

INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Raúl CANOSA USERA*

SUMARIO: I. *Interpretación evolutiva e interpretación constitucional.* II. *Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales.* III. *Conclusión.*

I. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. *La eficacia normativa depende de la necesaria conexión entre norma y realidad*

La validez de las disposiciones que componen un ordenamiento jurídico no depende de su concreta aplicación sino de la corrección con la que han sido puestas en el ordenamiento. El propio Kelsen advirtió, sin embargo, que una general eficacia es condición de validez,¹ y, en todo caso, distinguía

* Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad Complutense. El autor participa en el proyecto de investigación, “La Europa de los derechos: objeto y contenido de los derechos del Convenio a la Constitución Europea” (Referencia SEJ2004-07631-CO2-01/ JURI), cofinanciado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Dirección General de Investigación) y fondos FEDER.

¹ Afirma Hans Kelsen: “Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, sea eficaz. Así pues, la eficacia es condición de validez pero no la razón de la misma. Una norma no es válida porque es eficaz, es válida si el orden al cual pertenece tiene, en general, eficacia”, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1979, p. 49. Hermann Heller, desde la crítica a la concepción kelseniana, sostiene que “un deber ser social que por principio no guardase relación con un ser social al que tuviere que dar forma, no sería, en puridad, un deber ser”, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 209.

entre ésta y aquélla e incorporaba ambas a su teoría pura del derecho. En definitiva, toda disposición normativa aspira, siendo válida —estando vigente—, a ser también eficaz. La eficacia se presenta así como el punto de conexión entre el enunciado normativo y la realidad porque la norma eficaz somete la realidad a sus dictados: las personas que, en el ámbito de la realidad se mueven, acomodan sus acciones a lo previsto en la norma.

Las disposiciones de orden jurídico permanecen invariables en sus términos hasta su reforma o derogación, así que la mejor manera de resolver las antinomias entre ellas y la realidad que regulan es proceder a su reforma o a su derogación, habida cuenta de que la otra solución, modificar la realidad para que ésta se ajuste a la norma, no es siempre factible. Las innovaciones legislativas suelen venir justificadas por la adaptación del orden jurídico a una realidad cambiante. No siempre, empero, son posibles los cambios legislativos pues, como es sabido, cuanto mayor es el rango de la norma, más rígida resulta, de lo que se colige que las normas superiores, empezando por la Constitución que predetermina el contenido de las normas inferiores, no pueden cambiarse con facilidad. Esta rigidez que protege las normas, especialmente las de la Constitución, vuelve estático al ordenamiento constitucional que difícilmente sufre transformaciones formales (reformas). A medida que subimos en la jerarquía de las fuentes más ardua resulta la renovación a través de reforma o derogación. En este contexto son imprescindibles otras vías que eviten la esclerosis del orden jurídico.

La vía principal de esa adaptación² para dotar al ordenamiento de cierto dinamismo³ es justamente la de emplear el llamado elemento evolutivo⁴ que permite a las disposiciones normativas afrontar los cambios de la vida sin sufrir modificaciones en su texto, pero manteniendo su eficacia, es decir, regulando efectivamente la realidad. La evolutividad del ordenamiento

² Adaptación que debe ser constante, como resalta Geny, François, *Méthode d'interprétation en droit privé positif*, París, Librairie Général de Droit et de Jurisprudente, 1954, p. 225.

³ Índole evolutiva, en especial del derecho constitucional, que advirtió Posada, Adolfo, *Tratado de derecho político*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1955, p. 153. Y, en general, del orden jurídico Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967, p. 116.

⁴ Cfr. mi libro *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 106 y ss. Refiriéndose expresamente a la interpretación constitucional, Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 82 y ss.

es, en puridad, la aptitud de las disposiciones que lo integran para seguir regulando una realidad dinámica, realidad que no es un todo homogéneo sino disperso en los distintos ámbitos sobre los que particularmente las disposiciones se proyectan. Porque, como recuerda Emilio Betti⁵ hay una tensión latente entre las tendencias opuestas, estática y dinámica, del ordenamiento jurídico.

Los enunciados normativos, las disposiciones,⁶ son objeto de interpretación para hallar el sentido normativo que se aplique al caso concreto. Es en el proceso de interpretación y aplicación cuando entra en juego el elemento evolutivo, junto con otros muchos de la interpretación jurídica.⁷ Tanto más necesario será utilizar el elemento evolutivo cuanto más parezca *a priori* que el enunciado normativo se aleja de la realidad. El empleo de este elemento no es el único que debe usar el intérprete, pues la correcta interpretación siempre es resultado de la combinación de todos ellos. No obstante, habrá ocasiones —casos que deben resolverse— en las que su empleo será mayor porque el sentido normativo extraíble de la disposición, tras el empleo de otros métodos, no sirva para regir la realidad. Porque se trata de verificar la eficacia del derecho en la realidad social y comprobar si las normas extraídas de las disposiciones la rigen efectivamente.

Esta labor de mediación entre las disposiciones normativas y el caso concreto de la realidad⁸ es la interpretación,⁹ paso previo a la aplicación de la norma concreta¹⁰ extraída que servirá para la resolución del caso. La in-

⁵ *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, Giuffrè, 1971, pp. 113 y 123.

⁶ Según Giovanni Tarello, la disposición es el dato del que se parte y el resultado de la interpretación es la norma que se aplica al caso, *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980, p. 40.

⁷ En mi libro *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, pp. 81 y ss., explico la necesidad de alternar entre unos u otros métodos de interpretación dependiendo del carácter de la norma que en cada momento deba aplicarse. Comparto la tesis de Geny de que el método ha de plegarse al objeto, es decir, adaptarse a lo que se interpreta efectivamente, y no al revés, *op. cit.*, nota 2, p. 15.

⁸ Se trata de solucionar un problema particular como recuerda Geny, *op. cit.*, nota 2, p. 14. Para Canosa interpretar es resolver un problema, *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, p. 7.

⁹ Así la explico en mi obra *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, pp. 6 y ss. Kart Larenz entiende que la interpretación es una labor de síntesis entre dos elementos, el dato y el resultado, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 192.

