

INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

Raúl CANOSA USERA**

SUMARIO: I. *La expansividad de los derechos fundamentales.* II. *Circunstancias que favorecen la interpretación evolutiva de los derechos.* III. *Modos de manifestarse la interpretación evolutiva de los derechos.* IV. *Conclusión.*

I. LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Rousseau comienza su inmortal obra, *El contrato social*, con una frase memorable: “Los hombres nacen libres e iguales pero por doquier están encadenados”. La continuación del ensayo es una espléndida, y a veces confusa, explicación de esa idea germinal.

Si Rousseau reviviera no podría sino reconocer que las declaraciones de derechos —materialización normativa de sus ideas— se han multiplicado tanto en Constituciones como en tratados internacionales; más derechos y en más lugares se reconocen, y, si bien el reconocimiento no entraña siempre plena protección, la libertad se ha expandido. Habrá que concluir, pues, que ya el hombre no está por doquier encadenado, sino que, aspirando a gozar de su libertad, en buena parte lo ha conseguido.

La mentada expansión no siempre, empero, ha acontecido a través del más democrático procedimiento de la acción legislativa. La rigidez de las normas constitucionales y de las normas internacionales impide la constante actualización que demanda la cambiante realidad, así que, con frecuencia, son otras las vías a través de las cuales se expande la libertad. La clásica e irresoluble tensión entre el derecho y la realidad se presenta, en materia de derechos, como una paradoja lacerante: las generosas y casi intocables declaraciones no bastan para dar protección plena a la libertad,

* La versión completa de este estudio se encuentra en el vol. VI de los *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, pp. 57-97.

** Catedrático de derecho constitucional en la Universidad Complutense de Madrid.

cuyas concreciones a menudo no reciben la tutela efectiva de los ordenamientos. La constatación de esta aporía se resuelve en la búsqueda de una solución que solo puede ser interpretativa.

Las primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que forman su *Bill of Rights*, no han sufrido desde su aprobación ninguna variación, y solo unas pocas enmiendas posteriores, sobre todo las introducidas tras la guerra civil, han venido a completarlas. Que en 1973, en el caso *Roe contra Wade*, la Corte Suprema infiriera de esta vetusta Constitución el derecho al aborto, ofrece el ejemplo canónico de una interpretación expansiva, evolutiva, pura creación judicial.

Tampoco las declaraciones internacionales de derechos que son eficazmente defendidas por tribunales internacionales (el Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Pacto de San José) han sufrido transformaciones tan grandes, porque los protocolos adicionales proclaman derechos de libertad y no derechos sociales, cuyo reconocimiento se efectúa en tratados que no abren reclamación jurisdiccional alguna para los individuos. Otras declaraciones constitucionales, como la española, no han sido nunca modificadas, dada la extraordinaria rigidez de los preceptos que contienen, rigidez que llega, en el caso alemán, a la intangibilidad. La rigidez se presenta, pues, con mayor intensidad si cabe en las declaraciones de derechos.

Lo anterior favorece el reconocimiento de derechos en leyes ordinarias o, en los estados federales, en las Constituciones estatales, cuya posibilidad relativamente mayor de reforma las convierte en creciente campo de expansividad y experimentación. Así, las novedosas inclusiones de derechos en varios estados de la Unión americana contrastan vivamente con la vetustez de la carta federal.¹ También en Italia, recientemente, con la aprobación de estatutos regionales, y sobre todo en España, en el reciente proceso de reformas estatutarias, se está experimentando una multiplicación de declaraciones de derechos. En los casos español e italiano no se produce, al menos no con carácter general, una duplicación de los derechos constitucionales a escala regional, sino una verdadera invención de nuevos derechos que complementan los derechos de la Constitución. Cuando el legislador de los derechos puede actuar, actualiza el ordenamiento jurídico,² como acredi-

¹ Tarr, Allan, “Federalismo y la protección de los derechos en los Estados Unidos”, en Aparicio, Miguel Ángel (ed.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 44 y ss.

² La “constitucionalización” de nuevos derechos refleja las “metamorfosis de la sociedad”, según Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, en VVAA, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 617.

tan las prolijas declaraciones que recogen las más recientes Constituciones iberoamericanas, o en el ámbito comunitario europeo, con la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, o los experimentos italiano y español.

Sin embargo, cuando es inviable la reforma, la adaptación de las viejas declaraciones a los nuevos tiempos se realiza a través de la interpretación de los derechos. Porque, en efecto, la realidad de los derechos cambia constantemente, en general, de manera expansiva: hay nuevos derechos que emergen y nuevos peligros frente a los que deben protegerse los viejos y los nuevos derechos.³ La expansividad de los derechos se presenta como una propiedad inmanente.⁴ En ocasiones, incluso, el propio constituyente parece anticiparse a esa expansividad y dispone cláusulas de apertura, como la recogida en la enmienda IX de la Constitución estadounidense de 1787 o en el artículo 29 de la Constitución española de 1869. Está, pues, en la mente de todos que no existe un catálogo definitivo de los derechos que sirva para todas partes y en todo tiempo. Se percibe lo contrario: que la expansividad de los derechos nos traerá una generación tras otra,⁵ y que las sucesivas vendrán a completar las anteriores, aunque a veces provoquen problemas de articulación.⁶

Si las normas constitucionales presentan peculiaridades (mayor rigidez, términos a menudo ambiguos necesitados de concreción, imperiosa necesidad de ser eficaces porque la validez del ordenamiento depende de esta eficacia), las que entre ellas regulan derechos ofrecen, a su vez, peculiaridades dentro de esas peculiaridades. En primer lugar, su doble dimensión como derechos subjetivos y como principios objetivos del orden jurídico.⁷

³ Proceso que explica con detalle Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, “Avances tecnológicos y derechos fundamentales. Los riesgos del progreso”, en VVAA, *Derechos humanos y nuevas tecnologías*, Ararteko, 2003, núm. 6, pp. 31 y ss.

⁴ Un buen estudio de la expansividad de los derechos lo ofrece Carpio Marcos, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, vol. I, pp. 346 y ss. Son interesantes también las consideraciones al respecto de Pérez Tremps, Pablo, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, vol. II, pp. 907 y ss. Y de Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

⁵ Aunque esta noción de generaciones acaso solo tenga un valor histórico, como apunta Pizzorusso, Alessandro, “Las generaciones de derechos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 5, 2001, pp. 291 y ss.; Firovanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996; Pérez Luño, Antonio, “Las generaciones de los derechos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pp. 203 y ss.

⁶ Revenga Sánchez, Miguel, “Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, pp. 99 y ss.

⁷ Lo que explica con precisión Alexy, Robert, *Teoría... cit.*, pp. 81 y ss.

En segundo lugar, su con alguna frecuencia (casos español y alemán) mayor rigidez que otros preceptos de la Constitución, lo que implica su inclusión en una suerte de supralegalidad constitucional.⁸ En tercer lugar, su aplicabilidad directa, ya que vinculan no solo al legislador, sino también a los tribunales. Y en cuarto y último lugar, un efecto derogatorio muy intenso, por cuanto no pueden subsistir en el ordenamiento normas preconstitucionales contrarias a los derechos proclamados en la Constitución.

También los enunciados constitucionales que proclaman derechos presentan el rasgo de abstracción y la falta de precisión que caracteriza a las disposiciones constitucionales en general. Su interpretación es, en expresión de Hesse,⁹ una concreción, la fijación de su sentido normativo para el caso concreto. La propia expresión del constitucionalista alemán denota que se reducirá la disposición abstracta a un sentido normativo preciso, creando una norma particular¹⁰ que, sin embargo, cuando proviene del intérprete supremo, se postula como norma general. La identificación entre interpretación y concreción es pertinente, sobre todo cuando se opera con disposiciones constitucionales cuyo grado de abstracción es mayor. Como Böckenförde apunta, en la misma línea que Hesse, las disposiciones reguladoras de derechos necesitan ser “rellenadas”,¹¹ concretadas, porque en ellas se emplean fórmulas lapidarias que carecen de un único sentido material. Dejan, pues, alternativas al intérprete, y entre ellas habrá de acogerse la más actualizada, es decir, la mejor adaptada a la realidad de su tiempo de aplicación. La labor de concreción está asociada indisolublemente al momento

⁸ Que explica, respecto del caso español, Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 159 y ss. A esa supralegalidad, en la que estarían los derechos, se refieren Fix-Zamudio, Héctor y Carpizo, Jorge, denominan “inestabilidad constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, p. 396.

