

NATURALEZA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

ANTONIO TORRES DEL MORAL
Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)

1. INTRODUCCIÓN

Es frecuente que la doctrina y la jurisprudencia hablen de la naturaleza de los derechos constitucionales, sobre todo de los fundamentales, como un bloque, como si a todos les correspondiera la misma. Sin embargo, un somero análisis de los derechos evidencia la diferente naturaleza de muchos de ellos; si no de todos y cada uno, sí al menos tomados en diversos grupos.

Unos son derechos de libertad; otros, de participación; otros, en fin, de prestación. Unos (sean, por ejemplo, los derechos a la educación y a la tutela judicial) confieren al sujeto una facultad de exigir de los poderes públicos el cumplimiento de una obligación determinada, y otros (verbigracia, la libertad ideológica) apenas requieren otra cosa que la abstención de los mismos, salvo la garantía jurídico-penal que alcanza a todos los derechos. Unos, por tanto, son derechos a la conducta propia de su sujeto activo (derechos de libertad, libertades), en tanto que otros lo son a la conducta ajena del correspondiente sujeto pasivo. Varían muchos de ellos por razones del sujeto (contemplado éste no sólo en la titularidad del derecho, sino también en su ejercicio y defensa), por razones de su objeto, de su fin y de las garantías de que están revestidos.

El sentido que tiene entonces esa referencia en bloque a la naturaleza de los derechos es el de poner de relieve que éstos constituyen un *sistema* integrado por diversos elementos interrelacionados (derechos propiamente dichos, garantías, obligaciones...), y que este *sistema de los derechos* ocupa una posición relevante en el régimen constitucional. En este significado global todos quedan hermanados. A partir de ahí comienzan las diferencias entre ellos.

Pues bien, los caracteres comúnmente reconocidos, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, a los derechos así entendidos –como bloque, como sistema– son los de ser derechos públicos subjetivos y elemento objetivo del Ordenamiento jurídico. A mi juicio cabe hacer un elenco algo diferente. El concepto de “elemento objetivo del Ordenamiento jurídico” es poco expresivo de lo que se quiere indicar, que no es otra cosa que la de ser esencia del régimen constitucional democrático. Y, en segundo término, cabe añadir un tercer rasgo: los derechos constitucionales son mandatos a los poderes públicos que requieren una política positiva de derechos.

Véamoslos por separado.

2. DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

El derecho subjetivo consiste, como dice García de Enterría, en “la posibilidad atribuida al individuo de poner en movimiento una norma jurídica en su propio interés”. Como tal, comporta, en terminología de Ihering, un interés jurídicamente protegido. El interés o fin práctico perseguido es el elemento sustancial del derecho. Su elemento formal lo constituye la protección que le dispensa el Ordenamiento jurídico.

Si decimos, además, que estos derechos subjetivos son *públicos*, queremos poner de relieve que son exigibles frente al Estado, frente a los poderes públicos.

Esta categoría fue desenvuelta por la iuspublicística alemana de fines de la pasada centuria intentando con ella resolver el problema de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado sobre la construcción teórica de la personalidad jurídica de éste. En efecto, sólo considerando al Estado persona y, por tanto, inserta en el tráfico jurídico, puede entrar en relación jurídica con el ciudadano y éste reclamar de aquél un determinado comportamiento.

En aquellos momentos dicho comportamiento era sobre todo, si no exclusivamente, el respeto de los derechos y la abstención de toda actuación injerente en los mismos. Estábamos en pleno Estado liberal. Ello ha sido motivo de que, reparando en la diferente naturaleza de los derechos emergidos en el constitucionalismo social, algunos autores deduzcan la insuficiencia de la categoría que comentamos, por cuanto los derechos sociales no exigen abstención de los poderes públicos, sino prestación y promoción. Así, por ejemplo, J. L. Cascajo¹ y A. E. Pérez Luño².

