

## **ESTUDIOS**



# CREACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA: MEDIACIONES

GUILLERMO ESCOBAR ROCA

*Catedrático de Derecho Constitucional*

*Universidad de Alcalá*

*TRC*, nº 56, 2025, pp. 111-153

ISSN 1139-5583

## SUMARIO

- I. Cuatro tipos básicos de derechos. II. Interrelaciones entre derechos, subjetivación de principios y la sutil frontera entre interpretar y crear derechos.
- III. Creación de derechos fundamentales por el legislador y por el Tribunal Constitucional: recuento. IV. Esbozo de política constitucional para la creación de derechos fundamentales en una sociedad democrática avanzada.

## I. CUATRO TIPOS BÁSICOS DE DERECHOS

La dogmática debe clarificar el ordenamiento, y para ello utiliza en primer lugar la conceptualización. A mi juicio, con tres requisitos iniciales: no apartarse, salvo que se justifique bien, del uso habitual de los términos en la comunidad jurídica, es decir, evitar redefiniciones, pues si cada uno utilizara el lenguaje a su manera, no podríamos entendernos<sup>1</sup>; intentar construir un lenguaje común con las dogmáticas de nuestro entorno cultural, singularmente con Alemania, Italia, Portugal y Francia<sup>2</sup>; y no crear más conceptos de los

1 Cualquier filósofo analítico se sorprendería de la inutilidad de no pocas de nuestras discusiones, que no son discusiones sobre el fondo y se producen porque no nos ponemos de acuerdo en atribuir un mismo significado a un término. Wittgenstein (2009: 619) lo explica bien con su proposición «Si un león pudiera hablar, no lo podríamos entender».

2 Sin llegar a la pretensión de Kelsen de una dogmática jurídica universal (al parecer, él mismo acabó reconociendo que había construido una dogmática general, pero pensando en el Derecho alemán de su tiempo, y lo mismo podría decirse de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy, que realmente es una teoría de los derechos en la LFB), y admitiendo que lo «científico» pretende ser universal (p. ej., Bernasconi, 2007), yo preferiría un punto medio, intentando una dogmática general del Estado constitucional, válida al menos para Europa (por todos, Kotzur, 2009: 95-97) y Latinoamérica.

necesarios<sup>3</sup>, en una suerte de navaja de Ockham (Hain, 2002). Transcurridos más de cuarenta años de dogmática de los derechos fundamentales en España, muchos conceptos distan todavía de estar claros. No entiendo bien por qué, pues, aunque nuestra «ciencia» es joven, tampoco lo es ya tanto, pero puedo intuir algunas causas: un cierto seguidismo al Tribunal Constitucional<sup>4</sup>, aunque cada vez menos, y la confusión (inevitable en parte en nuestra disciplina) entre argumentos jurídicos, argumentos morales (casi siempre implícitos) y propuestas políticas (o, más modestamente, interpretación constitucional enfrentada a la autoritativa, que es una propuesta de política constitucional encubierta<sup>5</sup>). Debo por tanto comenzar con explicitar cómo entiendo los conceptos clave para encuadrar mínimamente este trabajo; de encontrarse consolidados en nuestra dogmática, este primer apartado sobraría. Nuestra disciplina también evoluciona, aunque de forma tan lenta que casi no lo percibimos, y aquí interesa destacar de entrada un hecho clave: hoy no pueden entenderse los derechos fundamentales de manera aislada o, dicho de otro modo, han perdido «pureza» conceptual; más ampliamente, el Derecho constitucional formal (el mero texto constitucional) o como objeto de estudio autónomo ha dejado de existir...pero no hasta el punto de unificar todas las categorías de derechos en una sola: están interrelacionadas, pero son distintas.

Los conceptos básicos son cuatro:

a) *Derechos subjetivos*

*Derechos subjetivos* (o derechos a secas, en el contexto del habla de la comunidad jurídica) son los intereses de las personas reconocidos por una norma jurídica, y garantizados al menos en sede judicial. «Interés» es un beneficio objetivo o así percibido para la gran mayoría de las personas, aunque estas no siempre quieran utilizarlo o no lo necesiten en su situación particular. «Persona» es diferente a «individuo», luego caben derechos de las personas jurídicas e incluso derechos colectivos, lo que mitiga en parte el individualismo liberal que está en el origen

<sup>3</sup> Adelanto, de momento: sobran los conceptos «principios rectores», «derechos constitucionales» y «derechos de configuración legal». Reconozco una cierta simplificación al encuadrar los derechos del CEDH y del DUE en el concepto «derechos humanos», pero prefiero reducir aquí la complejidad, como se justificará más adelante.

<sup>4</sup> Como dice Posner (2008: 229-258), «los jueces no son profesores de Derecho»; y en concreto, p. 237: «es a los profesores de derecho a quienes corresponde hacer limpieza». Pretender construir una dogmática sería a partir de la jurisprudencia, tantas veces cambiante y contradictoria, del Tribunal Constitucional, es una tarea inútil. Por cierto, «el distanciamiento que hoy se produce entre la élite académica y la judicatura» (p. 242 y, de nuevo, p. 249) va a más en nuestro país, a la vista de los últimos nombramientos en los altos tribunales. No creo que volvamos a los tiempos en que nuestros mejores académicos se sentaban en los altos tribunales porque la excelencia académica suele ir unida a la independencia, y esta se encuentra en declive.

<sup>5</sup> Sobre este problema de la dogmática, Escobar y García Manrique (2019: 155 y ss., y en especial el apartado 22, «La gran trampa: ¿describir o prescribir?»).

de la idea del derecho subjetivo. «Norma jurídica» viene a coincidir con «fuente de Derecho», pero el círculo de lo jurídico no es totalmente cerrado ni claro, aunque podríamos excluir la jurisprudencia de los tribunales ordinarios (no son fuente de Derecho), el *soft law* y las recomendaciones de los órganos internacionales o de las Defensorías del Pueblo. En cuanto al «reconocimiento», como los textos normativos son interpretables, no siempre está claro que el derecho exista; por ejemplo, como después veremos, en algunos casos se extraen derechos de normas de principio, de mandato o de organización, lo que exigiría un plus de argumentación. Todo derecho subjetivo va por definición acompañado de una acción o derecho complementario, la tutela judicial (art. 24.1 CE). Un derecho sin garantía judicial o no existe en términos conceptuales o es un fraude del legislador. Que esta garantía sea eficaz o no, es otra cuestión: basta con que la garantía judicial exista, expresa o implícitamente, en la norma jurídica. Aunque no figura en mi definición, los derechos subjetivos exigen deberes correlativos; si no, serán también un fraude. Tienen por tanto que traducirse en normas «objetivas», esto es, en obligaciones de otros, sean personas privadas o poderes públicos, y que puedan ser exigidas ante un juez. Ahora bien, también al revés: si solo hay normas objetivas, no hay propiamente derechos, esto es, puede haber obligaciones sin derechos (en el camino intermedio están los intereses legítimos del Derecho administrativo), pero no puede haber derechos sin obligaciones. Si se afirma que X es un derecho y le falta uno solo de los elementos de su definición, la afirmación es conceptualmente falsa. Los derechos, o son subjetivos (o *jurídicos*), o son morales; aunque, como más adelante se verá, la frontera entre ambos pueda ser borrosa, no hay, conceptualmente hablando, un *tertium genus*.

b) *Derechos fundamentales*

*Derechos fundamentales* son los derechos subjetivos reconocidos en una Constitución normativa, de lo que se siguen respectivamente dos consecuencias o elementos necesarios del concepto: garantía judicial directa (sin esperar al desarrollo legislativo<sup>6</sup>) y vinculación de todos los poderes públicos y en especial del legislador. No es necesario contar con recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; en Italia o en Francia, por ejemplo, no existe este tipo concreto de recurso y no por ello deja de hablarse de derechos fundamentales. De otro lado, si queremos construir una teoría del actual Estado constitucional, debemos hacer abstracción de las diferentes denominaciones presentes en los textos, que podrían conducirnos a un nominalismo inútil. Todos los intereses de las personas reconocidos en la Constitución son derechos fundamentales. Otra cosa es que

6. Fue modélica en esto la muy lejana STC 15/1982, que obligó a la Administración a eximir a un joven del servicio militar, pese a que ninguna ley lo permitía: la cito porque no he encontrado otra tan clara y contundente... eran otros tiempos.

debamos desvelar, cuando proceda, las inexactitudes terminológicas de los textos<sup>7</sup>, en aras de la necesaria clarificación. Los derechos fundamentales se distinguen de los meros derechos subjetivos en que estos, pese a resultar exigibles ante los tribunales, no vinculan al legislador, por lo que en principio podrían ser suprimidos por ley. En la práctica jurídica no hay, sin embargo, demasiada diferencia entre derechos fundamentales y derechos meramente subjetivos<sup>8</sup>. En este trabajo no pretendo descuidar este hecho, pero sí llamar la atención sobre lo contrario: los derechos fundamentales son, conceptualmente, diferentes a los derechos legales, y esta demarcación es clave en términos democráticos: los primeros son obra del poder constituyente (el pueblo)<sup>9</sup> y los segundos son obra de uno de los poderes constituidos, el legislador (los representantes del pueblo, que varían cada cuatro años).

Los derechos fundamentales nos sitúan frente a un serio dilema político, que no se da en los clásicos derechos subjetivos de Derecho privado. Si la ley no los concreta o los concreta mal, el Tribunal Constitucional debe corregir al Parlamento, pero aquel tiene menor legitimidad democrática que este: aunque sea elegido, en su mayoría (en España, ocho de doce), por el Parlamento, y además por mayoría cualificada (más que la exigida para el presidente del Gobierno), su elección es de segundo grado y carece, entre otras notas de la legitimidad democrática, de la publicidad del procedimiento de toma de decisiones. Parece claro que la voluntad de la mayoría (partiendo de la ficción de que el Parlamento la representa) está sometida a los derechos humanos (de la comunidad internacional) y fundamentales (del poder constituyente) y que el constitucionalismo aumenta el poder

7 Aquí tenemos dos términos innecesarios, inexistentes en el Derecho constitucional de nuestro entorno, y que la dogmática debe eliminar: «principios rectores de la política social y económica» (denominación del capítulo III del título I) que no son derechos y «derechos constitucionales» (art. 149.1. 1º). En el capítulo III hay muchas cosas, en modo alguno principios en sentido estricto, y, sobre todo, mandatos al legislador y derechos. Los cinco «derechos» así calificados pueden ser considerados fundamentales, pues el único argumento en contra, la segunda frase del art. 53.3, puede (y debe) leerse de otro modo (últimamente, Escobar, 2025: 403-404), y en todo caso es obsoleta, pues esos cinco derechos (con la duda del medio ambiente) han sido desarrollados por ley. En el mejor esfuerzo que conozco de conceptualización de los derechos fundamentales (Ibáñez, 2021) se argumenta con detalle esta tesis. En cuanto a los derechos constitucionales, el término aparece a los meros efectos de distribución de competencias, y no afecta a la conceptualización de los derechos. Recientemente, el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a denominar a la vivienda «derecho constitucional» (STC 79/2024, FJ 3, B, a) y no «principio rector».

8 Pienso sobre todo en las garantías, pero también en la interpretación: En la práctica, los derechos subjetivos «clásicos», esto es, de rango legal, y los derechos fundamentales, de posterior aparición histórica, se presentan frecuentemente como un todo. La identificación de las facultades resistentes al legislador implica el establecimiento, en cada *derecho subjetivo entendido como un todo*, de un núcleo esencial, coincidente, a modo de círculo secante, con la figura del derecho fundamental, lo que a su vez remite a la previa determinación del contenido de este. Algunos ejemplos nos mostrarán que la distinción entre derecho subjetivo meramente legal y derecho fundamental es útil e interpretativa. P. ej., la servidumbre de paso de los arts. 564-570 CC parece encajar en el derecho de propiedad, luego el legislador no podría suprimirla, pero el derecho de los abuelos a visitar a sus nietos (art. 160.2 CC) no está claro si puede integrarse en alguna figura de la CE.

9 En este trabajo utilizo el término «poder constituyente» en sentido amplio, pero (salvo que del contexto se desprenda otra cosa) pensando sobre todo en el poder de reforma constitucional.

de los jueces y limita en parte la democracia. No entenderlo así equivale a negar el significado de la Constitución. La tensión entre legislación y justicia constitucional es un problema insoluble y que solo puede encauzarse con prudencia, en la búsqueda de un equilibrio o razonable punto medio<sup>10</sup>: salvo matizaciones, lo importante no es tanto quién argumente como que se argumente bien, y esto puede hacerlo tanto el legislador como los tribunales. De otro lado, algunos derechos fundamentales (y, en cierto modo, hoy ya casi todos) exigen actuaciones de los poderes públicos; si éstos no realizan aquéllas, los jueces deberían imponerlas, lo que no es sino una lógica consecuencia de la tesis (conceptual) de los derechos fundamentales como derechos subjetivos. Muchos consideran que esto implica otorgar a los jueces «demasiado» poder y, para evitarlo, en vez de afrontar de cara el problema, lo eluden desde el principio excluyendo a los derechos de prestación del concepto de derecho fundamental. La tesis se quiere presentar como conceptual cuando realmente es valorativa; esta mixtura de argumentos resulta frecuente y difícil de evitar, pero su principal defecto no es ese, sino el situarse de espaldas al uso habitual del término, y esto nunca puede hacerse en una tesis conceptual. Está claro, de cualquier modo, que a algunos derechos «les cuesta» ser eficaces si no hay ley que los desarrolle. Normalmente en este contexto se inserta el muy discutible concepto de los *derechos fundamentales de configuración legal*, que es confuso e internamente contradictorio y, ya solo por esto, criticable, y que debería eliminarse. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos por su mera incorporación a la Constitución, esto es, son derechos «originarios»; de otra forma, no estaríamos propiamente ante *derechos* fundamentales. Por definición, no puede haber derechos fundamentales de configuración legal.

c) *Derechos humanos*

Los *derechos humanos* se utilizan normalmente en dos contextos, la ética o moral y, de forma cada vez más frecuente, el Derecho internacional. Estos contextos no son incompatibles; por ejemplo, hoy hablamos de la vulneración de los derechos humanos (no decimos «de los derechos fundamentales») en los ataques de Israel a Gaza, y esta afirmación vale a la vez como afirmación moral y de Derecho internacional. Ambos contextos comparten una característica esencial: normalmente se apela a la moral o al Derecho internacional en relación con países que sufren violaciones graves y sistemáticas de sus derechos o cuando «fallan» los derechos en el sistema jurídico nacional, sea por falta de reconocimiento, sea por falta de garantías. Ambos contextos guardan relación (la ética tiende a ser universalista y los filósofos especializados en este campo suelen esforzarse en proponer resultados factibles y por tanto acudir al Derecho internacional) pero son

10 Correctamente, sobre las sentencias que después analizaré, Díaz Revorio (2024: 282-284).

evidentemente diferentes. En este trabajo utilizaré el término «derechos humanos» como equivalente a «derechos de Derecho internacional».

