

EL ART. 9.2 CE Y SU SIGNIFICACIÓN EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE (*)

1. INTRODUCCIÓN

En los años transcurridos desde la promulgación de la Constitución española de 1978, el art. 9. 2 de nuestra Ley Fundamental ha sido comentado sobre todo por la doctrina y aplicado por el Tribunal Constitucional en conexión con el problema de la igualdad. Desde esta óptica, el precepto reviste sin duda una trascendental importancia, puesto que contiene la proclamación del principio de igualdad en su vertiente material, iluminando de esta forma la interpretación de la cláusula de igualdad ante la ley contenida en el art. 14 (1). No obstante, en mi opinión no se ha percibido suficientemente el significado más profundo y decisivo que el art. 9.2 reviste para la interpretación del entero sistema constitucional de derechos fundamentales, del que constituye una de las claves básicas, en cuanto que define de manera sintética la naturaleza y la función de los derechos fundamentales en el contexto del Estado social de Derecho. Es esta la tesis que pretendo desarrollar a lo largo de estas páginas, tratando así de contribuir a una más plena comprensión del referido precepto constitucional.

En términos generales, la simple lectura atenta del art. 9.2 CE —que, como es sabido, ordena a los poderes públicos «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y «remover los obstáculos que impidan o di-

(*) Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universitat de València.

(1) Una buena muestra de esta necesaria interpretación conjunta de los arts. 9.2 y 14 CE se contiene por ejemplo en la célebre STC 128/1987, de 20 de julio, relativa a la denominada «discriminación inversa». Al respecto, cfr. el reciente trabajo de Encarnación FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, «¿Podemos invocar la igualdad en contra de la igualdad? A propósito de una polémica sentencia europea y su conexión con la jurisprudencia constitucional española», en *Humana Iura*, Pamplona, 5 (1995), págs. 221-243.

faculten su plenitud»— permite observar ya en este precepto un mandato dirigido a los poderes públicos de realizar una «política de derechos fundamentales». En efecto, como se ha señalado con frecuencia, los derechos fundamentales no son en último término sino concreciones de las fundamentales exigencias de libertad e igualdad, proclamadas por el art. 1.1 como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (2). Promover la libertad y la igualdad implica pues promover los derechos fundamentales, es decir, asumir una política activa de favorecimiento de su ejercicio efectivo y de creación de las condiciones que lo hagan posible. La tutela de los derechos fundamentales exige pues del Estado una innegable actuación positiva, lo que en rigor es ya una consecuencia de la misma definición del Estado como social de Derecho contenida en el art. 1.1 CE, e implica superar decididamente la concepción tradicional de los derechos fundamentales como meros límites del poder estatal (3). Todo ello permite además entender mejor el contenido de la competencia atribuida al legislador por el art. 53.1 para la regulación de los derechos —pues será sobre todo el legislador, en tanto que representante inmediato de los ciudadanos y único autorizado para la regulación de los derechos fundamentales, el que deberá desarrollar principalmente esta tarea de promoción activa—, y precisar la función de la garantía del contenido esencial contenida en el citado precepto, que no prohíbe al legislador «afectar» al contenido esencial de los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, le ordena desarrollar adecuadamente dicho contenido y dispensarle una protección eficaz; lo que vedará sin duda restricciones limitativas del contenido esencial de los derechos, pero exigirá por otra parte una actua-

(2) Cfr. vg. Gregorio PECES BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, que pone de relieve la conexión entre los valores superiores de libertad e igualdad y los derechos fundamentales: pág. 41 (donde aparece expresada esta idea en términos generales) y págs. 137-140 y 152-162 (que la desarrollan en particular con respecto a la libertad y la igualdad).

(3) Cfr. Ignacio DE OTTO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en L. MARTÍN RETORTILLO-I. DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, págs. 163-170. Esta es precisamente una de las paradojas que aborda Rafael DE ASIS ROIG, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, prólogo de E. Fernández, Madrid, Debate, 1992, págs. 89 y sigs.; lo que le lleva a concluir que la concepción de los derechos fundamentales como límites al poder estatal es incompleta, entre otras razones porque «no expresa la relevancia que para el disfrute de los derechos juega el poder, tanto en orden a su reconocimiento, regulación y protección, como en lo referente a su promoción»; además, «parece situar al poder como único posible transgresor de estos derechos, cuando en múltiples ocasiones es elemento necesario para su realización» (pág. 117).

ción positiva del legislador destinada a permitir el máximo despliegue de este contenido (4).

Pero, formulada esta primera observación general, conviene ahora precisar con mayor detenimiento los aspectos que comprende la política de derechos fundamentales que el art. 9.2 ordena realizar a los poderes públicos, singularmente al legislador.

