

LA OBSOLESCENCIA DE LOS DERECHOS¹

The obsolescence of rights

ÁNGEL J. GÓMEZ MONTORO

Universidad de Navarra

gmontoro@unav.es

Cómo citar/Citation

Gómez Montoro, Á. J. (2019).

La obsolescencia de los derechos.

Revista Española de Derecho Constitucional, 115, 47-79.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.02>

Resumen

No parece que quepa hablar con propiedad de la obsolescencia de nuestro catálogo constitucional de derechos, que ha sido y sigue siendo básicamente válido para las necesidades de nuestro tiempo. Se aprecia, sin embargo, una tendencia a esperar de los derechos fundamentales lo que difícilmente pueden dar si se les sigue considerando no como meros derechos humanos sino como derechos constitucionalizados, con lo que ello lleva consigo. Esta tendencia se aprecia, al menos, en tres ámbitos: la extensión inmediata y directa de los derechos a las relaciones privadas, la pretendida eficacia directa de los derechos sociales y la coexistencia de tribunales internacionales de derechos humanos cuyas decisiones pretenden imponerse con independencia de los términos en que los derechos vienen regulados por el derecho interno, Constitución incluida. Una visión expansiva de los derechos en estos ámbitos lleva a comprometer otros aspectos del constitucionalismo que han sido siempre inseparables de los

¹ El presente texto se corresponde —con las adaptaciones de estilo requeridas por la revista— con la ponencia que se me pidió para el XVI Congreso de la ACE, «40 años de Constitución: Una mirada al futuro», Universidad de Málaga, 26 y 27 de abril de 2018, y aparecerá publicado en las correspondientes actas. Agradezco a la junta directiva de la asociación la autorización para publicarlo en esta revista.

derechos: la división del poder, los límites de la función jurisdiccional y, en última instancia, la legitimidad democrática.

Palabras clave

Obsolescencia de derechos; derechos fundamentales y derechos humanos; eficacia de los derechos en las relaciones privadas; exigibilidad de derechos sociales; tutela internacional de derechos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract

It does not seem that we can speak appropriately about the obsolescence of our constitutional catalog of rights, which has been and continues to be basically valid for the needs nowadays. However, there is a tendency to demand from fundamental rights what they can hardly give if they are still considered not as mere human rights but as constitutional rights, with what this entails. This trend is seen, at least, in three areas: the immediate and direct extension of rights to private relations, the alleged direct efficacy of social rights and the coexistence of international human rights tribunals whose decisions are intended to be imposed independently of terms in which rights are regulated by domestic law, including in the Constitutions. An expansive vision of rights in these areas leads to compromising other aspects of constitutionalism that have always been inseparable from rights: the division of power, the limits of the jurisdictional function and, ultimately, democratic legitimacy.

Keywords

The obsolescence of rights; fundamental rights and human rights; the effectiveness of rights in private relations; enforceability of social rights; international protection of rights; European Court of Human Rights.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA DISTINCIÓN BÁSICA... QUE CON FRECUENCIA SE OLVIDA. III. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS Y, EN PARTICULAR, SU EXTENSIÓN A LAS RELACIONES PRIVADAS. IV. LOS INTENTOS DE CONSTRUIR LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES. V. LA TUTELA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS. VI. CONSIDERACIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

He de empezar por aclarar que no he elegido yo el título de esta ponencia sino que me ha sido propuesto por los organizadores. Y, como según la primera acepción del diccionario de la RAE «obsoleto» significa «anticuado o inadecuado a las circunstancias, modas o necesidades actuales», adelanto ya que, aunque desde luego perfectible, no creo en modo alguno que nuestra declaración constitucional de derechos sea inadecuada para dar respuesta a las circunstancias y necesidades de nuestro tiempo. No me atrevería a decir lo mismo respecto de las modas, pero entiendo que una constitución, y en especial su parte dogmática, no debería reformarse en función de ellas. En todo caso, lo que parece que los organizadores de las jornadas esperan de la mesa redonda en que se enmarca esta ponencia es examinar si el título I de la Constitución sigue dando respuesta a nuestras necesidades o si, por el contrario, requiere alguna actualización.

Centrado así el tema, caben diversos modos de abordarlo. Cabría analizar derecho por derecho para ver qué mejoras convendría acometer; o también plantearse qué derechos no tenemos y deberíamos tener. Pienso que, con más sentido, son posibles enfoques en torno a temas actuales que están en la cabeza de todos: privacidad y nuevas tecnologías, bioderecho, profundización en la igualdad... Y cabría también un análisis como el que llevó a cabo E. W. Böckenförde al cumplirse cuarenta años de la Constitución alemana en su bien conocido trabajo «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental» (1990)².

² Incluido en Böckenförde (1993: 95-138). Un enfoque general fue también el adoptado veinticinco años después por Dieter Grimm (2015).

Aunque no me considero en condiciones de hacer algo similar al trabajo de Böckenförde, mi planteamiento va a ser más general que casuístico³. Me inclino por esa opción, primero, por la imposibilidad de llevar a cabo una revisión mínimamente seria de todas las cuestiones que habría que tocar en un análisis más casuístico. Pero, antes que ello, porque no creo que sea posible —y quizá tampoco necesario— un *aggiornamento* general de nuestro catálogo de derechos. No me parece posible por razones bien conocidas: la falta de consenso en general para la reforma, a la que se suma en este caso la especial rigidez de la sección 1.ª del capítulo II del título I. Por otra parte, nuestra declaración de derechos ha demostrado flexibilidad suficiente para dar respuesta a nuevas necesidades y creo que esta afirmación no es fruto ni de una postura voluntarista ni de un optimismo ingenuo (Gavara de Cara, 2016: 40).

Desde luego que, desde la cómoda postura de los análisis teóricos, hay aspectos que se pueden mejorar, pero la realidad es que se han alcanzado altos niveles de tutela de los derechos, parangonables, cuando menos, a los de los países de nuestro entorno cultural. Y es de justicia reconocer la importante labor de los poderes públicos en este ámbito (a pesar de que veníamos de un régimen no democrático) y, en particular, el gran trabajo hecho por el Poder Judicial y, de manera muy especial, por el Tribunal Constitucional. Un índice claro al respecto es el escaso número de condenas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴.

Pero más relevante que la eficacia práctica me parece, al menos en el ámbito académico en el que se mueve este congreso, el éxito a la hora de ofrecer soluciones jurídicas adecuadas. De un lado, nuestra Constitución —también por el momento en que se aprobó— pudo incluir un catálogo bastante completo de derechos. Pero, además, ha ofrecido vías para dar respuesta a problemas no identificados en el momento de su redacción: en ocasiones, mediante la interpretación amplia de un derecho, con apoyo a veces en el art. 10.2 CE (la garantía del *ne bis in idem*⁵ o la doble instancia penal)⁶. Otras,

³ De alguna manera, una continuación actualizada de una ponencia que se me pidió con motivo de los veinticinco años de la Constitución y que se publicó con el título «Constitución y derechos fundamentales: impacto y perspectivas» (Gómez Montoro, 2003),

⁴ «España es uno de los países menos demandados y que recibe menos condenas, lo que parece evidenciar la bondad de nuestro sistema de garantías» (García Roca, 2018: 8)

⁵ Sobre la influencia de la jurisprudencia de Estrasburgo en la aplicación por el Tribunal Constitucional de este derecho véase, por todos, Queralt Jiménez (2008: 362 y ss.),

⁶ Por ejemplo SSTC 3/1983, 14/1983, 46/1984, 36/1986, 69/1987 y 143/1987 entre las de los primeros años (un interesante análisis sobre la preferencia del Tribunal

forzando un poco el tenor literal de los preceptos, como en la identificación de un verdadero derecho subjetivo a la protección de datos en el art. 18.4 CE⁷. Asimismo, ha aportado elementos para resolver satisfactoriamente —aunque no siempre sin polémica— cuestiones delicadas como la titularidad de los derechos por los extranjeros, también quienes están irregularmente en España⁸. Y, aunque no siempre sin polémica, creo que la Constitución ha servido igualmente para dar respuesta válida a las cada vez mayores exigencias derivadas del derecho a la igualdad, también la igualdad real, mediante una interpretación conjunta de los arts. 14 y 9.2 CE⁹. Y los ejemplos podrían multiplicarse.

Es verdad que cabrían mejoras técnicas, sobre todo después de estos años de *rodaje* y jurisprudencia constitucional: pero pienso que el beneficio sería muy escaso para el coste. Por otra parte, no creo que sea buena una inflación de derechos: de un lado, porque no hay tantos valores esenciales sobre los que exista un amplio acuerdo (las declaraciones se parecen mucho, incluida la más reciente Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea); de otro, porque calificar un bien o valor como un derecho fundamental lleva consigo la importante consecuencia de extraer ámbitos del debate democrático (en la medida en que su contenido se impone al legislador), sin que además pueda ignorarse que cada vez más los derechos se presentan también como títulos de intervención del Estado con la paradójica situación de que se convierten en un límite a la libertad¹⁰.

Quizá, si tuviera que destacar algunos de los ámbitos en los que nuestra carta de derechos va a tener que abordar nuevos e importantes desafíos me referiría a dos que tienen que ver con las posibilidades que abre el gran y acelerado desarrollo tecnológico: la protección de la privacidad y los riesgos que puede suponer para la dignidad, vida e integridad. Pero son temas que

Constitucional en este caso del «estándar europeo» frente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el trabajo de Argelia Queralt citado en la nota anterior, pp. 375 y ss.).

⁷ La STC 254/1993 constituye el *leading case*.

⁸ En especial, las SSTC 115/1987 y 236/2007.

⁹ Véanse, por ejemplo, las SSTC 12/2008 y 13/2009, sobre la obligación de incluir un porcentaje mínimo de mujeres en las listas electorales, o la STC 41/2010, sobre el tipo agravado de violencia de género en el delito de lesiones.

