

## El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales \*

Por MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

Universidad Carlos III de Madrid

*SUMARIO:* 1. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES.—2. INTERÉS COMÚN, INTERÉS INDIVIDUAL Y DERECHOS.—3. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA VIDA. DERECHOS SIN TITULAR Y A PESAR DEL TITULAR.—4. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTADES PREFERENTES.—5. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS. EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES.

Cuando se examina la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales, o se presta atención a las aportaciones doctrinales en la materia, se echa en falta algún tipo de cobertura teórica capaz de explicar las implicaciones que en los últimos tiempos se atribuye a la categoría. Las garantías de los derechos y sus límites están condicionados por la comprensión previa de la libertad política. Este trabajo parte de la idea de que un concepto de libertad distinto del liberal o como «no-interferencia», puede constituir una herramienta adecuada para reconstruir el paradigma desde el que se elaboran los derechos fundamentales en nuestro ámbito cultural.

Efectivamente, la lectura de los derechos fundamentales como instrumentos a través de los cuales se pretende garantizar un ámbito

---

\* Agradezco a GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS y FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI, las sugerencias que me han realizado a propósito del tema que se aborda en este trabajo.

de libre disposición individual, exento de interferencias del Estado y de terceros, es únicamente una de las posibles en el contexto en el que se sitúa la Constitución. A mi modo de ver, se pueden articular tres grandes esquemas desde los que interpretar el sistema de derechos: el modelo liberal, el modelo garantista y el modelo «republicano». Entiendo, también, que el punto de partida más adecuado para dar cuenta de la construcción de los derechos que el Tribunal Constitucional desarrolla a partir de la Constitución española de 1978, sería el tercero de los modelos enumerados.

## 1. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El modelo constitucional de derechos puede ser caracterizado por la idea de que los derechos presentan dos facetas, dimensiones, funciones..., que suelen denominarse objetiva y subjetiva. Se trata de una idea que surge como una construcción jurisprudencial, consigue abrirse paso en el constitucionalismo comparado y ha sido asumida por la dogmática constitucional. En nuestro entorno, ha pasado a convertirse en un rasgo definitorio del concepto jurídico-positivo de los derechos, de forma que podemos pensar que nos encontramos ante una nueva etapa de su evolución. Se trataría de un proceso paralelo al de la aparición de las sucesivas generaciones de derechos que, a diferencia de éste, no afecta al contenido de los derechos, sino al papel que se les atribuye en relación con la organización política y con el Derecho. En él es posible identificar tres fases.

El primer momento, lo constituye aquel en el que los derechos comienzan a reconocerse en textos pretendidamente jurídicos. En los inicios del proceso de positivación, los derechos naturales se incluyen en declaraciones de derechos que, a lo sumo, conforman la *parte dogmática* de las constituciones. El legislador es el encargado de dar forma y garantizar los derechos que, en su caso, sólo pueden ser límite frente a los restantes poderes públicos. Fundamentalmente, se conciben como posiciones subjetivas que no deben ser alteradas por el funcionamiento ordinario del Poder para que éste sea legítimo.

Con posterioridad, se produce la adquisición de eficacia vinculante de lo que pasará a ser *parte material* de las constituciones. Esta eficacia se garantiza mediante la habilitación a determinados órganos para fiscalizar que también la actuación del legislador se somete a los derechos, con lo que ningún poder público podrá vulnerar las posiciones que los derechos garantizan. A partir de un determinado momento, la vinculación es también positiva, de forma que el Estado está obligado a hacer lo posible para consolidar las posiciones de derechos.

El momento actual se caracteriza, si aceptamos esta propuesta, porque se ha producido una mutación en el concepto de derechos que hace que éstos, además de límites frente a los poderes públicos

que pueden hacerse valer para garantizar posiciones subjetivas o para exigirle que sitúe a los ciudadanos en disposición de disfrutar de estas posiciones, se convierten en elementos que «conforman el Ordenamiento Jurídico» y, desde esta perspectiva, deben imponerse con independencia de que exista vulneración de derechos de un sujeto concreto. Hasta el punto de que, en ocasiones, se justifica su defensa a pesar de la voluntad del sujeto titular del derecho.

Esta nueva apariencia del concepto de derechos fundamentales se ve reflejada, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 53/1985, de 11 de abril. En ella se resuelve el recurso previo de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del antiguo Código Penal, denominada en los medios de comunicación «ley del aborto». En el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia, el Tribunal se expresa del siguiente modo, «los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, como dice el artículo 10 de la Constitución española, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». Ese carácter de *componentes estructurales básicos del ordenamiento* que adquieren los derechos, está ausente en las formulaciones que recibe este concepto en otros momentos de la historia constitucional.

Además, en el mismo fundamento jurídico, el Tribunal Constitucional dota de consecuencias concretas a la dimensión objetiva, así, afirma, «de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano». El elemento novedoso del concepto de derechos expresado en este párrafo, lo constituye la idea de que pueden hacerse efectivos aun sin que exista un ciudadano que haga valer la pretensión subjetiva que los derechos atribuyen.

En el contexto en el que esta elaboración se formula, la dimensión objetiva del derecho a la vida sirve al Tribunal Constitucional para justificar que la vida se proteja frente a otros derechos aun cuando no exista el titular que se haya de ver favorecido por la garantía del derecho. En el fundamento jurídico séptimo, señala «partiendo de las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico 4, esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección

efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales».

No se abandona la idea de que los derechos fundamentales garantizan posiciones subjetivas<sup>1</sup>, pero se hace preciso hacer compatible esta faceta «tradicional» con la «nueva» dimensión objetiva. El doble aspecto, aparece frecuentemente en la jurisprudencia constitucional española desde sus primeras manifestaciones. Entre otras, cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/81, de 14 de julio. En ella se resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley Orgánica 11/80, «Sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución» que tienen que ver con la suspensión de determinados derechos fundamentales en relación con investigaciones sobre participación en banda armada o elementos terroristas. A lo largo del fundamento jurídico quinto de esta resolución, podemos leer lo siguiente: «los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta configura un marco de convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)».

