

Capítulo decimotercero

CONTROL CONSTITUCIONAL, DESARROLLO LEGISLATIVO Y DIMENSIÓN JUDICIAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. . .	239
I. Exigencias ineludibles sin fundamento conocido	239
II. Dimensión ética del control de constitucionalidad	242
III. La ruptura de la inmanencia legalista	247
IV. Fronteras actuales de la lucha por los derechos humanos . .	251

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

CONTROL CONSTITUCIONAL, DESARROLLO LEGISLATIVO
Y DIMENSIÓN JUDICIAL DE LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. EXIGENCIAS INELUDIBLES SIN FUNDAMENTO CONOCIDO

La vigencia actual de la apelación a los “derechos humanos” en el ámbito europeo aparece marcada por dos factores contradictorios. Por una parte, desde un punto de vista *político*, se ha consolidado como exigencia ética indiscutible que la legalidad positiva y la actuación de los poderes públicos los respeten del modo más exquisito. Por otra, desde un punto de vista *filosófico*, se regatea toda validez a cualquier línea doctrinal capaz de brindarles un fundamento mínimamente consistente.¹ Se pretende, pues, que la práctica jurídico-política gire en torno a una realidad que la teoría se resiste a tomarse en serio.

En la *reconstrucción jurídico-constitucional* de la posguerra arraigó la convicción de que era ineludible un cambio decisivo: de la idea de que no hay otros derechos que los (subjetivos) que resulten del contenido de unas leyes previas había que pasar a subordinar las leyes a las exigencias de unos derechos (fundamentales) anteriores a ellas. Si todo ordenamiento jurídico se venía concibiendo como expresión del “mínimo ético” indispensable para hacer posible en cada caso la convivencia, dejando a la libre iniciativa la aceptación de exigencias más generosas, el respeto a los derechos humanos se convierte ahora en su núcleo indiscutible. Sin él, una sociedad se encontraría bajo mínimos, al hacerse imposible una convivencia propiamente “humana”.

¹ De ello nos hemos ocupado en nuestros trabajos “Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía” y “Para una teoría «jurídica» de los derechos humanos” incluidos luego en el volumen *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 127-168.

Decenios después esta convicción práctica rebrota, cuando el agotamiento histórico de los regímenes autoritarios de Portugal y España da paso a *transiciones democráticas* insólitamente marcadas por la reconciliación y ajenas a los traumas del conflicto bélico. Aparte de servir de punto de referencia para la reconversión de regímenes autoritarios de América Latina, se convierten en precedente —siquiera cronológico— de los actuales intentos de reconstrucción de los desmoronados regímenes socialistas del Este.

Esta continuidad de la exigencia práctica de los “derechos humanos” se ha ido viendo, paradójicamente, acompañada por una querencia hacia un *pensamiento* demasiado *débil* para asumir una objetividad ética capaz de brindarles apoyo. Mientras que en la inmediata posguerra se constataba un “eterno retorno del derecho natural”, y un decenio después se intenta —oscilando entre la fenomenología o una mera metafísica inconfesada— mantener dosis más livianas de fundamento ético objetivo, por la vía de la “naturaleza de la cosa”, en los años setenta teoría y práctica parecen ya resignadas a ir cada una por su lado sin mayor sofoco.

Todo ello ha ido consolidando una curiosa cultura de *doble lenguaje*, que —si no se renuncia a pensar— parece abocar a un ingrato dilema: o el silencio cínico o la esquizofrenia militante. No nos está filosóficamente permitido hablar en serio de los derechos humanos, pero a nadie seduce la posibilidad de vivir sin ellos ni podrá políticamente atreverse siquiera a proponerlo. Negarlos en la práctica resultará tan impresentable como empeñarse teóricamente en precisar su fundamento.

Ni positivismo ni marxismo, que han venido dominado durante estos decenios la teoría del conocimiento, dieron nunca su *nihil obstat* a tan preciados derechos. Por una vez se mostraron acordes, al tacharlos —por bien distintas razones, como es obvio— de falseadores “ideológicos” de la realidad, al servicio de intereses más o menos aceptables. O bien optaron por criticarlos —planteando supuestas “libertades reales” como alternativa obligada de las bien conocidas “libertades formales”— o bien los condenaron a flotar ingravidamente sobre las nubes del benévolo relativismo tolerable por el pensamiento débil.