¹⁰ Se inclina también por la contención en la enumeración de derechos el informe coordinado por García Roca (2014: 37 y ss.). Se afirma, en concreto, que «se pretende no seguir las pautas excesivas o algo desmesuradas de algunas Constituciones iberoamericanas y de algunos de nuestros Estatutos de Autonomía» por el riesgo de desvirtuar o degradar su carácter fundamental, inducir a error a los ciudadanos y generar falsas expectativas (*ibid.*: 37).

requerirían por sí solos desarrollos más amplios de los que son posibles en esta ponencia general y, por otra parte, confieso que estoy lejos de ser un experto en esas cuestiones tan complejas. Con todo, no tengo claro que la cada vez más urgente respuesta a esos riesgos deba venir —o, en todo caso, deba venir fundamentalmente— de la incorporación de nuevos derechos. De un lado, porque su protección puede llevarse a cabo, al menos parcialmente, mediante una interpretación amplia de derechos existentes; de otro, porque es posible que su tutela deba hacerse más bien desde el derecho objetivo. Es más, las medidas realmente eficaces en esos ámbitos requieren en muchos casos de acuerdos internacionales y de la actuación coordinada de los Estados, pues la globalización y las posibilidades de internet —y otras redes similares— dificultan la garantía por los poderes públicos de un único país¹¹.

Por todo ello, y aunque no sé si es esto lo que esperaban de mí los organizadores, me voy a centrar, como ya he avanzado, en una cuestión más general que, aunque no suele ser explicitada por la doctrina, creo que está en la base de algunos de nuestros problemas actuales y que no es otra que la de hasta qué punto los derechos fundamentales, como categoría dogmática con perfiles bien precisos desde el nacimiento del constitucionalismo, sirven para dar solución a lo que hoy muchos esperan de ellos. No es solo ya que exista una inflación en el discurso de los derechos¹², sino que, además, se pretende que cumplan funciones que difícilmente pueden realizar, al menos sin desvirtuar su naturaleza o sin sacrificar otros de los elementos clave del constitucionalismo a los que los derechos han estado unidos: la división del poder y la primacía del Parlamento.

En las páginas que siguen abordaré, primero, la distinción —básica, pero que parece olvidarse— entre derechos humanos y derechos fundamentales (II), para analizar a continuación hasta qué punto estos últimos son compatibles con una extensión inmediata y directa a las relaciones privadas (III), la pretendida eficacia directa de los derechos sociales (IV) y la coexistencia

¹¹ Esto es claro en relación con las vulneraciones de la privacidad desde internet y redes sociales, y por ello la importancia de normas como el reciente Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Pero también respecto de otro tipo de cuestiones, como están poniendo de relieve los problemas que plantea la maternidad subrogada: la prohibición en un país no resuelve por sí misma los problemas cuando es posible llevarla a cabo en lugares donde está legalizada y luego se pretende la inscripción de la filiación en el propio país (como sucedió en el caso *Paradiso Campanelli c. Italia*; véase, por todos, Simón Yarza, 2017).

¹² Algo sobre lo que llamó la atención ya hace años Mary Ann Glendon (1991).

de tribunales internacionales de derechos humanos cuyas decisiones pretenden imponerse con independencia de los términos en que los derechos vienen regulados por el derecho interno, Constitución incluida (V), para concluir con unas consideraciones finales (VI).

II. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA DISTINCIÓN BÁSICA... QUE CON FRECUENCIA SE OLVIDA

En un reciente e interesante artículo, Villaverde Menéndez (2018), al hacer balance de estos cuarenta años de Constitución, denuncia con términos tan gráficos como contundentes lo que él llama el nuevo *constitucionalismo líquido*, una tendencia que aprecia de manera especial en los últimos años como consecuencia de un nuevo entendimiento de los derechos y que vendría a poner en peligro el papel esencial que la Constitución desempeña desde su origen¹³. Se trata, en su opinión, de un renacer del uso alternativo del derecho en el que «la Constitución ha dejado de ser una referencia estable y cierta, el “texto” de la interpretación constitucional, confinada en su literalidad, para convertirse en el “pretexto” para legitimar interpretaciones de sus preceptos que tienen más que ver con un uso alternativo en función de las necesidades y circunstancias del momento, que con el recto sentido de sus palabras» (*ibid.*: 41). Para Villaverde esto es consecuencia del «retorno de la moral» o, en última instancia, de un «retorno del iusnaturalismo», especialmente agravado por el principialismo. El constitucionalismo clásico es un *constitucionalismo sólido*, caracterizado por el empeño por sustituir el gobierno de los hombres por el de las normas, por extraer el *factor humano* que Villaverde identifica con la moral (*ibid.*: 42-43); este permite «un discurso argumentativo controlable, contrastable y pausado, por muy controvertido o discutible que resulte [...]. Es una cuestión de reglas, no de juicios de valor» (*ibid.*: 45). Por el contrario, en el nuevo constitucionalismo líquido, la normatividad de los derechos se disuelve «con el triunfo y la irrefrenable expansión del *principialismo* de Alexy», de forma que los derechos se han convertido «en meros argumentos a libérrima disposición de los tribunales para regular las relaciones jurídicas públicas y

¹³ Los ejemplos concretos que utiliza para explicar esta nueva situación de escaso respeto al texto constitucional son la STC 26/2014, que recogió la doctrina del caso *Melloni*, y la STC 198/2012, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. La primera sería un ejemplo de distorsión motivada por una sentencia internacional (en este caso del TJUE); la segunda, por la «irrupción en la jurisprudencia del TC de un “constitucionalismo sociológico”» (Villaverde Menéndez, 2018: 34).

privadas, para controlar los actos de los poderes públicos, incluidos los del legislador, y para descubrir y construir contenidos de los derechos más allá de la literalidad constitucional [...]». Una situación que, para el autor, «no es sino pura nostalgia del derecho natural» (*ibid.*: 47). Los derechos fundamentales no serían sino el derecho natural del nuevo milenio.

El trabajo de I. Villaverde me parece una oportuna —incluso necesaria— llamada de atención ante los riesgos que ese *constitucionalismo líquido* supone para los valores que están detrás del verdadero constitucionalismo. Creo que muchos de sus análisis son certeros y su justificada preocupación debería ser una llamada a reflexionar sobre algunos de los caminos que se están transitando. Discrepo, sin embargo, parcialmente de la identificación de las causas que nos han conducido a esta situación.

No creo, de una parte, que el problema sea por sí mismo el entendimiento de los derechos como principios (otra cosa es el uso que se haga de ello): no solo es algo aceptado generalmente por la doctrina, también la alemana que I. Villaverde toma como referencia, sino algo inevitable. Esto no quiere decir que dentro de las normas de derechos fundamentales no haya algunas con estructura de reglas y que por tanto no admiten «flexibilidad» en su interpretación: es el caso de la prohibición de la tortura, a la que acertadamente alude en su trabajo. Como lo es también, por citar más ejemplos, la prohibición absoluta de pena de muerte (salvo en tiempos de guerra), la prohibición —también absoluta— de entrar en un domicilio sin consentimiento de su titular salvo que se tenga una orden judicial (con la excepción del caso de delito flagrante), o de proceder a la disolución de una asociación por la autoridad administrativa, etc. Pero fuera de algunos supuestos concretos, es imposible entender como reglas la garantía de la igualdad, del honor y la intimidad o la proclamación de las libertades informativas, por citar solo algunos casos¹⁴. Y por eso —y ahí está la grandeza y posiblemente también la debilidad de los derechos— es inevitable la existencia de una «zona de penumbra» y la necesidad de acudir a un sistema de ponderación que necesariamente implica el *factor humano* que tanto preocupa a I. Villaverde.

La ponderación es inevitable y la cuestión es, por tanto, el establecimiento de reglas que aporten certezas y la concreción de test de control e incluso de precedentes que no deberían ser obviados por los órganos judiciales. Lo que está ocurriendo hoy en día —y que con toda razón denuncia el autor— es que, con la excusa de la ponderación, se ignoran en ocasiones las reglas que la propia

¹⁴ En teoría, el constituyente podría intentar desglosar cada uno de esos derechos en una serie de reglas precisas, pero sería una tarea imposible que, además, tendría siempre el riesgo de dejar fuera la tutela de importantes contenidos de los derechos.

Constitución establece, respecto de las que no cabe ponderación alguna; y, con más frecuencia, la ponderación que en muchos casos ha hecho ya el legislador al desarrollar o limitar un derecho y que debe ser respetada por los jueces y magistrados, sometidos al imperio de la ley (art. 117.3 CE). Detrás de no pocos de los casos que critica Villaverde no está sino la ignorancia de las reglas básicas de interpretación constitucional y, a veces, un olvido totalmente censurable del tenor de la norma, que es siempre el límite de la interpretación¹⁵.

Por lo que se refiere a su crítica a la introducción de la moral en el derecho y a lo que considera como la vuelta del derecho natural, creo que en realidad es reconducible a algo más concreto y que, como he dicho, pretende ser el centro de este trabajo: la confusión entre derechos humanos y derechos fundamentales. Los derechos humanos responden sin duda a valores morales, es más, a valores que se consideran esenciales para el ser humano. Son por ello derechos «naturales», como se llamaron en el momento fundacional del constitucionalismo¹⁶. Y en este sentido no le falta razón a I. Villaverde al ver en los derechos una cierta vuelta del derecho natural. Lo que ocurre es que esos derechos no se aplican en cada país como derechos naturales sino como derechos constitucionalizados, con todo lo que ello implica. Los problemas surgen cuando se tratan los derechos fundamentales como si fueran derechos humanos y, por eso, el punto de partida que me sigue pareciendo clave, y sobre el que ya llamó la atención F. Rubio Llorente, es la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales¹⁷.

No voy a detenerme en lo que ya se ha explicado de manera excelente en el conocido trabajo de P. Cruz sobre el origen de los derechos (1989). Estos se conciben, en un primer momento, como derechos humanos, y se convierten en derechos fundamentales con su incorporación a la Constitución; son, por ello, derechos humanos constitucionalizados. Pero en ese proceso se produce algo más que un simple cambio terminológico. Derechos humanos y derechos fundamentales son dos instituciones jurídicas distintas que funcionan con sus propias reglas; los primeros se mueven inicialmente en el ámbito de la filosofía política y más adelante, en la medida en que se va formando un derecho

¹⁵ Véase por todos el ya clásico trabajo de Aragón Reyes (1986).

