931.

— La tiranía dei valori, traducido al italiano por s. Forsthoff falconi y f. Falconi, *rassegna di diritto pubblico*, 1970, págs. 2-28; existe traducción al español de este artículo, de anima schmitt de otero, pero no recoge la amplia introducción, así como algunas correcciones, que

schmitt añadió al original alemán; revista de estudios políticos, 1961, enero-febrero, págs. 65-79.

- Teoría de la constitución, *traducido y presentado por f. Ayala y epilgado por m. García-pelayo y alonso, edit. Alianza, madrid, 1982, (1ª edición en edit. Revista de derecho privado, madrid, 1934). La edición de 1982 conserva íntegra la versión de 1934 añadiendo únicamente el epílogo de m. García-pelayo.*

SCHNEIDER, H. P., Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello stato costituzionale democratico, *traducido al italiano por p. Ridola, diritto e società, 1979, págs. 197-232.*

SERNA, P., Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información, *suplemento humana iura de derechos humanos, persona y derecho, 1994, págs. 196-234*

SILVESTRI, G., Linguaggio della costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso, *quaderni costituzionali, 1989, págs. 229-255.*

SIMONCELLI, V., Corso di diritto giudiziario civile, *edit. Fratelli ferri, roma, 1904.*

SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J., Algunas cuestiones básicas para la teoría de los derechos fundamentales, *revista de estudios políticos, núm. 17, 1991, enero-junio, págs. 87-109.*

SPADARO, A., Il problema del <<fondamento> dei diritti fondamentali, *diritto e società, 1991, págs. 453-511.*

SPAGNA MUSSO, E., Diritto costituzionale, *edit. Cedam, padova, 1990.*

- SUAY RINCON, J., El principio de igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional, en aa. Vv., *Estudios sobre la constitución española de 1978, edición preparada por m. Ramírez, edit. Libros pórtico, zaragoza, 1979, págs. 837-892.*
- TARELLO, G., L'interpretazione della legge, edit. Giuffrè, milano, 1980.
- TODESCAN, F., A proposito dei principi generali del diritto nel sistema politico, en aa. Vv., *Soggetto e principi generali del diritto, edición preparada por m. Basciu, edit. Giuffrè, milano, 1987, págs. 119-125.*
- TONCHIA, T., Alcune riflessioni sull'art. 2 della costituzione in relazione alla convenzione europea dei diritti dell'uomo, en aa. Vv., *Quarant'anni della costituzione, edición preparada por g. Gerin, edit. Cedam, padova, 1990, págs. 59-68.*
- TORRES DEL MORAL, A., Principios de derecho constitucional español, edit. *Servicio de publicaciones de la facultad de derecho de la universidad complutense, madrid, 1992.*
- TORRES FERNANDEZ, J. J., Los derechos fundamentales como límite a la reforma constitucional, en aa. Vv., *X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales, edit. Dirección general del servicio jurídico del estado, secretaría general técnica de publicaciones, madrid, 1988, vol. Ii, págs. 1275-1301.*
- TOSI, R., Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, *giur. Cost. 1993, págs. 545-568; publicado también en aa. Vv., Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Actas del seminario desarrollado en roma, palazzo della consulta, los días 13 y 14 de octubre de 1992, edit. Giuffrè, milano, 1994, págs. 278-300.*

- TREVES, G., Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana, en aa. Vv., *La dottrina del precedente nella giurisprudenza costituzionale*, edición preparada por g. Treves, edit. Utet, torino, 1973, págs. 3-27.
- TROPER, M., Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale, en aa. Vv., *L'analisi del ragionamento giuridico*, edición preparada por p. Comanducci y r. Guastini, edit. Giappichelli, torino, 1989, vol. Ii, págs. 215-247.
- URIOS MOLINER, S., La protección internacional de los derechos humanos, en aa. Vv., *Manual de derechos humanos*, edición preparada por p. Durán lalaguna, edit. Colmares, Granada 1993, Págs. 87-132.
- VASSALLI, G., Il diritto alla libertà morale, en aa. Vv., *Studi giuridici in memoria di f. Vassalli*, 1960, edit. Utet, torino, vol. Ii, págs. 1629-1701.
- Libertà di stampa e tutela penale dell'onore, en aa. Vv., *Scritti in onore di a. Giuffrè*, edit. Giuffrè, milano, 1967, vol. Iv, págs. 853-906.
- VECINAS CIFUENTES, J., Las sentencias aditivas del tribunal constitucional y el respeto al legislador, *justicia*, 1993, iii-iv, págs. 477-493.
- VIGLI, C., Gli orientamenti della corte di cassazione sull'art. 2 della costituzione e i diritti inviolabili, *il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, págs. 167-176.
- VILAS NOGUEIRA, J., Los valores superiores del ordenamiento jurídico, *revista española de derecho constitucional*, núm 12, 1984, septiembre-diciembre, págs. 87-102.