A la *contradicción entre vacío teórico y aceptación práctica* se añade la de las razones que justifican ese indulto paralelo. No tardarán en aflorar las secuelas. Aunque intentaran camuflar terminológicamente este añadido *doble lenguaje práctico*, los cuerpos jurídicos meta-constitucionales (los pactos que desarrolla la Declaración Universal propiciada por

las Naciones Unidas, por ejemplo) no pudieron disimular la coexistencia de dos almas bien diversas.

Lo mismo ocurrirá en textos constitucionales posteriores. Como si de suaves matices se tratara, habrá quien —suscribiendo un radicalismo garantista, inflexible ante cualquier asomo de opresiva intervención estatal— acabe proponiendo que cualquier restricción de la libertad haya de ser específicamente justificada; no faltará campo de juego para dar paso a la “discriminación inversa” imprescindible para que la igualdad sea algo más que mera coartada; cabrá incluso considerar de obligado cumplimiento la opción por un Estado social y “democrático” de derecho,² que desbordaría a la socialdemocracia.

Resulta especialmente llamativo que —ante este panorama— se nos anime a seguir la táctica del avestruz, recurriendo a un curioso enroque jurídico: puesto que todos estamos de acuerdo en que no cabe prescindir de los derechos humanos, marginemos ociosos debates sobre su fundamento real —sólo útiles para dividir a tanto bienpensante comprometido a no pensar— y atendamos a las fórmulas jurídicas eficaces para protegerlos en la práctica.³ ¿Es realmente inocua esta heroica decisión? Sería

² En el ámbito español, la primera postura la defiende A. Ruiz Miguel (“Autonomía individual y derecho a la propia vida. Un análisis filosófico-jurídico”, *Revista Centro Estudios Constitucionales*, Madrid, 1993, 14, pp. 135-165, especialmente pp. 148, 161 y 150), para el que el artículo 17.1 de la Constitución no tendría el alcance meramente formal de una norma de clausura del ordenamiento, sino el de “un criterio material que afirma que la ley no debe prohibir ciertas actividades que, por formar parte esencial de la libertad personal, deben estar permitidas”; en consecuencia, habría que revisar la “razonabilidad” de cualquier limitación a la libertad y la “necesidad perentoria” de las más graves. La segunda encuentra apoyo en el artículo 9.2 de la Constitución, de inequívoca factura italiana, según el cual “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política económica, cultural y social”. La tercera la propone E. Díaz, para quien un año antes de que la expresión “Estado social y democrático de derecho” se recoja en el artículo 1.1 de la Constitución, el Estado democrático de derecho “se propone como base la liquidación del sistema neocapitalista y el paso progresivo a un modo de producción socialista” (“El Estado democrático de derecho y sus críticos izquierdistas”, incluido luego en *Legalidad-Legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 149-186, en concreto p. 157).

³ Al respecto, Bobbio, N., “Presente e avvenire dei diritti dell'uomo”, incluido en la primera edición de *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 131-157; hay una versión posterior española en *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, 1, pp. 7-28, especialmente pp. 9-12

grave que tras conseguir —con tan costosa abstemia intelectual— plasmar en una fórmula textual el decidido propósito de proteger un derecho humano básico, hubiera que acabar reconociendo resignadamente que su valor práctico dependerá en cada circunstancia de la fuerza utilizable en su respaldo.⁴

Por si fuera poco, aunque aceptáramos que fuera el *consenso social* fácticamente en vigor —y no la fuerza pura y dura— lo que nos sirva de punto de apoyo, va emergiendo en nuestros días un problema adicional. ¿Durante cuánto tiempo podremos seguir imaginando ordenamientos jurídicos que remiten a un consenso social homogéneo? Nuestras sociedades europeas comienzan con indisimulada dificultad a estrenar, decenios después, la experiencia norteamericana de convivencia multicultural, multiracial, multireligiosa... Dejando al margen los poco disimulados intentos de frenar este proceso, ¿acabaremos también en Europa identificando en la práctica el “consenso” indiscutido con las posturas tradicionales de los “WASPs” de turno, destinados quizá a quedar algún día en minoría?