El catálogo de los derechos humanos es el contenido en lo que se viene denominando Sistema Universal de Derechos Humanos, conformado por la Declaración Universal de 1948 y por los convenios más importantes de las Naciones Unidas sobre esta materia<sup>11</sup>. Este conjunto normativo aspira a formar parte de los ordenamientos nacionales, pero, cuando lo logra (en España se han ratificado la mayoría de estos instrumentos), las figuras reconocidas tienen algunas dificultades para actuar en la práctica como derechos subjetivos. Se trata a mi juicio de un problema de eficacia (sobre todo, por un déficit de cultura jurídica), no de validez. Si tenemos en cuenta que el Derecho internacional está compuesto sobre todo por tratados internacionales y que estos, una vez ratificados y publicados por los Estados, forman parte de sus respectivos ordenamientos (art. 96.1 CE), los derechos humanos deben ser considerados también derechos subjetivos. Los tratados pueden crear derechos, y así lo hacen, literalmente. Se trata de derechos garantizados al menos por comités internacionales (para eso se crearon) y, en algunos casos, también por tribunales propiamente dichos (TEDH y TJUE)<sup>12</sup>.

Los derechos del CEDH y los derechos de la CDF y de las directivas y reglamentos de la Unión tienen rasgos de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, pero encajan mejor en la primera categoría, pues no son obra del poder constituyente. Aunque hay casos excepcionales en los que el TEDH declara leyes nacionales contrarias al CEDH (ninguno sobre España, al menos en el fallo), esto no nos permite afirmar que los derechos del CEDH sean fundamentales; además, la declaración de incompatibilidad no implica anulación de la ley. El TJUE realiza este control de forma más natural (a los arts. 10.2 y 96.1 se suma el art. 93): gracias a los principios de primacía sobre el Derecho de los Estados miembros (incluso leyes) y efecto directo del Derecho de la Unión (esto es, aplicación por los tribunales nacionales), los derechos de la CDF se parecen todavía más a los derechos fundamentales, pues comparten con estos una de sus características más relevantes, su supremacía frente al legislador<sup>13</sup>. Nuevamente, sin embargo, conviene

11 Dieciocho, según la web del ACNUDH: con un mapa de las ratificaciones en <https://indicators.ohchr.org/>

12 Es cierto que antiguamente se discutió el carácter «jurídico» de estos tratados, pero esta discusión se encuentra actualmente superada, pues con práctica unanimidad hoy se afirma que la protección por órganos internacionales es siempre subsidiaria a los tribunales nacionales, luego estos también deben protegerlos (de otro modo no tendría sentido hablar de subsidiariedad). En ninguna norma internacional se dice que deba esperarse a su concreción legal. Antiguamente se distinguía entre los tratados auto ejecutivos y los demás, y esta distinción puede continuar, pero no sirve para los tratados sobre derechos humanos; de lo contrario, su ratificación sería un fraude. No puede ponerse la excusa de que son ambiguos, pues lo mismo podría decirse de los derechos fundamentales. Observamos sin embargo una cierta resistencia de los tribunales nacionales a la aplicación directa de los derechos humanos, una especie de debilidad persistente del Derecho internacional, pero no es este el momento de entrar en los detalles.

13 En el número 39 (2017), monográfico sobre «El TJUE como actor de constitucionalidad» hay trabajos relevantes al respecto.

mantener la distinción entre derechos humanos y fundamentales, y considerar a los derechos de la CDF como parte, aunque cualificada, del primer bloque.

d) *Derechos morales*

Si bien los derechos humanos y fundamentales podrían ser calificados como *derechos morales*, en tanto presumimos que concretan las aspiraciones más importantes, respectivamente, de la comunidad internacional («Nosotros, los pueblos», comienza diciendo la Carta fundacional de las Naciones Unidas) y del poder constituyente del pueblo («el pueblo español ratifica», dice más modestamente el Preámbulo de la CE), en este trabajo utilizaré un concepto más restringido de derechos morales, como algo distinto a los derechos «jurídicos» o subjetivos. No son un concepto de Derecho vigente (prefiero no utilizar el término «Derecho positivo», pues en mi opinión todo Derecho es positivo por definición), sino la concreción de los valores que se considera (razonablemente) que han de formar parte de él. Es decir, los derechos morales no pueden deducirse de las normas jurídicas vigentes, tal y como han sido interpretadas por los órganos autoritativos, esto es, quienes dicen la última palabra sobre su catálogo. Que existan interpretaciones distintas de estos órganos, e incluso votos particulares y cambios de criterio dentro de cada uno de ellos, nos revela que hay un margen de discrecionalidad interpretativa y por tanto que nosotros, como intérpretes, podemos ser creativos (si un tribunal innova es porque antes lo han hecho los abogados) y desde luego críticos: que los órganos autoritativos digan la última palabra en el sistema jurídico institucionalizado, no quiere decir que sea la mejor. Los derechos morales deben ser también tenidos en cuenta por un jurista comprometido y crítico, aunque no formen parte (todavía) del Derecho vigente. Si dejáramos fuera de la dogmática a los derechos morales nos quedariamos en un positivismo extremo, que yo rechazo, y no entenderíamos el fenómeno de la creación de derechos, que es el objeto de este trabajo. En todo caso, como después se verá, todos los catálogos de derechos (jurídicos) son en cierta medida abiertos (entre otras cosas, a la moral) y la distinción entre moral y Derecho no es totalmente nítida. Por derechos morales podría entenderse no solo los que quedan fuera del catálogo de derechos jurídicos (p. ej., el derecho de autodeterminación fuera del contexto histórico colonial, que, aunque figura en los tratados, no ha sido leído así por sus órganos autoritativos), sino también aquellas facultades que podrían incluirse en el contenido de los derechos que sí forman parte del catálogo pero que han sido excluidas por el órgano que tiene la última palabra en el sistema jurídico, normalmente el Tribunal Constitucional, que realiza la interpretación autoritativa del texto de reconocimiento. Esta circunstancia nos muestra de nuevo la dificultad de una separación nítida entre derechos subjetivos y derechos morales. Esta dualidad de conceptos nos ayudará a distinguir cuándo una afirmación es descriptiva del sistema jurídico o una tesis prescriptiva del autor que la sostiene. En todo caso, debemos ser cuidadosos a la hora de ampliar en exceso el catálogo de los

derechos fundamentales («inflación de derechos»), pues lo correcto es que esta labor sea realizada por el poder constituyente; si cayéramos en el *populismo de los derechos*, estos acabarían desvirtuándose, y además la creación de un derecho nuevo puede afectar a los derechos ya existentes y crear nuevas obligaciones, así como nuevos gastos para el Estado<sup>14</sup>. Las demandas morales de la ciudadanía deben ser articuladas colectivamente (no tiene sentido que un autor reivindique en solitario un nuevo derecho) e intentar que lleguen a traducirse en leyes: ya que, al menos en España, es muy difícil reformar la Constitución (y por tanto ampliar formalmente el catálogo de los derechos fundamentales) y, más difícil todavía, influir en la comunidad internacional (y por tanto ampliar el catálogo de los derechos humanos), al menos deberían llegar al Parlamento (ampliando así el catálogo de los derechos subjetivos), pero apenas existen cauces de comunicación entre los representantes y los representados para que estos puedan influir en aquellos: volveré sobre esto más adelante. No obstante, con buena presión ciudadana y con partidos abiertos a las demandas sociales, a veces esto se consigue, y el legislador termina reconociendo nuevos derechos (esto es, transformado derechos morales en derechos subjetivos), aunque nos queda la duda de si el legislador de los últimos años no se esté inventando demandas que no existen en la ciudadanía real: en el mejor de los casos, estaría por delante de la sociedad, en una suerte de moral crítica. Como después comprobaremos, parecería así que el legislador pretende crear en la práctica nuevos derechos fundamentales, que antes lo fueron morales. Nuevamente: descuidar el estudio de los derechos morales equivaldría a petrificar el catálogo de los derechos y a negar la aportación de la ciudadanía y de sus representantes en su ampliación.

Recapitulando: desde el punto de vista jurídico, todos los derechos reconocidos en las normas jurídicas son derechos subjetivos, pero puede haber derechos (subjetivos) humanos, derechos (subjetivos) fundamentales y derechos (meramente) subjetivos. Los derechos humanos y los derechos fundamentales tienen muchos puntos en común, tanto en sus respectivos catálogos como en sus mecanismos de garantía, pues los tribunales defienden ambos, por encima de la ley. Ahora bien, pueden existir *derechos fundamentales que no son derechos humanos*, en cuyo caso el poder constituyente (o el intérprete autoritativo de la Constitución) fue más generoso que la comunidad internacional, y esto debería ser lo habitual, pues esta última pretende «legislar» para todo el mundo, y por tanto dibujaría más bien un mínimo. Sin embargo, en la situación actual, paradójicamente, resulta más frecuente la existencia de *derechos humanos que no son fundamentales*. Estos derechos pueden ser, en teoría, aplicados por los tribunales nacionales ordinarios (no formalmente por el Tribunal Constitucional), inclusive frente al legislador (control de convencionalidad), por lo que la especificidad de este grupo de derechos se diluye. En todo caso, estirando un poco el

14 Las críticas a la inflación de derechos son frecuentes, pero normalmente caen en la falacia de la generalización (p. ej., Alvear, 2025); para una primera crítica de estas críticas, p. ej., Escobar (2018: 211-216).

artículo 10.2 CE, como veremos, los derechos humanos no fundamentales deberían ser algo muy excepcional en la práctica.

## II. INTERRELACIONES ENTRE DERECHOS, SUBJETIVACIÓN DE PRINCIPIOS Y LA SUTIL FRONTERA ENTRE INTERPRETAR Y CREAR DERECHOS

### 1. Interrelaciones

Una vez definidos y caracterizados los cuatro tipos básicos de derechos (tenemos los tres primeros y, en cuanto al cuarto tipo, querríamos tenerlos, aunque todavía no sabemos quiénes), estamos en condiciones de destacar las conexiones entre ellos. Aunque habría otras<sup>15</sup>, me centraré en dos formas de conexión, para destacar mejor sus diferencias; la demarcación entre ambas resulta clave, no solo conceptual, sino también políticamente:

a) *En la interpretación constitucional*. Los derechos legales, humanos y morales ofrecen argumentos para ampliar el catálogo de los derechos fundamentales por vía interpretativa; esto sirve para las constituciones que contienen un catálogo formalmente cerrado de derechos (los derechos fundamentales son exclusivamente los reconocidos en el texto constitucional) y más aún para las que incorporan cláusulas expresas de apertura, como la estadounidense (enmienda IX). En España, la Constitución parece decantarse por un catálogo cerrado de derechos, pero esto no es exactamente así, pues se permite una cierta apertura a la moral (los conceptos del art. 10.1 son conceptos jurídicos, pero también y sin duda antes, son morales) y al Derecho internacional (art. 10.2); siendo esto así, la perspectiva de los derechos humanos y morales puede servir para justificar ampliaciones del catálogo de los derechos fundamentales o, en los formalmente cerrados, ampliaciones del contenido de los derechos ya reconocidos.

La argumentación moral, convenientemente adaptada al lenguaje jurídico (los juristas nunca reconocen que están haciendo argumentación moral), resulta asimismo de utilidad para la determinación del contenido de los derechos fundamentales, sobre todo por la vía de los principios constitucionales y de la interpretación finalista: se trata de practicar una «moralización adecuada» (Alexy, 2016: 29) de los derechos fundamentales, no de suplantar el razonamiento jurídico por el moral. Nuestra Constitución remite a valores morales (sobre todo, «valores superiores» del art. 1.1), los cuales, pese a no configurar derechos propiamente

15 Dejo fuera en este trabajo las conexiones más propias de los académicos y menos de los prácticos. Los derechos morales sirven para comprender, explicar (y enseñar) y criticar el Derecho vigente y adelantarnos a su evolución; no tenerlos en cuenta implicaría caer en un positivismo extremo, por autosuficiente, y sacralizar el *statu quo*. Los académicos debemos colaborar en la evolución del Derecho, en diálogo constructivo con la ciudadanía, el legislador y los tribunales (Häberle, 2020: 21, 24 y 28).

dichos, (nótese, no obstante, lo que después se dirá sobre el art. 10.1 CE), pueden servir como válvulas de apertura del razonamiento jurídico a la moral. No podemos olvidar que, sin necesidad de tomar partido a favor de la teoría axiológica (la cual, en sus versiones más extremas, entiende los derechos como la expresión de un jerárquico orden de valores objetivos, y no de intereses individuales), todo el sistema de derechos, y aun el conjunto del orden constitucional, encuentra su fundamento en una concreta filosofía moral (inicialmente, la propia del liberalismo, a la que después se añadirán las corrientes democrática y socialista), sin cuyo conocimiento cualquier interpretación de los derechos fundamentales resultaría incompleta. Como es obvio, la utilidad de la filosofía moral será mayor cuanta menor claridad presenten los datos ofrecidos por el ordenamiento jurídico, y en particular en los llamados «casos difíciles» o «casos trágicos». Desde luego, a nadie se le ocultan los riesgos de subjetivismo aparejados a la utilización de este tipo de razonamiento, pero parece más oportuno hacer explícitas las posiciones morales (o ideológicas) del intérprete que ocultarlas bajo el manto de una ilusoria objetividad jurídica. Precisamente uno de los propósitos de este trabajo consiste en reducir al máximo ese subjetivismo, combinando la interpretación valorativa-finalista con la internacional-comparada y la sociológica.