¹⁰ Lo que en la traducción del libro de Hesse, se denomina “concretización”, *op. cit.*, nota 37, p. 93. En el mismo sentido Stern, *op. cit.*, nota 4, pp. 286 y ss., Larenz, *op. cit.*, nota 9, p. 308. Betti, *op. cit.*, nota 5, p. 97. Limbach, Jutta, “La interpretación de la Constitución”, en Ferrer

interpretación evolutiva supone, como vemos, una elección del intérprete: optar entre la interpretación anteriormente dada a una disposición pero que ya no permite someter la realidad, o extraer otra nueva que sirva a ese propósito. Esta posibilidad de elegir entre mantener el sentido normativo “tradicional” o desvelar otro hasta entonces oculto presupone un intérprete creador, alejado del modelo de juez ventrílocuo que imperó durante tanto tiempo. El juez, al interpretar evolutivamente el ordenamiento, no es desde luego “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”,¹¹ que era tanto como afirmar que expresaban exactamente la voluntad del legislador. Al interpretar en clave evolutiva, el juez no puede expresar esta *voluntas legislatoris* que no pudo prever cómo la realidad futura evolucionaría,¹² sino que, constreñido por esos cambios, ha de hallar, en el enunciado normativo, un sentido, una norma concreta, que permita a la disposición seguir siendo eficaz.¹³ Sólo será acertado entonces el resultado de la interpretación si puede comprobarse su fuerza en la realidad social.¹⁴

La interpretación evolutiva sólo es posible cuando el enunciado normativo permite derivar de él varios sentidos posibles de los que el intérprete escoge el que mejor asegure su eficacia. En esta labor, el intérprete está poniendo de su parte; creando, no se limita a la mera subsunción.¹⁵ Es verdad que la literalidad del precepto y su finalidad le constriñen y no puede extraer de las palabras de la disposición un significado incompatible con ellas ni tampoco puede pervertir la finalidad de la disposición ni sacarla de su contexto normativo. Siguen jugando, pues, los elementos literal, lógico, teleológico y sistemático de la interpretación, pero, a su lado y modulándolos, aparece el elemento evolutivo. Entra en el campo de acción del intérprete la ponderación que el peso que cada elemento presentará en un caso dado, porque la interpretación, y con ella el uso de tal o cual elemento inter-

Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, vol. II, p. 755.

¹¹ Célebre frase de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, prólogo de Enrique Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1980, p. 156.

¹² Dada la imposibilidad del legislador para imaginar la evolución futura de la realidad, Larenz, *op. cit.*, nota 9, p. 347.

¹³ Como afirma Emilio Betti “conservar la eficacia del derecho en la realidad social”, *op. cit.*, nota 5, p. 93.

¹⁴ Tal y como postula Stein, Ekkehart, *Derecho político*, Madrid, Aguilar, p. 226.

¹⁵ *Cfr.* Canosa, R., *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, pp. 9 y ss.

pretativo, es una tarea singular, para un caso concreto; es en éste cuando el intérprete detecta la falta de sintonía entre el precepto y la realidad, y trata de solventarla mediante la interpretación evolutiva.

Es obvio que cuando el intérprete supremo se pronuncia en clave evolutiva sobre un caso concreto, su parecer, su interpretación, va tener repercusión general al vincular a los demás intérpretes, generalizando la evolutividad insuflada a la disposición interpretada. Esta obviedad no contradice el origen esencial del uso del elemento evolutivo o de cualquier otro elemento que se produce en casos concretos. Hay, empero, una excepción si el pronunciamiento del intérprete tiene lugar en un juicio abstracto de constitucionalidad durante el cual se da a los otros preceptos en juego, no constitucionales, una interpretación nueva, adaptada a la realidad. En todo caso, es en la interpretación evolutiva donde se manifiesta más claramente la autonomía del intérprete.¹⁶

Cuando el intérprete se enfrenta al caso concreto y da un sentido nuevo, adaptado y evolutivo, a una disposición sirve a su eficacia normativa de acuerdo con la finalidad del precepto. En esta tarea, el intérprete debe incorporar a su razonamiento los datos extranormativos de naturaleza social que han determinado el cambio de la realidad, ya que este cambio es el que demanda, en paralelo, una transformación de la interpretación para evitar el divorcio entre norma y realidad. Naturalmente este modo de proceder conlleva un riesgo: la contaminación sociológica de la argumentación jurídica, riesgo que es más evidente cuando se interpretan enunciados constitucionales, como veremos más adelante. Un ejemplo de lo anterior es la interpretación transformadora de la realidad,¹⁷ cuyo uso más llamativo sería el uso alternativo del derecho¹⁸ mediante el cual, so pretexto de los cambios en la realidad, se fuerza el sentido del orden jurídico con vistas a la transformación de la sociedad. El uso alternativo del derecho iba mucho más allá de la interpretación evolutiva; se trataba de una interpretación revolucionaria o más bien de una pura y simple creación del derecho, al margen de las disposiciones creadas por el legislador. Lo que el legislador no

¹⁶ Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 376 y ss.

¹⁷ Como la que proponía Lavagna, Carlo, *Costituzione e socialismo*, Bolonia, Il Mulino, 1977, p. 37.

¹⁸ Sistematizado en la célebre obra dirigida por Barcellona, Pietro, *L'uso alternativo del diritto*, Roma, Laterza, 1973.

hacia lo acometían los jueces en una suplencia contraria al principio de separación de poderes. En el marco de este principio, la acción de los jueces sólo es legítima por su sometimiento a la ley, así que sólo ésta puede intentar transformar la realidad. La interpretación evolutiva se encamina, no a esa transformación de la realidad, sino a la transformación del sentido de la ley para adaptarla a una realidad que ya previamente ha cambiado. En el uso alternativo, con frecuencia fundado en la propia Constitución, el juez suplanta al legislador y acomete la transformación de la realidad que, según su punto de vista, preanuncia la Constitución. Ésta no sería más que la coartada de la usurpación judicial, de esta espuria creación judicial.¹⁹ Que las Constituciones modernas incluyen un programa de transformación social es bien sabido, pero que sean los jueces quienes lo protagonicen sin la previa mediación del legislador es contrario al Estado de derecho.²⁰

La necesidad de una interpretación evolutiva, que de una u otra suerte todos los intérpretes practican, ha tenido reflejo en algunos ordenamientos jurídicos. Así, el español dispone, en el artículo 3.1 del título preliminar del Código Civil, que las normas se interpretarán “en relación con... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...”. Además de mencionar los elementos literal, sistemático, histórico y teleológico, el citado precepto recoge la nítida referencia a la realidad social del tiempo de aplicación. Es un claro mandato de actualización dirigido a los intérpretes del derecho que convierte el elemento evolutivo en uno más de los declarados formalmente. En otras palabras, el intérprete español está obligado por ley a actualizar la interpretación de las disposiciones que deba aplicar, teniendo en cuenta la realidad social imperante. La interpretación evolutiva no es ya una opción del intérprete, afirmada por la práctica judicial, sino un mandato de actualización interpretativa impuesto por el legislador.

¹⁹ Un peligroso decisionismo judicial, como advierte César Landa al referirse a la “interpretación alternativa”, “Teorías de la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. II, p. 749.

²⁰ Canosa se refiere a una espuria función de suplencia del legislador democrático, “Interpretación constitucional y legislador democrático”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. I, pp. 239 y ss.

2. Interpretación evolutiva de las normas constitucionales

En la esfera constitucional la tensión entre normatividad y normalidad²¹ resulta notoria, más que en los demás ámbitos normativos. Sucede por varios motivos, el primero, por la especial rigidez de las disposiciones constitucionales cuya aspiración de permanencia²² suele, por lo general, ser digna de aprecio.²³ La imposibilidad real de cambiarlas, a veces con una intangibilidad formalizada,²⁴ produce, como consecuencia inevitable, que su adaptación tenga que llevarse a cabo por vías interpretativas, es decir, mediante la interpretación evolutiva,²⁵ porque ésta garantiza la “movilidad”²⁶ de la que carecen las disposiciones interpretadas y asegura la expansión de su fuerza normativa.²⁷

El segundo motivo que favorece la tensión apuntada es la especial dinamicidad de la realidad política que el derecho constitucional regula.²⁸ Tal

²¹ Hermann Heller, sostiene con vigor su tesis según la cual, “la constitución estatal forma un todo en el que aparecen complementándose recíprocamente la normalidad y la normatividad jurídica y extrajurídica”, *Teoría del Estado*, cit., nota 10, p. 273.