2. ART. 9.2 Y «DRITTWIRKUNG» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Promover los derechos fundamentales implica sin duda, en primer lugar, instrumentar los cauces técnicos necesarios para hacer eficaces los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares, y tutelarlos frente a su posible violación no por el Estado, sino por otros titulares de derechos. La previsión y regulación de esta tutela constituye uno de los aspectos básicos de la competencia legislativa en materia de derechos fundamentales. Nos encontramos, como puede observarse, ante la conocida problemática de la *Drittwirkung*, que ha ocasionado entre nosotros una cierta discusión doctrinal.

En el estudio monográfico más extenso acerca de la recepción de la doctrina de la *Drittwirkung* por la jurisprudencia constitucional española, García Torres y Jiménez Blanco se han opuesto al reconocimiento general de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, entendiendo que no existe base suficiente para afirmarla en nuestra Constitución: «no hay precepto general —señalan— del que pueda afirmarse que proclama, con carácter general y de forma suficientemente reconocible como para engendrar un acuerdo general, la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales». Por supuesto, no podría desprenderse tal afirmación —como pretende el Tribunal Constitucional, y se verá más adelante— de la proclamación del Estado social de Derecho, pues el Estado social es para los citados autores un concepto impreciso del que nada puede desprenderse. La afirmación de la *Drittwirkung* es para ellos fruto tan sólo de una opción ideológica —que en nuestro país habría realizado el Tribunal Constitucional— que convertiría los derechos fundamentales, nacidos como *broquel*, como «pretensiones de defensa frente al poder polí-

(4) De estas cuestiones me he ocupado recientemente en otro lugar: cfr. Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo de A. Ollero, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1997, especialmente págs. 77-96.

tico», en *troquel*, con pretensión modeladora de la sociedad; lo que a su juicio vendría a engendrar el peligro de un nuevo totalitarismo, concretamente el «totalitarismo de los derechos fundamentales» (*Sic*) (5).

Baste este breve resumen de la obra de los autores citados para mostrar que, en efecto, su oposición de principio a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales obedece a una opción ideológica: en su caso, esa opción se produce en favor de las tesis liberales más extremas, que tenderían a reducir el radio de acción de los derechos fundamentales a las relaciones entre el individuo y el Estado. Y lo cierto es que en el Estado social de Derecho los derechos fundamentales adquieren ciertamente la función troqueladora y modeladora de todo el orden social que estos autores critican, dejando de actuar por tanto como meras reivindicaciones frente al Estado. Como ha señalado con toda exactitud Fernández Segado, admitir la plena eficacia de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos y restringir esa eficacia en las relaciones entre particulares, no es sino una contradicción «resultante del mantenimiento de un modelo constitucional característico del liberalismo, inadecuado para hacer frente a las nuevas exigencias derivadas del Estado social» (6).

Pero lo que aquí interesa sobre todo subrayar es que esa función de los derechos fundamentales y su operatividad por tanto en las relaciones entre particulares se encuentra en nuestro caso explícitamente afirmada por el texto constitucional: puede deducirse por ejemplo, como indica Peces Barba, del art. 9.1, que sujeta a todos los ciudadanos a la Constitución, o del art. 10.1, que sitúa a los derechos inherentes a la dignidad de la persona como «fundamento del orden político y de la paz social» (7); pero en mi opinión

(5) Jesús GARCÍA TORRES-Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, *passim*; las citas literales recogidas en el texto, en págs. 80 y 141.

(6) Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pág. 485.

(7) Cfr. Gregorio PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1995, págs. 617-639; Luis PRIETO, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, págs. 205-218. Una rigurosa exposición sintética del Derecho comparado en la materia, con atención también al caso español, en Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, págs. 313-328. En la doctrina alemana –de la que procede la elaboración de la *Drittwirkung*–, cfr. sobre todo Walter LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, Munich, Beck, 1960, *passim*; especialmente págs. 170-174, donde se pone de relieve la conexión entre la *Drittwirkung* y la definición del Estado como Estado social.

se infiere sobre todo del principio del Estado social, y de su proyección en el ámbito de los derechos fundamentales, subrayada especialmente por el art. 9.2.

En efecto, exigir que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas supone desde luego reclamar que sean respetadas no sólo por el Estado, sino también por los restantes ciudadanos; por ello, el mandato a los poderes públicos que dirige el primer inciso del precepto se expresa en términos de notable amplitud («promover las condiciones»), por lo que no puede reducirse al mero respeto de la libertad y la igualdad por los propios poderes públicos, sino que reclama la creación de todo tipo de condiciones, jurídicas, sociales y económicas, que hagan posible el más pleno ejercicio de los derechos fundamentales por los ciudadanos; y lo mismo puede decirse del mandato de remover los obstáculos contenido en el segundo inciso del artículo. Por tanto, pienso que el art. 9.2 puede ser considerado sin dificultad como fundamento general de la eficacia horizontal o *Drittwirkung* de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento.