VINDIGNI, A., Un caso di *self restraint* della corte nel controllo sul bilanciamento legislativo, *giur. Cost.* 1992, págs. 4301-4303.

VIOLA, F., Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica, *rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1989, págs. 336-356.

VIOLINI, L., Protezione della salute e dell'ambiente "ad ogni costo", *giur. Cost.* 1992, i, págs. 727-733.

VIRGA, V., Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali, *rassegna di diritto pubblico*, 1948, iii, págs. 243-280.

WROBLEWSKI, J., Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, *traducido por a. Azurza, edit. Civitas, madrid*, 1985.

— L'interprétation en droit: théorie et ideologie, *archives de philosophie du droit, l'interprétation dans le droit*, 1972, tomo xvii, págs. 51-69.

ZACCARIA, R., La giurisprudenza della corte costituzionale in materia di espressione radiotelevisiva, *en aa. Vv., Nuove dimensioni nei diritti di libertà, scritti in onore de p. Barile, edit. Cedam, padova*, 1990, págs. 539-556.

ZAGREBELSKY, G., Adeguamenti e cambiamenti della costituzione, *en aa. Vv., Scritti in onore di v. Crisafulli, edit. Cedam, padova*, 1985, vol. Ii, págs. 915-935.

— Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della costituzione, *giur. Cost.* 1970, i, págs. 904-924.

— Il diritto mite, *edit. Einaudi, torino*, 1992; *traducido al español por marina gascón, el derecho dúctil, edit. Trotta, madrid*, 1997.

- La giustizia costituzionale, *edit. Il mulino, bologna, 1988.*
 - La tutel d'urgenza, *en aa. Vv., Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali, edición preparada por I. Carlassare, edit. Cedam, padova, 1988, págs. 27-41.*
 - Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, *en aa. Vv., Cours constitutionnelles européens et droits fondamentaux, edición dirigida por I. Favoreu, actas del 2º coloquio de aix-en-provence celebrado el 19, 20 y 21 de febrero de 1981, edit. Puf, paris, 1982, págs. 303-334.*
 - Su tre aspetti della ragionevolezza, *en aa. Vv., Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale, actas del seminario desarrollado en roma, palazzo della consulta, los días 13 y 14 de octubre de 1992, edit. Giuffrè, milano, 1994., Págs. 179-192.*
- ZANFARINO, A., Diritti umani e società moderna, *en aa. Vv., Costituzione e realtà attuale 1948-1988, edición preparada por I. Lippolis, edit. Giuffrè, milano, 1990, págs. 65-74.*
- ZANGARA, V., Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano, *en aa. Vv., Scritti giuridici in onore di v. E. Orlando, edit. Cedam, padova, 1957, vol. Ii, págs. 523-630.*