²² Lucas Verdú se refiere a “la soberbia pretensión de duración”, *Curso...*, vol. IV, op. cit., nota 28, p. 137. Por su parte Héctor Fix-Zamudio advierte del envejecimiento de los textos, dotados de gran rigidez, que contrasta con la rápida transformación social, “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), op. cit., nota 10, p. 563.

²³ El lugar donde más falta es, allí donde las reformas han sido excesivamente numerosas, como en México, dando lugar a la que Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo denominan “inestabilidad constitucional”, “Algunas reflexiones constitucionales” en Ferrer Mac-Gregor (coord.), op. cit., nota 10, pp. 387 y ss. En la misma línea Nava Gomar, Salvador, *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma*, México, Universidad Anáhuac del Sur-Porrúa-UNAM-Universidad Complutense, 2003, pp. 252 y ss.

²⁴ Sobre el significado de la rigidez constitucional cfr. Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

²⁵ Para Franco Pierandrei la evolutividad es immanente a la interpretación constitucional, “L’interpretazione della costituzione”, *Scritti di diritto pubblico*, Turín, Spe, 1965, vol. I, p. 193.

²⁶ Movilidad a la que se refiere Hesse, op. cit., nota 37, p. 75.

²⁷ Movilidad que demanda Calamandrei, Pietro, “Corte costituzionale e autorità giudiziaria”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, pp. 7 y ss.

²⁸ Pablo Lucas Verdú afirma que “la realidad social en la que se apoya una Constitución, muda radicalmente con el transcurso del tiempo”, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, vol. II, 1981, p. 536. El mismo autor analiza con detalle la dinamicidad de la realidad constitucional en “El problema de las mutaciones constitucionales y la permanencia de la Constitución formal”, en *Curso...*, cit., nota 28, vol. IV, pp. 138 y ss. También Canosa, R., *Interpretación...*, cit., nota 4, pp. 106 y ss. Por su parte, Peter Häberle plantea su ya

dinamicidad suele ser mayor en la realidad constitucional y es de otra calidad porque afecta a un sector regulado por la norma cimera del orden jurídico que adquiere así, también ella, una dinamicidad propia.²⁹ Si las disposiciones constitucionales no se actualizaran, buscando su correspondencia con la realidad,³⁰ se degradaría su eficacia normativa y quedaría afectado el funcionamiento de todo ordenamiento. Loewenstein³¹ nos propuso su clasificación ontológica de las Constituciones, en la que implícitamente se evoca la necesidad de superar esa tensión entre normatividad y normalidad. Según su grado de eficacia, las Constituciones son normativas si su eficacia es satisfactoria, nominales si son de regular eficacia, o semánticas cuando presentan muy poca eficacia. Ningún ordenamiento puede soportar que su norma suprema no sea satisfactoriamente eficaz, pues si así ocurriera, todo él se resentiría. Para hablar de una Constitución normativa es nece-

conocida tesis sobre la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales y esa apertura es, también, al propio devenir social, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, pp. 149 y ss.

²⁹ Lucas Verdú, en este sentido, afirma que el carácter dinámico de la Constitución obliga a una interpretación dinámica y que, en consecuencia, la interpretación constitucional dinamiza a la Constitución, en una suerte de proceso de retroalimentación, *Curso...*, *op. cit.*, nota 28, vol. II, pp. 539 y ss.

³⁰ Son muchos autores los que han apreciado esta necesidad, con claridad lo apunta Jorge Carpizo: “Una Constitución debe cambiar al mismo ritmo que la realidad y para esto hay dos caminos: o que se le reforme o que se le interprete”, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 1996, p. 68. Idea que reiteran Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, nota 23, p. 425. También Salvador Nava Gomar presenta esas dos alternativas, pero se muestra partidario de empezar antes por la interpretación, dado el abuso que de la reforma se hizo en México, para apuntar que la reforma es el último eslabón de la cadena que actualiza la Constitución siendo la interpretación el primero, *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma*, México, Universidad Anáhuac del Sur-Porrúa-UNAM-Universidad Complutense, 2003, p. 297. Costantino Mortati, en un contexto europeo en el que la reforma no es tan frecuente, reclama optar por la interpretación más ajustada a las necesidades sociales de cada momento, *La costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1940, p. 118. También Wrobelky demanda del intérprete atención a las “exigencias sociales”, entendidas éstas en su acepción más amplia, *op. cit.*, nota 36, p. 79. Néstor Sagués parte de las teorías estadounidenses, acerca de la “Living Constitution”, para recordar que ya el juez Marshall, en el caso *McCulloch v. Maryland*, en 1819, advertía que la Constitución de 1787 estaba “destinada a perdurar en las eras futuras y, por consiguiente, debe adaptarse a las diferentes crisis de los asuntos humanos”, “Interpretación constitucional y ‘Constitución viviente’ (living Constitution)”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. II, pp. 1017 y ss. Para todo lo referente a la evolución de la Constitución americana, *cfr.* Tribe, Laurence, *Constitutional Choices*, Harvard University Press, 1985, en especial pp. 21 y ss. Donde se refiere a la Constitución en construcción.

³¹ Loewenstein, Kart, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 216 y ss.

sario que su desarrollo legislativo y su interpretación favorezcan su eficacia. Y en esta labor es preciso advertir las peculiaridades de la interpretación constitucional³² que acaba siendo una interpretación tópica³³ y, por ello mismo, imprecisa,³⁴ pero que, en todo caso, ha de examinarsa a desplegar el valor normativo de la Constitución.

No es ahora el momento de referirme al compromiso que el legislador democrático tiene con el desarrollo de la Constitución.³⁵ Me ocuparé sólo de su interpretación evolutiva. Wrobelsky, en un lenguaje casi militar, se refiere la interpretación operativa de la Constitución,³⁶ es decir, de aquella que despliega los efectos queridos en ella. Hesse maneja una idea similar, según él hay que promover la voluntad de la Constitución.³⁷ Ambos descubren la finalidad de toda interpretación de la Constitución que, por lo demás, comparten todas las disposiciones jurídicas. Se trata, pues, de que la Constitución regule efectivamente la realidad constitucional³⁸ y para ello, será necesario adaptarla a los cambios que en ésta se produzcan.³⁹

³² Así que como recuerda Stern, no es posible una equiparación entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de las leyes, *op. cit.*, pp. 290 y ss. En Iberoamérica fue Segundo Linares Quintana el primero en advertir que la interpretación constitucional tiene reglas especiales, entre ellas, la de contar especialmente con las situaciones sociales, económicas y políticas del momento, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, t. II, p. 435. Opinión que suscribe Carpizo, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa, 2003, p. 60.