Sumidos en el doble lenguaje —aun sin perder la esperanza de que algún día se levante el vigente anatema contra cualquier propuesta de ética objetiva— sólo nos quedan los mecanismos de control constitucional para intentar que los derechos humanos acaben siendo algo más que confortable palabrería. Su funcionamiento real no dejará, sin embargo, de aportar —junto a indudables avances prácticos— algunas contradicciones adicionales.

II. DIMENSIÓN ÉTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Si, en el ámbito filosófico, los derechos humanos sufren las consecuencias del destierro de la ética objetiva —a la que no se deja de acudir, si quiera retórica o ambigualmente, en los textos para poderles conferir alguna

⁴ “Desengañense sus señorías. Todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, «todos» permitirá una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la «persona» impide una ley de aborto”; afirmó, en funciones de portavoz del Grupo Socialista durante el debate del artículo 15 de la Constitución, el profesor G. Peces-Barba Martínez, ante el Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 6 de julio de 1978 (*La Constitución española. Trabajos parlamentarios*, 2a. ed., Madrid, Cortes Generales, 1989, t. II, p. 2038).

identidad—, en el ámbito teórico-jurídico entrarán de modo inevitable en *conflicto con* la rutinaria pervivencia⁵ del *normativismo positivista*.

Kelsen, su más riguroso exponente, se niega a conceder a los derechos —cualquiera que sea el calificativo que los acompañe— más consistencia real que la de mero reflejo de la única realidad jurídica: las normas.⁶ Las Constituciones harían bien, de concebirse rigurosamente, en prescindir de alusiones a derechos humanos o demás imagería retórica.⁷ Una Constitución no es, al fin y al cabo, sino una norma positiva más; eso sí, la primera. No habríamos salido, por tanto, del viejo encuadre de los derechos en las leyes.

Dentro del concepto kelseniano del derecho como sistema “dinámico”,⁸ no cabe imaginar a la Constitución como un depósito de primeras exigencias éticas y valorativas, destinado a encontrar desarrollo y relevancia práctica a través de las leyes. Por más que sea eso precisamente lo que en buena parte sugieran los recientes textos constitucionales, tal género literario sería —para él— más propio de un metajurídico “derecho natural”, positivado contra natura, que de una norma jurídica que se precie.

La Constitución no parece, pues, sino la primera y suprema ley. Encarna, sin embargo, una realidad jurídica dudosamente “positiva”. Más que proponer el modo concreto de regular relaciones sociales —que será lo propio de las leyes positivas—, contiene una panoplia de fórmulas que permitirán en su momento vetar determinadas leyes. La Constitución es, en realidad, *legislación negativa*; y como tal se configurará su capacidad de control de las leyes en el sistema “concentrado” de diseño kelseniano, que será —introduciendo una nueva fuente de contradicciones...— al que se acabe recurriendo en la Europa continental.

⁵ Al respecto nuestro trabajo “La crisis del positivismo giuridico. I paradossi teorici di una «routine» pratica”, *Iustitia*, 1991, 4, pp. 333-375.

⁶ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1967, p. 132

⁷ H. Kelsen rechaza toda posible aplicación de normas “suprapositivas”, de derecho natural o de “principios no traducidos en normas de derecho positivo”, que consistirían en “postulados no jurídicamente obligatorios, que expresan en realidad sólo los intereses de algunos grupos”. Dado que no es posible darles “un contenido unívoco”, sólo sirven para “cubrir la ideología corriente con la que cada ordenamiento jurídica intenta revestirse”, todo lo cual aconseja que la Constitución deba “abstenerse de esta fraseología” (“La garanzia costituzionale”, *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 143-206, en concreto pp. 188-190).

⁸ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, *cit.*, nota 6, p. 198.

Declarar inconstitucional una ley positiva no iría más allá de sustraer negativamente del ordenamiento jurídico lo que aquélla había puesto; si un Tribunal Constitucional se permitiera realizar por su cuenta alguna aportación positiva estaría suplantando al Parlamento, al invadir competencias propias de los órganos depositarios de la soberanía popular.