¹⁶ Como señaló Rubio Llorente, los derechos son prepositivos y se convierten en normas jurídicas plenas tras su incorporación a la Constitución. En esta fase es insostenible la separación entre el derecho y la moral, existe «una necesidad moral de incorporar a la Constitución determinados derechos», y por ello la obligación jurídica de hacerlo (Rubio Llorente, 2012: 998-999). Un análisis —crítico— de este entendimiento de los derechos en Bastida Freijedo (2018).

¹⁷ En primer lugar en 1997, y después, con más detenimiento, en 2006.

internacional de los derechos humanos, con las reglas propias de este. Los derechos fundamentales, por el contrario, no se pueden entender al margen de la Constitución, y deben aplicarse como tales normas constitucionales. Dejan de ser universales para entenderse en el marco de las relaciones poder-ciudadano, que son las que regula la norma fundamental; y por eso el titular universal de los derechos es solo el ciudadano y su destinatario, el poder público (lo que no quiere decir que los extranjeros no tengan muchos de los derechos). Además, son fundamentalmente derechos subjetivos y aparecen como límite al poder; de este se espera su no violación y esta se produce cuando hay una lesión directa, no una protección insuficiente.

Casi todas estas características están hoy contestadas, en parte porque a los derechos se les está pidiendo otras cosas; muchas de ellas tienen que ver con su entendimiento más allá del ámbito constitucional e incluso del marco de las relaciones con el poder. Algunas evoluciones son lógicas (por ejemplo, la necesaria superación de una visión liberal de los derechos) y siguen siendo compatibles con la noción de derechos fundamentales, al menos con algunos ajustes. Otras, sin embargo, resultan más problemáticas y no porque el concepto de derecho fundamental no pueda evolucionar sino porque se le pide lo que no está pensado que pueda dar..., o al menos no puede dar sin comprometer otros valores estrechamente vinculados al constitucionalismo: en particular, una merma de la autonomía de la voluntad y un gran protagonismo judicial en detrimento del poder político, incluido el legislador, con lo que implica de riesgo para el principio democrático. El constitucionalismo no son solo los derechos; son, cuando menos, los derechos y la división de poderes, como ya sintetizara de manera significativa el art. 16 de la Declaración francesa de 1789. O, como se ha formulado más recientemente, el constitucionalismo implica una tríada inseparable: democracia, derechos y *rule of Law* (que presupone división de poderes), sin que se pueda tocar uno de estos elementos sin afectar a los otros. Y es que, como ha recordado Dieter Grimm (1991: 67), los derechos fundamentales no son «la libertad» sino «una forma histórica de aseguramiento jurídico de la libertad».

Por eso, al ser las normas de derechos fundamentales normas constitucionales, su aplicación e interpretación debe hacerse con las reglas y los límites propios de la interpretación constitucional. Lo que ocurre cada vez más en nuestros días —y en esto tiene razón I. Villaverde— es sencillamente la ignorancia de esas reglas y de sus límites mediante la apelación a las exigencias de los derechos humanos. O dicho de otra forma, los intentos de aplicar los derechos fundamentales sin los límites que les son propios¹⁸. Aunque posiblemente

¹⁸ Aunque derechos fundamentales y derechos humanos son categorías jurídicas distintas, es evidente que no se trata de vasos comunicados. Ya hace tiempo que Isensee

haya otras manifestaciones, me parece que esto sucede especialmente en los tres ámbitos en los que, como he adelantado, voy a detenerme en las páginas que siguen: el más clásico de la dimensión objetiva de los derechos —y en particular en una de sus manifestaciones: su eficacia en las relaciones privadas—, los intentos de construir los derechos sociales como derechos fundamentales con todas sus notas, y un campo, más actual y no menos problemático, como es el de la internacionalización de los derechos¹⁹.

III. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS Y, EN PARTICULAR, SU EXTENSIÓN A LAS RELACIONES PRIVADAS

Es quizá el tema más clásico y conocido de los tres, y el que provocaba la inquietud de Böckenförde en su trabajo sobre los cuarenta años de la Ley

(2011: 373) explicó que los derechos del hombre (no positivados) actúan respecto de los derechos fundamentales en una cuádruple dirección: 1) como criterios interpretativos, 2) como correctivos críticos, 3) como impulso de la eficacia de los derechos fundamentales, y 4) como reserva para el caso de que se aprecien lagunas en la Constitución. Lo que no cabe es la simple confusión entre unos y otros o la sustitución de los primeros por los segundos.

¹⁹ Un ejemplo especialmente claro de la mezcla de derechos fundamentales y derechos humanos es la nueva redacción dada al art. 1 de la Constitución mexicana en la reforma de 2011. Se da la paradójica situación de que es ahora la propia Constitución la que habla de derechos humanos —y no de derechos fundamentales o «garantías individuales» como se llamaban en México antes de la reforma— y viene a equiparar los enumerados en ella con los garantizados por los tratados internacionales, establece el principio *pro persona* y proclama la obligación de todas las autoridades de «de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad». La *constitucionalización* de todos los tratados sobre derechos no evita, sin embargo, los problemas, como quedó claro en el debate habido en la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de aquellos casos en los que en la Constitución establece restricciones a derechos previstos en la Convención; lo que motivó el conflicto de la contradicción de tesis 293/2011, <https://bit.ly/1nOISMa> (última consulta, 17 de octubre de 2018), que se resolvió en el sentido de que en tales supuestos prevalece la Constitución, a pesar de sostenerse que entre las normas que reconocen derechos humanos hay una relación de jerarquía. Aunque no me puedo detener ahora en ello, problemático es también el principio *pro persona*: en su aparente sencillez, suscita importantes dudas cuando, como con frecuencia ocurre, la mayor protección de un derecho se traduce en la menor garantía de otro con el que entra en conflicto; por no hablar del importante margen de decisión que deja al juzgador.

Fundamental de Bonn²⁰. Los derechos no son solo facultades subjetivas sino valores del ordenamiento jurídico —y valores superiores— que, como tales, se proyectan en todos los ámbitos del derecho y deben informar también las relaciones privadas. Asimismo, deben ser promovidos y defendidos por el Estado, que puede vulnerarlos por omisión cuando no los tutela como debía (*Unter-massverbot*)²¹. Se trata de algo suficientemente conocido y en lo que no voy a detenerme. Por otra parte, estamos ante una construcción que parece inevitable e incluso deseable: como ha explicado convincentemente Dieter Grimm (2006: 167), la nueva visión de los derechos no es una moda pasajera sino una «reacción al cambio de las condiciones de realización de la libertad individual»; sin ella, ante los nuevos riesgos «se abriría un vacío entre la amenaza actual a la libertad y a la protección jurídica de ésta que reduciría considerablemente el alcance de los derechos fundamentales».

Con todo, creo que no debe olvidarse la advertencia de Böckenförde (1993: 95): «En esta configuración dual de los derechos fundamentales subyace un problema central, y aún no resuelto, de nuestra concepción de los derechos fundamentales». Pienso que el tema sigue sin estar resuelto —y posiblemente no quepa una solución, en sentido estricto— y no debería olvidarse esa advertencia frente a los cantos de sirena de quienes proclaman una visión expansiva del entendimiento de los derechos como mandatos. Pocas dudas caben de que todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse conforme a la Constitución, pero ello no puede justificar una interpretación de la ley contraria a su tenor literal; los derechos introducen flexibilidad (*ductilidad* si se quiere usar la gráfica y bien conocida expresión de Zagrebelsky, 1992), pero no hasta el extremo de poder hacer decir a la ley lo que no dice y mucho menos lo contrario de lo que expresa su tenor literal.

Asimismo, el entendimiento de los derechos como mandatos de protección no puede llevar a la sustitución del poder político por el poder judicial; se trata más bien de una llamada a la responsabilidad del primero, en particular del legislador, y solo en ocasiones excepcionales podrá llevar consigo la declaración de nulidad de la norma o acto impugnado. Así se viene haciendo en Alemania y, hasta ahora, en España²².

²⁰ De ello se hace también eco Villaverde Menéndez (2018: 46-47).

²¹ Un resumen reciente —en inglés— de estos problemas puede verse en Grimm (2015: 21 y ss.). Véase también Callies (2014).

²² Un detenido análisis de la situación en Alemania en Simón Yarza (2012: 99 y ss.). Como analiza también este autor y veremos con detenimiento más adelante, no ha sido esta la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las llamadas obligaciones de protección (*ibid.*: 207 y ss.).

Mayor presión se aprecia, al menos en nuestro país, a favor de una visión más expansiva de la eficacia de los derechos a las relaciones entre particulares. Más allá de las diferencias doctrinales, más de principio que prácticas, hasta ahora se ha llegado a una situación relativamente equilibrada: especialmente en la jurisprudencia constitucional se aprecia un esfuerzo por mantener un cierto equilibrio en ámbitos como las relaciones laborales, la vida interna de las asociaciones, la autonomía contractual, etc. Pero cada vez son más los que frente a la visión más clásica de la eficacia mediata o indirecta de los derechos reclaman su extensión inmediata²³. Los argumentos son bien conocidos: la Constitución rige también las relaciones privadas, vincula al poder y a los ciudadanos (art. 9.1 CE), no tendría sentido proteger los derechos solo frente al poder y no frente a poderes privados, etc. Pero se debe ser prudente y no debería echarse en saco roto la advertencia de Böckenförde (1993: 123):

¿La transposición de la libertad jurídico-subjetiva al nivel de la fuerza de validez objetiva fortalecida, que no solo rige en la relación Estado-ciudadano, sino para todos los ámbitos del Derecho, no ha de conducir finalmente a una *expansión unilineal* de una concreta posición individual de libertad que entonces, precisamente en la relación horizontal, se realiza a costa de otras posiciones de libertad igualmente fundamentadas en términos de derecho fundamental? ¿Y no es ésta una asimetría que debe evitarse?