³³ Bien explicada por César Landa, “Teorías de la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 10, pp. 739 y ss.

³⁴ Imprecisión del método tópico que resalta Javier Pérez Royo, “La interpretación de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *cit.*, nota 10, p. 899.

³⁵ De este punto y de la conexión entre máximo intérprete de la Constitución y legislador democrático me he ocupado en “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. I, pp. 237 y ss.

³⁶ Wrobelsky, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 35 y ss.

³⁷ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 71.

³⁸ Antonino Pensovechio Li Bassi matiza al advertir que la realidad social que debe tenerse en cuenta en la interpretación constitucional es la realidad constitucional, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1972, p. 63.

³⁹ Para lograr esta adaptación Fix-Zamudio afirma que la interpretación constitucional ha de tener un “carácter progresivo y no simplemente conservador de las normas fundamentales, ya que la realidad social es mucho más rápida en sus cambios y en su evolución”, “Liniamientos...”, *op. cit.*, nota 22, p. 563.

Además de la rigidez del programa normativo⁴⁰ y del sustancial dinamismo de su ámbito normativo, hay otro factor que favorece la interpretación evolutiva de la Constitución: la textura abierta de sus disposiciones,⁴¹ su formalización en abstracto con abundancia de principios.⁴² No es que no haya reglas en la Constitución, que las hay, pero abundan los preceptos que, por su ambivalencia, amplían la esfera de discrecionalidad del intérprete; éste no se halla sujeto a una literalidad estricta sino a unos términos que se prestan a las interpretaciones alternativas.

La textura de los preceptos constitucionales, junto con el resto de sus peculiaridades,⁴³ favorece la creatividad del intérprete y esta creatividad⁴⁴ se asocia inevitablemente con la evolutividad, dado el carácter cambiante de la realidad política. La interpretación de las disposiciones constitucionales tiene que enfocarse a captar esas peculiaridades, a las que el intérprete ha de ser sensible.⁴⁵

⁴⁰ Es la misma rigidez la que paradójicamente hace inevitable la interpretación evolutiva, Canosa, *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, p. 111.

⁴¹ Como destaca Hesse, el carácter amplio y abierto de la Constitución, *Escritos...*, *op. cit.*, nota 37, p. 36. En parecidos términos otros autores, entre ellos: Stern, *op. cit.*, nota 4, p. 285, Vega García, Pedro de, *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 191; Lavagna, Carlo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Turín, UTET, 1982, p. 207; Wrobelsky, *op. cit.*, nota 37, p. 51; Pérez Tremps, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. II, p. 907; y Canosa, *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, p. 112.

⁴² Esta abundancia de principios la destacan casi todos los autores, entre ellos Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 81 y ss. Cuando se refiere a la estructura de las normas de derechos fundamentales. También Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1992, pp. 147 y ss.

⁴³ Peculiaridades a las que Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo denominan “elementos de distinción de las normas constitucionales”: supremacía normativa, contenido político y decisión del poder constituyente, *op. cit.*, nota 23, pp. 392 y ss. *Cfr.* también el interesante estudio de Nieto, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, vol. I, 1983, pp. 371 y ss. Asimismo Eduardo García de Enterría, que incide, sobre todo en el valor normativo de la Constitución, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1982 (última edición de 2006), pp. 62 y ss. Y Canosa, *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, pp. 59 y ss.

⁴⁴ Que asocio también con la politicidad de la interpretación constitucional, en la medida en la que ésta es creativa y tiene consecuencias políticas, Canosa, R., *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, pp. 124 y ss.

⁴⁵ Este necesario enfoque de la interpretación constitucional lo destacan Pierandrei, Franco, “L’interpretazione delle norme costituzionali in Italia”, *Scritti di diritto costituzionale*, Turín, Spe, vol. II, pp. 654 y 655; y Carbone, Carmelo, *L’interpretazione delle norme costituzionali*, Padua, Cedam, 1951 pp. 37 y ss. Más recientemente Fix-Zamudio y Carpi-zo, Jorge, *op. cit.*, nota 23, p. 398.

En los términos de Hesse,⁴⁶ el programa normativo, inserto en las disposiciones constitucionales, y el ámbito normativo (la realidad política) donde se proyectan, favorece, —sino es que exige— una interpretación evolutiva. El programa normativo —el enunciado—, cuya literalidad opera como límite último de la interpretación evolutiva,⁴⁷ se mantiene inalterable, a veces durante siglos, pero el ámbito normativo, la realidad regulada, varía constantemente. Como aquél es muy difícil que reformar y en ocasiones deliberadamente no se desea cambiarlo para mantenerlo como símbolo, la interpretación evolutiva entra en juego para extraer de los preceptos antiguos normas nuevas, sentidos normativos ni siquiera imaginados por los autores.

El intérprete goza, pues, de libertad —creatividad— para inclinarse,⁴⁸ entre una u otra opción interpretativa —retrógrada o progresista—,⁴⁹ por aquella que mejor se ajuste a la realidad del momento. Pero como se trata de una realidad política, el intérprete supremo de la Constitución⁵⁰ está llamado colaborar en el proceso de integración del Estado,⁵¹ al que, en último término, ha de servir su labor hermenéutica.⁵² Es por ello por lo que ha de anticipar las consecuencias políticas de sus resoluciones⁵³ para asegurarse

⁴⁶ Esta distinción de Konrad Hesse la encontramos en sus *Escritos de derecho constitucional*, *op. cit.*, nota 37, pp. 46 y ss.

⁴⁷ Lo advierte Hesse, *op. cit.*, nota 37, p. 109.

⁴⁸ Situación que Stern califica de “duda metódica interpretativa” y que da lugar a un pragmatismo metodológico, *op. cit.*, nota 4, pp. 290 y ss. Francisco Rubio Llorente recuerda que el intérprete es creador, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 621 y ss.

⁴⁹ Así se expresa Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Jorge Carpizo advierte que la interpretación puede “modificar, anular o vivificar la Constitución”, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁰ Stern explica bien el carácter vinculante de la interpretación del Tribunal Constitucional, *op. cit.*, nota 4, p. 289. Entre nosotros hay que citar el clásico libro de García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, última edición de 2006.

⁵¹ Como resalta Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 191 y ss.

⁵² Fix-Zamudio ya resaltó que el intérprete constitucional ha de poseer “sensibilidad jurídica, política y social”, “El juez ante la norma constitucional”, *Revista Jurídica Veracruzana*, Xalapa, núm. 4, octubre-noviembre de 1970, p. 48. Idea que reitera en “Lineamientos...”, *op. cit.*, nota 22, p. 564.