La tesis precedente concuerda con el criterio de la jurisprudencia constitucional, que ha conectado de modo significativo la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares con el principio del Estado social. Así se pone de manifiesto, especialmente, en la STC 18/1984, de 7 de febrero. Tras formular en el Fundamento Jurídico 3.º interesantes reflexiones generales acerca de la naturaleza del Estado social (subrayando por ejemplo que «la configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad»), en el 6.º concreta, de forma tan lacónica como rotunda, sus implicaciones en el ámbito de los derechos fundamentales: «En un Estado social de Derecho como el que consagra el art. 1 de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social... La sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislativo, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas». Por su parte, la STC 53/1985, de 11 de abril, a la que enseguida me referiré de nuevo, inicia una argumentación similar refiriéndose a la «significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho» (Fundamento Jurídico 4.º), y cita expresamente el art. 9.2, para po-

ner de relieve la obligación positiva del legislador «de contribuir a la efectividad de tales derechos»; concretando el alcance de esta protección en relación con el derecho a la vida, sobre el que versa la Sentencia, el Tribunal añade más adelante que el Estado tiene la obligación «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» (Fundamento Jurídico 7.^o), que son normas por su propia naturaleza encaminadas a proteger los derechos fundamentales frente a sus violaciones por los particulares.

Por lo tanto, el principio general que rige en nuestro ordenamiento constitucional es el de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, que se deduce directamente del mandato contenido en el art. 9.2. Entre las consecuencias más relevantes de este principio, cabe destacar sobre todo las siguientes:

a) En primer lugar, y dirigida al legislador, la exigencia de arbitrar un sistema de protección de los derechos fundamentales que los tutele adecuadamente frente a sus posibles violaciones por los particulares. En este campo reviste especial importancia la tutela penal de los derechos fundamentales; si bien es cierto que, como ha indicado el Tribunal Constitucional, no toda violación de un derecho fundamental tiene por qué ser necesariamente constitutiva de delito (8), también lo es que las lesiones más graves de los derechos fundamentales han de encontrarse tipificadas penalmente, lo que -como sugiere la argumentación del Tribunal en la citada Sentencia 53/1985- permite afirmar la inconstitucionalidad de determinadas normas despenalizadoras, que infringirían indirectamente los preceptos constitucionales en que se reconocen los respectivos derechos fundamentales.

b) En segundo lugar, la prohibición de limitar los derechos fundamentales por acuerdos entre particulares, lo que lleva consigo la nulidad radical de los actos jurídico-privados y, especialmente, de las estipulaciones contractuales lesivas de derechos fundamentales. Así lo ha señalado en repetidas ocasiones el Tribunal Constitucional, en particular en la Sentencia 19/1985, de 13 de febrero, que indica que «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente

(8) Cfr. STC 71/1984, de 12 de junio. Fundamento Jurídico 4.º.

esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto» (Fundamento Jurídico 1.º) (9).

Esta prohibición de limitar los derechos fundamentales por acuerdos entre particulares es general y carece de excepciones: no parece correcta en este sentido la tesis de Peces-Barba que, afirmando en línea de principio la *Drittwirkung*, señala sin embargo que «una aplicación brutal y rígida de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, sin tener en cuenta los límites de los bienes y valores propios del Derecho privado, podría desvirtuar éste», y que podrían existir supuestos en que el principio de la autonomía de la voluntad fuese inmune a los derechos (10). En mi opinión, el principio de autonomía de la voluntad no es el objeto de ningún derecho fundamental, y no puede amparar lesión alguna de los derechos fundamentales, que se imponen incluso frente a los acuerdos surgidos de la autonomía de la voluntad que los lesionen. Otra cosa es que en los concretos ejemplos que aduce el profesor Peces-Barba haya auténticas lesiones de derechos fundamentales: ciertamente, «no se podrá argumentar la libertad de expresión para anular una cláusula que impida a un periodista trabajar al tiempo colaborando en otra empresa periodística», porque el derecho a la libertad de expresión no incluye la facultad de trabajar en un determinado medio de comunicación; ni aducir el principio de igualdad para exigir igual reparto de los bienes en las disposiciones testamentarias o iguales prestaciones salariales en un convenio colectivo, pues el principio de igualdad implica también tratar de forma diferente a los diferentes, y en algunos casos (como en el de la sucesión testamentaria) esas diferencias son de apreciación subjetiva y discrecional. Sí que podría, en cambio, invocarse el principio de igualdad para exigir un incremento salarial cuando un empresario pague dos salarios diferentes por el mismo trabajo, aunque hayan sido pactados así convencionalmente; o invocarse el derecho a la libertad reli-

(9) Cfr. también, entre otras, las SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 4.º; y 88/1985, de 19 de julio, que, respecto al ámbito concreto de las relaciones laborales, afirma: «La celebración de un contrato de trabajo no implica la privación en modo alguno para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano... La libertad de empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional no legitima que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas» (Fundamento Jurídico 2.º).