Es evidente que los bienes protegidos por los derechos deben ser también respetados por los particulares, pero eso no dice nada —o dice muy poco— sobre cómo debe hacerse efectivo ese respeto. Históricamente, y antes incluso del nacimiento de los derechos tal y como hoy los conocemos, es el Estado el encargado de asegurar ese respeto, lo que se hace a través de la legislación (y de manera cualificada la legislación penal); los derechos fundamentales nacen precisamente como límite a ese poder de la nueva forma política que es el Estado²⁴. Pretender que los derechos fundamentales vinculen por igual a

²³ La obra de referencia sigue siendo la de Bilbao Ubillos (1997). Entre la bibliografía reciente pueden verse los trabajos recogidos en el volumen coordinado por Izquierdo Sans y Rodríguez de Santiago (2017).

²⁴ Como dejó escrito Rubio Llorente (2006: 207), «como derechos morales, no simplemente jurídicos, los derechos humanos solo pueden ser entendidos como derechos de todos frente a todos», siendo la justificación ética del Estado «la necesidad de concretar estos derechos en las relaciones interpersonales de todo género y de organizar la acción colectiva indispensable para realizarlos o sancionar su violación».

Estado y ciudadanos es ignorar su origen²⁵ y, lo que es más grave, lleva consigo consecuencias que ponen en riesgo la misma esencia del constitucionalismo: de un lado, otorga el protagonismo al Poder Judicial frente al legislador (que tradicionalmente es el encargado de concretar en qué medida y cómo vinculan los derechos)²⁶; de otro, convierte a los derechos en un límite a la autonomía de la voluntad y, en última instancia, a la libertad que pretende garantizar la Constitución²⁷.

La manera de evitar esos riesgos y, a la vez, superar las limitaciones propias de una visión estrictamente liberal de los derechos pasa, como ha señalado Grimm (2006: 172-173), por garantizar únicamente «el mínimo imprescindible»; de modo que «la justificación de pretensiones que lo excedan corresponde solo al legislador». Solo así se consigue una protección equilibrada de libertad e igualdad sin poner en riesgo la división del poder.

IV. LOS INTENTOS DE CONSTRUIR LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

El segundo de los ámbitos en el que me quiero detener es el de los derechos sociales. Pocos temas tan de actualidad, no solo por su relevancia práctica (como se ha visto con las consecuencias negativas que para los mismos ha tenido la pasada crisis económica) sino también por el intenso —y extenso— debate teórico sobre su justiciabilidad y las propuestas de tratarlos como verdaderos derechos fundamentales, con todas sus consecuencias.

²⁵ Rubio Llorente (2006: 212) ha explicado que las razones que llevaron a entender los derechos fundamentales como derechos frente al poder no son teóricas sino empíricas, históricas.

²⁶ Ya el art. 4 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano establecía que «la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. *Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley*» (la cursiva es nuestra).

²⁷ Como ha escrito de manera gráfica Jiménez Campo (1997: 23), «lo que el constitucionalismo es, desde su origen, no se entenderá jamás si se pretende que las reglas y principios de la Constitución valgan, del mismo modo, en contra y a favor de la libertad, tanto para reconocer y dar curso al “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.2 CE) como para habilitar al juez, sin mediación legal, a entrar en aquel ámbito de autodeterminación del sujeto».

El problema es bien conocido. Lo que me interesa a los efectos de este trabajo es un aspecto concreto del debate. En abstracto, es posible que algunos derechos sociales sean tratados por el constituyente como derechos fundamentales: así ocurre, por ejemplo, entre nosotros con el derecho a la educación o el derecho a la tutela judicial efectiva (que al fin y al cabo es una prestación estatal). Están incluidos en el capítulo II del título I (aún más, en su sección primera), pero además se predicán de ellos las notas propias de los derechos fundamentales: eficacia inmediata, vinculación a los poderes públicos, con la consiguiente justiciabilidad, y límite al legislador que «en todo caso deberá respetar su contenido esencial» (art. 53.1 CE). Pero en la mayoría de los casos, el constituyente —que ha seguido en esto el modelo alemán— optó por tratarlos como principios rectores y no como verdaderos derechos²⁸. Esta misma ha sido la opción en el ámbito internacional, tanto en el caso europeo, donde los derechos sociales se han incluido en la Carta Social y gozan de la garantía del Comité, como en el de la Convención Interamericana, cuyo art. 26 establece que

[...] los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

A pesar de la claridad de los textos normativos, hay una decidida presión para convertir esos principios en verdaderos derechos exigibles..., y sin reformar los correspondientes textos²⁹. El porqué de este empeño por dotar a estos derechos de la máxima garantía es fácil de entender: difícilmente se respeta la dignidad de las personas cuando estas no tienen un mínimo de calidad de vida (una vivienda, acceso al agua potable y a un ambiente salubre, etc.); por otra parte, la legitimidad de los Estados no deriva ya tanto —o al menos no deriva ya solo— de la no violación de los derechos (que se presupone) sino de la capacidad de crear esas condiciones de vida digna. Esto ha llevado, por ejemplo, a la Corte de San José a emitir por primera vez una condena por violación del art. 26 de la Conven-

²⁸ Un tratamiento que me sigue pareciendo modélico y válido sobre el tema, en Jiménez Campo (1999: 121 y ss.).

²⁹ Véanse, por ejemplo, los recientes trabajos de Cubero Marcos (2017) y Ponce Solé (2017).

ción (caso *Lagos del Campo vs. Perú*, de 31 de agosto de 2017, que declara la vulneración del derecho a la estabilidad laboral de un trabajador con motivo de su despido) (Rivera Basulto, 2018). Y a algunos autores a reclamar en el ámbito europeo un trato de los derechos de la Carta equivalente a los del Convenio³⁰. Y una tendencia similar se aprecia en no pocas ocasiones en el ámbito nacional³¹.

Estos intentos no dejan de suscitar problemas. De manera similar a como sucede en el ámbito de la dimensión objetiva de los derechos, no se puede desconocer la posibilidad de dotar a ciertos derechos sociales de la eficacia propia de un derecho fundamental mediante su incorporación a alguno de los derechos del capítulo II de la Constitución³². Pero es difícil asumir que se pueda —y se deba— ir más allá en esos intentos de aplicación judicial directa de los principios rectores: en primer lugar, porque no está en manos del juez —tampoco del juez constitucional— variar la voluntad del constituyente; en segundo lugar, porque, como es de sobra conocido, la garantía de la mayor parte de esos derechos requiere fuertes inversiones económicas y, en consecuencia, las consiguientes habilitaciones presupuestarias, algo que corresponde al legislador democrático. Una vez más, este planteamiento puede sonar para algunos demasiado clásico y conservador, pero efectivamente parece relevante *conservar* que la función presupuestaria siga estando en un Parlamento elegido democráticamente y no en los jueces. Insisto en que, en casos extremos, será posible que un juez pueda, por ejemplo, ordenar que se proceda a una operación quirúrgica retrasada por los servicios públicos de salud, con grave riesgo para la vida (invocando para ello el derecho a la vida y a la integridad física del art. 15 CE, o incluso principios generales del derecho), pero no es ni conveniente ni deseable que sean los jueces los que terminen tomando decisiones que comprometan de forma significativa los gastos del Estado o impliquen consecuencias estructurales para el sistema sanitario cuya adopción solo corresponde al poder político³³.

³⁰ Paradigmáticos en este sentido son los trabajos de Jimena Quesada (2009; 2014a; 2014b) y Monereo Atienza y Monereo Pérez (2017).

³¹ Se han ocupado recientemente del tema, entre otros, además de los trabajos citados en la nota 29, Bernuz Beneitez y Calvo García (2014); Martín Martín, Sanz Gómez y Soto Lostal (2017); RUIPÉREZ ALAMILLO y BELAUDE (2018) y Tamer (2018).

³² Una negativa o un retraso injustificado de una cirugía urgente y vital pueden considerarse contrarios al art. 15 CE; y lo mismo cabría decir de una actuación contaminante realizada —o autorizada— por un poder público que pueda suponer un grave riesgo para la salud e integridad física.

³³ Lo contrario lleva a lo que Böckenförde ha llamado gráficamente «un resbaladizo tránsito del Estado legislativo parlamentario hasta el Estado jurisdiccional de justicia

Por otra parte, no falta en los defensores de la *iusfundamentalización* de todos los derechos sociales una buena dosis de voluntarismo y de exceso de confianza en la capacidad de los jueces para resolver problemas que, en ocasiones, tienen un carácter estructural. No es fácil sostener que las prestaciones sociales estén menos garantizadas en Alemania o España, a pesar de no ser verdaderos derechos fundamentales, que en México y otros países latinoamericanos donde el derecho a la vivienda, la salud o el medioambiente son calificados como tales.

Pero hay además un problema de mayor alcance teórico y que tiene que ver más directamente con el planteamiento de este trabajo, es decir, con la tendencia a confundir derechos humanos y derechos fundamentales. Y es la imposibilidad, en no pocos casos, de reconducir los bienes protegidos por los principios a verdaderos derechos subjetivos, condición necesaria para que pueda hablarse de derechos fundamentales. En unos casos, porque no existe un contenido esencial que pueda imponerse al legislador: redistribución equitativa de la renta (art. 40.1 CE), acceso a la cultura (art. 44.1 CE), suficiencia económica durante la tercera edad (art. 50 CE)... En otros, la dificultad deriva de tratarse de bienes colectivos. Lo ha explicado muy bien F. Simón (2012: 68 y ss.) para el caso del medioambiente³⁴; como escribí en el prólogo a su excelente libro haciéndome eco de su argumentación —permítaseme la autocita—:

Los intereses que puede tener un sujeto en materia medioambiental no pueden tutelarse a través de un derecho subjetivo porque el medio ambiente es, por definición, un bien colectivo y la posición del individuo aislado se corresponde con un *status procuratoris*. No es posible construir un verdadero derecho fundamental sobre intereses colectivos, ni puede el sujeto atribuirse como propios bienes que, por definición, pertenecen a la colectividad. Por ello, concretar los derechos que pueda tener cada ciudadano aisladamente considerado requiere la intervención del legislador. Y de aquí, por tanto, que la única manera de convertir en derecho fundamental la existencia de un medio ambiente adecuado consiste en elevar a tal categoría lo que no son sino derechos legales. Pero, como acertadamente se señala en el trabajo, si esto se admite, podría reconocerse como derecho fundamental cualquier interés digno de tutela, con independencia de su vinculación con el individuo (Gómez Montoro, 2012: XI-XX).

constitucional» (1993: 130), que no creo sea el modelo de Estado constitucional democrático y de derecho.