⁹ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 43. En general la doctrina alemana acoge esta noción de la interpretación como concreción, véase como ejemplo Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 287 y ss. O el propio Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 200.

¹⁰ Como es sabido, Kelsen, Hans defiende el carácter normativo de las sentencias en donde se formalizaría la interpretación, la norma particular, extraída por interpretación, llegando a decir que “la función judicial, lo mismo que la legislativa, es, al propio tiempo, creación y aplicación del derecho”, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1979, p. 159.

¹¹ El intérprete cumpliría una función rellena que, en realidad, es la de concretar el contenido del derecho, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 44 y ss. Tribe, Laurence, destaca la especial creatividad en la construcción de los derechos, *Constitutional choices*, Harvard University Press, 1985, pp. 165 y ss.

presente,¹² ponderando la garantía de la libertad y las exigencias del interés social, tal y como postula para toda interpretación el artículo 3.1 del título preliminar del Código Civil español.

Es verdad que la proclamación de los derechos pretende concretar las posiciones jurídicas de las personas, y que, en este sentido, su grado de abstracción es menor que el de aquellos preceptos de la Constitución que establecen principios cuyo significado es aún más amplio. A pesar de lo anterior, es notable el grado de indeterminación que también presentan estas disposiciones, lo que hace precisa su concreción y, *a priori*, su eventual interpretación evolutiva. Nada parece más necesario, en un Estado fundado para proteger la libertad, que la necesaria adaptación al tiempo de las disposiciones que la proclaman.¹³ Si esta tarea se abandonara, la expansividad de los derechos carecería de cauce para materializarse en la vida jurídica, y la principal finalidad de toda interpretación constitucional, el despliegue de todos los efectos normativos, se vería defraudado. Este despliegue de la fuerza normativa de la Constitución se tiene necesariamente que traducir en clave favorable a la libertad. El criterio *favor libertatis* implica elegir la interpretación más favorable a los derechos y puede ir de la mano de su interpretación evolutiva si favorecer la libertad exige esa adaptación a las nuevas realidades que acaso el legislador constituyente ni siquiera imaginó. La creación de derechos, la ampliación del contenido de los existentes o la extensión del ámbito protegido responden al criterio *favor libertatis*, que con frecuencia se materializa en la interpretación evolutiva. Se trata, en definitiva, de evitar que situaciones merecedoras de protección no la reciban, y la injusticia que tal desconocimiento supone se perpetúe.¹⁴

Según cuál sea la teoría de los derechos de la que se parta, cristalizará de tal o cual manera el elemento evolutivo en su interpretación. Las diferentes teorías que cataloga y explica Böckenförde¹⁵ pueden guiar nuestro trabajo. Algunas de estas teorías benefician el entendimiento evolutivo de los derechos, pero no precisamente la primera de ellas, la teoría liberal¹⁶ que

¹² Dworkin, Ronald propone una “interpretación liberal” ajustada al momento presente, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 213.

¹³ Habida cuenta del carácter integrador del contenido material de los derechos fundamentales, Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 225 y ss.

¹⁴ Porque, como destaca Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, la injusticia es el verdadero motor de la creación de nuevos derechos, “Avances tecnológicos y derechos fundamentales. Los riesgos del progreso”, *op. cit.*, p. 37.

¹⁵ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre...*, *cit.*, pp. 47 y ss.

¹⁶ Explicada magistralmente por Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 164 y ss.

concibe los derechos, en principio ilimitados, como libertades negativas, sobre las cuales el Estado debe abstenerse de intervenir (principio de distribución). La libertad vale por sí misma y postula la inactividad estatal. Esta teoría elude el problema social y rechaza la igualdad sustancial, quedándose solo con la igualdad formal. Tampoco comprende la eficacia de los derechos entre particulares, porque estos valen frente al Estado mientras que, en las relaciones *interprivatos*, reina la autonomía de la voluntad.

La teoría liberal, aunque represente el punto de partida histórico del tratamiento jurídico de los derechos, no puede ser la única empleada en la actualidad, porque, si lo fuera, elementos centrales de la protección de la libertad que son hoy indiscutibles no tendrían cabida, como la mencionada igualdad sustancial o la *Drittwirkung*, la segunda creada por la jurisprudencia en uno de los más importantes ejemplos de jurisprudencia evolutiva; tampoco habría permitido la interpretación preferente de algunos derechos en atención a su función social (la libertad de prensa, por ejemplo) ni podía hablarse de un derecho la protección del Estado asociado a cada posición jurídica y fundamental.

Casi nadie sostiene, hoy en día, que los derechos sean ilimitados, absolutos, sino que se aceptan las potenciales limitaciones, asociadas a la cada vez mayor pluralidad de derechos e intereses nuevos. La teoría liberal inspira, sin embargo, al escrutinio escrupuloso de las afectaciones y de las restricciones de los derechos, a través del juicio de proporcionalidad, que impide que tales limitaciones se introduzcan arbitrariamente. Es una cautela necesaria porque la emergencia de nuevos derechos, la extensión de la eficacia *interprivatos* o los derechos de protección acaban, sin remedio, afectando a otros derechos, con frecuencia a libertades negativas. La evolución normativa y jurisprudencial ha complicado el sistema de protección de los derechos, al multiplicar los potenciales conflictos entre ellos y la acción tuitiva de los poderes públicos. En este contexto, demandar un riguroso juicio de proporcionalidad¹⁷ evita que la relación entre los derechos se diluya, al momento de interpretarlos, en una arbitraria ponderación del juzgador.

Mucho más favorecedora de la libertad del legislador y de la interpretación evolutiva es la teoría de los derechos que los concibe objetivamente como principios o institutos, vinculados a determinados intereses, y cuya función es la ordenación de los ámbitos vitales por ellos protegidos.¹⁸ La re-

¹⁷ Un estudio muy completo de esta problemática nos la ofrecen Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, y Brage, Joaquín, *Los límites de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

¹⁸ En este sentido Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre...*, *cit.*, pp. 53 y ss.

gulación de estos ámbitos corresponde al legislador, que al considerar esos intereses sociales, puede llegar a limitar el ejercicio de otros derechos. Esta concepción deriva de la clásica idea de garantía institucional,¹⁹ y su conexión con la realidad subyacente, representada por los intereses sociales que han de protegerse, ensancha la libertad del legislador, pero, asimismo, la de intérprete para ponderar los intereses en conflicto o necesitados de protección, adaptándolos al momento presente.

A Smend²⁰ le debemos la teoría axiológica de los derechos fundamentales; éstos serían emanaciones del fundamento axiológico de la comunidad, por lo que operan, como en la teoría institucional, al modo de normas objetivas. En el pensamiento de Smend, los derechos son factores determinantes del proceso de integración, de realización de los valores expresados en esos derechos, cuyo disfrute individual permite la integración de los sujetos en el pueblo del Estado. Si la teoría institucional objetiva los derechos conectándolos con los intereses sociales, la teoría axiológica lleva a cabo esa objetivación asociándola a los valores que los derechos encarnan; éstos valen según valga el valor que vengan a realizar.

Se han destacado los riesgos que esta concepción implica, ya que, por un lado, no es fácil identificar una jerarquía de valores,²¹ y, por otro, los valores están en constante mutación.²² El resultado y el mayor peligro es que la interpretación de los derechos, orientada según la teoría axiológica, permita, en efecto, resolver conflictos entre ellos o pronunciarse acerca de la legitimidad de sus limitaciones, pero provoque un arriesgado decisionismo judicial,²³ donde el intérprete efectúe una arbitraria ponderación de valores, al margen de la estricta interpretación jurídica. Su interpretación será axiológica y, según los críticos de esta teoría, disolvente de su juridicidad.

En este contexto, la interpretación orientada por valores es irremediablemente también evolutiva. Podríamos hablar así, y una evolutividad axiológica porque el intérprete ha de reparar en las transformaciones que se producen en la consideración de los valores. El dato de la realidad que interesa es este, y no tanto los demás, pues son los valores los elementos

¹⁹ Seguramente Schmitt es el mejor teórico del concepto de garantía institucional, *Teoría...*, *op. cit.*, pp.175 y ss.

²⁰ Son los derechos fundamentales, especialmente, los que conforman el contenido material de la Constitución y le dotan su carácter integrador, Smend, *op. cit.*, pp. 225 y ss.

²¹ Ya Carl Schmitt hizo una crítica demoledora de la consideración valorativa del ordenamiento constitucional, "La tiranía dei valori", *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1970, pp. 1 y ss.