Los primeros problemas surgen porque las mismas Constituciones que han asumido el sistema kelseniano de *control concentrado de constitucionalidad* (atribuido a un tribunal específico, en vez de dejar que lo ejerza —de modo “difuso”, a través de sus órganos jerárquicamente escalonados— el Poder Judicial...) no han dudado en incluir generosamente preceptos para la protección de buen número de derechos humanos, reconociéndolos incluso como normas de aplicación directa,⁹ sin perjuicio de un posible ulterior desarrollo legislativo.

Con ello se ha procedido a positivar lo que Kelsen se sentiría tentado a considerar como un sistema “estático”, más propio de la moral que del derecho. Se ha hecho, sin duda, de modo flexible, porque la Constitución no impondrá unívocamente un determinado desarrollo legislativo —en línea con el sistema *more geometrico* propio del iusnaturalismo racionalista— sino que admitirá una pluralidad de alternativas legislativas, todas ellas constitucionales. Tampoco, sin embargo, esto nos acerca a Kelsen, cuyo sistema —inseparable de un “no cognotivismo” ético— se apoya en meras conexiones formales y no en *contenidos “materiales” vinculantes*, por muy flexiblemente que se diseñe su práctica operatividad.

Una primera consecuencia será la entrada en juego de las llamadas *sentencias interpretativas*, especialmente frecuentes cuando de la protección de los derechos humanos se trata. Para Kelsen —fiel a su irracionalismo ético, que le lleva a dejar claro que una sentencia no es un juicio sino una decisión—¹⁰ cada una de las alternativas abiertas por una norma

⁹ Así, por ejemplo, la STC. 80/1982 del 20 de diciembre declaró la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 del Código Civil, que establecía diversos modos de reconocimiento de la filiación, según se tratase de “legítima” o “natural”, con inevitables efectos sucesorios. Mientras el órgano judicial no había concedido al artículo 14 de la Constitución —no discriminación— más valor que el de “meras enunciaciones de principios encaminados a orientar la futura labor del poder público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles”, equiparándolo incluso a las “leyes fundamentales” del régimen franquista, el Tribunal Constitucional establece su “vinculatoriedad inmediata” —es decir, sin necesidad de mediación de legislador ordinario— (F. 1, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, 21, p. 64).

¹⁰ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., nota 6, p. 349.

no tendría ni más ni menos validez formal que cualquier otra; una sentencia interpretativa,¹¹ por el contrario, establece —de acuerdo con un juicio emitido sobre su contenido material— qué alternativa o alternativas cabrá asumir y cuáles no, para que la norma pueda seguir siendo considerada constitucional.

Esta primera dislocación del sistema se agudizará aún más cuando se responsabiliza al tribunal, aparte del control de constitucionalidad de las leyes, del *amparo* de determinados *derechos fundamentales*. El intento de compaginar la efectividad de tal protección con el respeto a los estrictos márgenes de una rigurosa legislación negativa se ve pronto condenado al fracaso. Para no exponerse a dejar en la práctica desprotegido a un derecho, el tribunal habrá de acabar adentrándose —quiera o no— en escauceos “positivos”.¹²

Similar búsqueda de eficacia explica la constante querencia expansiva que la protección constitucional de los derechos lleva consigo. Aunque los recursos de amparo tengan como objetivo exclusivo la reparación de la lesión inflingida a un derecho por un acto emanado de un poder público en una concreta circunstancia, la sentencia que de él se ocupa acaba

¹¹ La STC. 5/1981 del 13 de febrero —la quinta, por tanto, dictada por el Tribunal a lo largo de su historia—, que analizó la constitucionalidad de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, se refiere a dichas sentencias como las que “declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido —o sentidos— que considera inadecuados”, apuntando que es para el Tribunal “un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso” (F. 6, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1981, 1, p. 32).

¹² Así se denuncia en los votos particulares a la polémica STC. 53/1985 del 11 de abril (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1895, 49, pp. 515-542), que declaró inconstitucional el primer proyecto socialista de despenalización del aborto en determinados supuestos, tras producirse entre los doce magistrados del Tribunal Constitucional un empate, resuelto por el voto de calidad de su presidente. El magistrado F. Tomás Valiente recuerda que “la jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Si se actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en legislador positivo”, para añadir: “El Tribunal Constitucional, frecuentemente instado a actuar como si fuese eso que en un lenguaje ni técnico ni inocente se ha dado en llamar «la tercera Cámara», ha caído por esta vez en la tentación” (voto particular, 6o. b) y c), *ibidem*, p. 539). En argumentos similares insisten los magistrados A. Atorre Segura y M. Díez Velasco Vallejo (voto particular, 2o. y 3o., *ibidem*, p. 540) y F. Rubio Llorente (voto particular, *ibidem*, p. 541).

repercutiendo —de modo directo o indirecto— sobre la norma que sirvió de cobertura al acto.

