

Algunas consideraciones sobre la determinación jurídico práctica de los derechos fundamentales en la Constitución Española

Juan Manuel Rodríguez Calero
Area de Filosofía del Derecho

El objeto de este trabajo es determinar cuáles son los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español. Y para ello hemos de precisar, en primer lugar, qué entendemos por derechos fundamentales desde el punto de vista teórico, qué propiedades los caracterizan y en qué se diferencia este concepto de otros afines, para disponer así de una noción técnica capaz de evitar los inconvenientes que se derivan de la comparecencia de múltiples términos involucrados con la axiología y que provocan en muchos casos desorientación y desconcierto en la identificación de esta noción¹. A continuación examinaremos la plasmación de

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

este concepto en el ordenamiento jurídico español, y concretamente en la Constitución española por contener esta norma la alusión más genérica que nuestro derecho hace a los derechos fundamentales.

1. Perfiles conceptuales de los derechos fundamentales

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 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 inicialmente 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

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, p. 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, pp. 495-525.

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

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

⁴ I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Edit. Tecnos, Madrid, 1991, p. 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. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Edit. Tecnos, Madrid, 1988, p. 46. Esta definición pone en evidencia que los derechos fundamentales no sólo son facultades

derechos 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

de defensa, incorpora también el carácter objetivo o institucional que estos poseen. Sin embargo, las consecuencias que extrae el autor de esta noción cuando vincula todos los derechos humanos constitucionalizados en nuestro derecho a cada uno de los concretos valores han de ser criticadas. A.E. PÉREZ LUÑO, Sobre los valores fundamentales de los derechos humanos, en AA. VV., *El fundamento de los derechos humanos*, edición preparada por G. Peces Barba, Edit. Debate, Madrid, 1989, pp. 279-288; y en *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Edit. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 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, estos no pueden situarse en un mismo plano. Dos tipos de razones lo impiden. En primer lugar, historicamente, 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 «igualdad» y que va a equiparar 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 conceptual, 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 puede 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 implica 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* ult. p. 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 de dignidad, que pudiera fundamentar nuevos derechos humanos. La definición de Pérez Luño, sin embargo, ha gozado de un amplio reconocimiento, siendo aceptada en sus propios términos por J. MUGUERZA, La alternativa del disenso, en AA. VV., *El fundamento de los derechos humanos...*, op. cit., pp. 19-56; o E. ÁLVAREZ CONDE, *Curso de derecho constitucional*, Edit. Tecnos, Madrid, 1992, p. 245.

⁵ A.E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 46.

los derechos fundamentales se puede detectar una dimensión jurídica que no existe en la de derechos humanos, y que los distancia, así sólo los derechos fundamentales gozan de una efectiva protección jurídica que falta en los derechos humanos que se ubican en una dimensión exclusivamente moral.

En la literatura comparada también se distinguen estos conceptos y así Peter Häberle, al caracterizar los derechos fundamentales en relación al 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 jurídico⁶.

Sin embargo, no existe un acuerdo unánime en lo que acabamos de exponer, y concretamente el profesor Fernández Galiano entiende en sus *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural* 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 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 determina-

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, p. 177. 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*, *Diritto e società*, traducido al italiano por P. Ridola, 1979, pp. 197-232, p. 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, p. 14.

⁷ A. FERNÁNDEZ-GALIANO y B. DE CASTRO CID, *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*, Edit. Universitas, Madrid, 1995, p. 409. En sentido parecido Spadaro indica que los derechos fundamentales existen y son tales independientemente de que los reconozca el ordenamiento jurídico. A. SPADARO, *Il problema del «fondamento» dei diritti fondamentali*, *Diritto e società*, 1991, pp. 453-511, p. 480.

ción. 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.

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. FERNÁNDEZ, El problema del fundamento de los derechos humanos, en E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Edit. Debate, Madrid, 1984, pp. 77-126, p. 78.

⁹ A.E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 46; Sobre los valores fundadores de los derechos humanos..., op. cit., pp. 279-288. Véase también B. DE CASTRO CID, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Edit. Tecnos, Madrid, 1982, p. 25; L. GARCÍA SAN MIGUEL, ¿Qué son los derechos humanos?, *Derechos y libertades*, núm. 2, pp. 257-267, p. 258. Gregorio Peces Barba, empero, no separa derechos fundamentales y derechos humanos, 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, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Edit. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 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 SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Edit. Debate, Madrid, 1990, p. 75; Concepto de derechos humanos y problemas actuales, *Derechos y libertades*, núm. 1, pp. 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, pp. 181-190. El profesor Ara Pinilla, por su parte, al proponer su definición expresa, al menos, una identidad eventual de ambos conceptos. Así, concibe «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

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 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 que el po-

de derechos fundamentales, en AA.VV., *Problemas actuales de los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 143-158, p. 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, pp. 45-52, p. 50.