El análisis de los derechos humanos resulta, por otra parte, jurídicamente obligado en España, puesto que el artículo 10.2 CE incluye una obligación de interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los derechos humanos. Normalmente se considera que esta norma no permite ampliar el catálogo de los derechos de la Constitución (aunque a veces el Tribunal Constitucional lo hace sin decirlo, como después comprobaremos), sino que recoge únicamente un criterio interpretativo, que entra en juego «una vez agotadas las posibilidades hermenéuticas que ofrece la propia Constitución sin que se logre despejar las dudas acerca del concreto alcance de los derechos fundamentales» (ATC 68/1996, FJ 8)<sup>16</sup>. De entre las posibilidades abiertas en el Derecho comparado, la opción española me parece la más correcta, pues distingue adecuadamente entre derechos fundamentales y derechos humanos, colocando a los primeros en una posición superior. Resulta claro jurídicamente que la Constitución (obra del poder constituyente) es superior a los tratados (obra del poder legislativo, en conjunción con otros, y no siempre), y ya sabemos que los tratados crean derechos, aunque inferiores a los fundamentales. Otra cosa es que los derechos de los tratados influyan sobre los derechos fundamentales y que permitan controlar al poder legislativo nacional. Veamos brevemente ambas cuestiones:

- La ampliación del contenido de los derechos fundamentales del catálogo. Si un derecho coincide en los dos catálogos, puede tener dos contenidos

16 La utilización del criterio no es desde luego tan sencilla, como se revela en la cambiante y a veces contradictoria jurisprudencia del Tribunal Constitucional (p. ej., Requejo, 2018: esp. 29-39).

(estándares, en el lenguaje internacional), uno constitucional y otro internacional, y cualquiera de ellos puede ser más amplio que el otro.

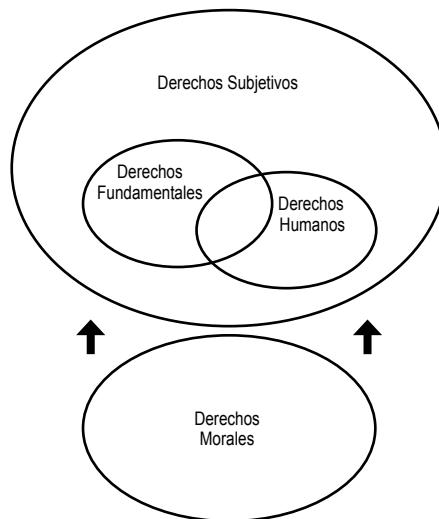
- La relación entre derechos fundamentales y derechos humanos. Si no podemos interpretar expansivamente el derecho fundamental, queda aparte un derecho humano, que es directamente aplicable y exigible ante los tribunales ordinarios (no ante el Tribunal Constitucional, que solo aplica la Constitución). Este derecho humano está sin embargo por encima de la ley. Es cierto que la idea es discutible (solo discutible) desde el principio democrático, pero es incontestable jurídicamente y tiene una clara consecuencia procesal, que es el control de convencionalidad, que suele considerarse difuso, luego el Tribunal Constitucional normalmente debe inhibirse, por tratarse de «una cuestión de legalidad» (STC 140/2018, FJ 6). De esta forma, se produce la paradoja, al menos en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, que es más fuerte la garantía de los derechos humanos (pues cualquier juez puede controlar al legislador) que la garantía de los derechos fundamentales (pues solo el Tribunal Constitucional puede controlar al legislador). A cambio, los órganos internacionales y los tribunales nacionales que declaran la no convencionalidad de la ley no pueden anularla, y si son internacionales, ni siquiera dejar de aplicarla. Por ello, ni unos ni otros son plenamente «jurisdicción» constitucional.

b) *En la creación de derechos fundamentales.* Como enseñada comprobaremos, los Parlamentos y tribunales crean en la práctica nuevos derechos fundamentales, haciendo pasar esa creación como interpretación. Esto es una trampa democrática, pues el único sujeto legitimado, política y jurídicamente, para realizar esta tarea es el poder constituyente. Lo que se ha hecho, hecho está (interpretación autoritativa, que es Derecho vigente), pero pensemos en el futuro: no ya (formalmente) interpretación constitucional, sino política constitucional, y ya veremos quiénes pueden ser sus actores. De momento y en términos generales: el análisis jurídico (las fuentes del Derecho, incluyendo sus interpretaciones autoritativas) no cierra el debate en materia de derechos. Una vez agotadas las posibilidades de interpretación, siempre quedarán los derechos morales como instancia crítica del Derecho vigente e instrumento idóneo para proponer su reforma. Incluso los derechos meramente subjetivos de rango en apariencia solo legal pueden ser utilizados como argumento para nuevas interpretaciones de los derechos fundamentales (recordemos los ejemplos citados de la servidumbre de paso y del derecho de los abuelos a visitar a sus nietos) e incluso para la reforma constitucional. Veamos de momento dos casos significativos: los comités de Naciones Unidas y las Defensorías del Pueblo proponen en ocasiones reformas legales no apoyadas claramente ni en los tratados ni en la Constitución sino, implícitamente, en argumentos morales.

Como conclusión de lo expuesto hasta ahora, los derechos deben entenderse como un todo, consecuencia del diálogo (que no debe ser solo entre juristas) y la

actualización permanente: los derechos morales, humanos, fundamentales y legales se encuentran en continua interacción y evolución, normalmente hacia mejor. Veamos un último ejemplo, para que todo quede más claro: la protección del medio ambiente comienza como reivindicación ciudadana (derecho moral) y luego se incorpora a muchas constituciones (derecho fundamental), pero aún no se encuentra desarrollada en los tratados internacionales como derecho humano y tiene dificultades para configurarse como derecho subjetivo, pues no se concreta todavía en deberes claramente exigibles por los ciudadanos ante los tribunales<sup>17</sup>. En otros casos los derechos humanos van por delante, como sucede en la mayoría de los sociales. Raramente los derechos, del tipo que sean, surgen sin una previa demanda moral, pues siempre imponen límites y obligaciones al poder, y no es fácil que este decida, sin presión externa, limitarse u obligarse a sí mismo. Un estudio de los derechos fundamentales que no dé cuenta de los derechos humanos y morales nos llevaría a conclusiones erróneas, por incompletas. La dogmática constitucional ha avanzado mucho en incorporar la perspectiva internacional, pero no tanto, al menos de forma explícita, en atender al punto de vista moral, inextricablemente unido este hoy (ya no cabe un iusnaturalismo de los sabios) al democrático, como veremos. De otro lado, insistir en la configuración de los derechos fundamentales como derechos subjetivos me parece esencial para reforzar su exigibilidad, algo que suele afirmarse sobre el papel, pero muchas veces sin derivar de ello las consecuencias necesarias.

Mi propuesta conceptual definitiva podría representarse gráficamente así:



<sup>17</sup> Recientemente, el Tribunal Constitucional alemán y el TEDH han dictado sentencias innovadoras, que sin apoyo textual ni en la LFB ni en el CEDH, han reconocido un auténtico derecho al medio ambiente, y seguramente nuestro Tribunal Constitucional se sume a esta tendencia en un caso *sub iudice*.

De entre los cuatro conceptos básicos de los derechos, este trabajo se centra en uno de ellos, los derechos fundamentales, una elección entre otras posibles, pero creo que se justifica por resultar la más útil para la dogmática: en términos jurídicos, son los derechos más importantes, por ocupar el lugar más alto del ordenamiento, y ello pese a las matizaciones en la concepción tradicional de la jerarquía normativa introducidas por el Derecho de la Unión Europea.

Contamos entonces con diversas fuentes de reconocimiento de derechos (el poder constituyente estatal, el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización de las Naciones Unidas) que dan lugar a catálogos distintos, pero que comparten un cierto aire de familia, pues tales catálogos se parecen. Es cierto que el Estado lo unifica todo (los tratados deben ser ratificados por el Estado), o mejor, casi todo (el Derecho de la Unión se aplica sin ratificación estatal), pero también lo es que, una vez los catálogos han sido creados, evolucionan cada uno por su lado: el «diálogo» no deja de ser algo excepcional, muchas veces cosmético y en todo caso no obligatorio ni institucionalizado, y en la práctica no siempre está claro quién tiene la «última palabra» en materia de derechos<sup>18</sup>.

## 2. Intersecciones

Debemos esforzarnos por construir figuras autónomas (círculos secantes), al margen de las denominaciones y ubicaciones de cada uno de los textos, pues de otro modo la clarificación conceptual resultaría muy difícil. A veces una misma figura aparece en unos textos y no en otros, o aparece en varios, pero en algunos no como derecho, o con otro nombre. En todo caso, el problema no es tanto la elaboración de un catálogo único de figuras independientes entre sí como los cruces entre las figuras, un problema adicional que dificulta la conceptualización y por tanto la clarificación. Aquí encuentro dos conceptos incipientes (poco consolidados por tanto y hasta me temo que poco conocidos en nuestra dogmática), que pueden servir para explicar dónde está el problema:

- a) La *conurrencia de derechos*. Se trata de un concepto de la dogmática alemana<sup>19</sup>, que no ha llegado todavía a España. Se produce cuando un mismo interés parece encajar en el contenido de varias figuras de derechos; por ejemplo, el interés del piquete informativo a no ser filmado por la policía

18 El llamado constitucionalismo multinivel tiene algo de utópico: propone sustituir la jerarquía por la cooperación (p. ej., entre otros muchos, Cruz, 2004: 148), pero esto no me parece todavía jurídicamente posible (salvo que eliminemos de una vez por todas el principio de primacía de la Constitución, que sigue afirmándose en la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2014, y hasta ahora no ha sido desdicha), y resulta significativo que uno de sus valedores termine reconociendo que sigue en pie la disputa sobre la «última palabra» (Kotzur, 2009: 77).

19 Una buena síntesis, muy pedagógica, con casos prácticos resueltos, es Brade (2022). El trabajo más exhaustivo es Reßing (2016). Sigo aquí sobre todo a Hofmann (2008).

podría ser libertad de expresión, libertad de reunión, libertad de huelga, libertad sindical e incluso derecho a la intimidad<sup>20</sup>. Al justiciable le da igual, y a los abogados les sale gratis invocar un batiburrillo de derechos, a ver si alguno «cuela», pero la dogmática debe clarificar<sup>21</sup>, y ya veremos cómo el desconocimiento por nuestro Tribunal Constitucional de este concepto crea no pocos desaguisados. Tras demostrar que los métodos del Derecho penal (concurso de delitos) y del Derecho civil (conurrencia de normas), no sirven para los derechos fundamentales (2008: 535-537), Hofmann propone diversas soluciones, según cada caso, aunque ninguna es siempre concluyente: a) descomposición cronológica de los hechos (p. ej., primero se registra un domicilio —inviabilidad del domicilio— y después se incautan los bienes —propiedad privada—); b) interpretación de los hechos, mediante una correcta delimitación recíproca de los intereses afectados, uniendo los criterios finalista y de la especialidad (p. ej., la expresión en una manifestación puede ser libertad de reunión o de expresión, según las ideas coincidan o no con el objeto de la manifestación convocada); c) elección del derecho regulado en la ley que permite inicialmente la afectación; d) elección del derecho con mayor grado de afectación; e) en casos extremos, reforzamiento de la protección cuando no pueda establecerse con claridad qué derecho fue afectado (p. ej., el TEDH muchas veces, cuando ya ha constatado la violación de un derecho omite seguir argumentando sobre otros, pero en otras ocasiones la vulneración simultánea de la igualdad refuerza su tesis, en una suerte de «a mayor abundamiento»).

- b) La *interdependencia de los derechos*. Es un principio del Derecho internacional de los derechos humanos, que a veces se confunde con otro similar, la indivisibilidad de los derechos, y que tampoco ha penetrado en nuestra dogmática de los derechos fundamentales. Podría ser considerado un principio interpretativo de todos los derechos (al menos, de los humanos y fundamentales), que sirve sobre todo para su potenciación mutua (especialmente para reforzar los derechos sociales<sup>22</sup>) y para avanzar en la uni-

20 La STC 37/1998 hace una buena aplicación del criterio de la especialidad y se centra básicamente en la libertad de huelga y en la libertad sindical, aunque habría bastado con una de las dos.

21 No solo por esto, también las consecuencias jurídicas de una u otra adscripción pueden ser diferentes, especialmente cuando los límites de cada derecho no coinciden, como sucede en la muy controvertida Sentencia del Tribunal Constitucional alemán Schächt (BVerfGE 104, 337), muy citada a cuenta de la concurrencia, sobre el carnicerío musulmán que quiso sacrificar animales sin el previo aturdimiento exigido por la ley.

22 Esta tendencia se aprecia sobre todo en la jurisprudencia del TEDH; como sucede con nuestro recurso de amparo, el órgano jurisdiccional solo puede proteger algunos derechos (los del CEDH y sus Protocolos), no todos, y entonces estira los derechos liberales: el primer caso emblemático es Airey contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979, donde viene a crearse un nuevo derecho de prestación (aquí surgen las obligaciones positivas) en la vida familiar; esto no deja de ser una cierta trampa, explicable por las aludidas limitaciones procesales.

versalización de todos<sup>23</sup>. Por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio no es universal si no se reconoce previamente el derecho a la vivienda (quien no tiene vivienda no puede tener inviolabilidad del domicilio), y lo mismo sucede con el derecho a la vida y su antecedente, el derecho a la salud (aquel a quien se priva de asistencia sanitaria en determinados casos, perderá su vida). Se trata, insisto, de un principio interpretativo, que no debería impedir la tarea clarificadora de continuar diseñando figuras autónomas (cuatro, y no dos, en los ejemplos anteriores). Esta vez por motivos procesales, los tribunales mezclan derechos, y esto también contribuye a la confusión.

Que un mismo interés encaje en varias figuras no es un grave problema para sus titulares, y al parecer tampoco para los tribunales, pero conduce a una jurisprudencia desordenada y por ello incontrolable, y la dogmática debe clarificar, para aportar seguridad y reducir la arbitrariedad. A los efectos de este trabajo, no sabemos entonces cuándo estamos ante un «viejo» derecho que se amplía y cuándo ante un «nuevo» derecho que nace. Problemas procesales aparte, la distinción tiene trascendencia política (*¿quién decide?*), y esto sí es importante: interpretar (normalmente para ampliar el contenido de un derecho o sus titulares) puede ser aceptable en términos generales (aunque habrá que ver cómo se argumenta en cada caso), pero crear un nuevo derecho es una opción política, que debería corresponder al poder constituyente o al poder de reforma constitucional.