³⁴ Previamente se había pronunciado en este mismo sentido, entre otros, Aguado Renedo (2002).

Y algo similar puede decirse de otros bienes protegidos en el capítulo III del título I de nuestra Constitución, como la protección de la familia (art. 39.1 CE) o la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46). O, con mayor razón, de muchos de los llamados nuevos derechos: derecho al desarrollo, al patrimonio común de la humanidad, a la paz³⁵. Se trata sin duda de cuestiones esenciales para la humanidad, que incluso pueden abordarse desde la teoría de los derechos humanos (aunque no sin cierta desnaturalización de estos en el sentido de que no se reconducen a posiciones subjetivas), pero que entiendo no cabe articular como concretos derechos fundamentales³⁶.

En sentido amplio se puede admitir que existe un derecho al agua, a salir de la pobreza, a la paz y al desarrollo, y desde luego estamos sin ninguna duda ante exigencias de la dignidad de la persona que están en la base de los derechos, de modo que deberían estar entre las prioridades de los organismos nacionales e internacionales. Cuestión distinta es la posibilidad de garantizar tales bienes desde los derechos fundamentales, entendidos como derechos constitucionales. E incluso es dudoso que puedan considerarse verdaderos derechos garantizables por tribunales internacionales, pues, insisto, existe una dificultad intrínseca para identificar en ellos facultades subjetivas judicialmente exigibles, al menos con los métodos —y las limitaciones— propios de la interpretación jurídica y, por ende, de la función jurisdiccional³⁷.

³⁵ Véase, por ejemplo, el trabajo de Rodríguez Palop (2018).

³⁶ Así lo reconoce con honestidad la autora citada en la nota anterior (que, por cierto, distingue muy bien entre derechos fundamentales y derechos humanos, *ibid.*: 228-229), quien admite que, al menos inicialmente, no podrán articularse como derechos subjetivos y que, «dado que los nuevos derechos se orientan a la protección de intereses colectivos, su plasmación jurídica se ha articulado a través de principios entendidos como mandatos de optimización»; y es consciente de que ello implica en el terreno jurídico «la tensión principios/reglas, juez/legislador, constitucionalismo/democracia y derechos/ley» (*ibid.*: 252). Por otra parte, y como ella misma pone de relieve, estamos ante problemas de carácter planetario (*ibid.*: 252-253).

³⁷ Lo que no quiere decir que no exista la obligación del Estado de garantizar unos niveles adecuados de los bienes protegidos por los principios rectores, también para asegurar determinados estándares internacionales: la cuestión, insisto una vez más, es si tal decisión corresponde a un tribunal —vía interpretaciones expansivas de los derechos— o más bien —como creo— a los poderes políticos y, más específicamente, al Poder Legislativo. Sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional pueda, vía control de normas, dar reglas sobre la adecuada ponderación de tales bienes en la línea que apunta Cubero Marcos (2017: 133 y ss.).

V. LA TUTELA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS

La última de las causas de tensión —y confusión— entre derechos fundamentales y derechos humanos a la que voy a referirme tiene que ver con la expansión de la tutela internacional de los derechos, sin duda un gran logro y una tendencia que parece imparable. A la vez, la coexistencia de declaraciones de derechos con sus correspondientes tribunales llamados a garantizarlos plantea cuestiones bien conocidas y abundantemente tratadas en los últimos años, en especial la articulación de la tutela multinivel y el llamado diálogo entre tribunales³⁸. Pero, como trataré de exponer, esa coexistencia tiende, además, a diluir la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos con consecuencias que entiendo que no son positivas³⁹.

Por lo que se refiere a Europa, no cabe duda de que la aprobación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y su incorporación a los tratados tendrá a medio plazo una mayor incidencia en la aplicación de los derechos en el plano nacional, pero, desde el punto de vista que ahora me interesa, entiendo que plantea menos problemas dogmáticos que el Convenio: los derechos de la Carta pretenden funcionar como derechos fundamentales y no como derechos humanos⁴⁰; se aplican en el ámbito de una organización con integración supranacional, con órganos diversos, con mecanismos de intervención de los Estados, etc. Por eso, y aunque pueda parecer paradójico, entiendo que hay más problemas —al menos de más calado teórico— en el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la actividad del Tribunal de Estrasburgo.

La gran novedad que supuso la creación de un tribunal internacional para la tutela de derechos al que, además, pueden acudir no solo los Estados sino también los individuos plantea retos importantes desde el punto de vista de la garantía constitucional interna de los derechos. Cabría pensar que, como la declaración ha sido ratificada libremente por los Estados miembros y los

³⁸ La bibliografía es cada vez más abundante. Pueden verse, entre otros, Bustos Gisbert (2012) y los trabajos recogidos en el volumen Xiol Ríos *et al.* (2013). Por lo que se refiere al caso concreto del TEDH, véanse, por ejemplo, Costa (2013), García Roca (2012) y López Guerra (2013). Es interesante la llamada a ese diálogo que se hace en los núms. 33-35 de la reciente Declaración de Copenhague, de 13 de abril de 2018.

³⁹ A ello alude también, de manera concisa pero especialmente crítica, el trabajo de Villaverde Menéndez (2018: 50-51).

⁴⁰ Es significativo que la expresión elegida haya sido precisamente *derechos fundamentales*, lo que parece acorde con el intento de una constitución para Europa en la que la Carta estaba llamada a integrarse.

derechos en ella incluidos no difieren, al menos esencialmente, de las declaraciones contenidas en las constituciones nacionales, los problemas dogmáticos son menores. Además, para evitar problemas, se acudió tempranamente a la figura del margen de apreciación nacional. Como diría el Tribunal en el caso *Handyside* (1976), «en razón de su directo y continuo contacto con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades estatales están en principio en una mejor posición que el juez internacional para dar una opinión sobre el contenido exacto de estos requerimientos, así como sobre la “necesidad” de una “restricción” o “sanción” que pretenda cumplirlos⁴¹».

Esa visión que podemos llamar clásica del papel de una Corte internacional de derechos no solo es más respetuosa con el principio de subsidiariedad y la soberanía de los Estados miembros sino también con las constituciones nacionales y con la labor de los Tribunales Constitucionales como sus supremos intérpretes. Y es tal su importancia en la estructura del Convenio que, como es sabido, el Protocolo 15 ha previsto la incorporación a su preámbulo⁴².

⁴¹ La bibliografía sobre el tema es muy abundante. Véase por todos García Roca (2010).

⁴² Aprobado en Estrasburgo el 24 de junio de 2013 pero pendiente aún de ratificación por un buen número de Estados miembros. Según su art. 1, se incorpora al final del preámbulo un nuevo párrafo de acuerdo con el cual: «Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention». Este protocolo tiene su origen en los acuerdos alcanzados en la Conferencia de Brighton de abril 2012, cuyo núm. 12 insiste en la importancia de los principios de subsidiariedad y margen de apreciación y se invitaba al Comité de Ministros a adoptar los instrumentos necesarios para que fueran incorporados en el preámbulo de la Convención. Referencias reiteradas al principio de subsidiariedad y al margen de apreciación se contienen en las posteriores *declaraciones de Bruselas*, de 27 de marzo de 2015, y *de Copenhague*, de 13 de abril de 2018. En esta última parece producirse, sin embargo, una cierta separación de subsidiariedad y margen de apreciación. La primera se entiende más en el sentido de nuestro recurso de amparo: los órganos judiciales internos son los primeros encargados en hacer efectivos los derechos del Convenio, lo cual no quiere decir que sus decisiones no sean revisables. Y por si queda alguna duda, la conferencia «reiterates that strengthening the principle of subsidiarity is not intended to limit or weaken human rights protection, but to underline the responsibility of national authorities to guarantee the rights and freedoms set out in the Convention» (núm. 10). Si bien, más adelante se reitera la importancia del margen de apreciación, en particular en la aplicación de las previsiones de los arts. 8-11, en los que caben distintas soluciones compatibles con el Convenio

Sin embargo, y a pesar de este pretendido reforzamiento, en las últimas dos décadas se aprecia una tendencia contraria a ese *self-restraint*⁴³, consecuencia, sobre todo, de dos criterios interpretativos que están asumiendo un importante peso en las decisiones de la Corte⁴⁴. De un lado, las llamadas obligaciones de protección, que permiten condenar no solo cuando se vulnera sino cuando, a su juicio, no ha habido una protección suficiente del derecho por parte del Estado⁴⁵. El segundo, la llamada interpretación evolutiva en virtud de la cual el Tribunal debe ser sensible a los cambios de la sociedad a la hora de aplicar los derechos del Convenio. Esta apelación a la interpretación evolutiva, unida a la idea de que el Convenio es un «instrumento vivo»⁴⁶ aparece cada vez con más frecuencia en la jurisprudencia del Tribunal:

[...] puesto que la Convención es en primer lugar y ante todo un sistema de protección de los derechos humanos [se dice por ejemplo en el apartado 74 de la sentencia *Christine Goodwin c. Reino Unido* (2002), en el que se pretende justificar un cambio de jurisprudencia], el Tribunal debe atender a las condiciones

(núm. 28a y b). En todo caso, y como ha señalado con toda razón García Roca (2018: 4), ninguno de estos instrumentos resuelve «las numerosas incógnitas que suscita la doctrina del margen de apreciación nacional», e incluso este autor llega a afirmar: «No creo que constituya un verdadero límite a las actuaciones del Tribunal, pues no crea unas directrices que orienten sus decisiones».