El Tribunal Constitucional utiliza este argumento para justificar, en primer lugar, la competencia del Estado en materia de derechos fundamentales. En segundo lugar, se fundamenta que esta misma competencia sirva como habilitación para limitar los derechos. Y, por último, que los límites puedan adquirir extraordinaria amplitud. En el mismo fundamento jurídico, señala el Tribunal que tales límites no sólo se fundamentan en la necesidad de proteger otros derechos, sino en la pervivencia del ordenamiento democrático. En la Sentencia se afirma que la «limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia, sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático».

A pesar del modo en que se plantea en estas resoluciones, ambas dimensiones, objetiva y subjetiva, contienen exigencias en parte divergentes. Efectivamente, el aspecto subjetivo hace aparecer a los derechos como posiciones individuales garantizadas por el ordenamiento,

---

<sup>1</sup> Esta idea parece formar parte de lo que constituiría el «núcleo indisponible» del concepto, PRIETO, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 114.

mientras desde el aspecto objetivo se produce una cierta desvinculación del derecho con respecto a su titular. Cuando una actuación aparece amparada por la defensa de los derechos en la primera vertiente, con ella se trata de reconocer la ventaja, el interés, el beneficio... y, al menos en cierta medida, la voluntad del titular. Por el contrario, las exigencias de la vertiente objetiva llevan a actuaciones en atención a la salvaguardia del orden de valores en que se basa el sistema democrático de convivencia. Las respuestas que se ofrecen a la hora de conciliar estas dos tendencias de los derechos, se pueden reconducir a los distintos modelos de libertad mencionados al comienzo del trabajo.

Los modelos liberal y garantista se caracterizan porque presentan como objetivo de los derechos la creación de un cerco de no-interferencia, en relación con el cual se define la libertad. Sin embargo, a partir de la coincidencia inicial, discrepan en cuanto a la actitud del Estado con respecto a ese cerco. Así, resulta coherente con el modelo liberal, la atribución al Poder Político de una mera función de «policía». Únicamente si los derechos son vulnerados, si se producen intromisiones ilegítimas en el ámbito de libertad individual, se requiere su intervención en la esfera de libertad. Por su parte, el modelo garantista se construye desde la toma de conciencia de la necesidad de hacer posible el disfrute efectivo del referido ámbito de «libertad». Corresponde a los poderes públicos establecer las condiciones para ello, por lo que su intervención previa es, al menos en ocasiones, requisito imprescindible para el ejercicio de los derechos.

Desde una concepción de la política basada en la libertad como no-interferencia, los derechos aparecen como límites externos al poder. El esquema teórico liberal, permite afrontar la construcción del modelo de derechos como criterios de ordenación de éste (vendrían a constituirse en algo así como «límites internos»). Este sentido es el que adquieren los derechos en el panorama constitucional contemporáneo; sin embargo, ciertas de las implicaciones que la jurisprudencia constitucional atribuye a esta idea, son difícilmente compatibles con la visión de los derechos más consistente con la libertad como no-interferencia. Efectivamente, en virtud de esta concepción, el reconocimiento de los derechos supone la articulación de un ámbito de libre disposición individual, de modo que los derechos individuales son los que ocupan el lugar estrella. Los derechos de participación asumen el papel de canales a través de los cuales los individuos compiten en el proceso político para conseguir que la actuación pública se oriente en un sentido que haga posible la mejor realización de sus intereses en este ámbito privado. Y, por su parte, los derechos sociales suponen la exigencia al poder de la realización de prestaciones para que la libre disposición sea en él real y efectiva.

Desde estos esquemas teóricos, con la objetivación del derecho se trata de atribuir consecuencias a la afirmación de que éste es una norma y no cualquier tipo de norma, forma parte de las normas superiores del sistema jurídico. Los derechos fundamentales se convierten,

de este modo, en criterios de validez de las normas inferiores o directrices a los poderes constituidos<sup>2</sup>.

Por último, en relación con el modelo republicano, resulta interesante poner de manifiesto que a él subyace una concepción diferente de la libertad. A grandes rasgos, ésta coincide con lo que se viene considerando «libertad republicana» o «libertad como no-dominación». Cuando la idea de libertad a la que remiten los derechos es la de no-dominación, con ellos ya no se trata únicamente de articular un sistema de garantías que proteja al individuo de los abusos públicos, antes bien, son herramientas que permiten su inserción en la comunidad política y, al tiempo, su realización como ciudadano. De este modo, los derechos de participación adquieren un lugar protagonista puesto que son los que hacen posible, de forma más directa, la intervención del ciudadano en el poder. Los derechos sociales se entienden como un conjunto de prestaciones que el Estado debe realizar en favor de los individuos para que éstos puedan concurrir en el proceso político en condiciones de igualdad. Por su parte, los derechos individuales constituyen un ámbito de no-interferencia que, por un lado, garantiza la participación en libertad y, por otro, como en el modelo liberal, permiten la libre persecución del interés privado.

En la concepción republicana, los derechos se impregnan de una fuerte dimensión objetiva que supone dar prioridad a aquellas posiciones jurídico subjetivas cuya garantía es, a su vez, la garantía del sistema político democrático (por ejemplo, la libertad de expresión) sobre aquellas otras posiciones en las que únicamente está implicado el interés individual.

A partir de los planteamientos que resultan más consistentes con el modelo republicano de libertad hasta aquí desarrollado, los derechos, además de convertirse en criterios de validez de las restantes normas, se consideran tan importantes para el «ordenamiento objetivo» de la comunidad nacional que pueden hacerse valer con independencia de las posiciones subjetivas en juego y, más aún, incluso a pesar de esas posiciones subjetivas. Los derechos son *instituciones* o constituyen un *orden de valor*<sup>3</sup>. Situar el punto de partida de la construcción de los derechos en la libertad como no dominación arbitraria supone que constituyen los elementos en los que se condensa el bien común<sup>4</sup>, por

<sup>2</sup> ALEXY, R., es el autor cuya concepción de los derechos más se aproxima a esta descripción. Ver, al respecto, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>3</sup> HÄBERLE, P., es el autor que más se aproxima a esta posición. Ver, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, trad. J. Saligmann y C. Landa, ed. Paolo Ridola, Roma, NIS (La Nuova Italia Scientifica), 1993. Pero también es, a mi modo de ver, el modelo de HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

<sup>4</sup> De algún modo, es la «concepción optimista» o «cooperacionista» a la que hace referencia RODRÍGUEZ-TOUBES, J., «Derechos humanos y bien común», *Derechos y Libertades*, núm. 9, 2000, pp. 459-478.

lo que su situación privilegiada en los ordenamientos se justifica por la importancia que su garantía tiene para la comunidad. El Estado es el encargado de garantizar la libertad, de modo que se convierte también en la condición para hacerla posible<sup>5</sup>.