(10) Cfr. Gregorio PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales*. cit., págs. 626-627 y 634-635.

giosa para exigir al empresario que permita la asistencia a actos de culto, aun cuando ello suponga una modificación del contrato: la solución dada a este problema por la STC 19/1985 no parece aceptable, pues los argumentos esgrimidos por el propio Tribunal Constitucional en las Sentencias citadas habrían de conducir a afirmar que el empresario tiene la obligación de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales por sus empleados, entre los que se incluye el derecho a la libertad religiosa, que comprende sin duda la facultad de asistir a los actos de culto de la propia religión. Otro supuesto bien interesante es el relativo a la eutanasia voluntaria: la inconstitucionalidad de su hipotética legalización parece fuera de dudas a la luz de los argumentos expuestos, pues la autorización conferida por un sujeto al personal sanitario para terminar su vida sería un acto jurídico-privado lesivo de un derecho fundamental, y, por tanto, nulo de pleno derecho por imperativo constitucional.

Obviamente, no pretendo resolver aquí todos los problemas concretos que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* puede plantear; los ejemplos indicados trataban de mostrar tan sólo algunas de las vías para su solución, que habrá de obtenerse en todo caso desde una adecuada atención al contenido de los derechos en juego y desde la exclusión de toda restricción de los derechos fundamentales por acuerdos entre particulares.

3. ART. 9. 2 Y DIMENSIÓN PRESTACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La inserción de los derechos fundamentales en el contexto del Estado social que subraya el art. 9.2 CE presenta todavía una implicación de mayor alcance, consistente en poner de relieve la esencial faceta prestacional de todos los derechos fundamentales. En este sentido, Luigi Ferrajoli ha trazado una sugerente distinción entre el Estado liberal y el Estado social de Derecho, indicando que el primero sería un Estado sólo limitado por normas negativas, esto es, por prohibiciones dirigidas a sus órganos de poder —y estas garantías negativas, traducidas en deberes de no hacer, serían las propias de los derechos de libertad—, mientras que el Estado social es un Estado vinculado por normas positivas, es decir, por mandatos dirigidos a los poderes públicos —y las garantías positivas, concretadas en deberes públicos de hacer, serían las que corresponden a los derechos sociales— (11). Esta distin-

(11) Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de N. Bobbio, trad. de pág. A. Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995, págs. 860-864.

ción entre Estado liberal y Estado social resulta desde luego exacta, pero se hace preciso matizar que –como indicara en su momento Peter Häberle, y han señalado posteriormente muy diversos autores (12)– el Estado social convierte a todos los derechos en derechos prestacionales, es decir, en derechos que exigen de los poderes públicos deberes de hacer, y no sólo omisiones: «si las clásicas libertades fundamentales –indica Schneider– han de ser hoy algo más que libertades sin probabilidad de realización, su contenido debe ser también algo más que una simple veda contra las intervenciones del Estado: debe consistir en *derechos a prestaciones sociales*» (13). En otras palabras: como se viene señalando desde el inicio de estas páginas, en un Estado social la tutela de los derechos fundamentales no se traduce en que los poderes públicos se abstengan de interferir en la esfera privada delimitada por tales derechos –que era la pretensión del Estado liberal–, sino en que los poderes públicos deben actuar positivamente para promover de manera activa el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales por los particulares; entre nosotros, esta significativa transformación de la función de los derechos fundamentales se encuentra expresamente indicada por el tenor literal del art. 9. 2 CE, y ha sido además explícitamente sostenida por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 53/1985. En el Fundamento Jurídico 4.º de esta Sentencia, ya citado en páginas anteriores, el Tribunal afirma de modo contundente que «los derechos fundamentales incluyen no solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (*vide* art. 9.2)... De la significación y finalidades de estos derechos en el orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución se deduce no solamente la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales,

(12) Peter HABERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», Apéndice a *Die Wesenheitsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, Muller, 3.ª ed., 1983, págs. 454-461; este apéndice constituye el texto de una ponencia presentada por el autor a las Jornadas de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público, celebradas en Regensburg en 1971, que tuvo una incidencia notable en el debate doctrinal posterior. Cfr. también, entre nosotros, Ignacio DE OTTO, «La regulación del ejercicio...», cit., págs. 163-170; Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 6.ª ed., 1995, págs. 205-215.

(13) Hans Peter SCHNEIDER, *Democracia y Constitución*, prólogo de L. López Guerra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 144; el subrayado es del texto.

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. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa».