JURISPRUDENCIA CITADA

- s.c.c. 1/1956, de 14 de junio, giur. Cost. 1956, págs. 1-10.
- s.c.c. 2/1956, de 23 de junio, giur. Cost. 1957, págs. 561-575.
- s.c.c. 11/1956, de 3 de julio, giur. Cost. 1956, págs. 612-618.
- s.c.c. 2/1957, de 26 de enero, giur. Cost. 1957, págs. 5-11.
- s.c.c. 38/1958, de 19 de junio, giur. Cost. 1958, págs. 507-522.
- s.c.c. 40/1958, de 27 de junio, giur cost. 1958, págs. 529-537.
- s.c.c. 49/1958, de 14 de julio, giur. Cost. 1958, págs. 577-586.
- s.c.c. 12/1960, de 23 de marzo, giur. Cost. 1960, págs. 113-123.
- s.c.c. 29/1962, de 27 de marzo, giur. Cost. 1962, págs. 225-240.
- s.c.c. 93/1962, de 22 de noviembre, giur. Cost. 1962, págs. 1371-1378.
- s.c.c. 11/1965, de 19 de febrero, giur. Cost. 1965, págs. 85-105.
- s.c.c. 45/1965, de 9 de junio, giur. Cost. 1965, págs. 655-667.
- s.c.c. 61/1965, de 6 de julio, giur cost. 1965, págs. 765 y 769.
- s.c.c. 98/1965, de 16 de diciembre, giur. Cost. 1965, págs. 1322-1342.
- s.c.c. 6/1966, de 20 de enero, giur. Cost. 1966, i, págs. 72-92.
- s.c.c. 7/1966, de 8 de febrero, giur. Cost. 1966, i, págs. 92-98.
- s.c.c. 55/1968, de 29 de mayo, giur cost. 1968, i, págs. 838-884.

- s.c.c. 56/1968, de 29 de mayo, giur. Cost. 1968, ii, págs. 884-897.
- s.c.c. 1/1969, de 24 de enero, giur. Cost. 1969, i, págs. 61-69.
- s.c.c. 6/1969, de 6 de febrero, giur. Cost. 1969, i, págs. 36-47.
- s.c.c. 10/1969, de 10 de febrero, giur. Cost. 1969, i, págs. 61-69.
- s.c.c. 37/1969, de 21 de marzo, giur. Cost. 1969, i, págs. 461-500.
- s.c.c. 81/1969, de 14 de abril, giur. Cost. 1969, i, págs. 1150-1165.
- s.c.c. 122/1970, de 9 de julio, giur. Cost. 1970, i, págs. 1529-1544.
- s.c.c. 109/1971, de 26 de mayo, giur. Cost. 1971, i, págs. 1128-1134.
- s.c.c. 133/1971, de 22 de junio, giur. cost. 1971, ii, págs. 1519-1548.
- s.c.c. 77/1972, de 4 de mayo, giur. Cost. 1972, i, págs. 1061-1071.
- s.c.c. 80/1972, de 4 de mayo, giur. Cost. 1972, i, págs. 1093-1096.
- s.c.c. 28/1973, de 28 de marzo, giur. Cost. 1973, i, págs. 298-300.
- s.c.c. 147/1973, de 18 de julio, giur. Cost. 1973, ii, págs. 1465-1469.
- s.c.c. 13/1974, de 23 enero, giur. Cost. 1974, i, págs. 47-52.
- s.c.c. 33/1974, de 13 de febrero, giur. Cost. 1974, i, págs. 123-127.
- s.c.c. 284/1974, de 11 de diciembre, giur. cost. 1974, págs. 2953-2958.
- s.c.c. 33/1975, de 25 de febrero, giur. Cost. 1975, ii, págs. 2853-2858.

- s.c.c. 57/1975, de 12 de marzo, giur. Cost. 1975, ii, págs. 704-711.
- s.c.c. 103/1975, de 7 de mayo, giur. Cost. 1975, iii, págs. 1189-1193.
- s.c.c. 106/1975, de 7 de mayo, giur. Cost. 1975, ii, págs. 1203-1209.
- s.c.c. 238/1975, de 17 de diciembre, giur. Cost. 1975, ii, págs. 1189-1193.
- s.c.c. 57/1976, de 25 de marzo, giur. Cost. 1976, primera parte, págs. 396-402.
- s.c.c. 181/1976, de 22 de julio, giur. Cost. 1976, primera parte, págs. 1120-1138.
- s.c.c. 54/1977, de 30 de marzo, giur. Cost. 1977, primera parte, págs. 594-597.
- s.c.c. 103/1977, de 2 de junio, giur. Cost. 1977, primera parte, págs. 777-805.
- s.c.c. 54/1979, de 21 de junio, giur. Cost. 1979, primera parte, 413-427.
- s.c.c. 98/1979, de 1 de agosto, giur. Cost. 1979, parte primera, págs. 719-724.
- s.c.c. 125/1979, de 10 de octubre, giur. Cost. 1979, primera parte, págs. 852-870.
- s.c.c. 5/1980, de 30 de enero, giur. Cost. 1980, primera parte, págs. 21-47.
- s.c.c. 188/1980, de 22 de diciembre, giur. Cost. 1980, primera parte, págs. 1612-1629.