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 MORCHÓN, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Edit. Civitas, Madrid, 1992, p. 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. CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, Edit. Reus, Madrid, 1976, p. 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., pp. 135-144, p. 139.

der público ha de respetar, a las libertades clásicas caracterizadas por la pasividad del Estado frente al individuo¹¹.

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, de prestación, del Estado para que se de un disfrute real de los mismos¹². Pasa, pues, el poder público de tener una función 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 éstos¹³.

¹¹ Remedios Sánchez Ferriz 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. SÁNCHEZ 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, pp. 55-73, pp. 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, pp. 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 en relación a los derechos liberales, a su índole 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 en 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 legisla-

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 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 ley natural¹⁴.

Este concepto representa la proyección jurídico-subjetiva de la doctrina iusnaturalista, para la que el derecho natural tiene carácter jurídico. 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.

ción 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., pp. 18 y 19. Sin embargo, también es preciso advertir que el carácter activo del Estado tiene una naturaleza diversa en 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 a los derechos sociales el Estado debe también configurarlos, darles contenido. En todo caso, incluso en la doctrina actual, existen opiniones disidentes en relación 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., p. 137. En sentido contrario I. ARA PINILLA, El concepto de los derechos fundamentales..., op. cit., p. 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, pp. 11-33, p. 27.

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, p. 197.

¹⁵ G. PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general...*, op. cit., p. 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 espa-*

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 públicas¹⁶, 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 permaneciendo demasiado apegada a los clásicos derechos liberales²⁰.

ñola de 1978, edición preparada por M. Ramírez, Edit. Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 89-113, p. 92.

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, *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., p. 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., p. 22.

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

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

²⁰ G. PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 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

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 derecho natural tiene que ser reconocido por el ordenamiento jurídico; 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 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 por dignidad humana²¹.

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, pp. 149-160, p. cit., 151; véase también J. GARCÍA ANÓN, *Las teorías de los derechos morales: algunos problemas de concepto*, Anuario de filosofía del derecho, 1991, pp. 391-408, p. 401.

²¹ Es necesario destacar el carácter dinámico y evolutivo de los derechos fundamentales, su capacidad de responder a las diversas concreciones de la 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, *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 293 y 294. Véase también I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos...* op. cit., pp. 114 y ss; N. LÓPEZ CALERA, *Naturaleza dialéctica de los derechos humanos*, Anuario de derechos humanos, núm. 6, 1990, pp. 71-84.

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 Cid²², 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 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

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

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, contraponen 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., pp. 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, pp. 31 a 39.

y colectivos de la subjetividad, mientras que en el *objetivo* han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados»²⁴.

2. Los derechos fundamentales en la Constitución Española

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 tam-

²⁴ A.E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 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, pp. 11-52, p. 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, *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., p. 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, p. 12. Véase también P. PÉREZ TREMPES, Los derechos fundamentales, en L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPIN, J. GARCÍA MORILLOS, P. PÉREZ TREMPES y M. SATRÚSTEGUI, *Derecho constitucional*, Edit. Tirant lo blanc, Valencia, 1994, Vol. I, pp. 125-144, pp. 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, p. 36; J. PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 260.

²⁵ P. CRUZ VILLALÓN, Formación y evolución de los derechos fundamentales, en AA. VV., *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Edit. Dirección General

bién histórica, y ya en las primeras constituciones se recogen los 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 ingleses²⁶.

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 asumido, pues en él no se

del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría general técnica de publicaciones, Madrid, 1988, Vol. I, pp. 157-184, p. 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. PÉREZ LUÑO, El proceso de positivación de los derechos fundamentales, en A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., p. 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 SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales...*, op. cit., p. 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, *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., p. 358.

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., pp. 139 y ss.

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.

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 tales²⁸.

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 a los derechos fundamentales. b) En segundo lugar, porque, de acuerdo con la definición de derechos fundamentales que establecíamos, éstos habrían de concretar de forma inmediata 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 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 la dignidad humana y los derechos allí localizados. No obstante, sí podemos decir que, al menos *a priori*, existe una equivalencia

²⁷ Véase nota pie de página núm. 10.