Nos encontramos, pues, ante la presencia de una esencial dimensión prestacional en los derechos fundamentales. Esta tesis se enfrenta, sin embargo, al criterio sostenido por Cossío Díaz, quien –en un interesante estudio monográfico acerca de los derechos prestacionales en la Constitución española– rechaza que el art. 9.2 pueda justificar la afirmación de una faceta prestacional en todos los derechos fundamentales, pues en su opinión «no genera forzosamente un sentido prestacional, al reducirse a preverlo y posibilitarlo, dependiendo su efectiva aceptación de las peculiaridades de los preceptos constitucionales y del sentido que a ellos vayan dando el legislador y los operadores jurídicos». En consecuencia, él propone sustituir esa afirmación general de la cualidad prestacional de los derechos fundamentales por un análisis particularizado de su concurrencia en cada derecho, que él mismo realiza, para acabar negándola por completo en un buen número de derechos fundamentales (como, por ejemplo, el derecho a la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor o el derecho a la inviolabilidad del domicilio), y señalando con respecto a otros que la dimensión prestacional no forma parte del contenido del derecho fundamental, sino que tiene un carácter instrumental o funcional (este sería el caso, por ejemplo, del derecho de asociación o de la libertad sindical) (14). En mi opinión, la posición

(14) José Ramón COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 187-207; la cita textual en pág. 188. La negación de carácter prestacional al derecho a la libertad religiosa (págs. 190 y 200) resulta particularmente llamativa, a la vista del art. 16.3 CE y del art. 2.3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa –que se citará más abajo en el texto–, y ha sido por lo demás expresamente reconocida por el Tribunal Constitucional, con base en esos preceptos, en la STC 166/1996, de 28 de octubre, Fundamento Jurídico 4.º. Por lo demás, la distinción que se hace entre aquellos derechos fundamentales en que la faceta prestacional se encuentra incorporada en su propio contenido –que son, al cabo, muy pocos según este autor: básicamente el derecho a la vida, la libertad de expresión, el derecho de reunión, la tutela judicial efectiva, el derecho a la educación y el derecho al trabajo– y aquellos en que reviste un carácter funcional o instrumental resulta un tanto artificiosa y estéril: estamos, en todo caso, ante derechos fundamentales que comportan obligaciones de dar o hacer con cargo a los poderes públicos. Mi tesis es, por supuesto, que en esa situación se encuentran todos los derechos fundamentales.

de Cossío no resulta acertada; el explícito mandato del art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad –y, por tanto, los derechos fundamentales que concretan las exigencias de libertad e igualdad– sean reales y efectivas requiere más bien una interpretación de los derechos fundamentales que subraye en todos ellos esa dimensión prestacional, que presenta, como se va a ver a continuación, un contenido potencialmente muy diverso: como indica el propio autor citado, por prestaciones constitucionales cabe entender aquellas «actividades de hacer o de dar impuestas a los poderes públicos por el texto constitucional» (15), definición de contornos evidentemente amplios, que puede traducirse por tanto en actuaciones de muy diferente signo.

Siguiendo la bipartición sugerida por la definición citada –las prestaciones constitucionales pueden consistir en actividades *de dar o de hacer*–, la obligación promocional de los poderes públicos que venimos analizando se concreta en primer término en prestaciones de naturaleza económica. En este sentido, si Schneider ha fundado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 2 de la Ley Fundamental de Bonn la exigencia de aseguramiento por parte del Estado del mínimo vital, y en el derecho a la libre elección de profesión u oficio del art. 12 la exigencia de cobertura del seguro de desempleo al ciudadano en paro (16), a idénticas conclusiones cabría llegar en relación con la totalidad de los derechos fundamentales, poniendo de relieve, por indicar algunos ejemplos, que la efectividad del derecho a la inviolabilidad de domicilio implica la tenencia de una vivienda en la que el individuo pueda mantener preservada su intimidad; que la libertad de asociación política reclama la financiación pública de los partidos políticos, sin la cual éstos no podrían cumplir su función de servir de cauce de la opinión de los ciudadanos y de su participación en la formación de la voluntad política de la comunidad; o que, como ha señalado expresamente nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a la educación reconocido por el art. 27, interpretado a la luz del art. 9.2, implica la obligación de los poderes públicos de «establecer un programa de ayudas al estudio que garantice a los ciudadanos con menos recursos económicos el acceso a la educación» (17). Y, en términos generales, del entero sistema de derechos fundamentales cabe inferir la obligación de los poderes públicos de desarrollar una política asistencial, que asegure a todos los ciudadanos el mínimo bienestar necesario para el ejercicio de los derechos.

(15) *Ibid.*, pág. 178.

(16) Cfr. Hans Peter SCHNEIDER, *Democracia y Constitución*, cit., págs. 144-147.

(17) STC 214/1994, de 14 de julio, Fundamento Jurídico 8.º.