- s.c.c. 76/1981, de 26 de mayo, giur. Cost. 1981, primera parte, págs. 708-729.
- s.c.c. 15/1983, de 1 de febrero, giur. Cost. 1983, primera parte, págs. 53-62.
- s.c.c. 252/1983, de 28 de julio, giur. Cost. 1983, primera parte, págs. 1516-1530.
- s.c.c. 132/1985, de 6 de mayo, giur. Cost. 1985, primera parte, i, págs. 934-951.
- s.c.c. 161/1985, de 24 de mayo, giur cost. 1985, primera parte, ii, págs. 1173-1189.
- s.c.c. 300/1985, de 22 de noviembre, giur. Cost. 1985, primera parte, ii, págs. 2271-2279.
- s.c.c. 2/1986, de 14 de enero, giur. Cost. 1986, primera parte, i, págs. 9-29.
- s.c.c. 176/1986, de 7 de julio, giur. Cost. 1986, primera parte, i, págs. 1090-1092.
- s.c.c. 248/1986, de 28 de noviembre, giur. Cost. 1986, primera parte, ii, págs. 2112-2127.
- s.c.c. 269/1986, de 19 de noviembre, giur. Cost. 1986, primera parte, ii, págs. 2200-2211.
- s.c.c. 196/1987, de 25 de mayo, giur. Cost. 1987, primera parte, ii, págs. 1460-1465.
- s.c.c. 283/1987, de 23 de julio, giur. Cost. 1987, primera parte, iii, págs. 2209-2223.

- s.c.c. 561/1987, de 18 de diciembre, giur. Cost. 1987, primera parte, iii, págs. 3535-3541.
- s.c.c. 217/1988, de 25 de febrero, giur. Cost. 1988, primera parte, i, págs. 833-842.
- s.c.c. 238/1988, de 3 de marzo, giur. Cost. 1988, primera parte, ii, págs. 1027-1034.
- s.c.c. 404/1988, de 7 de abril, giur. Cost. 1988, primera parte, ii, págs. 1789-1795.
- s.c.c. 423/1988, de 7 de abril, giur cost. 1988, primera parte, ii, págs. 1941-1943.
- s.c.c. 1146/1988, de 29 de diciembre, giur. Cost. 1988, primera parte, iii, págs. 5565-5570.
- s.c.c. 252/1989, de 18 de mayo, giur. Cost. 1989, primera parte, ii, págs. 1174-1177.
- s.c.c. 269/1989, de 18 de mayo, giur. Cost. 1989, primera parte, ii, págs. 1267-1269.
- s.c.c. 310/1989, de 26 de mayo, giur cost. 1989, primera parte, ii, págs. 1400-1404.
- s.c.c. 319/1989, de 6 de junio, giur cost. 1989, primera parte, ii, págs. 1442-1452.
- s.c.c. 559/1989, de 20 de diciembre, giur. Cost. 1989, i, págs. 2564-2568.
- s.c.c. 571/1989, de 22 de diciembre, giur. Cost. 1989, primera parte, ii, págs. 2635-2642.