No obstante, así como el Estado social se ha superpuesto al Estado liberal complementándolo sin abolirlo, siempre en tensión dialéctica con él, pero armonizables al cabo, o, cuando menos, no rígidamente excluyentes, así también la categoría jurídica de los derechos públicos subjetivos puede ser reinterpretada y acomodada al nuevo constitucionalismo sin grave contradicción. Pues, efectivamente, cada derecho demanda de los poderes públicos lo que conviene a su naturaleza. Los de la primera generación demandaban abstención porque eran derechos y libertades individuales, mientras que los derechos sociales demandan prestación. Si el acento se pone en que aquéllos se oponían frente al Estado y éstos requieren su colaboración, habrá contradicción. Pero si el énfasis se coloca en que unos y otros se manifiestan como exigibles de cara a los poderes públicos, cada uno a su modo, no se ve grave obstáculo en seguir llamándolos derechos públicos subjetivos, siempre que no escleroticemos esta categoría en el concepto y alcance que le dio la dogmática alemana hace un siglo, cuando ni por asomo se percibía atisbo alguno del constitucionalismo social³.

¹ CASCAJO, J. L.: “El problema de la protección de los derechos del hombre”, en la obra colectiva *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Universidad de Sevilla, 1979, págs. 261 ss.; y “La jurisdicción constitucional de la libertad”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 199, Madrid, 1975, págs. 162-164.

² PEREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, ob. cit., págs. 33-34.

³ Cfr. BIDART CAMPOS, G.: *Teoría General de los derechos humanos*, ob. cit., págs. 156-168; del mismo autor y HERRENDORF, D.E.: *Principios de derechos humanos y garantías*, ob. cit., págs. 102 ss.

Por la misma razón, tampoco obsta a dicha calificación el que muchos de los derechos -no sólo los “nuevos”, sino también algunos de los tradicionales del Estado liberal- sean eficaces en las relaciones entre particulares y no sólo en las habidas entre los ciudadanos y los poderes públicos. Esta nueva faceta era igualmente insospechada en la primera acuñación del concepto que estudiamos; pero, por muy entre particulares que sea la relación jurídica a *quo*, el carácter público del derecho es innegable desde el momento en que también en estas ocasiones se requiere del Estado que vele y garantice *erga omnes* esa eficacia jurídica del derecho en cuestión⁴. Y es que en el Estado social se difumina un tanto la línea divisoria entre el Estado y la sociedad: el Estado se socializa y la sociedad se incorpora al Estado y no se distancia de él como en la teoría clásica.

De otro lado, el reconocimiento constitucional de los derechos no equivale a un simple mandato al legislador sin fuerza para amparar por sí mismo pretensiones individuales. El hecho mismo de que la Constitución los dote de una especial tutela los dota de aplicabilidad inmediata.⁵

Menos aún necesitan estos derechos, para ser ejercidos, de su reconocimiento por parte de la Administración. Dicho ejercicio no exige de la Administración sino su abstención pura y simple, su mera actitud de no injerencia o su aplicación de las normas reguladoras pertinentes, quedando derogadas, sin necesidad de que la Administración o los Tribunales lo declaren⁶, todas las normas reglamentarias preconstitucionales que limitan esos derechos.

Una vez incorporados los derechos al Ordenamiento jurídico y dotados de las garantías habituales en el Derecho comparado, son derechos públicos subjetivos, y en su virtud:

- a) Tienen eficacia inmediata sin necesidad de previo desarrollo legislativo.
- b) Están informados por los caracteres esenciales de alteridad y exigibilidad⁷, cuyas dos proyecciones fundamentales son:
 - b.1) Vinculan a todos los poderes públicos de forma diferente según sea el derecho y el poder público en cuestión.
 - b.2) Algunos de ellos extienden su eficacia *erga omnes*, y, por tanto, también entre particulares, por encima de sus relaciones jurídico-privadas.
- c) Son ejercitables ante los órganos judiciales.
- d) Son limitados, no absolutos; pero sus limitaciones y restricciones deben estar reguladas por la propia Constitución o por la ley y ser medidas necesarias en una sociedad democrática.
- e) La mayoría de ellos tienen por sujeto a las personas físicas, pero los hay susceptibles de ser ejercidos por personas jurídicas.
- f) Tienen por sujeto lo mismo al nacional que al extranjero, con algunas excepciones.