Con todo ello, cuando el Estado actúa para salvaguardar los derechos, resulta fácil justificar que se trate de hacer efectivo el derecho fundamental con independencia de que estén en juego posiciones subjetivas y, también desde esta concepción es posible reivindicar la efectividad del derecho aun a pesar de las posiciones subjetivas que se considere deben ser postergadas en atención al orden de valores de la Constitución. Efectivamente, si somos capaces de justificar que en los derechos coincide el interés individual y del interés general, podremos establecer su gradación en función de lo fundamental del interés que protejan. Por otro lado, en el momento en que dejamos de considerar que el Estado es el potencial agresor frente al que hay que blindar las posiciones garantizadas por los derechos, también rechazaremos que cualquier intervención de aquel sobre la esfera de éstos deba mirarse con criterios restrictivos.

## 2. INTERÉS COMÚN, INTERÉS INDIVIDUAL Y DERECHOS

Fundamentalmente, la concepción republicana de la política se recupera por contraposición al pluralismo. El modelo republicano de Constitución se basa en la virtud cívica, sin embargo, mientras en el republicanismo antiguo la actuación virtuosa de los ciudadanos se pretende asegurar mediante la educación y la homogeneidad moral, en el republicanismo «moderno»<sup>6</sup> la instancia en la que se confía para evitar que la corrupción perjudique la convivencia es el Derecho. De este modo, y en lo que en este momento me ocupa, el republicanismo se caracteriza por mantener una determinada relación entre Derecho, Política y comunidad. Para los republicanos el Derecho es el instru-

---

<sup>5</sup> Esta concepción de la libertad y de la política, es la misma que encontramos en PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III, 1995 y desde la que el autor desarrolla toda una Teoría de los derechos. En la obra citada, la libertad que fundamenta los derechos es la «libertad social, política y jurídica», es decir, la libertad que se construye a través del Derecho y del Estado. Desde este punto de vista, los derechos (y la organización política que aparece como Estado social y democrático de Derecho) son el instrumento a través del cual se hace posible el tránsito de la libertad de elección a la autonomía moral (pp. 221-226). Precisamente, sobre esa fórmula adecuada de organización política, ver *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

<sup>6</sup> SUNSTEIN, C., «Interest Groups in American Public Law», *Stanford Law Review*, núm. 38, 1985, pp. 29-87, p. 31, denomina a este nuevo republicanismo «madisoniano», y lo considera compatible con la democracia deliberativa.

mento que hace posible la virtud pública y sitúa al Estado al servicio del interés común<sup>7</sup>.

La concepción de la política y del Derecho que se construye desde lo que se ha dado en llamar planteamientos republicanos, se puede individualizar, en relación con la «liberal», por su crítica al «mercado político». Frente a la defensa de lo político como el foro en el que se «negocia» sobre el interés privado de cada uno de los participantes, los autores republicanos pretenden que el objetivo de la discusión pública sea el «consenso» sobre aquella respuesta que satisfaga en mayor medida el interés común. El Derecho, por su parte, es el instrumento que acoge las determinaciones de interés general.

En la forma en que se afronta la construcción de la libertad de expresión, se ponen de manifiesto estas ideas a las que hago referencia. Respecto al lugar que se atribuye a este derecho en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, resulta sumamente ilustrativa la presentación de C. Sunstein. Este autor, en relación con la jurisprudencia constitucional norteamericana, alude a un *New Deal* de la libertad de expresión<sup>8</sup>. A su modo de ver, este nuevo tratamiento obedece a un cambio en el modo en que se inserta la libertad de expresión en el sistema de derechos y que viene a constituirse en reflejo de un cambio en la concepción de la política.

Efectivamente, entiende C. Sunstein que es posible abordar la libertad de expresión desde dos perspectivas muy diferenciadas: la perspectiva del «mercado de las ideas» –*marketplace of ideas*– y la perspectiva de un «sistema de deliberación democrática» –*system of democratic deliberation*–. En el momento actual, la jurisprudencia norteamericana se inclina por la segunda de las posibilidades.

Si se pone en relación esta estipulación con el esquema presentado con anterioridad, cada una de las posiciones de Sunstein, puede entenderse como desarrollo respectivo de los dos modelos de libertad desde los que se articulan los derechos.

Desde el primer enfoque, el gobierno se presenta como enemigo de la libertad de expresión y cualquier intervención de éste en la esfera protegida por el derecho se entiende como una vulneración de su contenido. La concepción permanece fiel a la idea de que los derechos constituyen un ámbito de libre disposición individual y, en esta medida, la protección que brindan no depende del contenido de las manifestaciones, ni del contexto en el que éstas se viertan. El principio que inspira la protección es el de la neutralidad, de modo que se

---

<sup>7</sup> CHRISTODOULIDIS, E. A., *Law and Reflexive Politics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 10. No obstante, existen divergencias entre los distintos autores a propósito de cuál debe ser el ámbito institucional en el que se discuta el bien común.

<sup>8</sup> SUNSTEIN, C. R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, The Free Press, 1993, p. 17.

valoran igual a estos efectos las opiniones relativas a la economía, que las crónicas de sociedad o el discurso político.

También en consonancia con este postulado de neutralidad, los límites que afecten al derecho deben justificarse mediante una ponderación de intereses particulares. Sólo resultan legítimas las restricciones cuando aparece un conflicto entre derechos y, en ese caso, el interés común no puede servir para apoyar la preeminencia de uno u otro. Las cuestiones que se plantean en torno a derechos son asuntos de interés particular. De un modo más gráfico, puede decirse que cuando se reconoce un derecho, lo que se está haciendo es otorgar primacía al interés privado sobre el interés común en el ámbito que el derecho abarca.