⁵³ Como apunto en mi libro *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, pp. 240 y ss.

de que su impacto no producirá un efecto desintegrador, ya que si lo que se pretende es que la norma extraída de un precepto constitucional regule efectivamente la realidad política sin perturbarla ni crear conflictos políticos evitables, el intérprete supremo ha de ser cuidadoso. Es el ejemplo histórico del Tribunal Supremo de los Estados Unidos con su criterio de las cuestiones políticas para declinar pronunciarse acerca de asuntos que mejor tratarían el Ejecutivo o el Legislativo. Así evitaba convertirse, mediante un ejercicio de autocontrol,⁵⁴ en actor político. Pero no siempre el Tribunal Supremo puede eludir pronunciamientos con repercusiones políticas — todos los suyos la tienen— y, por lo general, los máximos intérpretes carecen de un *certiorari* que les permita escoger los casos, así que ante la imposibilidad de evitar pronunciarse, deben considerar las consecuencias políticas de sus resoluciones y escoger la solución interpretativa que, fruto de una argumentación cuidadosa, produzca la menor controversia política posible. Este proceder es, en realidad, el verdaderamente evolutivo y permite al máximo intérprete colaborar en el proceso de integración estatal.

La adaptación de la normatividad a la normalidad, cuando hablamos de interpretación constitucional, no consiste en convertir al máximo intérprete en promotor de transformación social y política alguna, ni legitima una interpretación alternativa orientada ideológicamente por el intérprete,⁵⁵ sino en defender la Constitución, mediante una interpretación que promueva su eficacia normativa, también cuando la realidad ha cambiado y se espera de él que ofrezca una nueva interpretación que permita a la Constitución seguir los pasos de la realidad. De la función transformadora de la realidad que las Constituciones contemporáneas suelen auspiciar no puede encargarse ningún intérprete ni siquiera el intérprete supremo.⁵⁶

⁵⁴ Sobre la evolución de la interpretación constitucional en los Estados Unidos, *cfr.* Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991. Y Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; también Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación*, Madrid, Civitas, 1989.

⁵⁵ Contra la que previene Landa, “Teorías...”, *op. cit.*, nota 33, pp. 747 y ss.

⁵⁶ Domingo García Belaunde es partidario de una interpretación evolutiva pero alerta contra el peligro de desnaturalización y quebrantamiento de la Constitución, “La interpretación constitucional como problema”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. I, p. 613. Sagués también expone esos peligros y concluye en que la “interpretación mutativa” sólo es viable cuando hay un consenso social unánime o casi unánime, *op. cit.*, p. 1031. Ricardo Guastini se muestra opuesto a la interpretación evolutiva, pues con ella se vulnera la Constitución, al no acudir a la vía de la reforma constitucional, “¿Peculiaridades

La especial apertura a posibles interpretaciones que presentan las disposiciones constitucionales favorece la libertad del intérprete supremo⁵⁷ pero no le autoriza a cerrar opciones futuras para el legislador democrático que el constituyente haya dejado deliberadamente abiertas.⁵⁸ En estos supuestos la interpretación evolutiva no puede consistir en el cierre de estas alternativas que han de permanecer abiertas. Más bien se tratara de hallar interpretaciones posibles y alternativas —fijando, eso sí, sus límites insoslayables—⁵⁹ que, incluso, amplíen las posibilidades del legislador, dando cobertura a su legislación. En relación con la situación anterior se suscita el peligro opuesto: una interpretación constitucional tan abierta que acabe suponiendo una mutación de la Constitución.⁶⁰ Son varias las formas a través de las cuales puede operarse una mutación a través de la interpretación,⁶¹ pero

de la interpretación constitucional?”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. I, pp. 660 y ss.

⁵⁷ Alcance de esta supremacía que, en general, analizan García de Enterría, *op. cit.*, nota 50, y Rubio Llorente, *op. cit.*, nota 48, p. 611.

⁵⁸ Y que el intérprete supremo no puede cerrar como destaca Zagrebeky, *op. cit.*, nota 42, pp. 39 y ss. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional español en la STC 76/1983, de 5 de agosto, para el alto Tribunal la apertura de la forma de Estado no podía cerrarla el legislador y tampoco, claro está, el propio TC sino que tiene que quedar permanentemente abierta. Javier Pérez Royo también se refiere a la necesidad de que el intérprete supremo se autolimita y deje al legislador democrático espacio suficiente para actuar con libertad, “La interpretación de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. II, p. 899.

⁵⁹ Por eso, para Pérez Royo la interpretación constitucional es una interpretación de los límites dentro de los cuales puede moverse el legislador, *op. cit.*, pp. 896 y ss. En parecidos términos Canosa, “Algunos problemas...”, *op. cit.*, pp. 280 y ss.

⁶⁰ En general se suele considerar que el supuesto de hecho de la mutación es la incongruencia entre las normas constitucionales y la realidad constitucional, Dau Lin, Hsü, *Mutación de la Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 29. En parecidos términos, Hesse, *op. cit.*, nota 37, p. 91, y Lucas Verdú, *Curso...*, *op. cit.*, nota 28, vol. IV, p. 163.

⁶¹ Entre la abundante literatura acerca de las mutaciones *cf.* Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, pp. 21 y ss. Dau-Lin, Hsü, *op. cit.*, nota 60, pp. 87 y ss. Pablo Lucas Verdú, “El problema de las mutaciones constitucionales y la permanencia de la Constitución formal”, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1984, vol. IV, pp. 137 y ss. Vega García, Pedro de, *La reforma...*, *op. cit.*, nota 11, pp. 179 y ss. Todos ellos ponen de manifiesto que la interpretación es una de las vías a través de las cuales puede materializarse la mutación. Es más: la interpretación puede llegar a consagrar una mutación alentada por el mismo legislador, Canosa, R., “Algunos aspectos problemáticos de la interpretación constitucional”, *Diez años de desarrollo constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Don Luís Sánchez Agesta, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 15, monográfico, pp.

una de ellas es ampararse en el carácter polisémico de las disposiciones constitucionales para consagrar acciones legislativas *a priori* discutibles. En estos supuestos se consagra una nueva interpretación del precepto constitucional en la que encaje la nueva ley. El peligro radica en que la expansividad de la interpretación evolutiva transforme radicalmente el orden jurídico⁶² y acabe defendiéndose la ley frente a la constitución, y ésta deje en puridad de constituir⁶³ y no decida nada, salvo un lábil y amplio marco donde con toda libertad se mueva el legislador.

II. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *La expansividad de los derechos fundamentales*

Todo lo dicho acerca de la necesaria interpretación evolutiva de los preceptos constitucionales puede ahora proyectarse en el análisis de la interpretación de las disposiciones que proclaman derechos. Como todos los constitucionales, este último tipo de preceptos está dotado de una gran rigidez, mientras que la realidad donde los derechos fluyen es muy cambiante y su formulación literal con frecuencia es poco clara. Asimismo, su interpretación debe favorecer su máxima eficacia.

Las 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 apenas otras enmiendas posteriores, sobre todo las introducidas tras

280 y ss. También Nava Gomar, Salvador, “Interpretación, mutación y reforma constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. II, pp. 809 y ss.

⁶² Pietro Merola Chierchia, muy partidario de la interpretación evolutiva, advierte, sin embargo, de ese riesgo, *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Padua, Cedam, 1978, p. 117. También Canosa, *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, pp. 127 y ss.