⁴³ Son significativas en este sentido las palabras de García Roca (2018: 3): «Tengo la impresión de que el uso del margen de apreciación nacional ha menguado durante las últimas décadas en la jurisprudencia europea al afrontarse la mayoría de las cuestiones que o poseen una excesiva sensibilidad ante las opiniones públicas nacionales»; y un poco más adelante insiste: «Me parece que el TEDH acude menos que hace décadas a la técnica del margen como *ratio decidendi* [...] es a veces un mero *obiter dicta*, si no un verdadero brindis al sol, pues tiende luego a resolver el asunto según sus propios criterios no siempre coincidentes con los nacionales» (*ibid.*: 24)

⁴⁴ Como señala el autor citado en la nota anterior, la dificultad de actualización del sistema del Convenio «impulsa al TEDH a hacer constantemente modificaciones de las normas mediante su jurisprudencia. Unos cambios de exégesis que a veces acaban por constituir verdaderas mutaciones del Convenio» (*ibid.*: 13)

⁴⁵ Un detenido análisis en la ya citada obra de Simón Yarza (2012: 207 y ss.). La amplitud con que la Corte hace uso de esta figura contrasta con la prudencia con que la teoría de los deberes de protección es aplicada por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

⁴⁶ El Convenio es «a living instrument, which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions» (*Tyrer c. Reino Unido*, 1978, núm. 31). Véase, por todos, Queralt Jiménez (2008: 94 y ss.)

cambiantes dentro del Estado demandado y dentro de los Estados contratantes en general y responder, por ejemplo, a toda convergencia evolutiva en cuanto a los estándares que deben alcanzarse [...]. Es de crucial importancia que la Convención sea interpretada y aplicada de forma que haga valer sus derechos de una manera práctica y efectiva, no teórica e ilusoria.

Esta nueva visión del papel del Tribunal, que de alguna manera viene a querer liderar no solo la protección sino también la interpretación del contenido de los derechos más allá del tenor literal del Convenio (algo especialmente claro en relación con su art. 8)⁴⁷, plantea problemas tanto desde el punto de vista de su legitimación como respecto de la posición de los tribunales nacionales en la medida en que puede suscitarles el dilema de elegir entre la interpretación que se deduce del texto de la Constitución que están llamados a garantizar y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁸. Aunque a los efectos de este trabajo interesa sobre todo la segunda de las cuestiones, me detendré brevemente en la primera de ellas, pues, al fin y al cabo, están estrechamente relacionadas.

El TEDH ha mantenido durante años una postura prudente a la hora de entrar en temas polémicos sobre los que no había acuerdo en los países miembros. Algo razonable tanto por su posición como por la llamada al respeto al margen de apreciación nacional; pero antes que todo eso, por la falta de mención expresa a tales temas en el Convenio. No han faltado decisiones polémicas, pero se puede considerar que respondían al hecho de tratarse de cuestiones complicadas o incluso deberse a errores —inevitables en la labor de todo órgano jurisdiccional— pero no a un entendimiento distinto de su papel. En los últimos años esta situación está cambiando. Muchos valoran positivamente esta actitud del Tribunal, que podría considerarse de más audacia en la

⁴⁷ Como he señalado en otro lugar (2016: 642-643), están lejos de ser claros el alcance y los criterios con que se debe aplicar esta interpretación evolutiva y cómo se conjuga con el margen de apreciación nacional. En ocasiones se vincula a la idea de consenso en una mayoría de los Estados, pero no se sabe cuándo puede considerarse que este existe y muchas veces es el mismo Tribunal el que con su jurisprudencia ha inducido reformas en la legislación de los Estados que luego le sirven para justificar un cambio en su propia jurisprudencia.

⁴⁸ Así lo señala Canosa Usera (2009: 82), quien realiza una valoración positiva de la interpretación evolutiva, al afirmar que el Tribunal «se ha erigido ya, en muchas ocasiones, en un máximo continental de protección, llevando a rastras a los intérpretes nacionales que no siempre pueden seguir con facilidad las creativas doctrinas del TEDH».

buena dirección o que, al menos, podría entenderse que no va más allá de los debates que ha habido y hay cíclicamente sobre el papel de los Tribunales Constitucionales en la tutela de los derechos y el modo en que están vinculados a la letra de las constituciones que están llamados a aplicar.

Pero, además de que considero que tampoco los excesos son deseables en el caso de Tribunales Constitucionales nacionales, la legitimación de un tribunal internacional plantea problemas de mucho más alcance. Resumiendo mucho —cada uno de estos temas exigiría de un desarrollo imposible de realizar en este trabajo—, cabe resaltar, en primer lugar, la inexistencia de un pueblo que haya avalado la Declaración de derechos y del que el Tribunal pueda considerarse legítimo intérprete; lo que hay es un acuerdo entre Estados en el que posiblemente se ha examinado con detalle el texto del tratado a cuyo respeto se comprometen, un esquema en el que encaja mal una interpretación expansiva. En el plano nacional, por el contrario, la declaración de derechos ha sido aprobada por un poder constituyente cuya voluntad no debería ignorarse, menos aún por el hecho de que una Corte internacional imponga una interpretación que tiene dudoso encaje en el texto del tratado que está llamada a garantizar.

Por otra parte, no puede desconocerse que un tribunal como el de Estrasburgo no está inmerso en un sistema de *checks and balances*, tan importante para el constitucionalismo, pues no puede considerarse como tal la estructura actual del Consejo de Europa; y su Asamblea en poco —o nada— se parece a un Parlamento. Esto hace que no exista dentro del sistema una vía para reaccionar frente a posibles excesos⁴⁹. La cuestión ha sido tratada con detenimiento —y respecto de los tribunales internacionales en general— por A. Von Bogdandy e I. Venzke, en un libro que tiene el significativo título *¿En nombre de quién? Una teoría de Derecho Público sobre la actividad judicial internacional?* (2014)⁵⁰. En la línea apuntada, subrayan estos autores que «el potencial democrático de la legitimación parlamentaria puede desarrollarse menos en un tratado internacional que en el derecho nacional» (*ibid.*: 181), sin que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito interno, el Legislativo pueda corregir la creación judicial de derecho. Y recuerdan que Hans Kelsen (1929: 8-9) veía la naturaleza y valor de la democracia precisamente en esa habilidad para

⁴⁹ Aunque la reacción en el plano interno frente a excesos de un Tribunal Constitucional tampoco es fácil, siempre existen vías: desde la designación de magistrados con un perfil distinto hasta una reforma constitucional si fuera necesaria, pasando por la capacidad de un Parlamento nacional para aprobar leyes que puedan salir al paso de lo que se considere una actitud poco respetuosa.

⁵⁰ Hay traducción castellana (2016), por la que cito.

enmendar o abolir normas jurídicas mediante la decisión mayoritaria. Si esa habilidad queda muy dañada con la aprobación de tratados internacionales por ocasionales mayorías parlamentarias, «la erosión de la capacidad del legislador democrático es particularmente dramática en el caso del régimen judicializado del derecho internacional» (Bogdandy y Venzke, 2016: 183). Las alternativas se reducen a incumplimientos selectivos o al derecho de denuncia, algo poco realista y que, como señalan con una comparación gráfica, «sostiene la legitimidad democrática de un modo casi igual de inadecuado a como el derecho a emigrar sostiene la legitimidad de un Estado» (*ibid.*: 183).

Conviene subrayar que el análisis de los autores va más allá de los tribunales internacionales de derechos humanos y que, como ellos mismos señalan, esas observaciones son solo un punto intermedio y no pretenden deslegitimar la actividad judicial internacional (*ibid.*: 184). Y de hecho el libro es un intento de explorar vías para legitimar esa labor. Pero los propios autores alertan sobre las dificultades de un proceso que venga a reconocer a las Cortes funciones constitucionales que, de alguna manera, pudieran justificar la desvinculación de un Legislativo y su interpretación «creativa y expansiva» (*ibid.*: 188 y ss.). «Aun cuando ninguna corte internacional posee funciones constitucionales de acuerdo con sus estatutos, estas pueden maniobrar para adquirir progresivamente dicho rol al perseguir una determinada línea de actividad judicial» (*ibid.*: 193)⁵¹; pero dependería de lo que disponga el derecho interno. Sin embargo, mientras esa aceptación por el derecho nacional no se produce, aplicar el tratado internacional como una constitución cuando carece de su legitimidad y sus notas puede resultar aún más grave. Por otra parte, y en el caso concreto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, existe una pretensión de vinculación aun cuando la Corte cometa excesos y el Estado o Estados condenados puedan cuestionar la legitimación de la solución; en la práctica, si no aceptan las construcciones judiciales saben que se arriesgan a condenas reiteradas, además de a la acusación de incumplir el compromiso de acatamiento de sus resoluciones.

Pero si esto es así, los tribunales internos se ven obligados a una interpretación de los derechos que puede ir más allá —cuando no sencillamente en contra— de las previsiones del texto constitucional. Es verdad que, en el terreno de los principios, una condena por una interpretación más expansiva del Convenio que exceda de lo previsto en el texto constitucional pero no lo

⁵¹ Como de hecho ha ocurrido con la Corte de Estrasburgo, hasta el punto de que se ha podido afirmar que «el Convenio se ha consolidado como un instrumento constitucional al servicio de la integración europea a través de derechos que propicia el Consejo de Europa y no solo como un tratado internacional» (García Roca, 2018: 56).

contradiga no requeriría en sentido estricto ampliar la interpretación de los derechos tal y como están en la Constitución; al fin y al cabo, lo que el Tribunal de Estrasburgo quiere es que ese contenido del Convenio, en los términos que él establece, esté garantizado por los Estados. Y esto podría conseguirse mediante reformas legislativas. El ejemplo de la jurisprudencia sobre el art. 8 del Convenio y el medioambiente puede ayudar a entender lo que quiero decir: lo que la jurisprudencia de Estrasburgo viene a exigir es que se garantice que los ciudadanos de los Estados miembros no se vean sometidos a niveles de ruido o de emisiones, etc., que afecten gravemente a su derecho a la vida privada. Y la Corte europea solo lo puede lograr reconduciendo ese contenido a alguno de los derechos del Convenio. Pero en un Estado miembro, ese mismo objetivo se puede conseguir mediante reformas legales sobre emisiones, actividades molestas e insalubres, etc., suficientemente garantistas⁵². Ahora bien, en la práctica, y por citar el caso español, si algún afectado considera que esa normativa es insuficiente o que no se ha aplicado bien —lo que en el plano interno sería un problema de mera legalidad—, el asunto terminará llegando al Tribunal de Estrasburgo y por eso será difícil que en recursos previos de tutela de derechos fundamentales, incluido el recurso de amparo, puedan los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional seguir diciendo que ese tipo de cuestiones quedan al margen del art. 18 de la Constitución⁵³.