Este tratamiento de la libertad de expresión es bien distinto del que se desprendería de un «sistema de deliberación democrática». Si se pone en relación la libertad de expresión con una concepción de este tipo, el derecho ya no trata de garantizar únicamente una posición subjetiva, muy al contrario, en él confluyen el interés del titular y el «interés común». Las consecuencias que se desprenden para los distintos aspectos según Sunstein, se pueden resumir en la idea de que la libertad es producto del Derecho<sup>9</sup>. Por un lado, esta afirmación supone que la libertad no es natural y, por otro, que el hecho de que un elemento sea natural o artificial no prejuzga su conveniencia. El caso es que, desde esta otra fórmula, el poder político no aparece como el enemigo de la libertad de expresión, por lo que las regulaciones no se conciben necesariamente como vulneraciones de su contenido.

Además, queda de lado la neutralidad en relación con el contenido del discurso que merece ser protegido. Las expresiones que se refieren a la política y muestran una concepción democrática están especialmente valoradas. Se trata de dar prioridad a aquellas manifestaciones de la libertad de expresión que contribuyen a crear opinión pública.

Nótese la semejanza entre esta descripción de C. R. Sunstein y la caracterización de Böckenförde de la «teoría institucional de los derechos fundamentales». El autor alemán presenta una serie de teorías que sirven para dar cobertura a diversas interpretaciones de los derechos fundamentales presentes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Junto con la teoría institucional, Böckenförde hace referencia a la teoría liberal o del Estado de Derecho burgués, a la teoría axiológica, a la teoría democrático-funcional y a la teoría del Estado social. Pues bien, la teoría institucional supone que «la libertad individual requiere de las circunstancias vitales garantizadas institucionalmente, del lado institucional de los derechos fundamentales, así como de los complejos normativos que los enriquece,

---

<sup>9</sup> SUNSTEIN, C. R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, op. cit., pp. 31 y 32, pone de manifiesto que también el sistema de mercado es una creación del Derecho.

que les dan dirección y medida, seguridad y amparo, contenido y función»<sup>10</sup>.

La libertad que protegen los derechos fundamentales es la libertad orientada a determinados intereses y la intervención de la Ley se interpreta como «favorecimiento de la libertad». Por fin, en el esquema de Sunstein (que resulta coincidente con el del Tribunal Constitucional Español), la función a la que se orientan los derechos es la de proteger los procesos políticos, por lo que se puede pensar que también en esta está presente de modo más específico lo que en Böckenförde se configura como la «teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales».

Pues bien, la articulación de un modelo de libertad de expresión (o de derechos fundamentales) que se inserte en un «sistema de deliberación democrática» (o en una «teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales») exige adoptar un punto de vista que explique por qué la Ley no es enemiga sino garante de los derechos.

Esta concepción de la Ley como requisito para la libertad se encuentra, como he señalado con anterioridad, en el «republicanismo» que, además, introduce argumentos para comprender la confluencia del interés público y el interés individual que se produce en los derechos fundamentales. En lo sucesivo, tomaré como ilustración del modo en que estas ideas se manifiestan en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, las construcciones del derecho a la vida, la libertad de expresión y los límites a los derechos.

### 3. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA VIDA. DERECHOS SIN TITULAR Y A PESAR DEL TITULAR

El modo en que el Tribunal Constitucional ha afrontado problemas relacionados con el derecho a la vida, sirve de ejemplo para ilustrar algunos aspectos de la concepción de la libertad que predomina en la jurisprudencia constitucional española. En estas sentencias se pone de manifiesto que el interés que se protege mediante el derecho no es únicamente el de su titular. Los derechos desempeñan una función «social» y, en ocasiones, la garantía de esa función hace que el bien

<sup>10</sup> En BÖCKENFÖRDE, E. W., «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», trad. de I. Villaverde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 44-71, p. 53 (parafraseando en buena medida a HÄBERLE, P.). Por otra parte, y desde un análisis histórico, estos mismos dos modelos de la libertad de expresión de Sunstein, están presentes en el esquema de aproximación a la opinión pública que propone RODRÍGUEZ URIBES, J. M., *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Madrid, Marcial Pons, 1999, y que se presentan como «liberal y democrático». Sobre la libertad de expresión, ver también ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Los orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III, 1994.

que se ampara mediante la constitución de un derecho fundamental, deba salvaguardarse con independencia de la voluntad del titular.

En la sentencia 53/85, a la que hice referencia con anterioridad, el Tribunal Constitucional establece la necesidad de garantizar el derecho a la vida aun cuando todavía no exista un titular sobre el que recaiga este derecho. En las sentencias relativas a la huelga de hambre de los GRAPO, se fundamenta, además, que los derechos puedan hacerse valer a pesar del titular<sup>11</sup>. En lo sucesivo, haré referencia a las Sentencias 120/90 y 137/90, en las que se resuelven sendos recursos de amparo. El primero contra el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 1990 y el segundo los Autos de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 13 de febrero de 1990.

En hospitales de Madrid y Guadalajara, son ingresados algunos reclusos pertenecientes a los «Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre» (GRAPO), que se habían negado a ingerir alimentos como medida de presión para conseguir la concentración en un único establecimiento penitenciario de todos los sujetos pertenecientes a estos grupos que se encontraban en distintas prisiones españolas.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que se impugna es revocatorio de una resolución previa del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 por el que se afirma que «la Administración penitenciaria ha de velar por la vida, integridad y salud de los internos, pero también, y tal como dice el artículo 3 (de la Ley General Penitenciaria) en su párrafo 1.º, ésta se ha de ejercer siempre respetando en todo caso la personalidad humana de los propios reclusos en prisión; así, pues, se le puede dar tratamiento médico siempre que no sea preciso emplear la fuerza física para administrárselo. Por esta razón, se les deberá informar de la situación clínica en la que se encuentran e intentar el dicho tratamiento, pero si su voluntad lo rechaza no se podrá utilizar fuerza física, dado que, en mi criterio, ésta atenta contra la dignidad de la persona. Si perdieran la conciencia se deberá en ese momento hacer todo lo posible por salvar la vida de los afectados» (Providencia de 5 de enero de 1990, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid). Por tanto, esta resolución, que no fue recurrida por los representantes de los reclusos, autoriza a los médi-