Cuando el acto anulado era una sentencia judicial, la misma jerarquía de las fuentes del ordenamiento se verá afectada; no sólo porque el Tribunal Constitucional parece erigirse en nueva instancia jurisdiccional —los jueces de la ley se convierten también en jueces de la “cosa juzgada”—¹³ sino que, al exigir que los tribunales respeten la igualdad a la hora de aplicar una misma norma eligiendo entre sus alternativas, el precedente judicial —teóricamente extraño a la cultura jurídica continental— tiende a adquirir capacidad vinculante.¹⁴

No son, por último, escasos los supuestos en que la efectividad de un derecho acaba reclamando en la práctica amparo respecto a actos de terceros¹⁵ ajenos al ejercicio de cualquier poder público.

A estas alturas, los esquemas aplicativos propios del normativismo positivista resultan ya inviables. Si la misma norma —según cómo se interprete— puede en unos casos considerarse inconstitucional y en otros no, parece claro que el ordenamiento jurídico no puede seguir considerándose como un mero entramado de normas, sino que ha de incluir otros elementos —no menos jurídicos— capaces de justificar tal pluralismo interpretativo. La, presuntamente lógica, *aplicación de normas* da así paso a una *ponderación*, indisimulablemente valorativa, de *principios*. En efecto, la protección de los derechos humanos circula menos a través de la aplicación de normas que mediante la laboriosa ponderación de principios; no en vano los mismos derechos tienden a confluir en un juego no rara vez conflictivo o, al menos, necesitado de dosificación mutua.

Por más que se haya recurrido a su diseño de *control concentrado de constitucionalidad*, el *decisionismo formalista* kelseniano ha quedado claramente abandonado, para dar paso a un continuo esfuerzo por establecer, lo más juiciosamente que sea posible, la jerarquía valorativa a

¹³ La STC. 190/1988 del 17 de octubre, tras denegar amparo a un recurrente por presunta lesión de la igualdad en la aplicación de la ley, señala que atribuir al Tribunal Constitucional el control de la desigualdad entre resoluciones de órganos judiciales diversos daría paso a un recurso de amparo entendido “a modo de casación universal” (F. 3, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1988, 91, p. 1277).

¹⁴ Al respecto, véase nuestro libro *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

¹⁵ Al respecto véase García Torres, J. y Jiménez-Blanco, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986.

reconocer en un caso concreto. La validez de las leyes, así como su interpretación más ajustada,¹⁶ habrá de ser confirmada en contraste con las exigencias de los derechos, en una operación que resuma implicaciones éticas.

III. LA RUPTURA DE LA INMANENCIA LEGALISTA

Paradójicamente, el repliegue hacia los cauces de garantía práctica de los derechos humanos no ha hecho sino agudizar la necesidad de contar con alguna noticia sobre su fundamento. Resulta indisimulable que el *control* de la *constitucionalidad* de un acto o norma exige emitir juicios de valor. ¿Son éstos meras manifestaciones arbitrarias de voluntad o cabe reconducirlos a un ámbito de razonabilidad práctica? Los intentos de inmanentismo legal fracasan. Ha quedado fuera de toda duda la opción por el más allá, reflejada en la sumisión de la ley al derecho,¹⁷ y a los derechos en que se ve reflejado... Lo que no queda tan claro es cuál será la ubicación de esa trascendencia jurídica. El honesto magistrado constitucional se ve emplazado a manejarse con “criterios estrictamente jurídicos”, a los que debe acceder a través de unas peculiares normas, que más parecen aludir a genéricos contenidos éticos que precisar específicas regulaciones de hechos concretos.