### 3. Subjetivación de principios y mandatos

Antes de verificar, sin ánimo exhaustivo en todo caso, qué nuevos derechos fundamentales se han creado hasta la fecha, por quién y cómo, se impone una última clarificación conceptual, que es la subjetivación de los principios. Aquí el Tribunal Constitucional también arroja bastante confusión, pero la culpa no es solo suya, sino más bien del constituyente de 1978: simplificando, porque se quedó corto en el catálogo, o porque dificultó la reforma constitucional.

#### a) *Dignidad y libertad como derechos*

En primer lugar, los principios, estrictamente considerados, son las normas fundantes del sistema, las que explican su origen, lo justifican, y son comunes en

23 Correctamente, Salvioli (2020: 226-229). Cita dos formas de interdependencia: hacer derivar un derecho de otro, creándose así uno nuevo, y reforzar mutuamente dos derechos independientes, previamente existentes. Para la dogmática constitucional resulta preferible la segunda, aunque en la práctica predomine la primera, por las razones que seguidamente se explican

nuestro entorno cultural: la definición de la forma de Estado, los valores superiores del ordenamiento (art. 1.1 CE) y el llamado fundamento de nuestro orden político y social (art. 10.1 CE). Por lo que aquí interesa, parece evidente que son principios la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. En ningún lugar el Tribunal Constitucional ha sostenido de forma tajante que no puedan ser derechos fundamentales, y lo único que está claro es que quedan fuera del recurso de amparo; ahora bien, como ya se ha dicho con mención a Francia e Italia, el acceso a este proceso no es definitorio de los derechos fundamentales. Que sean principios no impide tampoco que, *a la vez, o al menos en parte*, puedan ser derechos fundamentales, aunque no puedan ser alegados de forma autónoma en amparo (pero sí en otros procesos ante el Tribunal Constitucional, y en cualquier proceso ante los demás tribunales). Buscando una dogmática común europea, ambos son derechos fundamentales en el país que cuenta con el mayor desarrollo constitucional de nuestro entorno cultural y en Europa: la dignidad es derecho en la Unión Europea (art. 1 CDF) y en Alemania (art. 1.1 LFB) y el libre desarrollo de la personalidad es derecho (aunque con otro nombre, art. 8 CEDH) en el Consejo de Europa y también en Alemania (art. 2.1 LFB). Está claro que son principios que *tienen que ver* con el sistema de derechos fundamentales (no hay duda de que son intereses de las personas: es más, son sus intereses más importantes), pero también podrían ser derechos fundamentales autónomos; en este caso, como la dicción literal no ayuda y la tradición tampoco, estaríamos hablando de «nuevos» derechos, al menos en España. Veamos sintéticamente lo que ha sucedido con ambos en nuestro país:

- i) La *dignidad de la persona* es utilizada con relativa frecuencia por los tribunales como argumento en variados ámbitos normativos, y si lo estudiáramos con detalle (a los tribunales ordinarios les sigue constando hacer interpretación constitucional, y más todavía, ser creativos, lo que nos obliga a leer entre líneas), seguramente descubriríamos alguna sentencia en que aparece como derecho autónomo, aunque no se diga así. El Tribunal parece sostener que no hay un derecho fundamental a la *dignidad de la persona*, pero en ocasiones se contradice. Recordemos que la dignidad abre el Título I («De los derechos y deberes fundamentales»), luego sistemáticamente podría ser un derecho fundamental<sup>24</sup>. Sin embargo, al menos en una ocasión el Alto Tribunal la ha reconocido como derecho<sup>25</sup>. Así, en la

<sup>24</sup> Pascual (2015: 301) cita a seis autores que afirman que la dignidad no es un derecho fundamental. En un trabajo ya en maquetación me ocupo de revisar uno a uno sus argumentos. Adelanto que el más plausible es el siguiente: los principios no pueden ser derechos por su generalidad y abstracción (p. ej., Presno, 2022: 26), pero se trata de un argumento circular: es principio porque es ambiguo y es ambiguo porque es principio, y la jurisprudencia comparada revela que se ha ido concretando bastante, luego la tesis es desmentida por la práctica.

<sup>25</sup> Hay un precedente curioso (no ha tenido continuación), que es el conocido caso de Violeta Friedman (STC 214/1991), que demandó a un exnazi por unas declaraciones sobre el holocausto. Aquí el Tribunal reconoce una suerte de derecho al honor colectivo (un antecedente de los delitos de odio, que llegarían

STC 192/2003 se declara nulo el despido a una persona sancionada por trabajar en otra empresa durante sus vacaciones. Dice así el Tribunal: «Una concepción del derecho [...] como la mantenida en las resoluciones judiciales impugnadas equivale a desconocer la dignidad personal del trabajador, *entendida ésta como el derecho* de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno» (cursivas mías, GER). La vía de entrada en el amparo es el artículo 24.1 CE, con el subterfugio de que los tribunales ordinarios no aplicaron bien las normas, pero si no lo hicieron fue porque consideraron erróneamente que la dignidad no era un derecho fundamental. Lo más correcto habría sido que el Tribunal Constitucional hubiera afirmado con claridad que existe un derecho fundamental a la dignidad (un «nuevo» derecho, si se quiere) en aquellas situaciones de instrumentalización de la persona que no encajan en derechos específicos, como sucede en Alemania. Al final, existe por tanto un derecho fundamental a la dignidad, o de momento un fragmento de ella. La dignidad, obviamente, no es nueva, y la encontramos en casi todas las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial; lo que es nuevo es su cambio de significado en la jurisprudencia: de principio a derecho. En síntesis, el error fue confundir derechos fundamentales con derechos susceptibles de amparo. En todo caso, en los últimos años, la dignidad ha quedado absorbida (incluso en un caso tan claro como la muerte digna) por su hermano en el mismo artículo 10.1, el libre desarrollo de la personalidad, que es un concepto diferente: veámoslo seguidamente.

- ii) El *libre desarrollo de la personalidad* podría ser, por su elasticidad, un campo más fructífero para la creación de nuevos derechos. No he encontrado ninguna sentencia del Tribunal Constitucional en la que aparezca como derecho autónomo<sup>26</sup>. Ahora bien, como veremos, el libre desarrollo de la personalidad es el argumento más utilizado para justificar la creación de nuevos derechos fundamentales en los últimos años, pero con la trampa evidente (e innecesaria, de haberse reconocido un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad) de estirar demasiado los derechos a la integridad e intimidad. Sostengo que dignidad y libre desarrollo de la personalidad son conceptos distintos, y que incluso pueden llegar a colisionar. Dignidad es no instrumentalización y universalidad; libre desarrollo de la personalidad es la concreción del valor libertad del artículo

después), que también podría ser considerado un nuevo derecho fundamental, dado el evidente cambio en la concepción tradicional del honor, que siempre fue individual. En el fondo, lo que se estaba protegiendo en el caso, más que el honor, era la dignidad (que también se citó) como derecho autónomo y diferenciado.

26 La expresión «derecho al libre desarrollo de la personalidad» aparece literalmente, aunque de pasada y más bien por cita de los recurrentes, en las SSTC 31/2010 (FJ 22), 60/2019 (FJ 1) 103/2018 (FJ 4) y 67/2022 (FJ 2). La LO 2/2010 la utiliza en su art. 12.

1.1, y bien podría conceptualizarse como una especie de «derecho escoba», que cubre las acciones de las personas, esenciales para su proyecto de vida (no cualquier acción vale igual), que no encajan en las demás figuras del catálogo: nuevamente, la experiencia alemana resulta aquí especialmente significativa<sup>27</sup>. En los últimos años el libre desarrollo de la personalidad, reciente bandera de la llamada mayoría progresista de nuestro alto tribunal, ha servido para justificar la creación de nuevos derechos, pero sin llegar al salto de convertirlo en un derecho fundamental autónomo, que habría sido lo más correcto, y de ahí los estiramientos artificiosos de otros derechos viejos, que enseguida comprobaremos.

b) *Derechos en el capítulo III del título I*

En segundo lugar, aunque el capítulo III del título I se denomina «De los principios rectores de la política social y económica», en él encontramos muchas cosas, pero ninguna de ellas es un principio en sentido estricto, tal y como previamente lo he definido. Aquí el constituyente cometió dos errores: llamar principios a lo que no lo son (la mayoría son mandatos al legislador) y no calificar como derechos a los que debieron serlo (lo eran al menos desde el PIDESC de 1966, ratificado por España antes de la CE). Como la reforma constitucional en este punto parece imposible<sup>28</sup> y como el criterio decisivo es el de la importancia, o si se quiere, lo que el pueblo considera importante, el Tribunal Constitucional ha terminado reconociendo fragmentos de derechos fundamentales sociales de prestación, en una suerte de parche de la cicatería del constituyente. Esta jurisprudencia revela algo significativo: por su conexión con valores centrales de nuestra Constitución, estos derechos son algo demasiado importante para dejarlos solo en manos de los tribunales ordinarios. Las vías seguidas, propuestas desde antiguo para los más conspicuos valedores de los derechos sociales (Abramovich y Courtis, 2002: 168-248), para proteger en amparo, quizás un tanto forzadamente, derechos del capítulo tercero han sido sobre todo las tres siguientes (para más detalles de lo que sigue y por todos, Cubero, 2017): a) la ampliación del

27 Resulta interesante revisar la variopinta panoplia de los intereses que han sido protegidos dentro del contenido de este derecho (p. ej., Kingreen y Poscher, 2023: 131), que, no sin polémica (ya desde una de las primeras sentencias, «Cabalgar en el bosque», BVerfGE 80, 137, que contó con un famoso VP de Dieter Grimm), revelan una concepción bastante extensiva (aunque normalmente bien razonada) de la libertad, que apoyaría las últimas tendencias de nuestro Tribunal Constitucional, no tan libertarias como se critica desde sectores conservadores. Como se irá comprobando, mi crítica se centra más en los razonamientos que en los fallos.

28 Las organizaciones no gubernamentales (Amnistía Internacional, Oxfam-Intermón y Greenpeace, 2015) y parte de la doctrina (Escobar, 2018: 124-130 y López Garrido, 2023) han propuesto la transformación de los llamados principios rectores en derechos fundamentales, por vía de reforma constitucional, hasta ahora sin ningún éxito.

contenido de la integridad física como excusa para la protección del *derecho a la salud* (p. ej., SSTC 62/2007 o 160/2007); b) la protección de algunas exclusiones del *derecho a la seguridad social* por considerarlas discriminatorias (p. ej., SSTC 68/1982 o 231/1993); c) como en el caso de la dignidad, la protección de la faceta reaccional del *derecho a la vivienda* mediante el control de la motivación de sus injerencias judiciales (p. ej., STC 163/2021). Se trata de una protección muy indirecta y fragmentaria, pues o se refiere a casos excepcionales o el derecho sustantivo se trata de refilón. En síntesis y de momento: dignidad, salud, seguridad social y vivienda han sido, al menos en parte, reconocidos como (nuevos) derechos fundamentales. Aunque una doctrina muy minoritaria siempre había afirmado que lo eran desde 1978, el Tribunal ha terminado considerándolos en la práctica como fundamentales, pero no con pocas contradicciones, pues continúa *obiter dicta* afirmando, como tesis general, que ni siquiera son derechos. ¿No hubiera sido más razonable afirmar desde el principio y de forma clara que estos cuatro eran derechos fundamentales?

### III. CREACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL LEGISLADOR Y POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: RECUENTO

El poder constituyente (derivado) del pueblo, entendido como el conjunto de todos los ciudadanos actuando de forma unitaria, está en hibernación desde 1978<sup>29</sup>. Esto no quiere decir que la ciudadanía lo haya estado, pero no propiamente como poder constituyente; ni siquiera en el 15-M, que seguramente fuera el momento de más amplia contestación ciudadana, llegó a plantear seriamente una reforma constitucional. Ahora bien, si hay voluntad política (léase acuerdo PP-PSOE), el poder de reforma constitucional (si no hay referéndum, una especie de poder constituyente descafeinado) se activa, y con sorprendente facilidad (y celeridad). De las tres reformas de la Constitución, solo la primera creó nuevos derechos o, más exactamente, amplió el círculo de titulares de un derecho tan «clásico» como el sufragio pasivo<sup>30</sup>. Ningún derecho propiamente nuevo en el texto, por tanto, desde 1978.

29 No tiene desperdicio el trabajo de Pedro De Vega (2017), de donde extraigo la metáfora. El autor termina proponiendo una vuelta a Rousseau y desconfía de que el Tribunal Constitucional pueda hacer las veces de poder constituyente: de esta forma, la democracia quedaría diluida, a su juicio, en una suerte de dictadura de doce presuntos sabios: «lo que realmente ocurre es que de guardianes del Poder Constituyente pasan a transformarse en sus sustitutos» (p. 306). Nos queda, sin embargo, como tarea esencial del jurista, la crítica a la jurisprudencia, y uno de los parámetros de dicha crítica bien podría ser el «espíritu del pueblo», pero demostrado con datos sociológicos (p. 298): al final volveré sobre ello.

30 Art. 13.2, reformado el 27 de agosto de 1992, para permitir la ampliación de la titularidad del sufragio pasivo en elecciones municipales. La reforma de 27 de septiembre de 2011 del art. 135 no tiene que ver con derechos fundamentales (si acaso, para justificar sus limitaciones presupuestarias, pero no es el

Ya que en 47 años el pueblo no se ha manifestado (porque no le han preguntado) sobre el catálogo de los derechos fundamentales, veamos si los órganos del Estado lo han ampliado en este período. Me limitaré a los dos más importantes: legislador estatal y Tribunal Constitucional, que no en vano deberían (nótese el condicional) «dialogar» (en España<sup>31</sup>, al menos, procesalmente hablando<sup>32</sup>), sobre todo en los recursos contra leyes.