²² Forsthoff, Ernst, *La trasformazione della legge costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1973, pp. 45 y ss.

²³ Contra la que alerta Böckenförde, *Escritos...*, *cit.*, pp. 59 y ss.

esenciales del proceso de integración. Al buen fin de este proceso colabora el intérprete de los derechos, desvelando qué valor es el preferente cuando los interpreta. Máxima libertad de intérprete y más intensa utilización del elemento evolutivo, pero orientado a valores.

La tercera teoría objetivadora de los derechos es la democrática funcional.²⁴ Si la institucional destaca que los derechos sirven a intereses sociales y la axiológica que encarnan valores, la democrática funcional entiende que los derechos sirven al buen funcionamiento del sistema democrático, y, en consecuencia, la interpretación idónea de un derecho sería aquella que favoreciera el proceso democrático. Como en el caso de las restantes objetivaciones, hay en esta campo para la interpretación evolutiva, en la medida en la que la realidad política muta constantemente y renueva las necesidades del proceso democrático que la interpretación de los derechos debe atender. El intérprete tendrá que aplicar aquí lo que podríamos denominar una evolutividad democrática, política, originando los mismos peligros que advertíamos al referirnos a la teoría axiológica.

Frente a la concepción liberal de los derechos, en la que estos valen por sí mismos y son, en principio, ilimitados, las teorías objetivadoras “funcionalizan” los derechos que sirven, en cada caso, para atender los intereses sociales, los valores o las exigencias de la vida democrática. Y si la teoría liberal deja margen reducido para la evolutividad, las teorías objetivas la favorecen intensamente, pero orientándola, cada una, en un determinado sentido.

Por último, Böckenförde²⁵ llama la atención acerca de la teoría de los derechos sociales en el Estado social, que intenta combinar la libertad jurídica con la libertad real, incluyendo en las cartas constitucionales derechos sociales de prestación. El ámbito de la libertad ya no es aquel autárquico y estrictamente individual, ideado por el liberalismo primero, sino uno de relaciones y de prestaciones sociales, donde el Estado no solo está obligado a no entorpecer el disfrute de la libertad, sino a satisfacer las prestaciones a las que los ciudadanos tienen derecho, e implantar efectivamente la libertad en la realidad.²⁶

El problema, ya conocido, de los derechos sociales es su grado de vinculación a los jueces y la imposibilidad de que estos, sin mediación del legislador disponiendo de los recursos para su satisfacción, los hagan valer directamente. Si esto hicieran, los tribunales suplirían al legislador y sufriría

²⁴ Böckenförde, *Escritos...*, *cit.*, pp. 60 y ss.

²⁵ *Ibidem*, pp. 63 y ss.

²⁶ Un buen planteamiento del Estado social desde la teoría de los derechos lo ofrece Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, en especial pp. 50 y ss.

el Estado de derecho.²⁷ Se precisa, pues, la acción del legislador, titular de la competencia presupuestaria, para concretar los contenidos de los derechos de prestación y los recursos financieros destinados a su satisfacción. Los derechos sociales actuarían a lo sumo, en palabras de Häberle, como “Derechos fundamentales parámetro”.

Por añadidura, los derechos clásicos comienzan a recibir en general y como derivación de tesis jurisprudenciales, pero a veces también mediante prescripciones normativas, una dimensión prestacional: el Estado debe protegerlos, y esta misión acaba incorporada al contenido del derecho. El resultado de sumar libertades negativas, la dimensión positiva de estas, más las libertades positivas complica la interpretación de los derechos fundamentales,²⁸ de ahí que el panorama actual de su interpretación sea el de acumulación de elementos y de criterios,²⁹ lo que se ha dado en llamar método tópico,³⁰ encaminado al logro del resultado óptimo en un caso concreto. Se trata, en definitiva, de integrar distintas teorías y distintos métodos que están a disposición del intérprete, para que sea él quien los emplee alternativamente, uno o varios, en la resolución de cada caso. Teniendo en cuenta, además, que la interpretación específica de las disposiciones declaratorias de derechos genera sus propias reglas hermeneúticas.³¹ Esta situación amplía su libertad, su discrecionalidad y su creatividad,³² y favorece la natural adaptación de la normatividad a la realidad por vía de un entendimiento evolutivo del ordenamiento. En general, ya se admite que el sentido de las normas reconocedoras de derechos ha cambiado para adquirir una dimensión polivalente.

En este contexto, Böckenförde³³ habla del “problema de la teoría de los Derechos fundamentales constitucionalmente adecuada”, para alertar

²⁷ Es el riesgo de lo que Forsthoft denomina “socializar la argumentación jurídica”, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 197.

²⁸ Tanto los derechos clásicos como los sociales reclaman una interpretación expansiva, Zagrebelsky, Gustavo, “El Tribunal Constitucional Italiano”, en VVAA, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, cit., p. 421, y Cappelletti, *op. cit.*, p. 628.

²⁹ Como propongo en *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEC, 1988, pp. 81 y ss.

³⁰ Como proponen, entre otros, Hesse, *Escritos...*, cit., p. 45, Stern, *op. cit.*, pp. 280 y ss. Häberle, por su parte, demanda la “integración práctica” de los *topoi* en la interpretación de los derechos, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, PUPC, 1997, p. 273.

³¹ Que analiza Stern, “Riflessioni sull’interpretazione dei diritti fondamentali”, *Diritto e Società*, núm. 2, 1995, pp. 213 y ss. Reglas bien sintetizadas por Carpio, Marcos, *op. cit.*, pp. 328 y ss.

³² Canosa, *op. cit.*, pp. 106 y ss. También Stern, *op. cit.*, pp. 287 y ss.

³³ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre...*, cit., p. 68.

contra los peligros de emplear teorías que no se corresponden con lo establecido en la ley fundamental, pues si esto ocurriera, se podría llegar a producir, incluso, una mutación de la Constitución.³⁴ Siendo esto verdad, también lo es que la mayoría de las Constituciones de nuestro tiempo han abierto la puerta a la socialización de la libertad y a la llegada de derechos sociales. También en ellas hay una valorización de la democracia, y todas ellas consagran, de una manera más o menos explícita, un orden de valores (artículo 1.1 de la Constitución española, por ejemplo).³⁵ Todas ellas deben, por lo demás, adaptarse a la realidad cambiante. Todo lo anterior explica la constante apelación al método tópico que, en realidad, es un método de métodos, y que, con su polivalencia, favorece la comprensión evolutiva de los derechos.

Además, no siempre los catálogos de derechos responden a una idea coherente que facilite esa teoría constitucionalmente adecuada de los derechos propugnada por Böckenförde. Es frecuente, y el caso español es significativo,³⁶ que una carta constitucional se nutra de derechos de muy diversa índole y no bien organizados. Lo anterior no deja de tener consecuencias en la interpretación que puede tornarse desorganizada,³⁷ así como en la declaración que debe concretar.

Como es notorio, la interpretación de los derechos ya no es solo tarea de los Estados, aunque sean estos sus principales valedores. Las declaraciones internacionales y, en especial, la jurisprudencia de tribunales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o la Corte de San José, han forzado un diálogo entre todos los tribunales de los derechos,³⁸ que se salda las más de las veces con la supremacía de la opinión de quien dice la última

³⁴ Peligro que explica *idem*.

³⁵ Este precepto establece: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

³⁶ Lo que pone de relieve Rubio Llorente y que acredita, a su juicio, “un regateo político, ligeramente miope” en su proceso de elaboración, *op. cit.*, p. 90.

³⁷ Dando lugar a una interpretación tópica desordenada, como denuncia Alexy, *Teoría...*, *cit.*, p. 38. En parecido sentido, Stern, “Riflessioni...”, *cit.*, p. 240.

³⁸ Que acaba imponiendo un entendimiento común de los derechos a los Estados que han reconocido su jurisdicción, como destaca García Roca, Javier, “El Preámbulo: contexto hermenéutico del Convenio, un instrumento constitucional de orden público europeo”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 21 y ss. Diálogo entre los tribunales que ya propugnó, para el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios, Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985. Y para el caso español Carrillo, Marc, “El diálogo entre tribunales como condición para la tutela de los derechos fundamentales”, en VVAA, *Integración europea y Poder Judicial*, Oñate, IVAP, 2006, pp. 313 y ss.

palabra, a la que, por una u otra vía, los Estados se someten, bien porque las declaraciones internacionales tengan rango constitucional,³⁹ porque incluso se reconozca su supremacía, y con ella la de interpretación de los tribunales internacionales, como ocurre en Costa Rica,⁴⁰ o porque los intérpretes estatales se sometan a la interpretación de estos tribunales, como sucede en el caso español.⁴¹ El Estado no solo ha renunciado a ostentar el monopolio de la tutela de los derechos. Al suscribir declaraciones internacionales de derechos y reconocer la jurisdicción de los tribunales internacionales que las aplican, ha renunciado también a la autonomía de sus propios tribunales en la interpretación de los derechos, cuando hace suya la sentada por esos tribunales internacionales.