Y en segundo lugar nos encontramos con las actividades *de hacer*: es decir, con el recurso a lo que Norberto Bobbio ha denominado «medidas de facilitación», que son, como su propio nombre indica, aquellas medidas que contribuyen a hacer más fácil la realización de los comportamientos que se desea alentar, y que para el autor italiano constituyen uno de los rasgos más típicos del Estado asistencial contemporáneo (18). Bajo esta categoría pueden comprenderse acciones de muy diversa índole; baste como muestra, por ejemplo, lo indicado por el art. 2.3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, que dispone: «Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos». Asimismo –por citar un ejemplo expresamente aludido por la jurisprudencia constitucional– como una medida de facilitación resultante del art. 9.2 en conexión con el art. 23 CE o, en el ámbito sindical, el art. 28, puede considerarse la realización por los poderes públicos de propaganda institucional que promueva la participación electoral (19).

La exigibilidad de estas actuaciones positivas de los poderes públicos, bien sea en la forma de prestaciones económicas o de medidas de facilitación, puede plantear sin embargo algunos problemas de relieve. Aunque un tratamiento pormenorizado de esta cuestión exigiría atender a cada derecho en particular y a los casos concretos que puedan suscitarse, es posible formular algunas observaciones generales.

Ante todo, conviene subrayar que las obligaciones prestacionales que resultan para los poderes públicos, en especial para el legislador, del sistema de derechos fundamentales y de su interpretación a la luz de la cláusula del Estado social y del art. 9.2 constituyen auténticas obligaciones jurídicas, plenamente vinculantes, pues el art. 9.2 no constituye un mero principio programático, naturaleza que hoy –a tenor del art. 9.1 de la propia Constitución– no puede predicarse de ninguno de los preceptos constitucionales. Por tanto, el art. 9.2 puede ser fundamento suficiente de una declaración de inconstitucionalidad y, en efecto, ha sido utilizado reiteradamente por el Tribunal Constitucional como base de sus decisiones.

(18) Cfr. Norberto BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, estudio preliminar y trad. de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 2.ª ed., 1990, págs. 382-383.

(19) Cfr. al respecto la STC 208/1989, de 14 de diciembre, Fundamento Jurídico 3.º.

Así pues, y en primer lugar, la dimensión prestacional de los derechos fundamentales tiene como consecuencia la inconstitucionalidad de aquellas disposiciones legislativas de regulación de los derechos que no establezcan las medidas adecuadas —económicas o de otra índole— para asegurar su ejercicio efectivo. Cabría pensar, por ejemplo en una hipotética ley que suprimiese la asistencia religiosa en los hospitales públicos, que sería inconstitucional por violación del derecho fundamental a la libertad religiosa reconocido en el art. 16; o en una disposición legislativa que derogase la actual Ley Orgánica de Financiación de los Partidos Políticos y eliminase las subvenciones públicas a los partidos, cuya inconstitucionalidad podría inferirse sin dificultad del art. 20 en conexión con los arts. 6 y 9.2 CE.

En segundo lugar, y con independencia de la actuación legislativa, en algunos casos la obligación de los poderes públicos de promover el ejercicio de los derechos fundamentales —y las consiguientes prestaciones económicas o medidas de facilitación— podrían ser exigidas directamente en sede judicial, en el marco de los mecanismos de tutela específica de los derechos fundamentales diseñados por el art. 53.2. Ocurrirá así cuando tales medidas puedan deducirse directamente del texto constitucional, sin que exista un ámbito de discrecionalidad que haga necesaria la interposición del legislador. Ofrece un buen ejemplo, en este sentido, la STC 42/1982, de 5 de julio, que, en relación con el derecho a la asistencia de Letrado reconocido por el art. 24 CE, indica que «la idea del Estado social de Derecho (art. 1.1) y el mandato genérico del art. 9.2 exigen seguramente una organización del derecho a la asistencia de Letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un *munus honorificum* de los profesionales de la abogacía» (Fundamento Jurídico 2.º), sino en una actuación directa de los poderes públicos. Ello supone por ejemplo que, en aquellos casos en que la asistencia de letrado sea un requisito procesal, «el órgano judicial debe velar por su cumplimiento, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo, o incluso, cuando aun así mantuviese una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de Abogado y Procurador» (Fundamento Jurídico 3.º), lo que conduce en el presente caso a otorgar el amparo y ordenar la admisión de un recurso de apelación que había sido inadmitido por faltar la preceptiva asistencia de letrado. Nos encontramos aquí, como puede observarse, ante un juego de medidas de facilitación que el Tribunal Constitucional hace recaer en este caso sobre los órganos judiciales con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la asistencia de letrado, que se infieren directamente de los arts. 9.2 y 24 CE: cuando sea necesaria la asis-

tencia de letrado para una actuación procesal, el órgano judicial debe informar al particular acerca de su posibilidad de elegir la persona que asuma esa asistencia; si el particular no lleva a cabo esa elección, el órgano judicial debe proceder al nombramiento de Abogado y Procurador; y, si el órgano judicial había fallado en adoptar tales medidas, la actuación procesal de que se trate debe considerarse adecuadamente realizada aun cuando falte la preceptiva asistencia de letrado.