Y por si esta situación no fuera ya de por sí complicada, se está introduciendo en estos últimos tiempos el debate sobre el control de convencionalidad: desde luego no en los términos planteados por la Corte de San José⁵⁴,

⁵² De hecho, la *Brighton Declaration*, 19-20 de abril de 2012, insiste en seguir avanzando en la implementación de la Convención por los Estados parte «en el desarrollo de su legislación, políticas y prácticas» (letra c, apdo. ii) y la introducción medidas legales (apdo. iii). Y las *declaraciones de Bruselas y Copenhague* dedican especial atención a la necesidad de que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar los derechos en los términos declarados por el Tribunal.

⁵³ Como señala García Roca (2018: 17), «la doctrina que emana de las sentencias del TEDH cierra los espacios abiertos en las normas constitucionales y legales, impidiendo ciertas exégesis o auspiciando otras mediante un intenso efecto derivado de la autoridad de “cosa interpretada” (*res interpretata, chose interprétée, consistent interpretation*)». Sobre la obligatoriedad de la «cosa interpretada», véase Queralt Jiménez (2008: 75 y ss.), quien recuerda que si un juez interno se aparta de los estándares fijados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este decidirá, en cualquier caso, «cuál es la interpretación compatible con el CEDH, esto es, ejercerá como tribunal supremo respecto de los derechos y libertades del CEDH» (*ibid.*: 137).

⁵⁴ Se defiende allí la obligación de cualquier autoridad, judicial o no, de realizar ese control, con la consiguiente inaplicación del derecho interno contrario a la Declaración

pero sí como una especie de cuestión de convencionalidad que podría plantearse por todos los órganos jurisdiccionales o solo por los supremos⁵⁵. Son muchas las dudas que suscita una medida de este tipo, aunque hay que reconocer que es coherente con quienes piensan que los tribunales nacionales, incluidas las Cortes Constitucionales y los Tribunales Supremos, están sometidos a los fallos pero también a la doctrina de las Cortes internacionales como si fueran un Tribunal Supremo nacional. Y lo estarían con independencia de lo que disponga el derecho interno, Constitución incluida⁵⁶. En todo caso no es esa cuestión el objeto de este trabajo. Lo que ahora me interesa destacar es que una visión expansiva de los derechos del Convenio puede plantear —y está planteando ya en ciertas ocasiones— dificultades de convivencia con un catálogo de derechos a nivel nacional. Dificultades que, como se ha señalado por algunos autores, exceden en ciertos casos de las posibilidades que ofrece el art. 10.2 CE, pues una interpretación *contra litteram* no puede considerarse como tal⁵⁷.

Desde luego una vía para resolver esta posible tensión sería «concretar y equiparar los distintos preceptos» a los de la Carta y al Convenio (Gavara de Cara, 2016: 41-42), pero ni es fácil (máxime en nuestro caso, cuando requiere

Interamericana en los términos en que es interpretada por la Corte, e incluyendo la vinculación no solo al fallo sino también a la fundamentación jurídica que conduce al mismo. Un resumen sistematizado de la jurisprudencia de la Corte de San José sobre el tema puede verse en el documento elaborado por la propia Corte (2014).

⁵⁵ Véanse en este sentido Canosa Usera (2015); Ferrer Mac Gregor y Queralt Jiménez (2017); García Roca y Nogueira Alcalá (2017) y Jimena Quesada (2013).

⁵⁶ De momento, el Protocolo 16, adoptado en Estrasburgo en 2013 y que entró en vigor el 1 de agosto de 2018, ha introducido las «opiniones consultivas» que pueden plantear los tribunales superiores de los Estados parte (art. 1.1), solo en el contexto de la decisión de un caso concreto (art. 1.2), pero que no son vinculantes (art. 5). Véase Thorarensen (2016).

⁵⁷ Como señala Gavara (2016: 41), «el art. 10.2 CE no parece un buen instrumento como vía permanente de actualización del catálogo de los derechos fundamentales ya que en todo caso precisa de una positivización para restringir la dependencia de su reconocimiento por el Tribunal Constitucional y de posibles cambios de criterio». En las ya citadas *Pautas para una reforma constitucional* (2016: 36) se subraya también la importancia de reformar tanto el art. 10.2 como el art. 53.1 CE en el sentido de reconocer la importancia de las dos Cartas europeas de derechos, «que deben completar e integrar la declaración española, así como contribuir a actualizarla permanentemente en un fructífero diálogo entre los tres textos normativos». Lo difícil será —añado yo— poner negro sobre blanco cómo se consigue ese fructífero y armonioso diálogo.

una reforma de la Constitución que en algunos aspectos tendría que ser agravada por afectar a derechos de la sección primera, del capítulo II), ni se me antoja una vía deseable. Considero por ello más sensato apelar a la prudencia del Tribunal de Estrasburgo, también porque una aplicación expansiva de los derechos conlleva toda una serie de riesgos⁵⁸. En primer lugar, de cuestionamiento de su jurisprudencia y de su no aplicación por parte de los Estados miembros. Pero, más allá de ello, ofrece argumentos para poner en cuestión —al menos en el plano teórico— la obligación de los Estados de acatar esas decisiones, algo que puede ser especialmente preocupante en estos momentos en que hay en buena parte de Europa un resurgir de partidos que cuestionan el papel de las organizaciones internacionales. En todo caso, y aunque no se dieran esos factores, esperemos que coyunturales, no deberían echarse en saco roto las palabras del juez Pinheiro Farinha en su opinión disidente en *B. c. Francia* (1992): «El papel del Tribunal consiste en interpretar el Convenio; dar una interpretación dinámica y actual, pero siempre un interpretación. *La jurisprudencia del Tribunal no puede ir más allá del Convenio y no tiene el derecho de conceder nuevos derechos a un individuo ni imponer nuevas obligaciones a los Estados*» (apdo. 2).

Por otra parte, y como antes he señalado, si se quiere atribuir más poderes al TEDH habría que tener en cuenta que este viene a ejercer funciones en buena medida constitucionales y por eso debería estar sometido a los estándares reconocidos en el derecho constitucional nacional: democracia, derechos humanos y *rule of Law* (Ulfstein, 2016: 47). Lo contrario puede llevar a excesos que se pretenden justificar por la voluntad de elevar los niveles de protección de los derechos pero que, por las razones apuntadas, no están exentos de riesgos y no han dejado de suscitar voces críticas⁵⁹.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Sin duda uno de los grandes avances de la segunda mitad del siglo xx ha sido la progresiva consolidación de la garantía de los derechos, que se han convertido en el centro no solo del constitucionalismo sino también del derecho internacional. Una consolidación de la que España ha participado felizmente a partir de la aprobación de la Constitución de 1978. No es difícil, por ello, entender la tendencia a considerar que cuanta mayor presencia de los derechos

⁵⁸ A algunos de ellos me he referido en otra ocasión (2016: 640 y ss.).

⁵⁹ Un buen ejemplo son las interesantes y ponderadas observaciones de algunos de los trabajos contenidos en el ya citado volumen de Arnardóttir y Buyse (2016).

mejor, y que por tanto toda profundización en esa línea deba ser bienvenida, incluyendo el mayor protagonismo de los órganos jurisdiccionales —nacionales e internacionales— frente al poder político. Algo que hoy día podría parecer más apremiante ante las notorias y reiteradas deficiencias en la actuación de los poderes políticos.

Pero una conclusión alcanzada de forma tan lineal sería demasiado simplista. Las democracias constitucionales son fruto de un delicado equilibrio en el que los derechos fundamentales son un elemento muy relevante, pero no el único. Los derechos deben ser entendidos como un límite del poder constituyente a los poderes constituidos (incluidos los propios Tribunales Constitucionales) y deben ser complementados con la división funcional del poder y el principio democrático, que otorga el protagonismo al Parlamento en todo aquello que la Constitución no decide, incluido el desarrollo de los mismos derechos⁶⁰. Los derechos fundamentales no pueden entenderse al margen de la Constitución y no pueden aplicarse ni en contra de lo dispuesto por el propio poder constituyente ni ignorando —o violentando— las reglas de la interpretación y aplicación de la Constitución..., ni siquiera para dotarlos de una supuesta mayor eficacia.

Esto no implica reivindicar una visión liberal de los derechos, propia del siglo XIX y felizmente superada, ni cuestionar los importantes desarrollos en la dogmática de los derechos que se han producido tanto en el plano nacional como en el internacional. Se trata solo de evitar pedir a los derechos lo que no pueden dar o lo que solo pueden dar a costa de altos precios: poner en riesgo la propia libertad (al convertirlos en títulos de intervención del Estado); limitar de manera inadecuada el debate político, al cerrar cuestiones que aún son candentes en la sociedad y por el excesivo peso del principio de proporcionalidad que tiende a una solución correcta y no deja libre ningún ámbito de decisión y configuración⁶¹; postergar al legislador o caer en un activismo judicial poco respetuoso con la posición del Parlamento (cuando no con la del poder constituyente mismo)⁶², o disolver el concepto de división de poderes característico del Estado constitucional, «que descansa en la clara distinción

⁶⁰ Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional va a tener la supremacía, el legislador debe tener siempre la preferencia (Böckenförde, 1993: 130).