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., pp. 307-310, p. cit. 309. Véase también G. PECES BARBA, La protección de los derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional, en G. PECES BARBA, *Libertad, poder y socialismo*, Edit. Civitas, Madrid, 1978, pp. 101-131, publicado también en Boletín informativo de ciencia política, 1972, pp. 57-83; I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos...*, op. cit., pp. 36 y ss.

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... Esta asimilación la reconoce Benito de Castro Cid cuando señala que 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, pp. 121-151, p. cit. 131.

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 fundamentales³⁰.

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.

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 Constitución³¹. Esto supondría de acuerdo con nuestro enfoque teórico que todos y cada uno de los derechos constitucionales constituyeran la traducción inmediata del valor que representa 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

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., pp. 260-277, pp. cit. 272 y 273.

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. GASCÓN ABELLÁN y L. PRIETO SANCHÍS, Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional, *Anuario de derechos humanos*, núm. 5, 1988-1989, pp. 97-120, p. cit. 106.

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 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. 10 com-

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, p. 124. Para el Profesor Rodríguez Paniagua el art. 10 consagrará 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. RODRÍGUEZ PANIAGUA, El artículo 10.1 de la Constitución española y la fundamentación ética de los derechos humanos. Apéndice de *Leciones de derecho natural como introducción al derecho*, Edit. Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 296.

³³ L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del ordenamiento...*, op. cit., p. 135. En el mismo sentido Lorca Navarrete dice que el art. 1 de la 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., p. 12.

portaría la incorporación de la tradición hermenéutica internacional a través de las fórmulas interpretativas que en materia de derechos fundamentales se utilizan en relación a la Declaración universal de los derechos humanos y a los tratados y acuerdos internacionales que sean ratificados por España³⁴. 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 fundamentales³⁵. En el art. 11 se establecen los principios constitucionales en materia 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 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

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, p. 337.

³⁶ El art. 13.1 señala «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-literal 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».

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, 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 y de extranjería, y la determinación del momento a partir del cual se entiende que los españoles son mayores de edad, pero de manera alguna alude a facultades o valores que representen de forma inmediata la 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...

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 española³⁸.

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., p. 134.

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., pp. 75 y 76. Igualmente De

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 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 individuos³⁹. 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 de prestación 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 socialista⁴⁰. Además, en la Sección II de este

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., p. 132. Véase también G. PECES BARBA, *Génesis de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución española de 1978*, en G. PECES BARBA, *Derecho y derechos fundamentales*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1993, pp. 177-200, p. 194; artículo recogido también en AA. VV., *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 289-309; A. TORRES DEL MORAL, *Principios de derecho constitucional...*, op. cit., p. 336-338; R. SÁNCHEZ FERRIZ, *Estudios sobre las libertades*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 38.

³⁹ Véanse pp. 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., p. 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...».

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 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 Primera, 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), 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 estos, 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 enun-

ciados 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.

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

⁴¹ Véase nota pie de p. 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.

⁴² P. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 161; P. PÉREZ TREMP, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 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. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 108.

⁴³ P. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 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. (p. 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 la ley para su determinación». J.C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, op. cit., pp. 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

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.

Esta postura sería contraria a cierta doctrina del Tribunal Constitucional 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 teóricas⁴⁴.

disponían de protección a través del recurso de amparo. DIEZ PICAZO y L. PONCE DE LEÓN, La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales, en AA. VV., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 289-296, p. cit. 293. Igualmente véase L. AGUIAR DE LUQUE, *Los límites de los derechos fundamentales*, Revista del Centro de estudios constitucionales, 1993, enero-abril, pp. 9-34, p. 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 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, siguiendo entre otras las SS.T.C. 18/1981, de 8 de junio, fto. jco. 4, 76/1983, de 5 de agosto, fto. jco. 2, 161/1987, de 27 de octubre, fto. jco. 2, o 67/1988, de 18 de abril, fto. jco. 4. 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 GARCÍA, *Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria*, en AA.VV., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 205-230, p. 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 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 CALLEJÓN, *Derechos fundamentales y Constitución normativa*, en AA.VV., *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos*

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 del hombre, 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, el recurso de amparo o la reserva de ley orgánica, implican una mayor protección de un derecho determinado pero no pueden definir en caso alguno la existencia de un derecho fundamental.

fundamentales..., op. cit., p. 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., pp. 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., pp. 2089-2104; o el propio G. PECES BARBA, *Génesis de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución española...*, op. cit., pp. 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. La tesis 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, de 27 de mayo, 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.» (Véase también la S.T.C. 67/1988, de 27 de mayo, fto. jco. 4). 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)...»