## 1. El legislador crea derechos

En términos conceptuales, parece que el legislador no puede crear derechos fundamentales, pero esto no ha sido exactamente así en la práctica, y si el Tribunal Constitucional lo ha hecho (esto es bastante evidente, como enseguida vamos a comprobar), ¿por qué no podría hacerlo el legislador, que cuenta con mayor legitimidad democrática? La Constitución nos dice que el legislador regula el ejercicio (art. 53.1) o desarrolla (art. 81.1) derechos fundamentales, no que pueda crearlos, y la idea de interpretación constitucional suele circunscribirse al ámbito judicial (y a veces también a los «casos concretos»), pero en ningún lugar la Constitución dice que interpretar sea una tarea exclusiva de los tribunales, los cuales, y solo ellos, juzgan (art. 117.1), y para ello antes interpretan, pero podrían no ser los únicos en hacer esto último; es más, si traspasamos la frontera de la interpretación y entramos en el terreno de la creación<sup>33</sup>, el legislador parece un órgano

momento de entrar en ello). La reforma de 25 de enero de 2024 del art. 49 es más bien cosmética, aunque puede servir para reforzar las acciones positivas desde una concepción más avanzada del derecho a la igualdad o el contenido prestacional de los demás derechos fundamentales, pero tampoco crea propiamente o con claridad derechos nuevos.

31 En algunos países (Canadá, Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia) existen mecanismos institucionales de diálogo entre el Parlamento y el Tribunal Constitucional, pero parten de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes diferente al nuestro (denominado «constitucionalismo débil»; por todos, Da Silva: 244-269), y en todo caso, creo que no encajarían en nuestra cultura política.

32 Este diálogo es un tanto extraño, pues se da la paradoja de que a veces el Parlamento debe comprender para defender la ley de una mayoría anterior (art. 34 LOTC), y por ello, con buen criterio, la ley permite que «puedan» personarse, no que deban. Más paradójico todavía: que sea el Gobierno quien defienda la ley, y esto es casi más frecuente, aunque la ley no sea suya. Incluso podría darse el caso de que ni el Gobierno actual ni la mayoría parlamentaria actual quisieran defender la ley recurrida, pero entonces no habría contradicción entre las partes, que es esencial a la idea de proceso.

33 En un conocido trabajo de 1975, Häberle (2020: 17-19) defendió un concepto amplio de interpretación constitucional, que incluía, entre otras, la interpretación del legislador, considerada una interpretación «anticipada» (pp. 17 y 22) o, más suavemente, cuando califica al legislador como un «preursor de la interpretación constitucional» (p. 23). Entre nosotros, Pérez Royo (1988: 71-72) es más directo: «el legislador interpreta la Constitución [...]. Es el más asiduo, el más constante intérprete de la Constitución, ya que de él depende la creación de las normas inmediatamente posteriores a la Constitución en la jerarquía normativa, a través de las cuales se da vida a la propia Constitución y se hace frente a los problemas que surgen en la sociedad. Dicho en otras palabras: es el intérprete normal, ordinario de la Constitución». En sentido similar se pronuncia nuestro gran maestro de la Filosofía del Derecho (Díaz, 2013: 84), en línea con su bien conocida defensa del principio de las mayorías, y con él todas las posturas contrarias al activismo judicial, capitaneadas

más adecuado, y esta es la tesis central del constitucionalismo político, al que me referiré más adelante. En mi opinión, desde un concepto amplio de interpretación, el legislador también interpreta la Constitución, al dotar de significado a los preceptos constitucionales. No podemos saber lo que está en la mente del legislador, si es que esta mente existe como tal, pero sí comprobar cómo, en ocasiones, normalmente en los preámbulos (y a veces también en el articulado), el propio texto nos dice que está desarrollando la Constitución, luego está atribuyéndola un significado<sup>34</sup>. Esto resulta obvio en los casos claros de desarrollo «directo»; en los demás, cuando nos acercamos a lo creativo, la cuestión es más polémica. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este tema (o, más bien, lo ha sobrevolado) al menos en dos ocasiones significativas:

- a) Cuando varios Estatutos de Autonomía fueron reformados, algunos incluyeron catálogos de derechos, y varios de ellos pueden calificarse sin duda como «nuevos»<sup>35</sup>. Aquí podríamos admitir que no son derechos fundamentales, más que por falta de rango, que también, por falta de universalidad: un derecho fundamental que solo se reconoce en Cataluña o en Castilla y León parece una contradicción en los términos, pues la figura es obra del poder constituyente, y este es nacional por definición<sup>36</sup>. En todo caso, el Tribunal (SSTC 247/2007 y 31/2010) no entra en el fondo, escudándose en que el Estatuto de Autonomía debe tener un contenido determinado, y dentro de él no cabe incluir un catálogo de derechos, al menos con carácter general. Aunque estas sentencias no me convencen, pueden tener su parte de razón en lo que a este trabajo interesa: los estatutos no pueden crear derechos fundamentales (aunque sí, en mi opinión, subjetivos, pero esto es otra cuestión, tampoco baladí, por cierto).
- b) Cuando el PP aduce ante el Tribunal Constitucional<sup>37</sup> que la ley de eutanasia crea un nuevo derecho fundamental (la demanda habla de un «pseudo

últimamente por Ferrajoli. Aragón (1989: 120) no llega a tanto, pero casi: «El principio democrático obliga a considerar al órgano representativo del pueblo, esto es, al legislador, como único poder constituido capaz de «realizar» normativamente la Constitución». Dice «realizar», no «interpretar», pero más adelante (p. 123) sí señala, aunque en un párrafo algo confuso, que «el legislador interpreta la Constitución».

34 La dogmática alemana, líder mundial en la filigrana conceptual, introduce aquí un concepto intermedio entre interpretación y nuestra «regulación del ejercicio»-«desarrollo», *ausgestaltung*, que podríamos traducir como configuración o concretización. En el manual de mayor difusión (Kingreen y Poscher, 2023: 50-53) leemos que «la función de configuración de los derechos adquiere relevancia principalmente cuando surgen nuevos desarrollos aún no protegidos por la legislación ordinaria, pero en los que se plantea la cuestión de si deberían ser reconocidos con la naturaleza de derecho fundamental», es decir, un concepto que encaja bien con la creación legislativa de derechos fundamentales, y los ejemplos que citan los autores lo confirman: leyes de protección de datos y de unión entre parejas del mismo sexo.

35 Cuadro comparativo en Escobar, 2018: 94.

36 En los Estados estrictamente federales la discusión podría ser otra, pero no entrará aquí en ella.

37 Como el lector bien sabe, no son los partidos, sino un mínimo de cincuenta parlamentarios quienes recurren las leyes; si lo expreso así, es para abreviar y para destacar mejor el componente político de los

derecho fundamental), señalando que está invadiendo el ámbito del poder de reforma constitucional (el recurrente habla de «reforma constitucional encubierta») e invoca la vulneración de los artículos 168 y 169 CE, la STC 94/2023 se va por la tangente<sup>38</sup>. El PP aduce que, al incluir la garantía del derecho a la muerte digna en el procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 CE, el legislador la está configurando como derecho fundamental, y seguramente tenga razón. Resulta cuando menos sorprendente que el Tribunal Constitucional conceptualice al derecho a la integridad moral como «de configuración legal», un concepto que ya califiqué como internamente contradictorio.

Como el mismo Tribunal llega a reconocer en otros pasajes de la misma sentencia, el legislador pretendió crear un nuevo derecho fundamental («técnicamente» no podía hacerlo, pero en la práctica lo hizo), y si aquí el Tribunal lo dio por válido, es de suponer que haría lo mismo en casos menos controvertidos. No parece por tanto que el Tribunal Constitucional se oponga a que el legislador interprete los derechos fundamentales de manera cercana en ocasiones a la creación de derechos nuevos, y resulta comprensible que en materia tan delicada busque un aliado, la famosa «deferencia al legislador».

Veamos algunos ejemplos<sup>39</sup> de lo que a mi juicio es creación («téCNicamente» espuria) de nuevos derechos fundamentales por el legislador, incluyendo el recién mencionado y aportando un dato cuya significación destacaré después, su grado de aprobación<sup>40</sup>, tomando en cuenta la votación de totalidad en el Pleno del Congreso y sin contar las abstenciones; por cierto, salvo en vivienda (porque afecta a la propiedad privada), parece que hay más consenso en derechos sociales y que la izquierda es más liberal (moralmente hablando) que la derecha:

- a) En la Ley 39/2006, llamada de dependencia, aprobada por 295 votos contra 15, se habla de «derecho subjetivo» (art. 1.1), evitándose (cuando

recursos de inconstitucionalidad, resultando impensable que nuestros diputados o senadores tomen esta decisión sin consultar al partido.

38 Veamos exactamente lo que dice, aunque el párrafo no es muy claro: «Estamos, pues, ante un derecho constitucional de configuración legal que encuentra su anclaje, en última instancia, en el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), por lo que no puede entenderse que se quiebre la tutela preferente y sumaria dispensada en el art. 53.2 CE. [...]. La desestimación de la queja relativa al art. 53.2 CE ha de conducir, necesariamente, a rechazar, por infundadas, las presuntas vulneraciones de los arts. 168 y 169 CE, por cuanto es evidente que la LORE, al regular el derecho a la prestación de ayuda para morir, no ha pretendido llevar a cabo reforma constitucional alguna».

39 Dejaré fuera de esta relación, en todo caso no exhaustiva, el asunto más interesante, el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues no lo considero de creación de un nuevo derecho (el derecho al matrimonio ya existía, lo que se cambian son sus titulares); no obstante, después haré alguna mención tangencial al tema.

40 Siempre me llamó la atención que no se publicaba qué votó cada quién, solo el resultado final, y teníamos que deducirlo por el sentido de las posiciones de los partidos en el debate previo; por fortuna, esto ha cambiado y desde hace algunos años podemos conocer el voto de cada parlamentario.

podía haberlo hecho, como parte de la doctrina viene defendiendo) su adscripción a un derecho fundamental concreto; sin embargo, en su disposición final 8, la autonomía de las personas en situación de dependencia se califica como derecho constitucional, un concepto innecesario, pero a mi juicio equivalente al de derecho fundamental.

- b) La Ley Orgánica 2/2010, del aborto, aprobada por 184 votos contra 158 y recurrida por el PP (y después, en sus reformas, también por Vox), ya en su Preámbulo comienza afirmando que «El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar». El legislador no lo tiene muy claro, pues en el artículo 2 la llamada salud sexual y reproductiva (eufemismo del aborto) sirve para garantizar otro derecho fundamental, el derecho a la salud. Desde siempre, el derecho a la salud consistía ante todo en la atención sanitaria ante las enfermedades, y el aborto no es una enfermedad, luego la redefinición (nuevo derecho) es evidente, aunque cuente con algún apoyo en el *soft law* internacional. En el artículo 3.1 a) se refunde la inserción del aborto en los derechos fundamentales mencionados, suprimiendo uno y añadiendo otros (de nuevo, la confusión del legislador es evidente), pero parece claro que para el legislador encaja al menos en el contenido de la intimidad y de la salud: no será esta la interpretación del Tribunal, como después veremos.
- c) En la Ley Orgánica 3/2021, de eutanasia, aprobada por 202 votos frente a 141 y recurrida por el PP y por Vox, el Preámbulo nos dice: «la eutanasia conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe cohesionar también con otros derechos y bienes, igualmente protegidos constitucionalmente, como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)». Nuevamente, el legislador se revela como un intérprete constitucional de baja calidad. Parece que «conectar» es concretizar (en este caso la vida sería un derecho de libertad, lo cual es novedoso, pero aceptable) y que al decir «cohesionar» se quiere hacer referencia a otros principios y derechos enfrentados a la eutanasia, pero no está claro. Después, en el artículo 4, se habla simplemente de «derecho», sin referencias constitucionales; sin embargo, en la disposición adicional 5, se señala que los recursos por el incumplimiento de este derecho se sustanciarán por el procedimiento previsto para los derechos fundamentales, lo que es una pista indiciaria de que el legislador está desarrollando un derecho fundamental; esta era una de las críticas del recurso del PP, según vimos, y que el Tribunal Constitucional no quiso responder.

- d) En la Ley 19/2021, de ingreso mínimo vital, aprobada por 169 votos frente a 98 y recurrida por motivos competenciales, se crea un nuevo derecho («derecho subjetivo», art. 2.1), integrado en el derecho fundamental a la seguridad social (art. 2.2), pero, pese a los esfuerzos de la STC 158/2021, no encaja bien en la concepción tradicional de la misma, luego nos encontramos ante un nuevo derecho fundamental (en mi concepción amplia de este concepto), aunque el legislador no lo califique como tal (sin embargo, su DF 10<sup>a</sup> vuelve a citar, casi ya como cláusula de estilo, y en este caso a mayor abundamiento, el art. 149.1.1<sup>a</sup>).
- e) En la Ley 20/2022, de Memoria Democrática, aprobada por 173 votos contra 159, recurrida por el PP y por Vox (*sub iudice*), se crean nuevos derechos, algunos más cosméticos que propiamente jurídicos, pues carecen de obligaciones correlativas claras. En el artículo 4.1 se reconoce el «derecho de la ciudadanía a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal, familiar y colectiva», lo que viene a concretarse en el artículo 6.1, en cuya virtud se reconoce el «derecho a obtener una Declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes durante la Guerra y la Dictadura padecieron las circunstancias a que se refiere el artículo 3.1», pues bien, este último alude a las personas que hayan sufrido «menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales»: parece entonces que ese derecho a la reparación es una suerte de garantía de estos derechos, pero no propiamente un derecho nuevo. El artículo 15 se titula «derecho de las víctimas a la verdad», y este sí podría ser un derecho nuevo, y de rango fundamental, pues, aunque el legislador no se pronuncia al respecto con claridad, lo asienta en el Derecho internacional de los derechos humanos, que contiene un catálogo, por lo que a este punto interesa, similar al de los derechos fundamentales<sup>41</sup>. En cuanto a los derechos de consulta (art. 27) e investigación (art. 29), no parecen nuevos, sino concreciones de derechos fundamentales ya existentes, que no alteran su significado tradicional. En todo caso, la Ley *in totum* se dice dictada en ejercicio de la competencia estatal del artículo 149.1.1<sup>a</sup> CE, luego el legislador interpreta que está desarrollando derechos constitucionales (fundamentales, en mi conceptualización), aunque no sepamos cuáles.
- f) La Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, aprobada por 191 votos frente a 60 y recurrida por el PP y por Vox (*sub iudice*), reconoce numerosos derechos, que en su mayoría se incardinan en el «derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e

<sup>41</sup> Aquí hay un buen candidato para que el Tribunal Constitucional, en la sentencia que se espera, cree un nuevo derecho fundamental, y el TEDH le dará apoyo (López Guerra, 2018). La falta de consenso quedará sobradamente contrarrestada por los derechos humanos; el constitucionalismo multinivel se nos había quedado hasta aquí bastante corto (Escudero, 2025: 66), luego la transición tampoco fue perfecta.

intersexuales» (art. 1.1); la exposición de motivos recuerda la obviedad de que la igualdad es un derecho fundamental, pero parece darse un salto, y de esta forma crearse un nuevo derecho fundamental: en su concepción tradicional (asumida por el Tribunal Constitucional, aunque hay excepciones, no reconocidas expresamente como tales), este derecho no incluye un derecho a la diferenciación, léase, un derecho a acciones positivas, las cuales sí aparecen a lo largo de buena parte de la ley.