---

<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en otras ocasiones sobre el significado del derecho a la vida. Cabe citar la Sentencia 116/99, de 17 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida y la Sentencia 212/96 de 19 de diciembre, relativa a l recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 42/88 de Donación y Utilización de Embriones y Fetos humanos. Ambas decisiones atribuyen al *nascituri* la cualidad de bien jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución española, sin embargo, la Sentencia 212/96 precisa, a los efectos de la reclusión por Ley Orgánica, que esta protección no forma parte del contenido esencial del derecho a la vida, «se deriva de lo que se ha calificado como un deber de protección por parte del Estado, incluido, por tanto, el legislador».

cos a hacer lo posible para salvar la vida de los huelguistas en el momento en que perdieren la conciencia y advierte también de que sería contrario a Derecho cualquier tratamiento impuesto mediante el empleo de la fuerza física.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid subraya «el derecho deber de la Administración penitenciaria de suministrar asistencia médica, conforme a los criterios de la ciencia médica, a aquellos reclusos en «huelga de hambre» una vez que la vida de éstos corra peligro, lo que se determinará, previos los oportunos informes médicos, en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente determine, y sin que en ningún caso pueda suministrarse la alimentación por vía bucal en tanto persiste su estado de determinarse libre y conscientemente». Mediante este auto, se autoriza el empleo de la fuerza física para aplicar tratamientos en el momento en que la vida de los reclusos corra peligro, pero excluye la alimentación por vía bucal mientras persista el estado de consciencia. También el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara autoriza a la imposición forzosa de tratamientos médicos que se consideren necesarios para evitar el peligro de muerte. El contenido que se considera vulneratorio de derechos es el mismo en ambos recursos, como también lo es la argumentación y el fallo del Tribunal Constitucional, por lo que en adelante los trataré de forma conjunta.

La tesis de los recurrentes se puede justificar desde lo que a lo largo de este trabajo se ha denominado «modelo garantista». Básicamente, señalan que «en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, la interpretación armónica de los artículos 16.1 y 17.1 CE permite deducir, se añade, que ha de respetarse a todo ciudadano su personal código de opiniones, creencias, valores y objetivos vitales de que se trate. De este modo, la actuación estatal o de terceros en la esfera más íntima del sujeto, interfiriendo coactivamente en su actitud frente a su propia vida, como ocurriría si se obligase a prestar asistencia sanitaria a los pacientes que, libre y conscientemente, deciden rehusarla, implicaría negar al hombre todo poder configurador de su vida y su muerte. El interés público de garantizar la vida de los internos no es... circunstancia legitimadora de la limitación del derecho de aquéllos sobre su propia vida. Los poderes públicos están obligados a hacer real y efectiva la libertad y la igualdad de los individuos y grupos en que se integran (art. 9.2 CE). Quienes, por su parte, tienen derecho a obtener una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)» (STC 120/90, Antecedente 5). Efectivamente, el recurso se basa en un derecho a configurar la vida y la muerte, que es manifestación de la libertad ideológica y de la libertad. Este derecho es coherente con una concepción de la libertad entendida como no-interferencia y de los derechos como ámbitos en los que el individuo elige teniendo en cuenta el propio interés.

Sin embargo, esta perspectiva no es compartida por el Tribunal Constitucional en las Sentencias que tomo como ejemplo (como tam-

poco lo es en la argumentación que conduce al fallo en relación con la ley del aborto). Antes bien, la cuestión se plantea en términos de un conflicto entre el derecho a la vida entendido como libertad y la obligación de la administración de velar por la vida y la salud de los internos. Básicamente, su argumentación se articula sobre dos ideas: el derecho a la vida no es una libertad y existe (en el supuesto que se plantea) una relación de sujeción especial que permite restringir los derechos que también resultan especiales (fundamento jurídico 6). En los fundamentos jurídicos séptimo y octavo se puede ver cómo se construyen estos argumentos, así como la relevancia que tiene la atribución de una función objetiva en relación con el primero de ellos.

Así pues, señala el Tribunal Constitucional que «el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial y, en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. De otra parte y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de tercero, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (STC 53/85)» (fundamento jurídico séptimo). En este párrafo, el Tribunal Constitucional traduce la vertiente subjetiva del derecho en acción procesal, mientras que la dimensión objetiva supone el deber de los poderes públicos de proteger esos mismos bienes (para cuya defensa se atribuye al titular del derecho la acción) a pesar de la voluntad del titular y, en ocasiones, aunque el titular no exista. A partir de estas reflexiones, es posible afirmar que el derecho se independiza del titular.

En efecto, de esta sentencia parece desprenderse que cuando la Constitución española se compromete con la garantía de un derecho fundamental, lo hace con el contenido de ese derecho, que supone la confluencia de un interés privado y del bien común. Puesto que los derechos suelen referirse a bienes en los que está implicado el interés de los sujetos, suelen atribuirse a un titular. Además, se le otorga a este mismo titular la posibilidad de recabar la protección del derecho de los tribunales (en eso consiste la función subjetiva). Sin embargo, los derechos desempeñan un papel esencial para el mantenimiento del orden del Estado social y democrático de Derecho, por lo que ese interés individual se protege por su relevancia pública, de forma que no basta con la acción del titular, corresponde a los Poderes Públicos velar por el contenido del derecho que sigue siendo valiosos aun cuando no exista un titular e incluso a pesar de que el titular haya dejado de considerarlo de su interés.

De este modo, el Tribunal parece rechazar la idea de que los derechos se atribuyan para la satisfacción del interés privado. Y esta impresión queda confirmada desde el momento en que, unos párrafos

a continuación del citado, se condiciona la protección del derecho a la finalidad de su ejercicio. No todas las manifestaciones de la libertad merecen el mismo tratamiento: «es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la ley, y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico.»

Este carácter no neutral del ejercicio protegido de los derechos se hace evidente de un modo más notable en relación con la libertad de expresión.

#### 4. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTADES PREFERENTES

En el tratamiento constitucional de la libertad de expresión se pone de manifiesto, sin ningún género de dudas, la opción por un modelo no liberal. En buena medida, veremos que el esquema teórico que propone Sunstein, resulta útil para dar cuenta del modo en que el Tribunal Constitucional español articula las relaciones entre este derecho y otros derechos y bienes.