⁴ *Ibidem*, obras y lugares citados.

⁵ STCE 15/1982, de 23 de abril.

⁶ STCE 77/1982, de 20 de diciembre.

⁷ Cfr. BIDART CAMPOS, G.: *Teoría General de los Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 152; y *Constitución y derechos humanos*, ob. cit., págs. 61-62.

3. ESENCIA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO

Pero los derechos son también un elemento objetivo del Ordenamiento jurídico. Son la esencia misma del régimen constitucional. De ahí su posición superior dentro del Ordenamiento, que debe ser interpretado siempre de conformidad con ellos. Son la plasmación cierta y plena del Estado social y democrático de Derecho⁸. Y, por eso mismo, los preceptos constitucionales que formulan derechos y libertades tienen una dimensión de garantías institucionales.

Como hemos comentado en el anterior epígrafe, su dimensión de derechos públicos subjetivos no es óbice para que, cuando la naturaleza del derecho así lo demande, pese sobre los poderes públicos la obligación positiva de crear las condiciones y remover los obstáculos para lograr su efectividad. Así sucede con los derechos de prestación, como, por ejemplo, el derecho a la instrucción y el derecho a la asistencia y defensa por parte de un letrado.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene establecido que el Convenio de Roma obliga a los Estados tanto en su faceta de poder público como en la de empresario⁹. Debe, por tanto, respetar en las empresas públicas las mismas libertades (por ejemplo, las de reunión y asociación sindicales, el derecho a realizar negociaciones colectivas, etc.) que como poder público obliga a respetar a otros empresarios.

Como la libertad es la regla en un Estado democrático de Derecho, su limitación es la excepción y, como tal, debe estar sólidamente justificada y hacerse por ley. Por eso, aunque los derechos no son absolutos, sino limitados, no se los puede subordinar a cualquier fin social o general. Eso conduciría a su entero sacrificio. El Convenio Europeo de Derechos Humanos establece, de manera casi uniforme en cada uno de sus preceptos, que el ejercicio de la libertad o del derecho correspondiente puede ser sometido por ley a ciertas restricciones "que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática", para la seguridad nacional, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de los derechos ajenos, etcétera.

Según puede apreciarse, el grado de precisión o determinación de estos conceptos es muy variado, lo que ha movido al Tribunal Europeo a desenvolver una muy ponderada jurisprudencia en torno a este problema. Me parece relevante que en dicha jurisprudencia se ponga tanto empeño en las precisiones materiales como en las formales, es decir, tanto en determinar el concepto de moral y de orden público como en si la medida en cuestión es homologable por un Estado democrático de Derecho. En este segundo orden de consideraciones, la limitación debe estar adoptada por ley y su necesidad se mide con el metro de una sociedad democrática¹⁰.

A la postre, son estos criterios formales los que prevalecen en la argumentación jurídica. Así, el Tribunal Europeo ha sostenido que en las medidas restrictivas hay que respetar los valores o principios fundamentales de una sociedad democrática,

⁸ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español es copiosa en este punto. Cfr., entre otras muchas, SSTCE 49/1982, de 14 de julio; 10 y 34/1986, de 24 de enero y 21 de febrero; así como ATCE 146/1983 de 13 de abril.

⁹ STEDH de 6-II-1976, caso Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras.

¹⁰ SSTEDH de 25-III-1983, caso Silver y otros. La sentencia desenvuelve y reitera la doctrina establecida en otras muchas anteriores: SSTEDH de 7-XII-1976, caso Handyside de 6-IX-1978, caso Klass y otros; de 26-IV-1979, caso "Sunday Times", etc.

entre los que figura la preeminencia del Derecho. Esta, a su vez, implica, entre otras cautelas, que dichos procedimientos sean controlados por un Poder Judicial independiente, imparcial y con un procedimiento regular establecido¹¹. Una y otra vez, como vemos, es el concepto de democracia, de Ordenamiento jurídico democrático o de Estado democrático de Derecho el que ayuda a precisar y a hacer reconocible el sistema de los derechos y de sus límites y excepciones; de otro modo, quedaría en un inquietante estado vaporoso.