- s.c.c. 155/1990, de 4 de abril, giur. Cost. 1990, i, págs. 952-963.
- s.c.c. 316/1990, de 5 de julio, giur. Cost. 1990, ii, págs. 2025-2032.
- s.c.c. 467/1991, de 19 de diciembre, giur. Cost. 1991, págs. 3805-3817.
- s.c.c. 278/1992, de 17 de junio, giur. Cost. 1992, págs. 2113-2121.
- s.c.c. 13/1994, de 3 de febrero, giur. Cost. 1994, págs. 95-105.
- s.c.c. 281/1994, de 6 de julio, giur. Cost. 1994, págs. 2485-2490.
- s.c.c. 298/1994, de 13 de julio, giur. Cost. 1994, págs. 2577-2581.
- ordenanza 16/1988, de 28 de marzo, giur. Cost. 1988, primera parte, i, págs. 54-56.
- ordenanza 36/1988, de 2 de febrero, giur. Cost. 1988, primera parte, i, págs. 97-99.
- ordenanza 37/1995, de 13 de febrero, giur cost. 1995, págs. 384-387.
- s.t.c. 1/1981, de 26 de enero, b.j.c. núm. 2, págs. 119-123.
- s.t.c. 5/1981, de 29 de noviembre, b.j.c. núm. 1, págs. 23-50.
- s.t.c. 9/1981, de 31 de marzo, b.j.c. núm. 3, págs. 177-184.
- s.t.c. 11/1981, de 8 de abril, b.j.c. núm. 2, págs. 83-113.
- s.t.c. 12/1981, de 31 de marzo, b.j.c. núm. 3, págs. 191-195.
- s.t.c. 18/1981, de 8 de junio de 1981, b.j.c. núm. 3, págs. 209-215.

- s.t.c. 21/1981, de 15 de junio, b.j.c. núm. 4, págs. 259-267.
- s.t.c. 22/1981, de 2 de julio, b.j.c. núm. 4, págs. 243-255.
- s.t.c. 25/1981, de 14 de julio, b.j.c. núm. 5, págs. 324-334.
- s.t.c. 26/1981, de 17 de julio, b.j.c. núm. 5, págs. 324-334.
- s.t.c. 32/1981, de 28 de julio, b.j.c. núm. 6, págs. 415-426.
- s.t.c. 37/1981, de 16 de noviembre, b.j.c. núm. 7, págs. 491-518.
- s.t.c. 38/1981, de 23 de noviembre, b.j.c. núm. 8, págs. 567-573.
- s.t.c. 2/1982, de 29 de enero, b.j.c. núm. 10, págs. 102-106.
- s.t.c. 12/1982, de 31 de marzo, b.j.c. núm. 12, págs. 272-281.
- s.t.c. 15/1982, de 23 de abril, b.j.c. núm. 13, págs. 330-337.
- s.t.c. 16/1982, de 28 de abril, b.j.c. núm. 13, págs. 337-342.
- s.t.c. 36/1982, de 16 de junio, b.j.c. núm. 16-17, págs. 611-619.
- s.t.c. 51/1982, de 19 de julio, b.j.c. núm. 18, págs. 770-775.
- s.t.c. 62/1982, de 15 de octubre, b.j.c. núm. 19, págs. 919-931.
- s.t.c. 72/1982, de 2 de diciembre, b.j.c. núm. 20, págs. 1058-1063.
- s.t.c. 75/1982, de 13 de diciembre, b.j.c. núm. 21, págs. 41-43.
- s.t.c. 78/1982, de 29 de diciembre, b.j.c. núm. 21, págs. 51-57.
- s.t.c. 81/1982, de 21 de diciembre, b.j.c. núm. 21, págs. 65-72.

- s.t.c. 83/1982, de 22 de diciembre, b.j.c. núm. 21, págs. 72-77.
- s.t.c. 86/1982, de 23 de diciembre, b.j.c. núm. 21, págs. 17-34.
- s.t.c. 3/1983, de 25 de enero, b.j.c. núm. 22, págs. 147-158.
- s.t.c. 4/1983, de 28 de enero, b.j.c. núm. 22, págs. 169-174.
- s.t.c. 11/1983 de 21 de febrero, b.j.c. núm. 23, págs. 264-274.
- s.t.c. 12/1983, de 22 de febrero b.j.c. núm. 23, págs. 274-281.
- s.t.c. 23/1983, de 25 de marzo, b.j.c. núm. 24, págs. 382-387.
- s.t.c. 46/1983, de 27 de mayo, b.j.c. núm. 26, págs. 688-703.
- s.t.c. 55/1983, de 22 de junio, b.j.c. núm. 27, págs. 810-815.
- s.t.c. 61/1983, de 11 de julio, b.j.c. núm. 28/29, págs. 959-966.
- s.t.c. 62/1983, de 11 de julio, b.j.c. núm. 28/29, págs. 966-971.
- s.t.c. 65/1983, de 21 de julio, b.j.c. núm. 28/29, págs. 989-995.
- s.t.c. 76/1983, de 5 de agosto, b.j.c. núm. 30, págs. 1121-1179.
- s.t.c. 81/1983, de 10 de octubre, b.j.c. núm. 31, págs. 1303-1307.
- s.t.c. 89/1983, de 2 de noviembre, b.j.c. núm. 31, págs. 1317-1322.
- s.t.c. 91/1983, de 7 de noviembre, b.j.c. núm. 31, págs. 1326-1333.
- s.t.c. 111/1983, de 2 de diciembre, b.j.c. núm. 32, págs. 1487-1549.
- s.t.c. 112/1983, de 15 de diciembre, b.j.c. núm. 33, págs. 32-39.