Efectivamente, buena parte de los argumentos a partir de los cuales se establece el estatuto de la libertad de expresión en España, coinciden con los que Sunstein considera propios de una concepción republicana de la política. Recordemos que ésta se caracteriza porque la libertad se considera creación del Derecho, porque no resulta indiferente el contenido del discurso y porque en caso de conflicto entre derechos prevalece aquel en cuya garantía esté implicado el interés común.

Pues bien, estas notas pueden encontrarse en distintas sentencias a lo largo de las cuales el Tribunal Constitucional se plantea cuestiones relacionadas con la libertad de expresión. Por todas, puede citarse la sentencia 107/88, en el entendido de que no es sino un ejemplo de una línea jurisprudencial que también aparece en las sentencias 6/81 o 104/86, por citar otros a los que alude el propio Tribunal en la decisión de referencia. El argumento fundamental en estas decisiones es que la libertad de expresión es una «libertad preferente».

La idea de que determinados derechos constituyen «libertades preferentes», tiene su origen en la jurisprudencia constitucional norte-

americana. Sin embargo, el alcance que el Tribunal constitucional atribuye a esta tesis es distinto del que adquiere en el ámbito norteamericano<sup>12</sup> en relación con la libertad de expresión reconocida en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos<sup>13</sup>. A partir de 1940, comienzan las alusiones a este derecho como libertad preferente, sin embargo, la fundamentación de este carácter es pluralista y el test de constitucionalidad de las medidas limitadoras se basa en la presunción de ilegitimidad de la medida y en el desplazamiento de la carga de la argumentación al poder público. La justificación debe encontrarse en el peligro claro e inminente<sup>14</sup>. De este modo, la clave que inspira la protección de la libertad de expresión como una libertad preferente en la jurisprudencia constitucional norteamericana es la neutralidad.

Esta forma de argumentar en torno a la libertad de expresión es la que Sunstein considera absolutista, a ella opone la de los balanceadores, que resulta coherente con el «sistema de deliberación democrática», caracterizado con anterioridad. Sin embargo, ya he señalado cómo a mi entender el Tribunal Constitucional opta por una versión de la libertad de expresión que encontraría un mayor acomodo teórico en la segunda perspectiva.

Desde este punto de vista, resulta comprensible la argumentación desarrollada en la Sentencia 107/88. En esta decisión el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por vulneración de la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1. a) de la Constitución española. El asunto que motiva el recurso es una condena por injurias a clase determinada del Estado, a un sujeto que, en el contexto de una entrevista periodística, declara: «es increíble que a mí me metan siete meses y que castiguen con un mes de arresto a un capitán de ilustre apellido que llamó cerdo al Rey... esto me confirma

---

<sup>12</sup> Ver la interpretación que hace ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 280-285, de esta construcción.

<sup>13</sup> «El Congreso no dictará leyes acerca del establecimiento de una religión o de la prohibición de su libre ejercicio o menoscabará la libertad de palabra o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a peticionar al gobierno la reparación de sus agravios», CORWIN, E. S., *La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual*, trad. Aníbal Leal, Buenos Aires, Fraterna, 1987, p. 372.

<sup>14</sup> Según afirma CORWIN, E. S., *La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual*, *op. cit.*, pp. 396-397, quien, además, interpreta: «reconociendo que la libertad era la norma y la restricción constituía la excepción, habían organizado una estructura equilibrada con una tendencia intrínseca contra la interferencia gubernamental, la cual justificaba el activismo a los ojos de sus antiguos críticos, y una doctrina que desplazaba el eje de las determinaciones de la Corte al reconocer que las libertades civiles y no las libertades económicas eran esenciales para el mantenimiento de la dignidad humana y la actividad democrática», p. 397. La teoría adjetiva de los valores de ELY, J. H., *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, también adquiere un carácter pluralista en este mismo sentido.

una idea que yo tenía arraigada: hay una gran parte de los Jueces que son realmente incorruptibles; nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia» (STC 107/88, fundamento jurídico primero).

El Tribunal Constitucional presenta la cuestión como un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, y subraya que «el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que infiere en este derecho lesión penal ente sancionable haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues en tales supuestos se produce un conflicto entre derechos fundamentales, cuya dimensión constitucional convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniurandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos, pues este criterio se ha asentado hasta ahora en la convicción de la prevalencia absoluta del derecho al honor».

En el párrafo transcrito, el Tribunal Constitucional expresa la necesidad de reconsiderar el tratamiento de los delitos contra el honor desde el punto de vista de la libertad de expresión. El derecho al honor no prevalece sobre la libertad de expresión, antes bien, en determinadas circunstancias, las libertades de expresión e información tienen un «valor preponderante». Hay que entender, conforme desarrolla el propio Tribunal con posterioridad y en esta misma sentencia, que estas circunstancias consisten en que el ejercicio de la libertad contribuya a formar opinión pública, lo cual sucede cuando el asunto a que se refiere es de interés general. De este modo, se puede leer en la misma sentencia, «procede señalar que el valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las personas que en ellos intervienen y por las materias a que se refieren y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (STC 107/88, fundamento jurídico segundo).

Con ello resulta que la protección dispensada a la libertad de expresión no lo es, en este caso, al titular del derecho, sino a la expresión en sí y en tanto contribuye a fomentar una serie de valores demo-

cráticos resumidos en «la formación de la opinión pública libre». Por esto, si el contenido de las manifestaciones de esta libertad carece de relevancia pública, su posición se debilita <sup>15</sup>.

Resulta que, por un lado, la posición preferente de la libertad de expresión no obedece a su especial vinculación con la «Dignidad Humana», sino a su carácter esencial para el funcionamiento del sistema democrático, esto es, a su función objetiva. Por otro lado, el Tribunal Constitucional subraya expresamente que la protección depende del contexto y del contenido, con lo que se abandona la neutralidad. En relación con materias que no son de «interés público» o si se trata de expresiones contrarias a valores «democráticos», la libertad de expresión pierde su carácter preferente.