No hay duda de que, al ser la materia derechos, típicamente constitucional, las normas que las declaran, aunque sean internacionales o comunitarias, son materialmente constitucionales, y su interpretación, en consecuencia, es también interpretación constitucional.⁴² Como los tribunales internacionales dicen la última palabra, esta acaba de una u otra suerte vinculando al intérprete estatal de los derechos, dando pie a una interpretación conforme a la dada a los derechos por el intérprete internacional.⁴³

Tampoco los espacios de integración supranacional, como el de la Unión Europea, son ajenos a este proceso en el que tienen importancia creciente, y más que tendrán en el futuro.⁴⁴ En este contexto europeo, la interrelación

³⁹ Recuerda Carpio Marcos que la Constitución del Perú de 1979 fue la primera en Iberoamérica en reconocer a los tratados internacionales sobre derechos de rango constitucional, *op. cit.*, pp. 374 y ss. También, entre otras, la Constitución argentina, tras la reforma de 1994 (artículo 75.22).

⁴⁰ Sobre el caso de Costa Rica, *cf.* la tesis doctoral recientemente defendida en la Universidad Complutense por Carolina León Bastos, “La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en la Constitución española de 1978 y en la Constitución política e Costa Rica de 1949”, diciembre de 2006.

⁴¹ Gracias a la interpretación expansiva que de él ha hecho el Tribunal Constitucional español, que ha supuesto la supremacía de la interpretación del TEDH en la interpretación de las normas internas españolas sobre la materia, Saíz Anáiz, Alejandro, *La apertura al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

⁴² Asimilación que analiza con solvencia Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, vol. I, pp. 521 y ss.

⁴³ Carpio Marcos, *op. cit.*, pp. 375 y ss. Y Saíz Anáiz, Alejandro, *La apertura constitucional derecho internacional de los derechos humanos, El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

⁴⁴ Sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea, *cf.* para todo Alonso, Ricardo y Sarmiento, Daniel, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.

entre los distintos tribunales de los derechos nutre un entendimiento común de estos, que es el núcleo de ese “Derecho constitucional común europeo”, al que se refiere Häberle.⁴⁵ En este sentido, algunos de los mejores ejemplos de interpretación evolutiva de los derechos provienen, como veremos, de los tribunales internacionales.

II. CIRCUNSTANCIAS QUE FAVORECEN LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS

Hemos advertido en el epígrafe anterior que la interpretación evolutiva se ve favorecida más o menos según la teoría de los derechos fundamentales de la que se parta, pero también reparamos en que es el método tópico, argumentativo, el que prolifera, y no una concepción unilateral que presida toda interpretación. Ello significa que cuando el punto de vista del intérprete adopta posiciones más abiertas, la interpretación evolutiva se abrirá camino, y esto sucederá sin remedio cuando se haya de adaptar el ejercicio de los derechos fundamentales a la realidad. En otras palabras, esta necesidad de actualización obliga al intérprete a razonar desde una concepción de los derechos que favorezca o al menos no impida su evolución.

El punto de partida es, pues, esa libertad argumentativa que favorece la creatividad del intérprete. Al concretar los derechos, delimitando su contenido, podrá actualizarlos para acompañarlos a la realidad, es decir, adaptará el programa normativo, el contenido del derecho, a su ámbito normativo, la realidad donde el derecho se disfruta. En este contexto, hay un dato previo del que el intérprete tiene que partir: el enunciado del derecho, las palabras con las que se declara. Estas palabras, el elemento literal de la interpretación, son un límite en principio insoslayable, ya que no se las puede hacer decir, por vía interpretativa, lo que de ningún modo significan en su literalidad.⁴⁶ Pero aquí hemos de recordar la característica labilidad de toda disposición constitucional: su carácter polisémico; y también los enunciados que recogen derechos comparten esta característica con el resto de los preceptos constitucionales, lo que favorece las posibilidades de elegir entre interpretaciones varias, y por tanto la de escoger la interpretación más adaptada a la realidad.

⁴⁵ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix Fierro, México, UNAM, 2001, pp. 66 y ss.

⁴⁶ El tenor literal de las disposiciones “amojona” el camino de la interpretación, según la castiza expresión empleada por el traductor del libro de Larenz, *cit.*, p. 320, es decir, que fija unos límites insuperables; *cf.* también Canosa, *Interpretación... cit.*, p. 94.

No todos los enunciados de los derechos permiten la misma versatilidad, hay algunos que presentan un mayor grado de precisión acerca de cuáles son sus contenidos posibles, por ejemplo, el derecho de huelga o de manifestación; otros, en cambio, se presentan en fórmulas que permiten convertirlos en receptáculos de nuevos contenidos, nuevas situaciones jurídicas individuales, posiciones iusfundamentales que pueden adscribirse a ese enunciado. Véanse como ejemplo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, proclamado en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, o el derecho a la vida privada y familiar que reconoce el artículo 8 del CEDH. La labilidad de ambas proclamaciones ha permitido a sus intérpretes integrar en ellas posiciones iusfundamentales nuevas y a veces inesperadas que son ejemplos perfectos de actualización, de evolutividad, asociada a la tantas veces mentada expansividad de los derechos. Esta expansividad es la consecuencia de la promoción de su eficacia mediante una interpretación *favor libertatis*. A veces la expansividad se encauza en las propias normas que reconocen expresamente nuevos derechos, pero sabemos que es también frecuente la permanencia de las viejas declaraciones. Es en estos últimos supuestos cuando la expansión se efectúa mediante la interpretación evolutiva. Si esta no se activara, los derechos no se actualizarían, no se expandirían, y ámbitos de la libertad, emergentes en la realidad, quedarían desprotegidos.

Si la expansión de los derechos se efectúa mediante el reconocimiento normativo, ya no es preciso acudir a la interpretación, porque la garantía de esas nuevas posiciones iusfundamentales se halla en la Constitución. Si falta el reconocimiento, es cuando debe operar la interpretación. Se pone en marcha entonces el mecanismo que Alexy⁴⁷ denomina “adscripción”, y que consiste en considerar comprendido, en el enunciado normativo, lo que hasta ese instante no se entendía incluido. El resultado es una nueva posición iusfundamental que, gracias a la interpretación evolutiva, pasa a adquirir carta de naturaleza jurídica.

El más grave inconveniente de la interpretación evolutiva, asociada a la expansividad de los derechos, es que el desvelamiento de nuevas posiciones iusfundamentales conlleve límites de otras posiciones iusfundamentales que tienen reconocimiento constitucional expreso. El mismo problema, de patente contradicción, se produce cuando se proclaman los derechos en potencial conflicto; la diferencia estriba en la inexistencia de regulación expresa de aquella posición iusfundamental creada por la jurisprudencia. Claro está que la opinión del máximo intérprete de la Constitución se adhiere a la

⁴⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 66 y ss.

disposición constitucional interpretada y pasa a formar un todo con ella, de tal suerte que tanto las posiciones iusfundamentales expresamente enunciadas como aquellas inferidas por interpretación se proyectan en el ordenamiento con igual intensidad.

También puede ser inconveniente que se extienda interminablemente el contenido de un derecho, dando cobijo a situaciones jurídicas que no encajan en el enunciado normativo. Se podría devaluar el contenido esencial del derecho,⁴⁸ el formado por sus posiciones iusfundamentales inequívocas. El ejemplo de este supuesto lo ofrece la interpretación del derecho a la vida privada y familiar, proclamado en el artículo 8 del CEDH. Pareciera que el TEDH lo ha convertido en un cajón de sastre donde todo cabe, hasta lo más insólito.⁴⁹ No obstante lo anterior, es difícil ser crítico con una interpretación expansiva, pues solo una deficiente argumentación de la adscripción de una nueva posición iusfundamental sería criticable; la falta de explicación tornaría caprichosa esa adscripción y difícil de seguir para los intérpretes secundarios y para el legislador de los derechos.