- g) La Ley 12/2023, del derecho a la vivienda, aprobada por 176 votos frente a 167 y recurrida por el PP y por varias Comunidades Autónomas (estas por motivos competenciales), no es, pese a su título, propiamente una ley de reconocimiento de un derecho subjetivo; sin embargo, se aduce de nuevo, como título competencial, el artículo 149.1.1<sup>a</sup>, y el Tribunal Constitucional, muy a pesar suyo, se vio obligado, como ya se citó, a reconocer que es un derecho constitucional, luego es fundamental, desdiciéndose de su arcaica conceptualización de *todos* los principios rectores como «no derechos fundamentales». Sería entonces, aunque cosmético, un nuevo derecho: nuevo porque hasta ahora no había sido denominado derecho, pero no tan nuevo, de haberse aceptado desde el principio mi concepto amplio de derecho fundamental.

Estos siete ejemplos revelan algo importante: no se puede (o más bien no se quiere) reformar la Constitución, pero el legislador puede suplir en parte esta inactividad del constituyente, creando derechos que «técnicamente» son meramente subjetivos, pero de los que sutilmente se afirma que, además, son fundamentales. Es hacer algo de trampa, pues estas leyes de reconocimiento podrían ser modificadas por futuras mayorías y en cualquier momento recurridas (en cuestiones de inconstitucionalidad, pues los plazos para el recurso de inconstitucionalidad ya caducaron) al Tribunal Constitucional, lo que nuevamente nos confirma que no son propiamente derechos fundamentales: si pueden ser modificadas (en hipótesis poco probable) por el legislador futuro, son meros derechos subjetivos; si pueden ser anuladas por el Tribunal Constitucional (aunque no resulta previsible), no fueron obra del poder constituyente, pues este es inatacable por el Tribunal. En todo caso, me parece más importante destacar, a los efectos de este trabajo, una tendencia clara, y que seguidamente vamos a comprobar en otro ámbito: casi dos tercios de los doce nuevos derechos fundamentales que seguidamente enumeraré vinieron precedidos de derechos subjetivos de rango legal, y esto es democráticamente más correcto que la creación pretoriana o judicial *ex novo* de derechos.

## 2. El Tribunal Constitucional crea derechos

En cuanto a los tribunales, no se discute que crean nuevos derechos, cada uno al nivel correspondiente a la norma cuyo cumplimiento supervisan: el Tribunal

Constitucional, al nivel constitucional (derechos fundamentales); el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al nivel del Derecho de la Unión Europea (derechos de la Unión Europea); y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al nivel del tratado (derechos del CEDH). Esos tres niveles están por encima de la ley y, por tanto, esos tres tribunales son órganos de control del legislador, tribunales constitucionales en un sentido amplio de la expresión: no formalmente los dos últimos, pero sí en la práctica. Los ejemplos son numerosos, especialmente en el caso de Estrasburgo, líder en el campo de la llamada interpretación evolutiva, si bien en este tribunal no contamos con ningún caso claro de control del legislador español, como ya se ha dicho. En este trabajo, centrado en los derechos fundamentales *stricto sensu*, me limitaré al análisis del Tribunal Constitucional, revelando tres tendencias que ya adelanto: el Tribunal nunca reconoce expresamente que crea un nuevo derecho fundamental<sup>42</sup>; no está clara (yo sí intentaré aclararlo) la demarcación entre interpretación de un derecho viejo y creación de un derecho nuevo (formalmente lo segundo no resultaría legítimo, por usurpación del poder constituyente —el recurso del PP contra la ley de la eutanasia apuntó bien—, pero en la práctica se hace); y el déficit de argumentación es evidente en la mayoría de los casos.

La labor del Tribunal Constitucional de interpretar la Constitución confiere a este órgano un importante poder político, pues a la hora de concretar las normas constitucionales, subrepticiamente las crea, esto es, se convierte en fuente de Derecho. Dentro de esta labor, ocupa un lugar destacado la determinación del contenido de los derechos fundamentales. Formalmente, como ya se ha dicho, el Tribunal no crea nuevos derechos, solo determina el contenido de aquellos que expresamente ya constan en el catálogo. Sin embargo, en la práctica no es así: el Tribunal ha creado realmente nuevos derechos, o más frecuentemente, fragmentos de nuevos derechos, pues ha protegido intereses que responden a una lógica diferente a la tradicional, y que generalmente tienen una denominación también diferente (léase, un reconocimiento autónomo) en el Derecho comparado. La argumentación del Tribunal sigue pautas heterogéneas y casi siempre endebles, lo que no es aceptable. Como señala Rey (2009: 352), «Ningún Tribunal superior (en sentido amplio) reconoce que crea derechos [yo he encontrado una excepción en Irlanda], pero sí lo hace (o podría hacerlo) y, en tal caso, debería, de modo

42 En Irlanda, con el pretexto del art. 40.3. 1º de la Constitución de 1937, el Tribunal Supremo utiliza desde 1965 la técnica de los «derechos no enumerados», reconociendo explícitamente que está creando nuevos derechos fundamentales, lo que es muy de agradecer, y lo ha hecho al menos en cinco ocasiones significativas (Escobar, 2020: 513-517). Está claro que el apoyo literal del precepto citado es endebil, y de entre los argumentos materiales que la doctrina irlandesa ha utilizado para justificar esta labor creativa me parece especialmente relevante para este trabajo el de la interpretación evolutiva-sociológica, próxima a mi tesis central: los nuevos derechos requieren un apoyo empírico en el poder constituyente de hoy. Más adelante volveré sobre la interpretación evolutiva, pero adelanto que no me interesa demasiado, pues nuestro Alto Tribunal nos ha hecho trampa: aunque la cita en varias ocasiones, en realidad solo la ha seguido correctamente en un caso, el del matrimonio entre personas del mismo sexo, que no incluyo en mi relación, por las razones antedichas.

honesto y transparente, y más respetuoso con la separación y el equilibrio de poderes, aportar una justificación particularmente consistente para actuar así»<sup>43</sup>, lo que raramente ha sucedido, como vamos a comprobar.

Veámoslo de forma breve y sin ánimo de exhaustividad, siguiendo el orden en el texto constitucional<sup>44</sup> de los derechos «viejos» que formalmente dan cobertura a los nuevos:

- a) El *consentimiento informado* es un concepto utilizado sobre todo en el Derecho sanitario pero trasladable a otros ámbitos. Trae causa de la manipulación de la libertad en ámbitos especialmente sensibles o peligrosos para la persona, problema tan antiguo al menos como los vicios del consentimiento del Derecho civil: nos creemos libres, pero en la práctica no siempre lo somos. Tradicionalmente, el paciente se sometía a la voluntad del médico, sin mayores disquisiciones de derechos. A medida que se va consolidando jurídicamente la necesidad de consentimiento del paciente para cualquier tipo de asistencia sanitaria (sobre todo desde el Convenio de Oviedo de 1997 y nuestra posterior Ley 41/2002), se plantea el problema de la información, pues es obvio que no se puede consentir lo que se desconoce. En la doctrina y en la legislación ordinaria tiene naturaleza de derecho autónomo. La STC 37/2011, al conceder el amparo frente a una clínica privada que no informó a un paciente de los riesgos de una operación, reconoce así un nuevo derecho fundamental, que previamente lo era legal (art. 8)<sup>45</sup>, el derecho al consentimiento informado, al menos en el ámbito sanitario, si bien con el subterfugio formal de considerarlo parte del derecho a la integridad física del artículo 15 CE. Se trata de un nuevo derecho, pues la integridad, en su concepción tradicional de derecho reaccional (pese a su componente adicional de deber estatal de protección), no solía considerarse un derecho de libertad<sup>46</sup>. Encajaría mejor en

43 En un trabajo posterior (Rey, 2024: 559-560) constata una aproximación entre el constitucionalismo anglosajón y el de origen francés, y que en la Europa continental el juez está ganando poder creativo.

44 La doctrina ha ensayado otras formas de sistematización, pero no terminan de convencerme, porque el Tribunal Constitucional no sigue criterio alguno, y habría que esforzarse mucho para encajar cada caso en uno solo de los propuestos. Rey (2024: 562-563) habla de derechos implícitos, conexos y transformados; el único caso español que cita es la protección frente al ruido, que considera implícito, pero para mí está claro que, en su conceptualización, sería un derecho «transformado». Por su parte, Barrero (2019: 22-37) habla de innovación, reforma, ampliación, mutación e inferencia implícita: el esfuerzo es interesante, pero me sucede lo mismo, y es que resulta difícil adscribir cada nuevo derecho creado por la jurisprudencia a una sola de esas categorías. Recordemos que solo hay que crear conceptos cuando clarifiquen y resulten útiles para la práctica. Otro intento es Escobar (2018: 82-103), que intenta organizar los argumentos dominantes en cada caso (internacionalista, democrático, de la efectividad y de la protección), que no son incompatibles, pero la clasificación está más bien pensada para justificar una reforma constitucional, no para sistematizar la jurisprudencia.

45 Nótese que la Ley 41/2002 no es orgánica (y además es básica, DA 1), luego parece que la intención del legislador no era reconocer un derecho fundamental o al menos fundarlo en la integridad.

46 Los derechos reaccionales son aquellos ejercidos por su titular de forma inconsciente (sobre las estructuras básicas de los derechos, Escobar, 2025: 407-409), y aquí parece claro que el interés no es evitar

la faceta defensiva del derecho a la salud (Escobar, 2012: 1106-1110), pero esa conceptualización habría impedido su acceso al amparo.

- b) El *abortion* (legalmente, interrupción voluntaria del embarazo) es un nuevo derecho fundamental porque no figura, ni expresa ni implícitamente, en el texto constitucional, que conscientemente quiso dejar abierta la cuestión (p. ej., Simón, 2024: 21-23). La STC 44/2023 (seguida de la STC 78/2023), que responde al recurso del PP presentado trece años antes (sic) y que tiene cuatro magistrados disidentes<sup>47</sup>, por mucho que intente disimularlo, es un cambio de criterio de la STC 53/1985: en aquella sentencia, el foco se puso en la protección de la vida, y ahora se pone en la decisión de la mujer. La nueva sentencia justifica la creación de este nuevo derecho en un batiburrillo de principios, de entre los cuales el más acertado es el libre desarrollo de la personalidad (nos encontramos ante «una decisión vital de la máxima trascendencia», que «condiciona indiscutiblemente [el] proyecto de vida» de la mujer<sup>48</sup>), que ya había aparecido en 1985, pero en un sentido diferente (aunque el interés protegido era el mismo), no como justificación de un nuevo derecho, entonces inexistente, sino como un límite al derecho a la vida intrauterina. El aborto se incardina en el contenido de la integridad física y moral, entendida como un «derecho de autodeterminación individual que protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria» (FJ 3, A): como en el consentimiento informado, se trasmuta así el sentido tradicional de la integridad, que siempre había sido considerada un derecho reaccional y no de libertad. Más correcto habría sido entender que existe un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad<sup>49</sup>, pero el Tribunal prefiere ubicar el interés en el artículo 15 CE, para dejar abierta la vía del amparo, y así se revela en la muy criticable STC 78/2023, donde se va mucho más allá, al reconocerse realmente otro nuevo derecho

agresiones externas al cuerpo, sino garantizar que la libertad de someterse a un tratamiento sanitario sea real y efectiva. Las imposiciones forzadas de tratamiento sanitario son distintas, y estas encajan bien en el contenido reaccional de la integridad física. En algunos casos, el consentimiento informado se ha incluido en las obligaciones positivas del derecho a la vida (p. ej., STEDH Altug y otros contra Turquía, de 30 de junio de 2015), pero se trata de supuestos extraordinarios.

47 En el VP leemos: «No le corresponde al Tribunal Constitucional reescribir la Constitución para crear, descubrir o deducir nuevos derechos fundamentales, sustituyendo al poder constituyente permanente»: *en este caso* seguramente tenga razón (por la falta de consenso parlamentario), no necesariamente en otros.

48 Aquí está la clave, y aunque no podemos ahora ahondar en ello, sí coincido en que se trata de una decisión que encaja bien en una concepción constitucionalmente correcta del libre desarrollo de la personalidad. Díaz Revorío (2024: 304) pone al mismo nivel consumir drogas, arriesgar la vida por afición o placer y tener hijos o no tenerlos, y la trascendencia moral de estas tres conductas no es equiparable.

49 En corrección de pruebas, el Consejo de Ministros aprueba (14 de octubre de 2025) una propuesta de reforma constitucional para introducir el derecho al aborto en el art. 43 CE: un error de base, marcado por su intención de evitar el referéndum... y de pactar previamente con el PP, todo un desatino, especialmente lo segundo. De aprobarse esta reforma, implicaría un retroceso sobre lo ya declarado por el Tribunal, y no se le ha ocurrido pensar en el art. 10.1, que curiosamente, puede ser reformado por el procedimiento ordinario.

(Escobar, 2024b): el aborto no solo es un derecho de libertad; es, nada menos, un derecho de prestación que incluye la obligación pública de realizarlo en el lugar de residencia de la mujer que lo solicita. ¡Derivar la operación de Murcia a Madrid es una violación de su integridad física!