En la Sentencia 20/1990, de 1 de marzo, el carácter preferente de la libertad de expresión se deriva de su vinculación con la libertad ideológica. En esta ocasión, se trata de un recurso de amparo frente a resoluciones del Tribunal Supremo en la que se condena a un sujeto por injurias al Jefe de Estado en virtud de unas declaraciones vertidas con ocasión del mundial de fútbol. Entre los argumentos que llevan al Tribunal Constitucional a otorgar el amparo se encuentra el que parte de considerar que la libertad ideológica es presupuesto del pluralismo político (fundamento jurídico tercero), al que sirven también las libertades de expresión e información en tanto instrumentos que permiten la manifestación de la ideología. También la libertad ideológica adquiere un carácter preferente «en razón de su dimensión institucional» (fundamento jurídico cuarto).

Un ejemplo de este tipo de argumentación, que nos permite abundar en el carácter no neutral de la protección de la libertad de expresión en nuestro contexto, lo constituye la STC 9/1991. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional declara la legitimidad de Violeta Friedman para interponer recurso por vulneración del derecho al honor por unas declaraciones realizadas por León Degrelle a la revis-

---

<sup>15</sup> En la Sentencia 113/2000, de 7 de junio, el Tribunal Constitucional incide en esta idea del espíritu reforzado de la libertad de expresión siempre y cuando se producen determinadas circunstancias: «las circunstancias que han de tenerse en cuenta para fijar el grado de protección constitucional del mensaje son: el juicio sobre la relevancia pública del asunto (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 121/1989, de 3 de julio, 171/1990, de 12 de noviembre, 197/1991, de 17 de octubre, 178/1993, de 31 de mayo), el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión (STC16/1993, de 31 de mayo), y especialmente si son titulares de cargos públicos, cualquiera que fuere la institución a la cual sirvan, ya que, como consecuencia de la función que cumplen las libertades de expresión y de información en un sistema democrático, sus titulares han de soportar las críticas o las revelaciones aunque “duelan, choquen o inquieten” (STC 76/1995) o sean especialmente molestas o hirientes (STC 192/1999, de 25 de octubre). Igualmente importa para el enjuiciamiento constitucional el contexto en que se producen (STC 107/1988), como una entrevista o intervención oral (STC 3/1997, de 13 de enero). Y, por encima de todo, si en efecto contribuyen a la formación de la opinión pública libre (SSTC 197/1988, 105/1990, 15/1993, de 18 de enero, entre otras)».

ta *Tiempo*, en las que se afirma, según el extracto de la demanda recogido en la propia resolución constitucional lo siguiente «¿Los judíos? Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios». «El problema con los judíos –matiza León Degrelle– es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan.» «Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquél que podría salvar a Europa... Pero ya no surgen hombre como el Führer...» «Han sacado los huesos y hasta los dientes de Mengele...» ¡hasta dónde llega el odio! «A mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los Estados Unidos para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son cincuenta millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos». Los argumentos que el Tribunal ofrece para fundamentar la legitimidad de la actora son dos: forma parte del pueblo judío y es descendiente de sus padres, abuelos y bisabuela (asesinados todos ellos en Auschwitz) <sup>16</sup>.

La argumentación que aquí me parece más interesante es la que se refiere a la cuestión de fondo, si las declaraciones de León Degrelle estaban o no amparadas por la libertad de expresión y, si dado el carácter preferente de esta libertad debería prevalecer en el supuesto concreto sobre el derecho al honor. Al respecto, el Tribunal Constitucional reitera la argumentación contenida en la STC 107/88, y afirma que el carácter preponderante de las libertades de expresión y de información sólo se justifica en cuanto éstas contribuyen a garantizar «la opinión pública libre y el principio de legitimidad democrática» (fundamento jurídico sexto). Sin embargo, no todos los discursos merecen la misma protección constitucional sobre la base de estas libertades, «tales derechos, no garantizan, en todo caso, el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo

<sup>16</sup> La legitimidad activa los miembros de los grupos étnicos, sociales o religiosos que puedan ser objeto de intromisiones en su honor es un instrumento necesario para la protección del propio honor de estos grupos –que frecuentemente carecen de personalidad jurídica–, pero también es una herramienta sin la cual «el Estado Español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 1.1 CE) y que el artículo 20.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente proscribe» (fundamento jurídico tercero). Con todo ello, parece que en este caso, la acción se justifica en parte en la importancia que la salvaguardia del honor de tales grupos frente a determinados ataques, tiene para el Estado de Derecho.

de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)» (fundamento jurídico octavo).

Por otra parte, el que el Tribunal Constitucional configure la libertad de expresión como condición de posibilidad de la democracia, hace que tampoco sea neutral la protección en relación con los titulares. No sólo existen «libertades preferentes», también existen sujetos especialmente protegidos en cuanto a su uso de la libertad de expresión. Esta conclusión parece deducirse de la Sentencia 6/81, en cuyo texto, el Tribunal argumenta que la libertad de expresión es un derecho de todos los ciudadanos sin que pueda entenderse que los periodistas sean titulares privilegiados (fundamento jurídico quinto), sin embargo, «el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre» y «la preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (*verbi gratia* las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo art. 20), pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven»<sup>17</sup>.

## 5. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS. EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES

El último de los tópicos que sirve para ilustrar la posibilidad de construir el tratamiento jurisprudencial de los derechos en clave «republicana», es el de los límites de los derechos. Efectivamente, el modo en que el Tribunal Constitucional argumenta en materia de límites de los derechos fundamentales se aleja del paradigma liberal. Así, basta recordar la argumentación contenida en la Sentencia 25/81, a la que me he referido con anterioridad.

Desde la perspectiva liberal, los derechos constituyen manifestaciones de la libertad natural. Conforme he tenido ocasión de señalar, desde este punto de vista, cualquier intervención en la esfera protegida por el derecho constituye un límite al mismo, que debe enjuiciarse con criterios restrictivos. Por otra parte, cualquier intervención del Estado a través de normas prohibitivas o de obligación, supone una

---

<sup>17</sup> En la misma línea, la Sentencia 113/2000, afirma el carácter privilegiado de la libertad de expresión del abogado en el contexto del proceso.

limitación de aquella libertad natural y merece el mismo tratamiento que los límites de los derechos <sup>18</sup>.

Ni la teoría de los límites inmanentes de los derechos que se considera en términos generales presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional <sup>19</sup> y en la reiterada idea de que «no existen derechos ilimitados» <sup>20</sup>, ni la tesis de la delimitación de los derechos que I. de Otto propone como crítica a esta teoría, ni, por supuesto, las reflexiones que hace el Tribunal Constitucional sobre los bienes e intereses que justifican la restricción de derechos, pueden justificarse desde este modelo liberal.