Para Kelsen, la entrada en juego del Tribunal Constitucional no hacía sino prolongar la cadena de decisiones arbitrarias en que consiste la actividad jurídica, aumentando con ello oportunidades procesales de controlar, invalidándolas, decisiones anteriores. Nos encontrábamos ante un mero aplazamiento del final del proceso de consolidación de la decisión jurídica, que (más “cosa querida” que “cosa juzgada”...) no perdería nunca su inevitable carácter: *arbitrariedad sometida a control arbitrario*.

Si pretendemos ir más allá del disfraz decorativo de la mera arbitrariedad, no podremos prescindir de algún punto de referencia. Por supuesto, los textos constitucionales entienden que los derechos a los que apelan tie-

¹⁶ El Tribunal Constitucional no pierde ocasión de resaltar cómo ha reiterado que “en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos”; por ejemplo, en la STC. 34/1983 del 6 de mayo, (F. 3, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, 26, p. 650), que equipara, en aras de la presunción de inocencia, sobreseimiento provisional y libre.

¹⁷ Al respecto, véase el interesante estudio de A. Kaufmann sobre el artículo 20.III de la Ley Fundamental alemana (*Gesetz und Recht in Rechtsphilosophie in Wandel*, Frankfurt, Athäneum, 1972, pp. 135-171).

nen “contenido”; no faltan incluso, como veremos, los que remiten a un *contenido esencial*. ¿De qué nos hablan cuando a ello se refieren? ¿nos invitan a conocer una realidad dada?, ¿a ponderar prudencialmente, mediante un decidir racionante o una razón decidida a encontrar solución, la incidencia real de unos principios en una determinada conducta?; ¿nos animan sólo a decorar “ideológicamente” cualquier decisión, logrando que —aun siendo arbitraria u oportunista— goce de la más elevada legitimación? Si no se opta por esta última alternativa, todo intento de evitar adentrarse en la metafísica jurídica experimenta notables dificultades.

Se propone, en ocasiones, que se entienda el “contenido esencial” como el que emana de la misma *naturaleza jurídica* del precepto,¹⁸ con el voluntarioso propósito de situarnos en un ámbito distinto del de un polémico *derecho natural* o de una no menos sospechosa “naturaleza de las cosas”; no resulta, sin embargo, claro que baste para ello con invertir el juego de sustantivo y adjetivo. No parece tampoco que la delimitación del alcance concreto de un derecho —menos aún el diagnóstico de lo que en él ha de considerarse como “contenido esencial”...— sean operaciones precisamente técnicas, ni realizables sin una —confesada o no— teoría de la justicia que le sirva de fundamento.

No mejora la situación cuando se nos remite a la *realidad social*. Puede que se nos esté animando a descubrir en la realidad circundante la emergencia de propuestas normativas; en tal caso, no estaríamos de nuevo sino reconociendo exigencias éticas derivadas de la “naturaleza de las cosas”. Quizá se nos aconseja que renunciemos a optar arbitrariamente entre las

¹⁸ Para el Tribunal Constitucional, dilucidar el alcance del “contenido esencial” de los derechos y libertades, al que se refiere el artículo 53.1, supondría “establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en derecho” (STC. 11/1981 del 8 de abril, F. 8, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1981, 2, p. 93). Con ello no se hace sino reenviar el problema, ya que o tal gremio se comporta arbitrariamente o apoya sus juicios en fundamentos objetivos. “El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo” y, en consecuencia, habrá que entender como contenido esencial de un derecho “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito” (*Ibidem*). Por más que se acuda a una fraseología logicista, la dimensión ética de tan laboriosa operación es tan obvia como cuando se recurre a la alternativa de revestirla sociológicamente: sería esencial “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos” (*Ibidem*, p. 94).

varias alternativas abiertas por una norma, para elegir razonadamente la más adecuada a dicho contexto social; se nos confesaría entonces que en él podemos auscultar el juego práctico de principios objetivos capaces de vincular la interpretación de la norma.

Excluiremos, por el contrario, que se nos pretenda remitir a una realidad tan obvia —sólo en el ignorante o en el cómplice resultaría concebible la duda...— como para hacer superfluo todo debate. Nos situaríamos en tal caso en peligrosa vecindad con un *despotismo ilustrado*, amigo de manifestar una invencible querencia hacia la *democracia aplazada*; sólo cuando se haya emancipado a los ciudadanos de esa radical indigencia —intelectual o económica— que les oculta lo obvio, tendría sentido suspender su obligada tutela por parte de los videntes de una realidad, por lo demás, siempre futura.