Lo anterior plantea un interrogante que afecta a la relación entre legislador democrático y el máximo intérprete de la Constitución. Aquel es el órgano encargado de desarrollar los derechos concretando su contenido; este se ocupa de vigilar que el legislador no desproteja el contenido de los derechos constitucionalmente configurados,⁵⁰ lo que el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn y el artículo 53.1 CE denominan contenido esencial;⁵¹ este viene a ser un contenido mínimo, indisponible para el legislador, que este puede regular y enriquecer con contenidos adicionales, pero no disminuir o desfigurar. Los contenidos adicionales, por ejemplo, de la libertad sindical se integrarían en el contenido constitucionalmente protegido y servirían para la adaptación del derecho a la realidad. Incorporar más o menos contenidos adicionales queda así al albur del legislador.⁵²

⁴⁸ Como advierte Pérez, Tremps, *op. cit.*, p. 907.

⁴⁹ El análisis de la jurisprudencia del TEDH acerca de este derecho, realizado por Santolaya Machetti, Pablo, *op. cit.*, pp. 487 y ss.

⁵⁰ Al fijar el contenido de los derechos, el intérprete aclara sus límites internos que no puede establecer el legislador y que deben inferirse de la Constitución, Pérez Tremps, *op. cit.*, p. 908.

⁵¹ Sobre el contenido esencial *cf.* el clásico libro de Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003. En España, el también clásico de Martín-Retortillo, Lorenzo y Otto Pardo, Ignacio de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, en especial las pp. 95 y ss. Asimismo, Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 66 y ss.

⁵² STC 11/1981, de 8 de abril.

En relación con lo anterior, conviene preguntarse por el alcance de la ampliación del contenido de los derechos protagonizada por el intérprete supremo. No cabe describir esta operación, aunque tal vez lo sea, como una atribución de contenidos adicionales que rebasa los perfiles del contenido esencial. Si así fuera, entonces el intérprete estaría ocupando el papel del legislador democrático a quien corresponde disponer de esos contenidos adicionales. Acaso se trata de un mero juego de palabras, pero, *a priori*, debemos entender que cuando el intérprete supremo descubre nuevos contenidos de un derecho, estos se encuadran en el contenido esencial, y por eso mismo vinculan al legislador. En este supuesto, el intérprete se adelanta al legislador y, porque es el intérprete supremo, los nuevos contenidos se integran en el contenido esencial.

III. MODOS DE MANIFESTARSE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS

Me parece útil desgranar los distintos supuestos en los que se manifiesta la interpretación evolutiva de los derechos. No siempre son supuestos puros, por lo que no es fácil deslindarlos, y algunos sirven como ejemplo de varios modos de presentarse la evolutividad. Los ejemplos más llamativos los suele ofrecer la jurisprudencia internacional, singularmente el TEDH. Veamos.

1. *Interpretación del enunciado de un derecho que dota de sentido nuevo a la posición iusfundamental reconocida*

En este caso no hay adscripción de nuevas posiciones iusfundamentales, sino una interpretación diferente, expansiva o restrictiva, de las ya conocidas. Generalmente, la expansividad de los derechos condiciona toda interpretación evolutiva, así que el nuevo entendimiento del derecho favorece su ejercicio, de tal suerte que la posición iusfundamental que significaba algo concreto ahora sigue significándolo, pero este significado entraña mejor ejercicio del derecho. No resulta fácil de diferenciar este supuesto de aquellos en los que hay una clara ampliación, y a las posiciones iusfundamentales previas se añaden otras que actualizan el ejercicio del derecho que las comprenda a todas.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español hay un ejemplo clamoroso de ampliación del ámbito de posiciones iusfundamentales ya expresamente reconocidas, por la vía de extender su significado. Hablamos de los derechos procesales, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

Prácticamente han acabado convertidos en una suerte de macroderechos a la correcta aplicación de la legislación procesal. Lo anterior ha provocado la inflación de recursos de amparo, que ha colapsado el funcionamiento del alto Tribunal, poniendo de manifiesto que la expansividad de los derechos multiplica los requerimientos de los ciudadanos y las obligaciones estatales de preservarlos.

Un ejemplo canónico de este entendimiento evolutivo de los derechos es la interpretación, dada por el TEDH, a la prohibición de torturas, penas y tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH). El TEDH ha ido cambiando su jurisprudencia para considerar tortura u otro tipo de trato prohibido situaciones que antes habría desechado. De modo parecido ha actuado la Corte de San José. Justifican este proceder en los cambios en la percepción social, y son muchos los pronunciamientos de ambos tribunales,⁵³ entre ellos el temprano y célebre caso Soering contra Reino Unido, de 7 de julio de 1989;⁵⁴ donde el TEDH aprecia infracción de la prohibición de tratos inhumanos que podría padecer un sujeto extraditado a los Estados Unidos, donde podría acabar en el corredor de la muerte si llegaba a ser condenado a la pena capital, padeciendo la angustia propia de tal situación. Muy explícito es el TEDH en los casos Henaf contra Francia, de 27 de noviembre de 2003, y Yankov contra Bulgaria, de 11 de diciembre de 2003; el TEDH afirma que el Convenio ha de interpretarse como un instrumento vivo, a la luz de las circunstancias actuales que imponen una protección mayor de los derechos frente a conductas que en el pasado habrían sido irrelevantes. Así, en el caso Henaf, encadenar a un detenido a la cama de un hospital, o en el caso Yankov, el rapado de un detenido, son considerados tratos vedados por el Convenio.

Otro ejemplo de evolución, mediante el cambio de sentido dado a una previa posición iusfundamental, nos lo ofrece el derecho a contraer matrimonio que el artículo 32.1 de la Constitución española y el artículo 12 del CEDH reconocen al hombre y a la mujer.⁵⁵ Sin embargo, el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea deliberadamente omitió referencia alguna al sexo de los contrayentes, abriendo la puerta al

⁵³ De las sentencias más relevantes en esta evolución me ocupo en mi libro *El derecho a la integridad personal*, Valladolid, Lex Nova, 2006, pp. 29 y ss. También Salado Osuna, Ana, “La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (artículo 3 CEDH)”, en García Roca y Santolaya Machetti (coords.), *op. cit.*, pp. 97 y ss.

⁵⁴ Acerca de este caso *cfr.* Santolaya Machetti, Pablo, *El derecho de asilo en la Constitución española*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 135 y ss.

⁵⁵ Para todo Torres Gutiérrez, Alejandro, “El derecho a contraer matrimonio (artículo 12 CEDH)”, en García Roca y Santolaya Machetti (coords.), *op. cit.*, pp. 621 y ss.

matrimonio entre homosexuales. La jurisprudencia del TEDH había ido evolucionando para aproximarse a este resultado, y lo alcanza invocando la Carta de Niza, en los casos *Christine Goodwin contra Reino Unido* e *I. contra Reino Unido*, ambos de 11 de julio de 2002. Abandona su jurisprudencia, basada en el criterio biológico de que solo contrayentes de diferente sexo pueden procrear y, en consecuencia, casarse, para admitir que, a la luz de los cambios sociales en la institución del matrimonio, es admisible el matrimonio homosexual. Se trata de un ejemplo palmario de interpretación evolutiva.⁵⁶ El Tribunal Constitucional español aún debe pronunciarse acerca del recurso de inconstitucionalidad que se interpuso contra la reforma del Código civil que extiende a los homosexuales el derecho a casarse. Si el Tribunal Constitucional consagrara la legitimidad de la norma impugnada, siguiendo los pasos del TEDH, lo tendría que hacer mediante una interpretación evolutiva muy similar a la empleada por este.

Muy interesante es la sentencia del TEDH en el caso *Siliadin contra Francia*, de 26 de octubre de 2005. En él se da vida a la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, abandonando el concepto antiguo de esclavitud, para entender comprendidos en él situaciones, muy frecuentes por desgracia en la actualidad, como la de la protagonista de este caso, una togolesa, menor de edad, obligada al servicio doméstico siete días a la semana, quince horas al día y sin remuneración alguna. El TEDH considera violación estatal del derecho la poca sanción penal impuesta a los “amos” de la muchacha. Cuando casi ninguna Constitución recoge ya esta prohibición de la esclavitud por considerarla erradicada —y sí lo está en su acepción antigua: derecho de propiedad sobre un ser humano convertido en cosa—, el TEDH le encuentra un nuevo sentido al proyectarla sobre una realidad casi cotidiana. El programa normativo se había quedado sin ámbito normativo donde proyectarse, hasta que el TEDH ha actualizado este ámbito al incluir en él situaciones de la realidad que conllevan sometimiento de las personas.