La teoría general de los límites de los derechos fundamentales, se puede encontrar en la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/81, de 8 de abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/77, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo que contiene, además la definición del contenido esencial.

Básicamente, en esta decisión, el Tribunal Constitucional señala la existencia de dos tipos de límites que afectan a los derechos fundamentales. Por un lado se refiere a aquellos que se derivan directamente de la Constitución y que son «límites impuestos por las normas constitucionales concretas» y, subraya el constitucional, que «en otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales sino también otros bienes constitucionalmente protegidos» (fundamento jurídico séptimo). En este último caso, el límite es el «genérico» del artículo 53.

La ya clásica distinción de I. de Otto entre *límite* y *delimitación* de los derechos, propuesta en un ya también clásico trabajo <sup>21</sup>, y que se formula como crítica a la doctrina de los límites contenida en aquella

<sup>18</sup> Se puede situar a PRIETO, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 153-166. entre los defensores de esta concepción que fundamenta en una norma general de libertad presente en el artículo 16 de la Constitución española.

<sup>19</sup> AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, pp. 9-34, pp. 20 y 21, establece una diferenciación entre límites inmanentes y límites intrínsecos que resulta de interés pero que, sin embargo, no afecta al sentido de mi argumentación. Otras clasificaciones de los límites pueden encontrarse en PECES-BARBA, G., y otros, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, BOE –Universidad Carlos III, 1995, pp. 587-616, y en ASÍS ROIG, R. DE, «Sobre los límites de los derechos», *Derechos y Libertades*, núm. 3, 1994, pp. 111-130.

<sup>20</sup> A título de ejemplo, STC 110/84, fundamento jurídico quinto, pero también 11/81 (fundamento jurídico séptimo) o 2/82, de 29 de enero (fundamento jurídico quinto), a que se remite esta sentencia.

<sup>21</sup> «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», *Derechos fundamentales y Constitución*, L. Martín-Retortillo e I. de Otto y Pardo, Madrid, Civitas, 1988, pp. 94-170, p. 137. Esta doctrina es acogida con posterioridad por el Tribunal Constitucional. Ver, por ejemplo, las sentencias 137/97, de 21 de junio y 110/2000.

sentencia, lleva a la conclusión de que lo que el Tribunal Constitucional considera el «límite genérico del artículo 53», no es un auténtico límite, sino la definición del supuesto protegido por la norma de derecho fundamental y, por tanto, constituye un aspecto de la delimitación del contenido de éste. Pues bien, ninguno de estos planteamientos resulta comprensible si se entiende la libertad como no-interferencia<sup>22</sup>.

En este trabajo me interesa sobre todo la jurisprudencia constitucional, y a ella es a la que me voy a referir en lo sucesivo para subrayar cómo el modelo de derechos que contiene resulta más comprensible desde una concepción republicana de la libertad y de la política. Es evidente que el modelo no es el liberal, cuando en la Sentencia 25/81, varias veces citada, el Tribunal Constitucional resume esos bienes constitucionales que sirven como límite a los derechos en el «ordenamiento objetivo de la comunidad nacional», pero más aún, se pone de manifiesto en la Sentencia 159/86, de 16 de diciembre de 1986.

La última resolución afronta el recurso de amparo presentado por el entonces Director de *Egin*, frente a una decisión judicial que lo condena por publicar comunicados terroristas. Precisamente, el grueso de la argumentación se refiere al problema de si evitar la reproducción de comunicados de una organización terrorista supone un límite del derecho a la información. Finalmente, el amparo será concedido y, entre otras razones, se alude al carácter preferente del derecho a la información. Pero lo interesante de esta sentencia, es que hace referencia a la idea de que existe un mismo fundamento que justifica la protección de los derechos y sus límites y, sobre todo, que subraya la imposibilidad de plantear el problema de los límites de los derechos como un conflicto entre el interés público y el interés privado. Así, afirma el Tribunal Constitucional (fundamento jurídico sexto) que «tanto las normas de libertad como las normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés individual subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social». Así, este Tribunal pudo declarar en su sentencia 25/81, de 14 de julio, que los derechos fundamentales resultan ser «elementos esenciales de un orden objetivo de la comunidad nacional», reiterando posteriormente el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales». Los intereses públicos y privados protegidos por el Dere-

---

<sup>22</sup> Así lo pone de manifiesto PRIETO, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *op. cit.*, p. 155, en relación con la tesis de I. de Otto.

cho español son los que se justifican en los valores superiores del ordenamiento, si un determinado derecho es considerado y protegido como fundamental es precisamente porque aparece como manifestación de estos valores a partir de los cuáles se determina cuáles son los intereses con cuya satisfacción se compromete el Estado.

La inexistencia de conflicto entre los intereses subjetivos y el interés general es una idea que no resulta comprensible desde la concepción liberal de la política, siquiera cuando ésta se presente en su versión pluralista. Si fuera posible reconstruir una teoría de los derechos a partir de la práctica del Tribunal Constitucional, ésta nos remitiría, sin duda, a una teoría política republicana.

Lo cierto es que resultaría deseable que existiera una teoría desde la que se abordase la interpretación de la Constitución, y ello con independencia de la discusión sobre cuál es la opción más idónea (o «constitucionalmente adecuada») <sup>23</sup>. Teniendo en cuenta que ni el concepto de derechos, ni el contenido de cada derecho concreto puede ser aprehendido exclusivamente a partir de las determinaciones del Derecho positivo <sup>24</sup>, sabremos mejor «qué derechos» tenemos si se hacen explícitas las concepciones políticas del intérprete.

---

<sup>23</sup> En el sentido de BÖCKENFÖRDE, E.-B., «Teoría e interpretación...», *op. cit.*, p. 67 ss.

<sup>24</sup> Ver ASÍS ROIG, R. DE., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 7 ss. Ver también, en «Argumentación y derechos», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 2, Universidad de Jaén, 1999, de este mismo autor, las consecuencias concretas que para la argumentación sobre derechos tiene la asunción de un concepto dualista.