Ofrece un ejemplo contrario, sin embargo, la STC 166/1996, de 28 de octubre, que no acierta a extraer todas las implicaciones de la dimensión prestacional del derecho a la libertad religiosa. La cuestión litigiosa puede resumirse, en síntesis, en la solicitud por parte del demandante, Testigo de Jehová, del reintegro de los gastos ocasionados por la atención sanitaria en un centro privado, habida cuenta de que en el Hospital público no se atendió su petición de practicar un tratamiento médico que no comportase el recurso a la transfusión de sangre —contraria a las convicciones religiosas de los Testigos de Jehová—, petición que sí fue atendida y respetada en el centro privado. Conviene observar que el debate es situado por las partes precisamente en torno a la dimensión prestacional del derecho a la libertad religiosa, señalando concretamente el Ministerio Fiscal que negar dicha dimensión se opondría a la doctrina del Tribunal Constitucional; sin embargo, el Tribunal rechaza la solicitud del demandante, bajo el único argumento de que la decisión acerca del tratamiento médico pertenece a la *lex artis* del ejercicio de la profesión médica (20). Esta razón no parece suficientemente sólida, y habría que entender más bien, siguiendo el Voto Particular del Magistrado González Campos, que la dimensión prestacional del derecho a la libertad religiosa —«que corresponde garantizar a los poderes públicos y, por tanto, no puede quedar deferida, sin más, a la decisión de los profesionales médicos que forman parte de los Centros de la Seguridad Social»— comporta la prestación de la asistencia médica en condiciones adecuadas a las convicciones religiosas del paciente, siempre y cuando ello sea posible y existan los medios técnicos necesarios. Nos encontramos, una vez más, ante una medida de facilitación directamente inferible del art. 9.2; cuando esa medida de facilitación no se haya prestado, se impone su sustitución por una prestación económica, que resarza al paciente de los gastos ocasionados por la negativa del Centro público a prestar un tratamiento conforme a sus convicciones religiosas.—

(20) Vid. sobre todo Fundamentos Jurídicos 3.º y 4.º. Cfr. sobre esta cuestión Vicente BELLVER CAPELLA, «La dimensión prestacional del derecho a la libertad religiosa», en *Humana lura*, Pamplona, 6 (1996), págs. 257-267.

En tercer lugar, en aquellos supuestos en que la existencia de un ámbito de discrecionalidad y la imposibilidad de deducir directamente del texto constitucional las concretas acciones positivas de los poderes públicos haga necesaria la actuación del legislador, el cauce para la exigibilidad de las obligaciones públicas resultantes del art. 9.2 será el instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Como es bien sabido, esta figura ha sido construida por la doctrina y la jurisprudencia, recibiendo incluso plasmación normativa en algún texto constitucional reciente (concretamente, en el art. 283 de la Constitución portuguesa, tras su reforma por Ley constitucional de 30 de septiembre de 1982), y permite que el juez constitucional, cuando le sea denunciada indirectamente una omisión legislativa a través del cauce procesal oportuno, pueda constatar la existencia de la omisión y, en su caso, formular recomendaciones al legislador o completar el contenido de una norma que no ha contemplado adecuadamente una determinada situación. Ahora bien, precisamente porque nos encontramos ante supuestos en los que la norma constitucional deja al legislador un ámbito de discrecionalidad, que exige tener en cuenta criterios de oportunidad en cuya valoración no puede entrar el juez —cuya decisión ha de fundarse de modo exclusivo en razones de legalidad—, la figura de la inconstitucionalidad por omisión presenta sin duda evidentes limitaciones, pues lógicamente no autoriza al juez constitucional a invadir la competencia del legislador y proporcionar un contenido normativo que él sencillamente no ha elaborado (21).

Así pues, y como se infiere de las reflexiones precedentes, es posible identificar una dimensión prestacional en todos los derechos fundamenta-

(21) Cfr. Constantino MORTATI, «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore», en *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Racolta di scritti, III*, Milán, Giuffrè, 1972, págs. 923-993- Luis AGUIAR DE LUQUE, «El Tribunal Constitucional y la función legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión», en *Revista de Derecho Político*, Madrid, 24 (1987) págs. 25-30; María Angeles AHUMADA RUIZ, «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 8 (1991), págs. 169-194. El Tribunal Constitucional se ha referido expresamente a la inconstitucionalidad por omisión en la Sentencia 24/1982, de 13 de mayo —para negar su aplicación en el caso discutido—, señalando que ésta se da «cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace» (Fundamento Jurídico 3.º); otros ejemplos de Sentencias del Tribunal Constitucional en los que se abordan problemas relacionados con omisiones legislativas pueden verse en los trabajos citados. Plantear la posibilidad de un control de constitucionalidad de las omisiones legislativas supone, sin duda, abandonar la idea según la cual la promulgación de una ley no puede constituir una obligación para el legislador: estamos ante auténticas obligaciones, aun cuando resulte problemática su exigibilidad; no es acertada en este sentido, por tanto, la posición sostenida por COSSIO DÍAZ, *Estado social...*, cit., págs. 242-245.

les, y es posible establecer los medios para hacerla jurídicamente efectiva. El art. 9.2 CE proyecta de este modo su luz sobre la interpretación de todos los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, abriendo nuevas pautas de comprensión de su contenido esencial que habrán de ser aplicadas al análisis de cada uno de los derechos en particular.