Nos quedaría, por fin, convertir a la *opinión pública* en instancia última del alcance de los derechos. No faltaría fundamento para ello, dado el peculiar rango que la jurisprudencia constitucional suele conceder a determinados derechos —libre expresión o información—¹⁹ precisamente porque, al contribuir a conformarla, brindan un imprescindible punto de apoyo para el pluralismo democrático expresivo de la soberanía popular. Pero, en realidad, tal primacía se les confiere por su contribución a la legitimación de las leyes, mientras que se les niega capacidad similar para legitimar a la Constitución o a sus contenidos, entre los que éstos y otros derechos ocupan preferente lugar.

Buena prueba de ello serán disposiciones como las que plantean exigencias adicionales para dar vía libre a una reforma de la Constitución que afecte a los derechos fundamentales y libertades públicas que excluyen su regulación del ámbito de la iniciativa legislativa popular.²⁰ No falta

¹⁹ La STC. 6/1981 del 16 de marzo señalaba que “el artículo 20 de la Constitución garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidos a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática”; sin ella “no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular”, por lo que resulta exigible una “especial consideración” (F.3, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1981, 2, p. 132).

²⁰ El artículo 168.1 de la Constitución española prevé que cuando se propusiere una revisión de su texto que afecte —entre otros— al capítulo segundo, sección primera, que se ocupa “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, la iniciativa exigirá “mayoría de dos tercios de cada Cámara”, procediéndose “a la disolución inmediata de las Cortes”. El artículo 87.3, tras exigir un mínimo de 500,000 firmas acreditadas para

tampoco jurisprudencia constitucional en la que se descarta expresamente la posibilidad de remitir a las opiniones de actualidad en una determinada coyuntura histórica²¹ el alcance real de unos derechos de indiscutida permanencia.

Todo ello resulta, sin duda, particularmente razonable, si no se olvida una doble lección de la historia. Por una parte, el atropello masivo de los derechos humanos ha contado con frecuencia —si no con el apoyo explícito de una mayoría social— con un silencio cómplice; se estimaba inviable su superación, se les consideraba precio obligado de imperativos de seguridad o razón de Estado, o simplemente el ciudadano medio se sentía inclinado a optar ambiguamente por no sentirse particularmente responsable de la situación. Por otra, los avances en la propuesta y garantía de los derechos humanos han sido el fruto de *propuestas* sociales *utópicas*, obligadamente acompañadas por una dura lucha contra tópicos²² socialmente arraigados, en la que debieron buscar apoyo en exigencias éticas de tan sólida objetividad como para empujar a doblegarlos.

La protección *jurídica efectiva* de los derechos humanos obliga, por tanto, a archivar todos los planteamientos que intentan dar paso a una *dimensión* asépticamente *técnica del derecho*, desligándolo escrupulosamente de toda vinculación ética o moral en sentido lato. De ahí que resulte especialmente aparatoso cualquier intento de refugiarse, a la hora de abordarla, en esa técnica, convertida en “ideología”.

Todo *texto constitucional* alude implícitamente a una *teoría de la justicia*, más o menos definida, que invita a plasmar en la práctica. No habrá, pues, auténtica protección jurídica de los derechos humanos sin un esclarecimiento nítido a la teoría de la justicia que le está sirviendo de fundamento. La dificultad para pisar terreno firme en tan delicada operación debe llevar a realizarla con especial *transparencia*, abriéndola así a

dar paso a una iniciativa legislativa popular, señala que “no procederá dicha iniciativa en materias propias de Ley Orgánica”, entre las que el artículo 81.1 incluye en primer lugar “las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”.

²¹ Así ante la opinión de una magistratura de trabajo, que estimaba que determinadas medidas discriminatorias proteccionistas de la mujer podrían ser derogadas “si es que carecen de actualidad”, el Tribunal Constitucional enfatiza que “el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse «actualidad», sino su conformidad con la Constitución” (STC. 81/1982 del 21 de diciembre, F. 2, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, 21, p. 71).