Por último, prohíbe el artículo 18 del Convenio que esas restricciones de los derechos y libertades sean aplicadas con una finalidad distinta de aquella para la que fueron previstas por el Ordenamiento jurídico respectivo.

Como estamos observando, el sistema de derechos –y, por coherencia lógica interna, los derechos concretos que lo integran– conforma un componente –seguramente el fundamental– del *orden público del Estado democrático*, en el sentido técnico y preciso de este concepto de orden público, esto es, el conjunto de institutos jurídicos que identifican la esencia del régimen y de su Ordenamiento jurídico. De esta calificación se desprenden varios rasgos, algunos de ellos coincidentes con los expuestos a tenor de su consideración como derechos públicos subjetivos; a saber:

- a) Vinculan a todos los poderes públicos.
- b) Algunos de ellos tienen eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares.
- c) Viven y son ejercidos de conformidad con el Ordenamiento jurídico, no al margen de él ni, menos aún, contra él, constituyendo un sistema en el que deben potenciarse unos a otros y armonizarse todos entre sí.
- d) Deben ser interpretados en sentido extensivo y favorable (*favor libertatis*), en tanto sus límites y limitaciones deben serlo de modo restrictivo.

Pero, al mismo tiempo y dado el grado de internacionalización de los derechos, éstos se han erigido en principios generales del Derecho internacional y en parte de su *ius cogens*¹². O, lo que es lo mismo, también conforman una especie de *orden público internacional y supranacional* que legitima la emergencia de instituciones y jurisdicciones en tales ámbitos para su protección, con la correspondiente merma de la autonomía estatal interna en este terreno, e incluso con la habilitación para la intervención internacional en los Estados que vulneran gravemente los derechos humanos.

4. MANDATO A LOS PODERES PÚBLICOS

El estado se justifica por sus fines, y entre éstos, ninguno tan noble y esencial como el disfrute de los derechos por parte de los ciudadanos. Nada de lo concerniente a éstos puede ser ajeno al Estado. De ahí la nota antes comentada de la vinculación de los poderes públicos a los derechos.

Esto se hace especialmente evidente respecto de algunos derechos y de algunos poderes. En cuanto a los primeros, basta con recordar con Laski que “existen ciertos elementos vitales en el bien común que sólo pueden alcanzarse mediante la acción del Estado –educación, vivienda, salubridad pública, seguridad contra el

¹¹ STEDH de 6-IX-1978, caso Klass y otros, citada.

¹² Cfr. BIDART CAMPOS, G.: *La interpretación del sistema de derechos humanos*, ob. cit., pág. 75.

desempleo...” Y añade: “lejos de producirse un necesario antagonismo entre la libertad individual y la autoridad del gobierno, existen áreas de vida social en que el segundo factor es necesaria condición del primero”¹³.

En cuanto a los segundos, es un valor entendido que el juez es el tutor natural de los derechos, pero también que es al legislador al que le corresponde la primera tarea de regulación y desarrollo de los mismos, por la centralidad de la ley y del Parlamento en el sistema político demoliberal.

Pero ¿es posible siquiera el legislador de los derechos? Se hace esta pregunta P. Cruz Villalón para llamar la atención acerca de que en los actuales regímenes constitucionales democráticos esta tarea la cumple ante todo el legislador constitucional¹⁴.