Puede deslindarse con facilidad el supuesto —es en cierto modo excepcional— de interpretación evolutiva de un derecho que implica una restricción de su ejercicio. El caso patente es el del derecho a la propiedad —y junto a él, la libertad de empresa— que ha sufrido una restricción evidente a través de la idea de su función social. De ser un derecho “terrible”,⁵⁷ se ha convertido en un derecho cuyo ejercicio permite hoy hacer menos cosas de las que permitía antaño. El programa normativo ya no incluye tantas facultades, antes casi irrestrictas. Las posiciones iusfundamentales que com-

⁵⁶ *Ibidem*, p. 628.

⁵⁷ Como la calificó Rodotà, Stefano, “Poteri privati e disciplina della proprietà”, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 405.

prende hoy se han constreñido, y numerosos límites pesan sobre su ejercicio. El ámbito normativo del derecho de propiedad ha cambiado y, con él, el significado del programa normativo que lo reconoce.

Otro ejemplo de restricción —frustrada en este caso— nos la ofrece la STC 343/1993, de 18 de noviembre, mediante la cual el TC anuló un precepto de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que reducía el disfrute de la inviolabilidad del domicilio, al extender el concepto de delito flagrante. Como, según la Constitución española (artículo 18.2), la policía puede entrar en el domicilio sin consentimiento del titular y sin mandamiento judicial solo en caso de delito flagrante, si el concepto de flagrancia ampliaba su significado, la policía hubiera tenido más posibilidades de afectar el derecho. El TC rechazó la espuria interpretación de la flagrancia que la ley contenía y defendió la integridad de la posición iusfundamental reconocida, sin autorizar la ampliación de sus límites potenciales.

2. Interpretación evolutiva apelando a la dimensión objetiva de los derechos

Ya comentamos más atrás que las teorías objetivas de los derechos favorecerían su interpretación evolutiva, abriendo la puerta tanto a sus restricciones como a su expansión. Tales teorías sirven, por tanto, para justificar límites a los derechos, una vez establecido que los derechos no son absolutos, pues concurren con otros principios y derechos a los que también debe atenderse. Como resultado de esa ponderación surgen los límites apuntados. Esos principios pueden o no ser encarnados por derechos o ser principios puros. Así, el principio de igualdad sustancial justificaría limitaciones importantes de derechos constitucionales —el caso de las listas cremallera para favorecer la presencia de mujeres en las listas electorales— o la viabilidad del principio democrático legitimaría la imposición de barreras electorales que restringen derechos de participación. Igualmente, un derecho, interpretado en función de su centralidad en la vida democrática, es decir, objetivamente, explica su posición preferente respecto de otros derechos; es el caso de la libertad de información en su latente colisión con los derechos al honor y a la intimidad. En este supuesto, la dimensión objetiva de la libertad de información —en aras de la formación de la opinión pública en una sociedad democrática— favorece su expansividad, pero reduce el ámbito de ejercicio de otros derechos, limitados por el ejercicio de aquel.

En otros supuestos, la dimensión objetiva tiene un efecto expansivo general, como sucede con la llamada eficacia entre particulares de los de-

rechos fundamentales, la *Drittwirkung*. Proyectados como principios en las relaciones jurídicas entabladas entre particulares, estos no pueden convenir nada en menoscabo de los derechos fundamentales de ninguna de las partes, quedando constreñida así la autonomía de su voluntad. No voy a entrar ahora a analizar con detenimiento una problemática tan compleja,⁵⁸ como la suscitada por este entendimiento verdaderamente revolucionario de la eficacia de los derechos fundamentales; solo me interesa destacar que este hallazgo jurisprudencial es una de las muestras más destacadas de interpretación evolutiva, mediante la cual los derechos, confinados a la relaciones entre sus titulares y el Estado como derechos públicos subjetivos,⁵⁹ se proyectan ahora en la relaciones entre particulares, es decir, en un ámbito normativo que les era antes ajeno. No es que se descubran nuevos derechos, es que los existentes valen también ahora frente a los particulares. La evolución no ha consistido, pues, en un desvelamiento de nuevas posiciones iusfundamentales, sino en que las antiguas pueden hacerse valer ya no solo frente a los poderes públicos, sino también frente a otros particulares. Las relaciones entre estos estaban antes excluidas del ámbito normativo de las disposiciones reconocedoras de derechos, pero, paulatina y puntualmente, algunas de ellas han ido incorporándose por vía interpretativa.

No suele haber regulación expresa en las Constituciones de la eficacia entre particulares, y cuando se regula, es solo general, pues dependiendo de que derecho sea y de qué tipo de relación se trate,⁶⁰ podrá extenderse o no la eficacia del derecho a la esfera *interprivatos*. Estamos ante una vía excepcional —y también peligrosa— de adaptación de los derechos a la realidad, especialmente útil cuando se trata de defender a los derechos frente a los poderes privados,⁶¹ función para la cual parece resultar indispensable.

⁵⁸ Y que muchos han estudiado, *cf.* Alexy, *op. cit.*, pp. 506 y ss. Vega, Pedro de, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad de Murcia*, núm. 4, 1994, pp. 41 y ss.

⁵⁹ Tal y como la concibió Jellinek en su *Sistema dei diritti pubblici sogettivi*, Milán, Società Editrice Libreria, 1919.

⁶⁰ Alguna Constitución, como la colombiana de 1991 (artículo 86); algunos de los nuevos estatutos de autonomía españoles recogen normativamente la eficacia entre particulares de los derechos que los estatutos proclaman, si “la naturaleza del derecho” lo consiente (artículo 37.1 del catalán, artículo 38 del andaluz y artículo 17.1 del castellano leonés).

⁶¹ Al ya citado Vega, Pedro de, “Dificultades...”, *op. cit.*, pp. 41 y ss. Y sobre todo a quien probablemente expresó primero y con la mayor lucidez la necesidad de proteger los derechos frente a poderes privados, Lombardi, Giorgio, *Potere privato e diritti fondamentali*, Università di Torino, Memorie del Istituto Giuridico, Serie II, Memoria CXXXII, G. Giappichelli Editore, 1970.

Piénsese, por ejemplo, en los casos de tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral —donde se originó la *Drittwirkung*— o la defensa de los derechos al honor y a la intimidad frente a empresas periodísticas.

3. *A un derecho viejo se adscribe una posición iusfundamental nueva*

En este supuesto, la innovación consiste en desvelar un contenido nuevo de un derecho antiguo que haya venido siendo interpretado en sus estrictos términos y que, por vía interpretativa, adquiere contenidos nuevos; es decir, situaciones jurídicas individuales, antes ajenas al enunciado normativo reconocedor del derecho, pasan a entenderse comprendidas en este. Mediante un acto puro de interpretación, situaciones individuales que presenta la realidad y que carecían de relevancia iusfundamental la adquieren y se integran en el derecho en cuestión. Como es obvio, nuevos derechos pueden surgir del reconocimiento normativo, por ejemplo, cuando la Constitución viene a proclamar el derecho a gozar del medio ambiente. Pero si este reconocimiento no se produce, por vía interpretativa acaban protegiéndose derechos o fragmentos de ellos que no han sido aún proclamados.

Es el caso clamoroso de nacimiento del derecho a la intimidad,⁶² deducido de los derechos existentes en el *common law*; y mucho más tarde la inclusión, en ese derecho a la intimidad, del derecho al aborto,⁶³ derecho que la STC 53/1985, de 10 de abril, no se atrevió a adscribir a los derechos de la mujer, pero tampoco expandió la titularidad del derecho a la vida al *nasciturus*. El Tribunal Constitucional español optó por una interpretación conservadora y, para admitir la constitucionalidad del aborto en algunos casos, ponderó la preservación del no nacido con la de la vida, la salud (de la madre y del propio *nasciturus*) y el honor de la mujer.

En la esfera del derecho internacional, piénsese en la muy creativa jurisprudencia del TEDH que ha enriquecido de contenidos, a veces insólitos, el derecho a la vida privada y familiar, proclamado en el artículo 8 CEDH.⁶⁴ Otro ejemplo nos lo ofrece el derecho de propiedad intelectual y su última manifestación frente a sus afectaciones producidas a través del internet. Todos los apuntados son ejemplos de cómo por vías interpretativas se incor-

⁶² Cuyo origen explica Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 43 y ss.

⁶³ La celeberrima sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Roe contra Wade*, de 1973.