⁶¹ *Cfr.* Böckenförde (1993: 135-136). Un interesante estudio sobre la ponderación y sus riesgos, con un análisis tanto de la jurisprudencia alemana como americana, en Bomhoff (2013).

⁶² Sobre la tendencia a transferir poder de los órganos representativos a los judiciales —tanto nacionales como internacionales—, véase Hirschl (2009).

entre creación y aplicación del Derecho y en su disposición organizativo-institucional» (Böckenförde, 1993: 131).

Estos valores se ven comprometidos cuando se olvidan las notas de los derechos fundamentales. No son derechos humanos en abstracto, de los que los órganos jurisdiccionales puedan deducir cualquier contenido (incluido un contenido prestacional no previsto por el constituyente), o puedan imponer por igual a particulares y poder público. Se trata de derechos constitucionalizados que deben aplicarse de acuerdo con su contenido positivado, con las reglas propias de la interpretación constitucional y armonizándolos con los otros preceptos de la Norma Fundamental. En esta labor los órganos jurisdiccionales —y muy particularmente el Tribunal Constitucional— cuentan con un amplio margen de decisión pero no con total libertad. Tampoco cuando deben interpretar *ex art. 10.2 CE* los derechos de acuerdo con las declaraciones internacionales tal y como son entendidas por los tribunales establecidos en las mismas. Por eso, la coexistencia de declaraciones requiere de un delicado equilibrio que debería llevar a la prudencia por parte de los órganos llamados a aplicarlas.

No se debe olvidar que la libertad y la igualdad se protegen no solo desde los derechos subjetivos sino también desde el derecho objetivo, las políticas públicas o la legalidad ordinaria⁶³. Ver los derechos como un atajo puede, como ocurre casi siempre con estos, terminar mal o al menos plantear importantes dificultades. En todo caso, si se considera que los derechos fundamentales deben entenderse superados por los derechos humanos y que lo relevante es la protección internacional en un «*espacio convencional europeo de decisión sobre derechos*, que limita a los Estados» (García Roca, 2018: 26), o incluso en un ámbito superior al Europeo (*ibid.*: 11), con todo lo que ello implica, habrá que actualizar las teorías y las categorías, *constitucionalizar* las Cortes internacionales de derechos humanos y compensar su actuación con elementos propios de un sistema de *checks and balances*, garantizando el principio democrático, que implica siempre órganos representativos. Puede pensarse que estamos en ese camino, pero a nadie se le ocultan las dificultades por las que pasan los procesos de integración y avanzar más deprisa de lo debido en el abandono de categorías ya consolidadas puede llevar a sacrificios excesivos que pueden al final resultar contraproducentes y, en última instancia, poner en riesgo los valores mismos que están en la base del constitucionalismo en el que aún vivimos.

⁶³ Una interesante reivindicación del papel del legislador en el reciente volumen de Webber *et al.* (2018).

Bibliografía

- Aguado Renedo, C. (2002). La difícil concepción del medio ambiente como derecho constitucional en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Político*, 54, 129-152.
- Aragón Reyes, M. (1986). La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, 85-136.
- Arnardóttir, O. M. y Buyse, A. (2016). *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations Between the ECHR, EU, and National Legal Orders*. London: Routledge.
- Bastida Freijedo, F. J. (2018). Los derechos fundamentales. En F. J. Bastida Freijedo y M. P. Biglino Campos (eds.). *Reflexiones sobre la forma del poder: estudios sobre la obra de Francisco Rubio Llorente* (pp. 127-148). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernuz Beneitez, M. J. y Calvo García, M. (2014). *La eficacia de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bilbao Ubillós, J. M. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Böckenförde, E. W. (1990). *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*. München: Carl Friederich von Siemens Stiftung.
- (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos.
- Bogdandy, A. von y Venzke, I. (2016). *¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Bomhoff, J. (2013). *Balancing constitutional rights: the origins and meanings of postwar legal discourse*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bustos Gisbert, R. (2012). XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 95, 13-63.
- Callies, C. (2014). Dimensions of Fundamental Rights. Duty to Respect v. Duty to Protect. En H. Pünder y C. Waldhoff (eds.). *Debates in German Public Law* (pp. 27-42). Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Canosa Usera, R. L. (2009). La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En J. García Roca y P. A. Fernández Sánchez (eds.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado* (pp. 79-112). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2015). *El control de convencionalidad*. Madrid: Civitas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Control de Convencionalidad*. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7. Disponible en: <https://bit.ly/2wtERC0W>.
- Costa, J. P. (2013). The relationship between the European Court of Human Rights and the national courts. *European Human Rights Law Review*, 3, 264-274.
- Cruz Villalón, P. (1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 35-62.

- Cubero Marcos, J. I. (2017). La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 105-140.
- Ferrer Mac Gregor, E. y Queralt Jiménez, A. (2017). El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda? En J. Roca García y E. Carmona Cuenca (eds.). *¿Hacia una globalización de los derechos?: el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (pp. 133-168). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- García Roca, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- (2012). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y realidad constitucional*, 30, 183-224.
- (coord.) (2014). *Pautas para una reforma constitucional: un informe para el debate*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2018). La transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Constitucional*, 28.
- García Roca, J. y Nogueira Alcalá, H. (2017). El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante. En J. García Roca y E. Carmona Cuenca (eds.). *¿Hacia una globalización de los derechos?: el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (pp. 71-132). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Gavara de Cara, J. C. (2016). Los derechos fundamentales: valoración y posibles modificaciones. En T. Freixes y J. C. Gavara de Cara (eds.). *Repensar la constitución: ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera* (pp. 39-72). Madrid: BOE-CEPC.
- Glendon, M. A. (1991). *Rights talk : the impoverishment of political discourse*. New York: Free Press.
- Gómez Montoro, Á. J. (2003). Constitución y derechos fundamentales: impacto y perspectivas. *Revista Jurídica de Navarra*, 36, pp. 39-50.
- (2012). Prólogo. En F. Simón Yarza. *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2016). Vida privada y autonomía personal o una interpretación *passe-partout* del art. 8 CEDH. En F. Rubio Llorente, J. Jiménez Campo, J. J. Solozábal Echavarría, M. P. Biglino Campos y Á. J. Gómez Montoro (eds.). *La Constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes* (pp. 617-649). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Grimm, D. (1991). *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- (2006). ¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales? En D. Grimm y A. López Pina (eds.). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

- (2015). The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. *International Journal of Constitutional Law*, 13 (1), 9-29. <https://doi.org/10.1093/icon/mov005>.
- Hirschl, R. (2009). *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press.
- Isensee, J. (2011). Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung. En J. Isensee y P. Kirchhof (eds.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V: Allgemeine Grundrechtslehren* (3.^a ed., vol. 2, pp. 353-484). Heidelberg: C. F. Müller.
- Izquierdo Sans, C. y Rodríguez de Santiago, J. M. (coords.) (2017). Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21.
- Jimena Quesada, L. (2009). La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas. *Estudios de Economía aplicada*, 27 (3), 743-766.
- (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad: a propósito del diálogo judicial global y de tutela multinivel de derechos*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2014a). El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 29, 171-189.
- (2014b). Introducción: sostenibilidad y efectividad de los derechos sociales, incluso y sobre todo en tiempos de crisis. En C. L. Alfonso Mellado, L. Jimena Quesada y M. C. Salcedo Beltrán (eds.). *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica* (pp. 13-48). Albacete: Bomarzo.
- Jiménez Campo, J. (1997). Prólogo. En J. M. Bilbao Ubillos. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (1999). *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta.
- Kelsen, H. (1929). *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (2.^a ed.). Heidelberg: Mohr Siebeck.
- López Guerra, L. M. (2013). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias. *Teoría y Realidad Constitucional*, 32, 139-158.
- Martín Martín, S., Sanz Gómez, R. J. y Soto Lostal, S. (2017). *Derechos sociales: lecturas jurídicas en tiempos de crisis*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (2017). *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. Granada: Comares.
- Ponce Solé, J. (2017). Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, 67-98.
- Queralt Jiménez, A. (2008). *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ríos, X. et al. (2013). *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales. XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Rivera Basulto, M. C. (2018). Justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: después de Lagos del Campo, ¿qué sigue? *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 67, 131-154.
- Rodríguez Palop, M. E. (2018). Argumentos contra la gestación por sustitución. En R. García Manrique y M. E. Beltrán Pedreira (eds.). *El cuerpo diseminado: estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (pp. 259-280). Cizur Menor: Aranzadi.
- Rubio Llorente, F. (1997). Los derechos fundamentales. *Claves de razón práctica*, 75, 2-10.
- (2006). Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho. *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 4, 203-236.
- (2012). *La forma del poder: estudios sobre la Constitución* (3.ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ruipérez Alamillo, J. y Belaunde, D. G. (2018). *De los derechos fundamentales sociales y su eficacia jurídica: Entre la jurisdicción y la voluntad constitucional (un estudio de derecho constitucional procesal con motivo de una de las propuestas de reforma de la Constitución española de 1978)*. Ciudad de México: VLex.
- Simón Yarza, F. (2012). *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2017). Gestación subrogada o vientres de alquiler. Reflexiones a la luz del Derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Constitucional*, 25, 5.
- Tamer, S. V. (2018). *La garantía judicial de los derechos sociales y su legitimidad democrática*. Madrid: Ratio Legis.
- Thorarensen, B. (2016). The advisory jurisdiction of the ECtHR under Protocol No. 16: enhancing domestic implementation of human rights or a symbolic step? En *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection* (pp. 93-114). Routledge.
- Ulfstein, G. (2016). The European Court of Human Rights and national courts: a constitutional relationship? En *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection* (pp. 60-72). Routledge.
- Villaverde Menéndez, I. (2018). El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978. En R. Punset, L. Álvarez Álvarez y J. M. Roca Martínez (eds.). *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018): Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española* (pp. 31-51). Madrid: Civitas, Thomson Reuters.
- Webber, G., Yowell, P., Ekins, R., Köpcke, M., Miller, B. W. y Urbina, F. J. (2018). *Legislated Rights: Securing Human Rights Through Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.