- s.t.c. 120/1983, de 15 de diciembre, b.j.c. núm. 33, págs. 32-39.
- s.t.c. 18/1984, de 7 de febrero, b.j.c. núm. 35, págs. 363-375.
- s.t.c. 22/1984, de 17 de febrero, b.j.c. núm. 35, págs. 388-405.
- s.t.c. 48/1984, de 4 de abril, b.j.c. núm. 36, págs. 626-634.
- s.t.c. 83/1984, de 24 de julio, b.j.c. núm. 40/41, págs. 1066-1079.
- s.t.c. 124/1984, de 18 de diciembre, b.j.c. núm. 45, págs. 26-31.
- s.t.c. 110/1984, de 26 de noviembre, b.j.c. núm. 44, págs. 1421-1429.
- s.t.c. 111/1984, de 28 de noviembre, b.j.c. núm. 44, págs. 1430-1437.
- s.t.c. 47/1985, de 27 de marzo, b.j.c. núm. 48, págs. 448-455.
- s.t.c. 53/1985, de 11 de abril, b.j.c. núm. 49, págs. 515-543.
- s.t.c. 77/1985, de 27 de junio, b.j.c. núm. 51, págs. 787-825.
- s.t.c. 39/1986, de 31 de marzo, b.j.c. núm. 60, págs. 463-471.
- s.t.c. 104/1986, de 17 de julio, b.j.c. núm. 64/65, págs. 1048-1055.
- s.t.c. 106/1986, de 8 de julio, b.j.c. núm. 64/65, págs. 1041-1059.
- s.t.c. 159/1986, de 12 de diciembre, b.j.c. núm. 68, págs. 1447-1457.
- s.t.c. 163/1986, de 17 de diciembre, b.j.c. núm. 69, págs. 22-26.
- s.t.c. 26/1987, de 27 de febrero, b. J. C. Núm. 71, págs. 223-247.
- s.t.c. 37/1987, de 26 de marzo, b.j.c. núm. 72, págs. 431-463.

- s.t.c. 99/1987, de 11 de junio, b.j.c. núm. 74, págs. 717-740.
- s.t.c. 160/1987, de 27 de octubre, b.j.c. núm. 79, págs. 1433-1456.
- s.t.c. 161/1987, de 27 de octubre, b.j.c. núm. 79, págs. 1466-1474.
- s.t.c. 6/1988, de 21 de enero, b.j.c. núm.82, págs. 174-189.
- s.t.c. 9/1988, de 25 de enero, b.j.c. núm. 82, págs. 197-204.
- s.t.c. 51/1988, de 22 de marzo, b.j.c. núm. 84, págs. 554-566.
- s.t.c. 67/1988, de 18 de abril, b.j.c. núm. 65, págs. 684-696.
- s.t.c. 76/1988, de 26 de abril, b.j.c. núm. 85, págs. 609-632.
- s.t.c. 61/1989, de 3 de abril, b.j.c. núm. 96, págs. 615-621.
- s.t.c. 137/1990, de 19 de julio, b.j.c. núm. 111, págs. 233-244.
- s.t.c. 30/1992, de 9 de marzo, b.j.c. núm. 132, págs. 18-24.
- s.t.c. 37/1994, de 10 de febrero, b.j.c. núm. 155, págs. 23-28.