⁶³ Peligro contra el que nos precave Garrorena, Ángel, “Cuatro tesis y un corolario sobre el derecho constitucional”, *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández Carvajal*, Universidad de Murcia, 1997, vol. I, pp. 337 y ss. En la misma línea se manifiesta Wrobelsky para quien “la interpretación no puede comprometer la naturaleza de la Constitución”, *op. cit.*, nota 36, p. 91. Fix-Zamudio y Carpizo admiten la que llaman interpretación política, aquella determinada por los factores políticos, pero advierten del riesgo que se corre al ponerla en marcha, pues podría violar la Constitución, *op. cit.*, nota 23, p. 432. También alerta contra este peligro Leibholz, Gehard, “El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 1966, pp. 89 y ss.

la guerra civil, han venido a completarlas. 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 las 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.⁶⁴ También en Italia, recientemente, con la aprobación de estatutos regionales y sobre todo en España, en el actual 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,⁶⁵ como acreditan 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 cons-

⁶⁴ 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.

⁶⁵ La "constitucionalización" de nuevos derechos refleja las "metamorfosis de la sociedad" según Cappelletti, Mauro, "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", en varios autores, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 617.

tantemente, 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.⁶⁶ La expansividad de los derechos se presenta como una propiedad inmanente.⁶⁷ 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 otra⁶⁸ y que las sucesivas vendrán a completar las anteriores, aunque a veces provoquen problemas de articulación.⁶⁹

Si las normas constitucionales presentan peculiaridades a las que nos referíamos más atrás, 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.⁷⁰ En segundo lugar, su con alguna frecuencia (casos español y alemán) mayor rigidez que otros preceptos de la Constitución, lo que im-

⁶⁶ Proceso que explica con detalle Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, “Avances tecnológicos y derechos fundamentales. Los riesgos del progreso”, en varios autores, *Derechos humanos y nuevas tecnologías*, Colección Jornadas de Derechos Humanos, Ararteko, núm. 6, 2003, pp. 31 y ss.

⁶⁷ 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.), *op. cit.*, nota 10, 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, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. II, pp. 907 y ss. Y de Zabrebelsjky, *op. cit.*, nota 42, pp. 116 y ss.

⁶⁸ Aunque esta noción de generaciones acaso sólo 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.

⁶⁹ *Cfr.* 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.

⁷⁰ Lo que explica con precisión Alexy, Robert, *Teoría..., cit.*, nota 42, pp. 81 y ss.

plica su inclusión en una suerte de supralegalidad constitucional.⁷¹ En tercer lugar, su aplicabilidad directa ya que vinculan no sólo 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 falta de precisión que caracteriza a las disposiciones constitucionales en general. Su interpretación es, en expresión de Hesse,⁷² 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 particular.⁷³ 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”,⁷⁴ 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 presente,⁷⁵ ponderando la garantía de la libertad y las exigencias del interés social.

Es verdad que la proclamación de los derechos pretende concretar las posiciones jurídicas de las personas y que, en este sentido, su grado de abs-

⁷¹ Que explica, respecto del caso español, Vega García, Pedro de, *La reforma...*, cit., nota 41, pp. 159 y ss. A esa supralegalidad, en la que estarían los derechos, se refieren Fix-Zamudio y Carpizo, *op. cit.*, nota 30, p. 396.

⁷² Hesse, *Escritos...*, cit., nota 37, p. 43. En general la doctrina alemana acoge esta noción de la interpretación como concreción, vease como ejemplo Stern, *op. cit.*, nota 4, pp. 287 y ss. O el propio Larenz, Kart, *op. cit.*, nota 9, p. 200.

⁷³ Como es sabido, Kelsen 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”, *op. cit.*, nota 1, p. 159.

⁷⁴ El intérprete cumpliría una función rellenadora 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 destaca la especial creatividad en la construcción de los derechos, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

⁷⁵ Ronald Dworkin propone una “interpretación liberal” ajustada al momento presente, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 213.

tracción 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.⁷⁶ 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.⁷⁷

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 Böckenförde,⁷⁸ pueden guiar nuestro trabajo. Algunas de estas teorías beneficia el entendimiento evolutivo de los derechos pero no precisamente la primera de ellas, la teoría liberal⁷⁹ que 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 sólo con la igualdad formal. Tampoco comprende la eficacia entre

⁷⁶ Habida cuenta del carácter integrador del contenido material de los derechos fundamentales, Smend, *op. cit.*, nota 51, pp. 225 y ss.

⁷⁷ Porque, como destaca. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, 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.

⁷⁸ *Op. cit.*, nota 74, pp. 47 y ss.

⁷⁹ Explicada magistralmente por Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 164 y ss.

particulares de los derechos porque éstos valen frente al Estado mientras que, en la 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 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 proporcionalidad,⁸⁰ 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.⁸¹ La regulación de estos ámbitos corresponde al legislador que, al considerar esos intereses sociales, puede llegar a limitar el ejercicio de otros derechos.

⁸⁰ 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.

⁸¹ *Cfr.* en este sentido Böckenförde, *op. cit.*, nota 74, pp. 53 y ss.

Esta concepción deriva de la clásica idea de garantía institucional,⁸² y su conexión con la realidad subyacente, representada por los intereses sociales que han de protegerse, ensancha la libertad del legislador, pero, asimismo, la del intérprete para ponderar los intereses en conflicto o necesitados de protección, adaptándolos al momento presente.

A Smend⁸³ 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 valores⁸⁴ y, por otro, los valores están en constante mutación.⁸⁵ 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,⁸⁶ 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 valores es irremediablemente también evolutiva. Podíamos hablar así de 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 éste y no tanto los demás, pues son los valores los elementos esenciales

⁸² Seguramente Schmitt es el mejor teórico del concepto de garantía institucional, *Teoría...*, *op. cit.*, nota 84, pp. 175 y ss.

⁸³ Son los derechos fundamentales, especialmente, los que conforman el contenido material de la Constitución y le dotan su carácter integrador, Smend, *op. cit.*, nota 51, pp. 225 y ss.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Forsthoft, Ernst, *La trasformazione della legge costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1973, pp. 45 y ss.

⁸⁶ Contra la que alerta Böckenförde, *Escritos...*, *op. cit.*, nota 74, pp. 59 y ss.

del proceso de integración. Al buen fin de este proceso colabora el intérprete de los derechos, desvelando que 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.⁸⁷ 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 ésta 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 éstos 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, Böckenförde⁸⁸ 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 prestaciones sociales, donde el Estado no sólo 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.⁸⁹

⁸⁷ Böckenförde, *Escritos...*, cit., nota 74, pp. 60 y ss.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 63 y ss.

⁸⁹ Un buen planteamiento del Estado social desde la teoría de los derechos la ofrece Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 2004, en especial pp. 50 y ss.

El problema, ya conocido, de los derechos sociales es su grado de vinculación a los jueces y la imposibilidad de que éstos, 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 el Estado de derecho.⁹⁰ 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 los 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 éstas, más las libertades positivas complica la interpretación de los derechos fundamentales,⁹¹ de ahí que el panorama actual de su interpretación sea el de acumulación de elementos y criterios,⁹² lo que se ha dado en llamar método tópico,⁹³ encaminado al logro del resultado óptimo en un caso concreto. Se trata, en definitiva, de integrar distintas teorías y 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 hermenéuticas.⁹⁴ Esta situación amplía su libertad, su discrecionalidad y creatividad,⁹⁵ además de que favorece la natural adaptación de la normatividad a la realidad por vía de un entendimiento

⁹⁰ Es el riesgo de lo que Forsthoff denomina “socializar la argumentación jurídica”, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 197.