²² De ello hemos tratado en “Los derechos humanos entre el tópicos y la utopía”, *Persona y Derecho*, 1990, 22, pp. 159-179.

la crítica y al debate, y no a camuflarla irresponsablemente con circunloquios o reenvíos procedimentales. Siempre será más necesario abrir a la opinión pública las valoraciones básicas que animan la interpretación constitucional que rendirse a quienes dominan la comunicación social, asumiendo tácitamente los tópicos vigentes. El valor de la *doctrina jurisprudencial* consolidada, como paradigma de resoluciones futuras, puede aportar en todo caso el papel atemperador propio de la tradición como saber acumulado, al delimitar realidades tan decisivas.

IV. FRONTERAS ACTUALES DE LA LUCHA POR LOS DERECHOS HUMANOS

Después de lo expuesto, no parece aventurado apuntar que la contribución más efectiva a la protección de los derechos humanos consistiría en ahondar en la *búsqueda filosófica* capaz de proporcionarles el indispensable fundamento. El lacerante desfase entre exigencias éticas indiscutidas y la incapacidad del pensamiento para brindarles respaldo constituye, sin duda, uno de los aspectos más empobrecedores de nuestra circunstancia histórica.

Si a la filosofía del derecho se le ha venido atribuyendo —al interrogarse sobre su sentido actual— la función de instancia crítica del proceso de positivación del derecho, debería prestar una atención particular a desvelar las claves éticas que están realmente presidiendo el desarrollo de los textos constitucionales, especialmente por parte de su máximo intérprete. Transparentar el modelo de hombre y de sociedad que en realidad la preside y denunciar los intentos “ideológicos” de justificar la negación de lo humano, sometiéndolo al tópico manufacturado o a supuestos imperativos de razón de Estado han de formar parte esencial de su tarea.

Inevitablemente, la ausencia de una filosofía capaz de tomarse en serio los derechos humanos priva de un decisivo factor de ilustración ciudadana, a la vez que sitúa —paradójicamente— en una *opinión pública* así depauperada el *centro de gravedad* de su posible protección. La efectiva gravitación sobre la propia jurisprudencia constitucional de las actitudes mayoritarias en los medios de comunicación no escaparía al más elemental análisis sociológico. Ello no hace sino estimular a los preocupados por la defensa de los derechos humanos a una decidida participación en sus tareas cotidianas; nunca sería más cívicamente rechazable un

silencio conformista que en un momento de vacío filosófico. Contribuir a la conformación de la opinión pública en torno a los valores humanos básicos sería la mejor aportación para evitar una quiebra práctica de esta clave fundamental del modelo democrático moderno.

En este contexto, la apelación a *consensos fácticos* inmediatos —inevitablemente instalados sobre los tópicos en vigor— aportaría una gravitación socialmente reaccionaria. Inmersos en sociedades que —si no renuncian a ser humanas— habrán de ser crecientemente plurales, el recurso a tópicos particularistas vinculados a una unidad social crecientemente ficticia habrá de verse sustituido por un esfuerzo por *desentrañar lo universal*. Si hace siglos resultó aportación decisiva para la convivencia internacional ahondar en un derecho de gentes, capaz de salvar fronteras, hoy parece ineludible aprestarse a una tarea similar sin salir de ellas; sólo así se podría evitar un enquistamiento que fraccione comunidades políticas de consistencia real menos sólida de lo que el tópico invita a pensar. Paradójicamente, sólo el afán por desvelar el fundamento de lo humano podrá defendernos de particularismos fundamentalistas.²³

Ante la insuficiencia de una actividad jurídica entendida como mero sometimiento del decisionismo arbitrario a un formal control procedimental, es preciso *recuperar* la *dimensión judicial* más allá incluso del ámbito jurídico. En un contexto filosófico que invita a la perplejidad, se hace inaplazable el esfuerzo por lograr que la sociedad recupere el juicio. El diseño de la perfecta teoría de la justicia podrá quizá esperar, pero no la lucha cotidiana contra la injusticia. Mantener despierto el ánimo ante todo lo que signifique un atropello de lo humano sería hoy el cometido de una filosofía práctica por excelencia.

²³ Al respecto, véase nuestro trabajo “Verdad y consenso democrático”, *Estudios sobre la encíclica “Centesimus agnus”*, Madrid, Unión Editorial, 1993, pp. 295-321, especialmente pp. 303-306.