- c) El planteamiento es muy similar con la *eutanasia*, un nuevo derecho fundamental que se asienta también en una amalgama de principios (donde el más plausible, esta vez, me parece la dignidad) y, nuevamente se incardina en el contenido del derecho a la integridad. Así, en la STC 19/2023 (seguida de la STC 94/2023), que responde al recurso de Vox y que tiene ya solo dos votos disidentes, se realiza una extensión de la ya citada STC 37/2011 (el consentimiento informado tiene que ver, pero es claro que estamos ante un supuesto muy diferente al de la típica asistencia sanitaria), si bien de forma matizada (no hay un derecho al suicidio como tal, luego libertad hasta cierto punto): «En conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad personal del art. 15 CE protege un ámbito de autodeterminación de la persona que ampara también la decisión individual de darse muerte por propia mano, cuando tal decisión se adopte de manera libre y consciente por un ser humano capaz [obvio, GER] que se encuentre inmerso en un contexto de sufrimiento personal extremo debido a causas clínicas de gravedad límite, racional y objetivamente contrastables conforme a los parámetros de la ciencia médica» (FJ 6, C, d, cursivas mías). Valga al respecto mi planteamiento anterior: se altera el significado de este derecho fundamental<sup>50</sup>, y en esta ocasión (añado), habría sido más correcto (dejando también abierta la vía del amparo) considerar que la eutanasia era una manifestación de la faceta de libertad del derecho a la vida (el ejercicio de los derechos, por definición, no puede imponerse): también se trastocaría así la consideración tradicional de la vida como derecho reacional, pero habría resultado más persuasivo.
- d) La *objeción de conciencia* es un derecho fundamental autónomo en el artículo 30.2 CE, referido al servicio militar obligatorio, y hoy carece de sentido, dada su desaparición en 2001, en época del presidente Aznar. En relación con la libertad ideológica y religiosa, cuenta con bastante autonomía; de hecho, la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, que establece una enumeración bastante detallada del contenido de este derecho, no hace ninguna mención a la objeción de conciencia (no hay legislación de desarrollo de la libertad ideológica). La jurisprudencia sobre objeción de conciencia siempre fue bastante contradictoria, con continuas idas y

50 Rey (2024: 568-569) afirma que la «idea de integridad personal es lo suficientemente abstracta como para incorporar esta nueva dimensión sin problema alguno», pero después reconoce que la sentencia ha «transformado el sentido inicial del art. 15 CE»; no se entiende por qué entonces después señala que «no se trata de un nuevo derecho fundamental».

venidas sobre la existencia o no de este derecho fundamental. La última, por el momento, que se enfrenta directamente al tema es la STC 145/2015, que mantiene la tesis afirmativa en un caso de negativa de un farmacéutico a vender la píldora del día después, pero tiene magistrados disidentes<sup>51</sup>. También en esta ocasión se utiliza formalmente un derecho del catálogo (art. 16.1) pero parece claro que la objeción de conciencia tiene autonomía frente a él, luego se trata de un nuevo derecho.

- e) Del artículo 16 CE saltamos al 18. Del derecho a la intimidad, que es el pariente pobre de la vida privada del artículo 8 CEDH (fuente de otros nuevos derechos, creados por el TEDH, como ya se ha señalado), emanan algunos sorprendentes fragmentos de nuevos derechos, y es que lentamente la intimidad, como sucedía con la integridad, sin dejar de ser reaccional, se está trasmutando, además, en un derecho de libertad, como sucede desde hace mucho en Estrasburgo, pero allí el derecho es diferente (vida privada), como el Tribunal Constitucional insiste una y otra vez en recordar (p. ej., en el FJ 4, A), c) de la STC 66/2022, que después se citará), aunque cada vez se lo cree menos. Siguen cuatro ejemplos, y en el futuro pueden llegar más. En la STC 119/2001 se reconoce la *protección frente a la contaminación acústica* como derecho cuyo fundamento no está claro, pues se habla tanto de la intimidad como de la inviolabilidad del domicilio, derechos ambos que no encajan bien con esta problemática, a la vista de su configuración tradicional: la primera siempre nos protegió frente al conocimiento público de datos privados de las personas, lo que aquí no sucede, y la segunda frente a la entrada (física, se entiende) de otros en nuestra morada, lo que tampoco acontece. La argumentación se basa únicamente en la autoridad de la jurisprudencia de Estrasburgo.
- f) También como parte de la intimidad, la STC 11/2016 inventa un *derecho al enterramiento de los familiares* (se trataba en el caso de un feto de tres meses), algo que nada tiene que ver con lo que siempre se entendió como intimidad, como bien razonan los votos particulares. Nuevamente el único argumento es la autoridad del TEDH. Esto no es «diálogo» entre tribunales sino mera vagancia intelectual del Tribunal Constitucional, más si tenemos en cuenta que en muchas otras ocasiones este no ha seguido la doctrina de Estrasburgo.
- g) El *cambio de sexo*. La STC 99/2019 responde a la cuestión de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo sobre la exclusión a los menores de edad del cambio de sexo en el registro civil<sup>52</sup>. No es exactamente lo mismo

51 Resulta curioso comprobar que los llamados magistrados progresistas eran entonces menos liberales, y ello, paradójicamente en el caso, por prejuicios ideológicos, como se revela en Escobar (2016).

52 Sorprendentemente, la sentencia es unánime sobre el fondo, aunque tiene un VP de los magistrados Roca y Montoya, que recuerda bastante a los formulados a la STC 53/1985 en su crítica a la técnica de las «recomendaciones» al legislador.

cambiar de sexo que registrar dicho cambio, pero la cuestión de fondo es la primera, que es presupuesto de la segunda. La mejor ubicación de este interés es sin duda el libre desarrollo de la personalidad. La sentencia lo deja claro: «Establecer la propia identidad *no es un acto más de la persona*, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad». A mayor abundamiento, la sentencia acude al «extendido consenso» en la materia y esta vez los argumentos de autoridad se multiplican: se cita al TEDH, al Tribunal Constitucional alemán, a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, al Tribunal Supremo y a la exposición de motivos de la misma ley recurrida: un buen ejemplo de las mediaciones a las que después aludiré, como tesis central de este trabajo. Se crea de esta forma un nuevo derecho fundamental al cambio de sexo. Hoy el problema está resuelto en el artículo 43 de la ya citada Ley 4/2023, que menciona la STC 99/2019 en su exposición de motivos, lo que me resulta muy significativo. El Tribunal conceptualiza el libre desarrollo de la personalidad como principio, no como derecho; el argumento implícito puede ser la ubicación, y ya señalé que esto no es convincente. El TEDH incardina el cambio de sexo en la vida privada y el Tribunal alemán en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. El nuevo derecho se encaja forzadamente en España en la intimidad, una concurrencia innecesaria y una extensión espuria de un derecho que siempre fue considerado reacional, no de libertad. Pero si leemos despacio, lo que se está realmente reconociendo no es la libertad de cambiar de sexo, sino que otros se enteren, y esto sí se acomoda bien con la concepción tradicional de la intimidad (FJ 4 b). El razonamiento es tan alambicado que no está claro si existe o no un derecho al cambio de sexo: desde el libre desarrollo de la personalidad estaba claro que sí, pero como el Tribunal se empecina en negar a esta cláusula la naturaleza de derecho fundamental, al final esto se le vuelve en contra. En todo caso, no se acierta a comprender qué tiene que ver la intimidad con el cambio de sexo, y lo que creo está detrás de tan deficiente inserción me parece, nuevamente, la pretensión de que estos temas puedan llegar en el futuro al propio Tribunal por vía de amparo.

- h) Concluyendo con la intimidad, la STC 66/2022 continúa la tendencia de configurar este derecho como derecho de libertad, y es que ya podemos afirmar que la intimidad se ha transformado en vida privada, por mucho que el Tribunal siga diciendo que son cosas diferentes. Aunque es desestimatoria (la injerencia estaba justificada), se reconoce en el caso un nuevo derecho al *parto en casa*. Ahora se invoca la dignidad, otra prueba de que el Tribunal no maneja bien la jurisprudencia de valores, pues el caso encajaba mucho mejor con el libre desarrollo de la personalidad, y resulta significativo que se quiera ir más allá del caso concreto (la entonces mayoría conservadora anticipó, sin darse cuenta, la posición de la posterior

mayoría progresista en el caso del aborto): «el deseo de ser padres y la materialización de dicho deseo, que culmina con el parto, se integra en el derecho a la intimidad personal y familiar [...], alcanzando, igualmente, a todas las decisiones que tienen que ver con la gestación [¿también a interrumpirla?, GER] y con ese alumbramiento» (FJ 4, A), d), y el parto en casa es solo un ejemplo. Por cierto, desdiciendo los consejos de la doctrina alemana sobre la concurrencia de derechos, al final innecesaria y apodícticamente se añade que el interés en juego «entronca, además, con el derecho de la mujer a la integridad física, ex art. 15 CE»<sup>53</sup>. Da igual argumentar una cosa u otra (¡cuando estamos creando nuevos derechos!), lo importante es no perder la ocasión de volver en amparo si al Tribunal le apetece.

- i) De la intimidad pasamos, en el mismo artículo 18.1, al derecho a la propia imagen, el cual, como sucedía con la intimidad en los casos anteriores, parece conceptualizarse como derecho de libertad, acogiendo en su seno un nuevo *derecho a decidir la apariencia física*. La STC 67/2022, aunque es desestimatoria (se trataba de un despido a una persona transexual, pero el despido estaba justificado), es consciente de que está realizando un cambio de perspectiva: «*Superando la consideración tradicional* [...] es preciso entender que el derecho a la propia imagen integra no solo el control sobre su captación y reproducción, sino también la facultad de definición de la imagen que nos identifica y nos hace reconocibles frente a los demás, como forma de expresión, además, del libre desarrollo de nuestra personalidad y de la materialización del respeto a la dignidad» (cursivas mías, GER), todo lo cual «permite ampliar la comprensión [del derecho a la propia imagen] a la definición de la propia apariencia física». Este nuevo derecho parece ir más lejos del caso concreto de la transexualidad (la sentencia habla del «modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento —sic—, la voz o la estética»), pero no sabemos hasta dónde llega. Como argumenta con solvencia Naranjo (2024: 257-261), se produce un vuelco con la jurisprudencia anterior, y una redefinición del artículo 18 CE, que a su juicio no protege un ámbito de libertad, aunque el interés en juego bien podría haber quedado incluido en el libre desarrollo de la personalidad (Naranjo, 2024: 263-269)<sup>54</sup>: de nuevo, una

53 La posterior STC 11/2023, sobre el mismo tema, extiende todavía más el batiburrillo de derechos, pero al menos queda más claro que el «derecho de autonomía y de consentimiento informado» (sic) es una figura con sustantividad propia.

54 Contundente y claro en p. 268: «La apelación al criterio de interpretación conforme al libre desarrollo de la personalidad para convertir un derecho individual en un derecho de libertad excede por tanto de los parámetros propios de la actividad interpretativa, para caer en la pura creación de Derecho». Donde no coincido con el catedrático de Málaga es en su negativa a configurar el libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental (p. 267), posición que no se argumenta, como que se da por sabida u obvia.

ocasión perdida para haber defendido la tesis de que esta cláusula incorpora un derecho, pero el Tribunal es avaricioso, y no quiere cerrar el acceso a futuros amparos.

- j) La *protección de datos* no aparece reconocida expresamente en la Constitución como derecho fundamental sino como un mandato («La ley limitará») derivado de la necesidad de garantizar el «honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos», pero solo frente a la informática (art. 18.4). El Tribunal (STC 254/1993 y otras posteriores), en línea con el Derecho comparado, ha reconocido sin embargo un auténtico derecho fundamental, independiente de los citados en el precepto, pues protege también otros intereses (además del honor y la intimidad) y frente a peligros distintos a la informática. Se trata quizás del caso más claro en el cual el Tribunal reconoce que crea un nuevo derecho: «En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de *un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental*».
- k) El *derecho de rectificación* tampoco aparece expresamente en el catálogo de nuestra Constitución, aunque sí en otras, como también en una ley específica (LO 2/1984), que al ser orgánica parece desarrollo de un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional viene a reconocer, al menos en parte, este rango, pero prueba de su autonomía es que no está claro en cuál de los derechos del catálogo se incardina: inicialmente se dijo que en el derecho al honor (STC 35/1983) y después que en la libertad de información (STC 168/1986), y ninguna de las dos tesis es convincente: la rectificación no solo protege frente a informaciones deshonrosas (inexactas, dice la ley) y parece más bien un límite a la información de otros. El último caso es la STC 139/2021, que tampoco es muy clara (no se sabe si es derecho o garantía de derechos), pero justifica mejor la inserción de este derecho en la libertad de información; de cualquier modo, queda consolidado el reconocimiento de un derecho autónomo (así sucede en otras constituciones) no previsto en la CE.
- l) La *motivación de las sentencias* está fuera del Título I, lo que por sí mismo no sería un problema, como ya se ha dicho, para hablar de derechos fundamentales (recordemos que el recurso de amparo no es imprescindible); sin embargo, se encuentra formulada en una norma de mandato, ajena en principio a la estructura típica de las normas de derechos: «Las sentencias serán siempre motivadas» (art. 120.3 CE). Con buen criterio, el Tribunal integra desde antiguo este deber en el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1). El método seguido confirma mi tesis: pueden deducirse derechos fundamentales a partir de normas de mandato sin demasiadas dificultades. Basta para el Tribunal con un criterio tan evanescente como la trascendencia: «Dada la trascendente

finalidad de [la obligación del art. 120.3], una sentencia que en nada explique la solución que proporciona a las cuestiones planteadas, sin que pueda inferirse tampoco cuáles sean las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una resolución judicial que no solo viola la Ley, sino que vulnera también el derecho a la tutela judicial consagrado en el art. 24.1 de la CE» (STC 116/1986).

En síntesis, el Tribunal Constitucional ha creado, al menos, doce nuevos derechos fundamentales (trece si añadimos la dignidad según la STC 192/2003). Ocho de ellos o ya eran previamente derechos subjetivos de rango legal<sup>55</sup> (a, b, c, k, l), o lo fueron después (e, g, j), luego el principio democrático sufre menos. En buena parte de los casos, se crea un nuevo derecho porque se altera la estructura tradicional de la integridad física (a, b, c) o de la intimidad-propia imagen (e, f, g, h, i, j, k), que hasta ahora habían sido entendidos como derechos reaccionales. Cada vez más se busca el apoyo en el TEDH, pero en ocasiones con trampa, haciendo decir a Estrasburgo lo que no ha dicho. En otros casos un derecho subjetivo de rango legal, no considerado fundamental por su creador, se considera como tal (a, k), y no está claro que existiera el consenso suficiente para hacerlo, como acontece llamativamente con el aborto y la eutanasia. Es evidente que hay creaciones jurisprudenciales mejores que otras. Las mejores, en términos democráticos: las sentencias que elevan a fundamentales derechos reconocidos en leyes aprobadas por amplia mayoría, en una suerte de presunción de amplio consenso social previo.