4. CONCLUSIÓN

Como he tratado de mostrar a lo largo de estas páginas, el art. 9.2 de nuestra Constitución otorga al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales un importante componente «activo»: éstos dejan de actuar como barreras limitadoras del poder estatal, para representar en buena medida, por el contrario, un título para la expansión de las competencias de los poderes públicos, que deben de arbitrar los medios para que el disfrute de los derechos fundamentales por los ciudadanos sea real y efectivo. El Estado social de Derecho opera pues una significativa transformación en la función de los derechos fundamentales, que abandonan así su naturaleza originaria de defensa frente al poder del Estado.

De este nuevo significado de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional se desprende, finalmente, una importante consecuencia en relación con la teoría general de los derechos. Me refiero a la necesidad de abandonar de modo definitivo la distinción clásica entre derechos de la primera y de la segunda generación, o entre libertades públicas y derechos sociales, como entre nosotros ha defendido ya acertadamente Pérez Luño (22). Es esta una distinción que puede sin duda resultar útil para explicar el proceso de formación histórica de los derechos humanos, sobre el que el paulatino tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho ejerce una influencia decisiva. Pero no sirve, en cambio, para sostener en la actualidad la existencia de dos categorías diferentes de derechos fundamentales, con rasgos estructurales diversos.

En efecto: si el criterio en que se basa esa pretendida diferenciación es, como con frecuencia se sugiere, la naturaleza de las obligaciones que los derechos implican para los poderes públicos, y se distingue así entre derechos que generan obligaciones negativas (abstención de los poderes públicos) y derechos que generan obligaciones positivas (prestaciones con cargo a los poderes públicos), la argumentación desarrollada a lo largo del presente tra-

(22) Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, cit., págs. 203-215.

bajo invalida esta distinción, pues hoy ya no puede sostenerse la existencia de derechos fundamentales cuya garantía se limite a la mera abstención estatal. Si, en cambio, se opta por el criterio alternativo –también sugerido por la doctrina– de fundar la clasificación señalada en el contenido de los derechos y en el valor jurídico que mediante ellos se realiza, para distinguir entre derechos fundamentales de libertad y derechos fundamentales de igualdad, nos encontramos nuevamente ante una distinción difícilmente sostenible en el marco de nuestro sistema constitucional, en el que tanto la libertad como la igualdad constituyen valores constitucionales superiores, que en consecuencia impregnan todos los derechos fundamentales, que lo son a la vez de libertad y de igualdad; así, por ejemplo, respecto a un derecho que según ese criterio clasificatorio se incluiría entre los derechos de libertad, como es la libertad sindical reconocida en el art. 28.1, el Tribunal Constitucional ha subrayado expresamente su contenido igualitario, señalando en la Sentencia 23/1983, de 25 de marzo, que la libertad sindical comprende el derecho de las organizaciones sindicales «a no ser discriminadas entre sí por parte de la Administración Pública de modo arbitrario o irrazonable» (Fundamento Jurídico 2.^o), y ello no mediante la invocación del principio de igualdad recogido en el art. 14, sino deduciendo ese contenido igualitario directamente del art. 28.1. Ciertamente, cabrá discernir entre los derechos fundamentales que la Constitución reconoce algunos más estrechamente ligados a la protección de la libertad y otros conectados principalmente con la realización de la igualdad; pero ese criterio no servirá para establecer una separación tajante entre dos clases de derechos, que no puede ser sostenida en nuestro sistema constitucional.

En conclusión, la dicotomía clásica entre libertades públicas y derechos sociales pierde su sentido en el marco del Estado social de Derecho, por lo que debe considerarse definitivamente superada (23).

(23) Por tanto, los intentos de clasificación de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos que recoge la doctrina no tienen, en todo caso, otra utilidad que la pedagógica o científica; se trata siempre de clasificaciones relativas y frágiles, que no pueden justificar una cesura neta entre diferentes categorías de derechos fundamentales, y de las que no pueden extraerse consecuencias jurídicas de relieve. La única clasificación con operatividad jurídica es la que la propia Constitución establece en atención a los mecanismos de garantía, a tenor de las disposiciones del art. 53, que no se apoya en ningún criterio material. Algunos de estos intentos de clasificación pueden verse vg. en Gregorio PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales*, cit., págs. 441-469; Luis PRIETO, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., págs. 121-138; Pablo PÉREZ TREMP, «Los derechos fundamentales», en Varios, *Derecho Constitucional*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, págs. 110-114.