⁶⁴ Enriquecimiento inaudito de sus contenidos que explica Santolaya Machetti, Pablo, “Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad”, en García Roca y Santolaya Machetti (coords.), *op. cit.*, pp. 487 y ss.

poran las transformaciones sociales a los enunciados normativos existentes. Ante un ámbito normativo transformado, el intérprete amolda el programa normativo para hacerle decir lo que no dice o, al menos, lo que no dijo hasta ese momento.

En este modo de interpretación evolutiva de los derechos se produce una creación pura, pues aparece en el mundo jurídico algo que no existía; existirá, claro está, la demanda social de que el ordenamiento reconozca ese nuevo derecho, por ejemplo, el de abortar, pero el ordenamiento o no le daba relevancia o, en el caso del aborto, lo penalizaba incluso. La previa difusión social de que merece protegerse una determinada situación de hecho es el paso previo a ese reconocimiento o directamente normativo o, lo que ahora nos ocupa, jurisprudencial mediante la interpretación evolutiva. En este último supuesto, los viejos enunciados normativos vienen a dar cobertura a situaciones de hecho que pasan de ser desconocidas por el derecho, y a veces sancionadas, a recibir la máxima protección que merece su recién adquirido rango de derecho fundamental.

Una situación reciente y todavía no ventilada es la de la eutanasia. Algunos justiciables han invocado ante los tribunales un supuesto derecho a morir con dignidad,⁶⁵ que implicaría el derecho a suicidarse, asistido por otra persona en caso de enfermedad terminal. Han tratado de encuadrarlo en el derecho a la vida, para reclamar la ayuda del Estado o al menos la omisión de sanción penal a quienes asistieran en el suicidio. El Tribunal Constitucional español⁶⁶ o el TEDH⁶⁷ han eludido encuadrar esa situación dentro del derecho a la vida o del derecho a la vida privada, entendiendo que este no incluye el derecho a morir, siendo el suicidio una decisión libre del sujeto que el Estado no está facultado para impedir, pero se han negado a darle relevancia jurídica incorporando el suicidio en el derecho a la vida como una posición iusfundamental más, una suerte de vertiente negativa del derecho a la vida. El TEDH, en la sentencia citada, niega a la demandante el apoyo estatal (la omisión de la sanción penal a quienes ayuden al

⁶⁵ El artículo 20 del recién aprobado Estatuto de Cataluña proclama el “derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte”. También el artículo 20 de la propuesta de reforma del Estatuto de Andalucía se expresa en parecidos términos: “Se garantiza a todas las personas el derecho a vivir dignamente el proceso de su muerte”. Naturalmente, de estos derechos no puede inferirse, sin más, un derecho al suicidio asistido.

⁶⁶ El Tribunal Constitucional en sus célebres decisiones acerca de la legitimidad constitucional de la alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre reivindicativa, STC 120/1990, de 27 de junio, y STC 137/1990, de 19 de julio.

⁶⁷ La negativa del TEDH se produce en el famoso caso Pretty contra el Reino Unido, de 29 de abril de 2002.

suicidio). De haber admitido una suerte de derecho a la protección del derecho al suicidio, se habría consagrado un deber público de facilitararlo.

El modo de interpretar estudiado en este epígrafe es la expresión más pura y activa de la evolutividad, porque reviste el carácter de verdadera creación de un derecho que se “cuelga” de un antiguo enunciado normativo. Lo que antes no existía existe ahora tras el *fiat* jurisprudencial. Resulta, además, un proceder especialmente útil cuando el intérprete tiene ante sí una declaración antigua de derechos, carente de derechos de nueva generación. En esta tesitura o desarrolla una interpretación conservadora, sin alterar los contenidos tradicionales de los derechos proclamados, o atiende la demanda social y, a través de la interpretación evolutiva, actualiza las declaraciones con la incorporación de nuevas posiciones iusfundamentales. Parece que, dada la expansividad de los derechos y el juego del criterio *favor libertatis*, no hay más alternativa posible que optar por la interpretación evolutiva.

4. *A un derecho de máxima protección se yuxtapone un derecho de menor protección*

Este supuesto es muy diferente del anterior, y menos creativa en él la acción interpretativa. De lo que se trata no es de crear un nuevo derecho, sino de dotar de protección, o de mayor protección, a uno ya declarado. Es frecuente que la generosidad del constituyente acabe consagrando derechos de última generación, pero cuyo significado es incierto; además, con frecuencia los novísimos derechos no reciben del ordenamiento protección igual a la brindada a los demás derechos constitucionales. A esto se añade la lenidad del legislador que ni precisa los contenidos del derecho ni regula vías para su protección.

Un ejemplo clamoroso de la situación descrita nos lo ofrece el derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado que proclama el artículo 45.1 de la Constitución española. Este reconocimiento, en su literalidad, es idéntico al de otros derechos; se introduce, sin embargo, en el capítulo III del título I de la Constitución, en una parte dedicada a los principios rectores de la política social y económica, cuyo valor normativo se matiza en el artículo 53.3, reduciéndolos a normas programáticas. Tenemos, pues, un derecho ubicado entre principios programáticos, y de contenido muy cierto que todavía no ha precisado el legislador. En estas condiciones era muy difícil la invocación ante los tribunales, y desde luego no se abren para él ni el amparo ordinario ni el amparo ante el Tribunal Constitucional. Esta patética situación se ha corregido parcialmente con la más reciente jurisprudencia del

Tribunal Constitucional (STC 119/2001, de 24 de mayo),⁶⁸ que ha abierto la puerta a la protección de fragmentos del derecho ambiental solapados con derechos de máxima protección, tales como el derecho a la integridad (artículo 15 de la Constitución española) o a la intimidad domiciliaria, deducido del derecho a la intimidad y del derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.1 y 2 de la Constitución española). Ahora ya pueden sostenerse pretensiones ambientales en las más enérgicas vías de tutela jurisdiccional, pero tendrán que solaparse con la invocación de derechos amparables como los citados. Cierto es que no todos los contenidos del derecho ambiental podrán así encauzarse, sino únicamente aquellos que puedan acompañarse de la invocación de un derecho de máxima protección. La argumentación jurídica gravitará en torno a estos últimos, aunque en realidad sea una pretensión ambiental la que se defienda.

Hay que decir que este novedoso proceder del Tribunal Constitucional español no es original, ya que antes sostuvo la tesis contraria e inadmitió liminarmente un amparo, en un caso muy parecido al que se resuelve en la citada STC 119/2001, por entender que se invocaban sin fundamento derechos amparables cuando en realidad se pretendía defender el derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado. Aquella providencia de inadmisión puso fin a la vía jurisdiccional española y permitió al justiciable acudir a la Comisión Europea de Derechos Humanos y llegar después al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y este fue el que verdaderamente innovó, al adscribir fragmentos del derecho a disfrutar del medio ambiente al derecho a la vida privada y familiar.⁶⁹ Aunque en verdad el TEDH no protagonizó el supuesto que analizamos en este epígrafe —un derecho reconocido, pero no protegido, se adscribe a un derecho de máxima protección—, sino el que analizamos en el epígrafe anterior, es decir, la creación pura de posiciones iusfundamentales, que, en el caso resuelto por el TEDH, carecían de cualquier reconocimiento.

5. *Se dota a una posición iusfundamental de una dimensión de derecho de protección*

En la jurisprudencia internacional y en la nacional se abre paso la especie de que la protección de los derechos frente a peligros, antiguos y nuevos,

⁶⁸ Sobre esta sentencia, *cf.* mi comentario “Pretensiones ambientales en amparo constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional. Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo*, núm. 10-11, 2003, pp. 697 y ss.

⁶⁹ Mi libro *Constitución y medio ambiente*, Madrid-Buenos Aires, Dykinson-Ciudad Argentina, 2000, p. 135, y mi comentario a la STC 119/2001, “Pretensiones...”, *op. cit.*, pp. 697 y ss. También, respecto de la doctrina del TEDH, *cf.* Santolaya, Pablo, “Derecho a la vida privada...”, *op. cit.*, pp. 496 y ss.

se integra en el contenido mismo del derecho, de tal suerte que los titulares pueden invocarlos para exigir su protección.⁷⁰ Siempre, claro está, a los poderes públicos ha correspondido la protección de los derechos, lo novedoso es que ahora esa protección puedan demandarla directamente los sujetos invocando los derechos.⁷¹ Así, las cosas, todos los derechos, en principio, adquieren una dimensión prestacional que permite a sus titulares demandar del Estado una prestación —la protección—. La acción protectora del Estado no es solo resultado de cumplir una obligación objetiva, sino también deber relacional, cuyo cumplimiento puede demandar el titular del derecho. Esta argumentación permite abrir el abanico de peligros contra los que se protegen los derechos que ya no son solo los contemplados por el Estado, sino también los detectados, como tales peligros, por el titular del derecho. Millones de titulares de derechos podrían entonces exigir protección en todas aquellas situaciones que subjetivamente consideren lesivas. Se amplía así extraordinariamente el ámbito normativo de los enunciados constitucionales reconocedores de derechos.