⁹¹ Tanto los derechos clásicos como los sociales reclaman una interpretación expansiva, Zagrebelsky, Gustavo, “El Tribunal Constitucional italiano”, en varios autores, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *op. cit.*, nota 65, p. 421 y Cappelletti, *op. cit.*, nota 65, p. 628.

⁹² Como propongo en *Interpretación....., cit.*, nota 4, pp. 81 y ss.

⁹³ Como proponen, entre otros, Hesse, *Escritos..., cit.*, nota 37, p. 45; Stern, *op. cit.*, nota 4, 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.

⁹⁴ 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.*, nota 67, pp. 328 y ss.

⁹⁵ Canosa, *op. cit.*, nota 4, pp. 106 y ss. También Stern, *op. cit.*, nota 4, pp. 287 y ss.

evolutivo del ordenamiento. En general, ya se admite que el sentido de las normas reconocedoras de derechos ha cambiado para adquirir una dimensión polivalente.⁹⁶

En este contexto, Böckenförde⁹⁷ habla del “problema de la teoría de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuada”, para alertar 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.⁹⁸ 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).⁹⁹ 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,¹⁰⁰ 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,¹⁰¹ como la declaración que debe concretar.

Como es notorio, la interpretación de los derechos ya no es sólo tarea de los Estados, aunque sean éstos sus principales valedores. Las declaraciones internacionales y, en especial, la jurisprudencia de tribunales como el Tri-

⁹⁶ La bibliografía al respecto es inabarcable, *cfr.* en lengua española, Rubio Llorente, *op. cit.*, nota 48, pp. 90 y ss.

⁹⁷ *Escritos...*, *op. cit.*, nota 74, p. 68.

⁹⁸ Peligro que explica Böckenförde, *op. cit.*, nota 74, p. 68.

⁹⁹ 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”.

¹⁰⁰ 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.*, nota 48, p. 90.

¹⁰¹ Dando lugar a una interpretación tópica desordenada, como denuncia Alexy, *Teoría...*, *op. cit.*, nota 42, p. 38. En parecido sentido, Stern, “Riflessioni...”, *op. cit.*, nota 94, p. 240.

bunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o la Corte de San José han forzado un diálogo entre todos los tribunales de los derechos,¹⁰² que se salda las más de las veces con la supremacía de la opinión de quien dice la última palabra, a la que, por una u otra vía, los Estados se someten, bien porque las declaraciones internacionales tengan rango constitucional,¹⁰³ porque incluso se reconozca su supremacía y con ella la de interpretación de los tribunales internacionales, como ocurre en Costa Rica,¹⁰⁴ o porque los intérpretes estatales se sometan a la interpretación de estos tribunales, como sucede en el caso español.¹⁰⁵ El Estado no sólo 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 conse-

¹⁰² 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 varios autores, *Integración europea y Poder Judicial*, Oñati, IVAP, 2006, pp. 313 y ss.

¹⁰³ Recuerda, Carpio Marcos, que la Constitución del Perú de 1979 fue la primera, en Iberoamérica, en reconocer a los tratados internacionales sobre derechos rango constitucional, *op. cit.*, nota 67, pp. 374 y ss. También, entre otras, la Constitución argentina, tras la reforma de 1994 (artículo 75.22).

¹⁰⁴ Sobre el caso de Costa Rica, *cfr.* 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 de Costa Rica de 1949”, diciembre de 2006.

¹⁰⁵ 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, Saiz 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.

cuencia, es también interpretación constitucional.¹⁰⁶ Como los tribunales internacionales dicen la última palabra, ésta 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.¹⁰⁷

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.¹⁰⁸ En este contexto europeo, la interrelación entre los distintos tribunales de los derechos nutre un entendimiento común de éstos que es el núcleo de ese “derecho constitucional común europeo”, al que se refiere Häberle.¹⁰⁹ En este sentido algunos de los mejores ejemplos de interpretación evolutiva de los derechos provienen como veremos, de los tribunales internacionales.

2. *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 la evolutividad.

El punto de partida es, pues, esa libertad argumentativa que favorece la creatividad del intérprete. Al concretar los derechos, delimitando su conte-

¹⁰⁶ 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.*, nota 10, vol. I, pp. 521 y ss.

¹⁰⁷ *Cfr.* Carpio Marcos, *op. cit.*, nota 67, pp. 375 y ss. Y Saiz Anáiz, Alejandro, *La apertura al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española, cit.*, nota 105.

¹⁰⁸ Sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea, *cfr.* para todo Alonso, Ricardo y Sarmiento, Daniel, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.

¹⁰⁹ Häberle, *op. cit.*, nota 28, pp. 66 y ss.

nido, 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.¹¹⁰ 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, como en páginas atrás explicaba, favorece las posibilidades de elegir entre interpretaciones varias y, por tanto, la de escoger la interpretación más adaptada a la realidad.

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 8o. 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. Ésta 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 ésta no se activara los derechos no se actualizarían, no se expandirían, y ámbitos de la libertad, emergentes en la realidad, quedarían desprotegidos.

¹¹⁰ El tenor literal de las disposiciones “amojona” el camino de la interpretación, según la castiza expresión empleada por el traductor del libro de Larenz, *op. cit.*, nota 9, p. 320, es decir que fija unos límites insuperables; *cfr.* también Canosa, *Interpretación....., op. cit.*, nota 4, p. 94.

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 Alexy¹¹¹ 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 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,¹¹² 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 8o. del CEDH. Pareciera que el TEDH lo ha convertido en un cajón de sastre donde todo cabe, hasta lo más insólito.¹¹³ No obstante lo anterior, es difícil ser crítico con una interpretación expansiva, pues sólo 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.

¹¹¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 42, pp. 66 y ss.

¹¹² Como advierte Pérez Tremps, *op. cit.*, nota 41, p. 907.

¹¹³ *Cfr.* el análisis de la jurisprudencia del TEDH acerca de este derecho, realizado por Pablo Santolaya Machetti, *op. cit.*, nota 118, pp. 487 y ss.

Lo anterior plantea un interrogante que afecta a la relación entre legislador democrático y máximo intérprete de la Constitución. Aquél es el órgano encargado de desarrollar los derechos concretando su contenido, éste se ocupa de vigilar que el legislador no desproteja el contenido de los derechos constitucionalmente configurados,¹¹⁴ lo que el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn y el artículo 53.1 de la Constitución Española denominan contenido esencial;¹¹⁵ éste viene a ser un contenido mínimo, indisponible para el legislador que éste puede regular y enriquecer con contenidos adicionales pero no disminuir ni 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.¹¹⁶

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, éstos 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.

¹¹⁴ 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.*, nota 41, p. 908.