Merece la pena evocar el debate constituyente español del texto de 1869. En él se decantaron dos posturas enfrentadas. Una, la de Cánovas, era la clásica del liberalismo doctrinario: los derechos individuales deben figurar con límites precisos y ser regulados por leyes técnicas; de lo contrario, generan indisciplina, desorden social y, consiguientemente, su propia violación. Otra, la posición liberal radical, que acabó triunfando, profesaba un acusado iusnaturalismo racionalista, conforme al cual los derechos individuales son naturales como lo son la respiración y la circulación de la sangre, inalienables e *ilegislables*.

Esta última expresión no quería significar, evidentemente, un necesario silencio del legislador. En ese caso, el propio constituyente debería haberse abstenido de toda regulación de los derechos y haberse limitado a incluir en el texto fundamental una declaración general y abierta de todos los derechos. *Ilegislable* venía a querer decir no susceptible de restricciones por la ley, ni de medidas preventivas que dificultaran su ejercicio; los abusos a que pudiera dar lugar dicho ejercicio sólo deberían ser sancionados *a posteriori* por los tribunales.

A esta concepción respondió el artículo 22 de aquel texto constitucional: “No se establecerá ni por las leyes ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título”. Por eso, los límites de los derechos los puso, en su caso, la propia Constitución, para evitar su posterior desnaturalización legal, como otras veces había sucedido.

No obstante, el artículo 31 previó la suspensión temporal de las garantías concernientes a ciertos derechos, debiendo hacerse siempre mediante ley, cuando así lo exigiera la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias y con los límites que el mismo precepto constitucional establecía. Y es que, a la postre, el legislador es ineliminable en materia de derechos y libertades¹⁵. Como decía H. Heller, en la realidad social la libertad debe siempre estar organizada.

El constitucionalismo posterior a 1945 ha modificado su posición en el problema de los derechos. Frente al carácter programático que la Constitución de Weimar atribuía a las normas referentes a los derechos, la vigente Ley Fundamental de Alemania dice taxativamente en su artículo 1.3: “Los derechos fundamentales que

¹³ LASKI, H. J.: “Hacia una declaración universal de los derechos del hombre”, en CARR, E. H. y otros: *Los derechos del hombre*, ob. cit., págs. 122-123.

¹⁴ CRUZ VILLALÓN, P.: “El legislador de los derechos fundamentales”, en LOPEZ PINA, A. (dir.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, ob. cit., pág. 125.

¹⁵ Cfr. TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, Madrid, 5ª edic., 1994, págs. 102-103.

se relacionan a continuación vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derechos directamente aplicables”.

Este ha sido el punto de partida. Los derechos son aplicados a pesar de la inhibición del legislador. Pero sobre éste pesa la obligación positiva de su regulación, garantía y desarrollo.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 25.2 de la Constitución griega de 1975: “El reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, *siempre en proceso de ser actualizados*, van dirigidos al progreso social en libertad y en justicia” (cursiva mía). Y el artículo 53 de la Constitución española, el cual, después de vincular los poderes públicos a los derechos, reserva al legislador, a la ley, su regulación, ley que, cuando se trata de los denominados en España “derechos fundamentales y libertades públicas”, ha de ser *orgánica*, la cual requiere un mayor consenso en el Parlamento.

Así, como comenta P. Häberle, ya en 1971 se empezó a hablar en Alemania de una política de derechos fundamentales como tarea del Estado¹⁶. Y, como hemos dicho antes, por la posición central del Parlamento y de la ley en los regímenes demoliberales, esa tarea le incumbe al legislador en primerísimo lugar.

Se trata de una política de prestación, de promoción, de búsqueda de la eficiencia, de optimización de los derechos; de una tarea política positiva que busca contribuir en la creación o conformación de la realidad y no meramente respetarla. Pues, si bien es cierto que el legislador está limitado en dicha función por el necesario respeto del contenido esencial de los derechos, también lo es que es el legislador mismo el que conforma o ayuda a conformar dicho contenido esencial precisamente en el ejercicio de su política de derechos fundamentales.

¹⁶ HÄBERLE, P.: “El legislador de los derechos fundamentales”, en LOPEZ PINA, A. (dir.): *La garantía...*, ob. cit., págs. 110 ss.