En la jurisprudencia del TEDH y de la Corte de San José hay buenos ejemplos de esta dimensión protectora de los derechos, facilitada por las cláusulas que (artículo 1 de los respectivos tratados) imponen a los Estados el deber de proteger los derechos declarados. Conectando las cláusulas específicas que reconocen derechos con ese genérico deber de protección, estos tribunales han deducido posiciones iusfundamentales nuevas o han ampliado el radio de acción de las ya consagradas. Así, por ejemplo, la Corte de San José ha imputado a los Estados la desaparición forzada de personas, considerándola lesiva de los derechos a la integridad y a la vida.⁷² Por su parte, el TEDH, luego de crear una posición iusfundamental nueva tutelando el derecho a la vida privada frente a la contaminación, achaca al Estado la lesión —aunque esta en realidad procediera de un particular— por no cumplir su deber de protección. Un caso más llamativo todavía —en él es el

⁷⁰ Como escribe Hesse: “De los derechos fundamentales puede resultar la obligación estatal de preservar un bien jurídico, protegido mediante los derechos fundamentales, contra lesiones y amenazas provenientes de terceros”, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de derecho constitucional*, Oñate-Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, p. 104.

⁷¹ Alexy, Robert, los denomina derechos a protección, *Teoría...*, *op. cit.*, pp. 435 y ss.

⁷² García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. Los casos más llamativos son: Paniagua Morales y otros, de 8 de marzo de 1998, Velásquez Rodríguez, de 29 de julio de 1988, y Godínez Cruz, de 20 de enero de 1989. Un comentario de estas sentencias desde el derecho a la integridad se ofrece en Canosa Usera, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, Valladolid, Lex Nova, 2005, pp. 24 y ss.

Estado el directo responsable de la lesión— considera lesivo del derecho a la vida privada la ausencia de castigo penal a abusos sexuales a una menor en un centro de acogida.⁷³ Lo mismo sucede con el derecho a la protección frente a manifestaciones privadas de esclavitud o de servidumbre (caso TEDH de Siladin contra Francia, de 26 de julio de 2005, ya mencionado). El Tribunal Constitucional español en la ya citada STC 119/2001 advierte que los derechos se devaluarían en meras figuras retóricas si no se protegiera frente a estos peligros nuevos.

Esta construcción argumental pretende, además, soslayar lo que es evidente en la vía internacional y en el amparo constitucional español: que solo se protegen los derechos frente a actos u omisiones del poder público. Y como los peligros para los derechos provienen muchas veces de particulares, se necesitaba un punto de conexión entre la acción u omisión del poder público y la lesión del derecho. Esa conexión la brinda la noción de derechos de protección: el incumplimiento estatal del deber relacional de proteger, deber que el titular del derecho puede exigir subjetivamente ante los tribunales.

Esta innovación jurisprudencial acaba convirtiendo la relación *interpretativos* en una relación entre el titular del derecho y el Estado, titular del deber de proteger. Aunque la argumentación acabe produciendo efectos parecidos a los de la *Drittwirkung*, es distinta, pues el poder público es parte de la relación y no un árbitro que, como en la *Drittwirkung*, acaba, suprapartes, imponiendo la eficacia de los derechos, en su dimensión de principios, a los particulares. En aquellos sistemas de derechos para cuya activación es necesario un incumplimiento de deberes relacionales por parte del Estado, porque se conciben para tutelar los derechos frente al poder público, la noción de derecho de protección es sumamente útil, ya que si un particular lesiona el derecho de otro particular, debe entenderse que el Estado no ha ofrecido protección suficiente, y esa carencia de protección se considera, en sí misma, lesiva del derecho. Lo que se ventila, en definitiva, no es solo si hubo lesión cometida por un particular, sino también si existió falta de protección estatal.

Ya algún documento normativo reciente recoge derechos a la protección. Algunos de los nuevos estatutos de autonomía españoles proclaman derechos de este tipo; por ejemplo, el artículo 16 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, que proclama el derecho de las mujeres a “una protección integral contra la violencia de género”. Con artículos como este

⁷³ Stedh en X e Y contra Holanda, de 26 de marzo de 1985, comentada en Canosa, *El derecho a la integridad personal*, *op. cit.*, p. 40.

ya no habría que inferir jurisprudencialmente el deber estatal de protección, ni este sería solo producto de normas objetivas, porque vendría consagrado normativamente, y la evolución del ordenamiento habría pasado de la jurisprudencia a la legislación.

6. *Una garantía de ciertos derechos se transforma en un derecho fundamental autónomo*

Tiene lugar en este supuesto un puro acto de creación de un derecho fundamental nuevo, pero que no se adscribe al enunciado de otro derecho, sino al de una garantía de derechos. Es el caso del derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática, que carece de reconocimiento expreso en la Constitución española, cuyo artículo 18.4 solo impone al legislador establecer límites al uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad de las personas. La doctrina científica⁷⁴ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en especial la sentada en la STC 254/1993, de 20 de julio,⁷⁵ han construido un nuevo derecho para preservar un bien jurídico nuevo: los datos personales, distinto del honor y de la intimidad, aunque conectado con ellos. Ha tenido que crearse la posición iusfundamental protegida: la autodeterminación informativa, el control —*habeas data*— sobre los propios datos personales que otros manejan. El ámbito normativo es amplísimo: la utilización informática de datos personales, tengan que ver o no con el honor o la intimidad. El Tribunal Constitucional español aprovechó la inclusión de la garantía en el artículo 18.4 de la Constitución para abrir el amparo a quienes reclamaban mal uso de sus datos personales (STC 254/1993, ya citada), y ello le permitió pronunciarse con tanta creatividad, al compás de los cambios sociales que el uso de la informática acarrea.

IV. CONCLUSIÓN

Frente al habitual carácter estático de las declaraciones de derechos, la interpretación pretende su actualización, adaptándolos a la realidad de

⁷⁴ Muy destacadamente Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, especialmente pp. 101 y ss. Del mismo autor, *Informática y protección de datos personales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁷⁵ Sobre esta jurisprudencia *cf.* Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 104, 1999, pp. 42 y ss.

cada momento. La interpretación evolutiva es el instrumento idóneo de esa adaptación que, por lo general, amplía la esfera de libertad de las personas, incorporando nuevas posiciones iusfundamentales. En ocasiones, entraña limitaciones de los derechos preexistentes, derivadas o no de los derechos nuevos, pero siempre exigibles por la realidad. Esta opera como motor de los cambios, incorporada al razonar jurídico como ámbito normativo de los enunciados constitucionales.

La interpretación evolutiva fortalece la legitimación social de las declaraciones de derechos, contempladas así como instrumentos idóneos de la protección de los derechos existentes, pero asimismo de aquellos que potencialmente aparezcan en el porvenir; instrumentos vivos, abiertos a satisfacer la finalidad de toda interpretación de los derechos: su entendimiento más favorable. Se trata, pues, de proteger todas las situaciones individuales que lo merezcan, y frente a todos los peligros que vayan apareciendo, ya provengan de poderes públicos o de particulares. Se extienden los contenidos de los enunciados constitucionales y se amplía el ámbito normativo donde se proyectan. Evolutividad de los derechos es las más de las veces sinónimo de su expansividad a través de la interpretación.

La comprensión actual de los derechos ha dejado de ser un fenómeno puramente estatal para internacionalizarse; diríamos más, es una muestra de la integración supranacional. La jurisprudencia y la doctrina científica van creando, en Occidente, un entendimiento común de los derechos, y en este sentido es especialmente relevante la jurisprudencia de tribunales como la Corte de San José o el TEDH,⁷⁶ cuya interpretación expansiva —evolutiva— condiciona la propia de los Estados concernidos, sin olvidar la creciente influencia en Europa del TJCE. Entre todos y partiendo de esa pluralidad de declaraciones de derechos y de sus interpretaciones que se superponen, van adaptándose los derechos a la realidad.

⁷⁶ Lo que Cappelletti denomina “justicia constitucional transnacional”, nacida en torno no al control de la ley, sino para proteger la libertad, *op. cit.*, pp. 633 y ss.