¹¹⁵ Sobre el contenido esencial *cfr.* 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 e Otto Pardo Ignacio de, *Derecho 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.

¹¹⁶ STC 11/1981, de 8 de abril.

3. *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.

A. 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 3o., 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,¹¹⁷ entre ellos, el temprano y célebre caso *Soering contra Reino Unido*, de 7 de julio de 1989;¹¹⁸ 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.¹¹⁹ Sin embargo, el artículo 9o. de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea deliberadamente omitió referencia alguna al sexo de los contrayentes, abriendo la puerta al 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 sólo 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

¹¹⁷ 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 (art. 3 CEDH)”, en García Roca y Santolaya Machetti (coords.), *La Europa de los derechos*, cit., nota 102, pp. 97 y ss.

¹¹⁸ Acerca de este caso, *cf.* Santolaya Machetti, Pablo, *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 135 y ss.

¹¹⁹ *Cfr.* para todo Torres Gutiérrez, Alejandro, “El derecho a contraer matrimonio (artículo 12 CEDH)”, en García Roca y Santolaya Machetti (coords.), *op. cit.*, nota 102, pp. 621 y ss.

evolutiva.¹²⁰ 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 éste.

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 esclavitud y 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 si 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 incluyendo 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”¹²¹ 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 comprende 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.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 628.

¹²¹ Como la calificó Rodotà, Stefano, “Poteri privati e disciplina della proprietà”, *Il diritto privato nella società moderna*, Bolonia, Il Mulino, 1971, p. 405.

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 de 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 sólo 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.

B. 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 aquél.

En otros supuestos la dimensión objetiva tiene un efecto expansivo general como sucede con la llamada eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, la *Drittwirkung*. Proyectados como principios en las

relaciones jurídicas entabladas entre particulares, éstos no pueden venir 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 compleja¹²² como la suscitada por este entendimiento verdaderamente revolucionario de la eficacia de los derechos fundamentales; sólo 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,¹²³ 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 sólo frente a los poderes públicos sino también frente a otros particulares. Las relaciones entre éstos 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 sólo general, pues dependiendo de qué derecho sea y de qué tipo de relación se trate,¹²⁴ 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 los derechos frente poderes privados,¹²⁵ función para la cual parece resultar indispensable. Piénsese,

¹²² Y que muchos han estudiado, *cfr.* Alexy, *op. cit.*, nota 42, 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.

¹²³ Tal y como la concibió Jellinek en su *Sistema dei diritt pubblici sogettivvi*, Milán, Società Editrice Libreria, 1919.

¹²⁴ 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 natureleza del derecho” lo consiente (artículo 37.1 del catalán y artículo 38 del andaluz recién aprobados y artículo 17 de la propuesta de reforma castellanoleonesa).

¹²⁵ *Cfr.* al ya citado Vega, Pedro de, “Dificultades...”, *op. cit.*, nota 122, 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*

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.

*C. 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 éste. 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,¹²⁶ 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,¹²⁷ 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 8o.

fondamentali, Università di Torino, Memorie del Istituto Giuridico, Serie II, Memoria CXXXII, G. Giappichelli Editore, 1970.

¹²⁶ Cuyo origen explica Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 43 y ss.

¹²⁷ La celeberrima Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Roe contra Wade*, de 1973.

CEDH.¹²⁸ 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 incorporan 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 dignidad¹²⁹ 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 español¹³⁰ o el TEDH¹³¹ han eludido encuadrar esa situación

¹²⁸ 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.*, nota 118, pp. 487 y ss.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ 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.

¹³¹ La negativa del TEDH se produce en el famoso caso Pretty contra el Reino Unido, de 29 de abril de 2002.

dentro del derecho a la vida o del derecho a vida privada, entendiendo que éste 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 suicidio). De haber admitido una suerte de derecho a la protección del derecho al suicidio, se habría consagrado un deber público de facilitarlo.

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 de derechos antigua, 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.

D. 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 la 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)¹³² 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 a la justiciable acudir a la Comisión Europea de Derechos Humanos y llegar después al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y éste fue el que verdaderamente innovó, al adscribir fragmentos del derecho a disfrutar del medio ambiente al dere-

¹³² Sobre esta sentencia, *cfr.* mi comentario “Pretensiones ambientales en amparo constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional. Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo*, núm. 10-11, 2003, pp. 697 y ss.

cho a la vida privada y familiar.¹³³ 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.

E. 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, se integra en el contenido mismo del derecho, de tal suerte que los titulares pueden invocarlos para exigir su protección.¹³⁴ 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.¹³⁵ 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 sólo 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 sólo 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.

¹³³ Cfr. 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.*, nota 132, pp. 697 y ss. También, respecto de la doctrina del TEDH, cfr. Santolaya, Pablo, “Derecho a la vida privada...”, *op. cit.*, nota 128, pp. 496 y ss.

¹³⁴ 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 *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Oñati-Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, p. 104.

¹³⁵ Robert Alexy los denomina derechos a protección, *Teoría...*, *op. cit.*, nota 42, pp. 435 y ss.

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 1o. 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.¹³⁶ 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 ésta en realidad procediera de un particular— por no cumplir su deber de protección. Un caso más llamativo todavía —en él es el Estado el directo responsable de la lesión— considera lesivo del derecho a la vida privada la ausencia de castigo penal de abusos sexuales a una menor en un centro de acogida.¹³⁷ Lo mismo sucede con el derecho a la protección frente a manifestaciones privadas de esclavitud o servidumbre (caso *TEDH Siladin contra Francia*, de 26 de julio de 2005, ya mencionado). El Tribunal Constitucional español, en la ya citada STC 119/2001 advierte de 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 sólo se protegen los derechos frente a actos u omisiones de 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 le 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.

¹³⁶ Cfr. 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*, *op cit.*, nota 117, pp. 24 y ss.

¹³⁷ *Stedh en X e Y contra Holanda*, de 26 de marzo de 1985, comentada en Canosa, *El derecho a la integridad personal*, *cit.*, nota 117, p. 40.

Esta innovación jurisprudencial acaba convirtiendo la relación *interpretivos* 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 sólo 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 éste ya no habría que inferir jurisprudencialmente el deber estatal de protección ni éste sería sólo producto de normas objetivas, porque vendría consagrado normativamente y la evolución del ordenamiento habría pasado de la jurisprudencia a la legislación.

F. *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 sólo impone al legislador establecer límites al uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad de las personas. La doctrina científica¹³⁸ y la jurisprudencia

¹³⁸ Muy destacadamente Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, especialmente pp. 101 y ss. Del mismo autor,

del Tribunal Constitucional español, en especial la sentada en la STC 254/1993, de 20 de julio,¹³⁹ 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.

III. CONCLUSIÓN

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

Informática y protección de datos personales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹³⁹ Sobre esta jurisprudencia *cfr.* Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 104, 1999, pp. 42 y ss.

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 la 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 TEDH¹⁴⁰ 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.

¹⁴⁰ Lo que Cappelletti denomina “justicia constitucional transnacional”, nacida en torno no al control de la ley sino para proteger la libertad, *op. cit.*, nota 65, pp. 633 y ss.