#### IV. ESBOZO DE POLÍTICA CONSTITUCIONAL PARA LA CREACIÓN DE DERECHOS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA AVANZADA

Al comienzo me referí a la frecuente confusión entre interpretación (jurídica) y propuesta (política). El constitucionalista puede hacer política constitucional, siempre que deje claro que lo está haciendo. Hasta aquí he sintetizado (y sistematizado) el panorama de lo que ha sucedido (dogmática descriptiva, pero crítica); ahora veremos lo que debería suceder (política constitucional). Creo haber demostrado que desde 1978 se ha ampliado el catálogo de derechos fundamentales,

55 La objeción de conciencia como derecho, digamos, general, no está reconocida por ley, pero en el caso examinado resulta curioso que estaba prevista en algunas leyes autonómicas (p. ej., Cantabria), e incluso reglamentos, y resulta significativo (por lo que tiene de presunto «diálogo» entre legislador y Tribunal Constitucional) que después de esta sentencia se reconocerá en otras (La Rioja, Castilla-La Mancha, Madrid, Galicia). En cuanto a la contaminación acústica, es también curioso que la posterior Ley 37/2003, del Ruido, cita la tesis del Tribunal (EM, I), pero omite reconocer expresamente derechos subjetivos, aunque ello no impide que estos puedan deducirse de las obligaciones administrativas: en general, sobre esta operación, Escobar (2012: 567-572), en un esfuerzo de lectura *iustificativa* del Derecho administrativo, dando alas a los tribunales ordinarios.

tanto por el legislador como, sobre todo, por el Tribunal Constitucional (doce derechos nuevos). Procede ahora una valoración desde el punto de vista democrático, más en el momento actual, donde asistimos a tendencias a mi juicio preocupantes. Aunque la Historia va y vuelve de continuo sobre los mismos errores, el fenómeno es relativamente reciente y se resume en una idea: polarización<sup>56</sup>; en frase tristemente célebre, extraída de un Marx fuera de contexto: «el cielo no se toma por consenso, sino por asalto». En materia de derechos fundamentales, el consenso es clave, y se está perdiendo<sup>57</sup>, pues no pocos de los últimos nuevos derechos surgidos en procesos de control de leyes, o habían sido impuestos por exigüas mayorías parlamentarias, o dividieron bastante al Tribunal Constitucional, que en demasiadas ocasiones reproduce la correlación de votos del Parlamento que lo nombró. Como prolongación material de la obra del poder constituyente que son, los derechos fundamentales no deberían ser creados en contextos de confrontación, y esta es la idea que justificó en su día la reserva de ley orgánica, víctima de una nueva mutación constitucional. Al final, los derechos tienden a consolidarse y sus detractores se olvidan de luchar contra ellos<sup>58</sup>, pero se trata de una victoria pírrica, que nos lleva a una bola de nieve contraria al significado consensual (contractual, en términos más clásicos) de toda Constitución. Lo hecho, hecho está, y debemos mirar hacia el futuro porque la demanda de nuevos derechos va a continuar, como demuestra la Historia. El constitucionalista no debería adoptar la táctica del aveSTRUZ y tomar al toro por los cuernos, evitando posturas maximalistas: ni cualquier interés debería ser derecho fundamental ni el catálogo de los derechos fundamentales puede petrificarse.

El espacio se termina, pero no se puede proponer seriamente nada sin conocer antes lo sucedido, y han sido más de cuarenta años; por ello, quede mi tesis de cierre como un esbozo, pendiente de ser desarrollado en trabajos posteriores. Intento una propuesta realista, que no implique cambios en el texto constitucional, pero sí mínimos retoques legales<sup>59</sup>, aprovechando que ahora vuelve a hablarse (¡otra vez!) de la necesidad de «regeneración democrática».

La democracia es un principio constitucional que, como todos, se puede cumplir más o menos. Democracia es sobre todo participación ciudadana en los

56 Para un primer análisis, Torcal, 2023.

57 En Alzaga (2010) se aportan muchos datos y se adelanta la tendencia que se agudizaría después. También resultan de interés los lamentos de quien fuera presidente del Tribunal Constitucional en una época menos convulsa que la actual: «vivimos un tiempo [¡ya en 2007!] en que la dura confrontación, la lucha fratricida y la indeseable animadversión se han adueñado de la vida política nacional». Hubo tiempos mejores, como se revela en la política de pactos que dio lugar a nuestras mejores leyes de derechos fundamentales, la mayoría todavía vigentes (Zapatero, 2023: 191-240).

58 Un caso significativo es el aborto: el PP recurrió la ley, pero no la cambió cuando tuvo mayoría absoluta, y así en la mayoría de los asuntos.

59 Me limitaría a tres, frecuentes en el Derecho comparado y ya propuestos por parte de la doctrina y de la sociedad civil: iniciativa ciudadana de referéndum, participación de los grupos sociales afectados en el procedimiento legislativo y posibilidad de *amicus curiae* en los procesos constitucionales.

asuntos públicos (art. 23.1 CE), participar es decidir, y pocas cosas hay tan públicas como la decisión sobre cuáles son nuestros derechos más importantes, aquellos que podemos exigir directamente a los jueces y frente a todos los poderes públicos, inclusive el legislador. En términos democráticos, solo se pueden crear derechos fundamentales como prolongación del poder constituyente; como este no puede expresarse (porque no le dejan), hay que indagar cuál pueda ser su voluntad, y para ello necesitamos mediadores: siempre los hubo, pero no hicieron bien su trabajo<sup>60</sup>. Una democracia sin mediadores es la antesala del populismo, que no es la forma de democracia que quiere la Constitución<sup>61</sup>.

En aras del realismo, no vamos a poder conocer directamente la opinión del pueblo (dudo que llegue a ver una reforma constitucional seguida de referéndum, seré un constitucionalista que nunca votará sobre su objeto de estudio) y, en todo caso, para evitar el riesgo populista del referéndum, que no puede menospreciarse (más en estos tiempos), el pueblo necesita mediadores, y sobre todo los dos ya expuestos en este trabajo: el legislador y el Tribunal Constitucional. También en aras del realismo renunciaré a insistir en la vía de la mejor concepción actual de la democracia, que es la deliberativa-no elitista (un debate racional informado, abierto e imparcial)<sup>62</sup>, tan alejada (¡todavía!) de nuestra cultura política, y vamos a peor. Incluso el gran Habermas fue demasiado idealista para su propio país, que se supone con mayor cultura democrática.

El constitucionalismo político<sup>63</sup> (del constitucionalismo popular, que es algo diferente, hablaré en otra ocasión) tiene su parte de razón: hay que recuperar la

60 Algunos datos sobre la realidad española, en muchos casos víctima del contexto mundial, en Sánchez-Cuenca (2022).

61 La tesis es casi unánime; para empezar, Castellá y Simonelli (2022).

62 Desde hace ya bastantes años, el debate central de la democracia no es ya directa-representativa ni formal-material, sino que se produce en el seno de la teoría deliberativa; sin embargo, apenas ha llegado a nuestra dogmática constitucional, salvo contadas excepciones, como el muy relevante libro de Cuesta (2022), centrado en las experiencias de reforma constitucional (que en España no se espera), perspectiva esta que, en aras del realismo, queda fuera de este trabajo. Para iniciar la discusión sobre la democracia deliberativa en nuestro contexto, con referencias seleccionadas, Escobar (2024c: 354-358).

63 Se trata de una potente teoría constitucional, desarrollada en países anglosajones (sobre todo, en Estados Unidos), que tampoco ha llegado a nuestra dogmática constitucional, y que se caracteriza, con matizadas en cada autor, por una reivindicación de la centralidad del Parlamento en el desarrollo constitucional, limitando (y, para algunos, hasta eliminando, pero esto es inviable en nuestro sistema) el control judicial de constitucionalidad. Los autores más destacados son Waldron, Bellamy, Tushnet y Goldsworthy, los tres primeros con obras traducidas al castellano. El más jurista y moderado es Waldron: no he podido realizar una lectura atenta de su obra, pero por la síntesis que realizan Gargarella y Martí (2005: XXVII-XXXI), no me convence; sus argumentos contra el control judicial de constitucionalidad son cuatro: a) se priva a los ciudadanos de reflexionar; b) los jueces también votan y tienen prejuicios ideológicos; c) en otros países no existe ese control y se protegen bien los derechos; d) cambia la forma del debate, juridificando en exceso lo que es sobre todo político y moral. Pues bien, respectivamente: a) se establece la ficción de que los parlamentarios representan bien al pueblo (también podría hacerlo, y mejor, el Tribunal Constitucional, al menos si se tomara en serio el mandato constitucional «La justicia emana del pueblo»); b) aunque aquí también vamos a peor (datos tengo), las deliberaciones del Tribunal (aunque no son públicas) son algo más racionales e imparciales que las parlamentarias; c) en otros países hay una cultura más consolidada de respeto a los

centralidad del legislador frente al Tribunal Constitucional, pero no vale cualquier legislador, sino un legislador que realmente atienda al poder constituyente (hibernado, pero no muerto), léase a la mayoría social (o a sus mediadores), que no convierta en derecho fundamental un interés no reconocido como tal por quien democráticamente debe hacerlo. El legislador puede afirmar, mal que bien, que crea derechos fundamentales (una especie de interpretación constitucional de avanzadilla y provisional, como vimos que decía Häberle), siempre que cuente con el consenso suficiente, similar al menos al exigido para la reforma constitucional del artículo 167. Una mayoría exigua que dice crear un derecho fundamental usurpa el papel del poder constituyente. En caso de duda, y salvo que la ciudadanía haya logrado presentar una iniciativa legislativa popular en la materia, debería convocarse un referéndum<sup>64</sup>, algo frecuente en las democracias más avanzadas, al menos en esto<sup>65</sup>. También el Parlamento nacional debería tomar nota de los avances legislativos de las Comunidades Autónomas, pues marcan tendencias de lo que la ciudadanía quiere, en ámbitos donde su participación resulta más fácil<sup>66</sup>. Para evitar que nuestros representantes traduzcan en leyes derechos sin el necesario apoyo ciudadano (una especie de despotismo ilustrado), paralelamente está la opción, que se ha revelado fructífera, de abrir el procedimiento legislativo a la

derechos; d) no tendría por qué ser así, un debate no impide el otro, y de hecho las sentencias, que suelen ser reseñadas en los medios, sacan a la luz una perspectiva complementaria a la puramente política. En castellano, una buena síntesis, más amplia, de los argumentos del constitucionalismo político se encuentra en la ya citada y muy relevante tesis, leída en el área de Filosofía del Derecho de la UAM, de Da Silva, donde únicamente es de lamentar que no se haga ninguna referencia al Derecho constitucional español; de momento, el argumento más fuerte es el de los desacuerdos en el Derecho, y no creo que sean tantos: sin llegar a la tesis (atractiva, en todo caso) de la única respuesta correcta de Dworkin (que él mismo matizó), estoy convencido de que con buena deliberación democrática lograríamos un amplísimo acuerdo (así fue en 1978), al menos, en la creación de nuevos derechos fundamentales, y esto no desdice la tarea del Tribunal Constitucional, al menos como la configuraré más adelante. Por cierto, el único constitucionalista español que he visto trata el tema hace de abogado del diablo, y da en parte la razón a los argumentos del constitucionalismo político (nuestro Tribunal quiere abordarlo todo —ya lo hemos visto— y selecciona los amparos para decidir sobre cuestiones políticas, y cada vez más vota por bloques), proponiendo algunas soluciones interesantes (López Guerra, 2021). Por último, resulta significativo que uno de nuestros constitucionalistas con mayor formación filosófica, y que asume planteamientos iusnaturalistas, termine aceptando la tesis central del constitucionalismo político, al preferir que las decisiones controvertidas en materia de derechos sean adoptadas por el legislador y no por los jueces (Simón, 2017: 221-228), aunque no comparto del todo su idea de dejar fuera de catálogo los asuntos controvertidos.

64 Así viene a proponerlo Rey (2024: 576) para los casos del matrimonio igualitario, la eutanasia y el aborto: «haber reformado la Constitución en estos tres asuntos hubiera sido la mejor elección».

65 Nuevamente, el caso irlandés es modelico: numerosos referendos de reforma constitucional, más de la mitad sobre derechos fundamentales (Escobar, 2020: 532-536). Por cierto, en varios países cercanos existe la iniciativa popular de referéndum (en España el Parlamento de Asturias llegó a presentar, en esta línea, una propuesta de reforma constitucional que duerme el sueño de los justos), que debería introducirse por ley en España, a mi juicio sin necesidad de reformar la Constitución.

66 Para más detalles sobre el «argumento democrático» en la creación de derechos, Escobar (2018: 88-95). Ciento es que el contexto actual no parece propicio para la deliberación democrática entre los poderes centrales y autonómicos; los datos en Escobar (2024<sup>a</sup>).

participación de los grupos sociales significativos<sup>67</sup>, algo también habitual en otras democracias de nuestro entorno y que ha funcionado bien en algunos Parlamentos autonómicos<sup>68</sup>.

El Tribunal Constitucional puede continuar creando nuevos derechos fundamentales<sup>69</sup> (lo va a hacer de todos modos), y aquí hay dos supuestos<sup>70</sup>: si ya lo ha propuesto el legislador por amplia mayoría (solo en ese caso<sup>71</sup>), el Tribunal hace bien en apoyarlo, «santificando» su provisional y quasi constituyente interpretación. Si el legislador no lo ha hecho, debe indagar cuál es el consenso social real (aquí la STC 198/2012 fue modélica<sup>72</sup>), y en todo caso buscar apoyos en Naciones

67 Está claro que las propuestas del constitucionalismo político serían más atendibles con una mayor calidad y accesibilidad del debate parlamentario, que es una de las ideas centrales de otra tesis relevante sobre el tema (Moreno, 2011), ésta leída en el área de Derecho constitucional de la Universidad de Salamanca (aunque, nueva y esta vez extrañamente, con pocas atenciones a la experiencia constitucional y a la dogmática constitucional española), también en la línea de la deferencia al legislador, y a la que conviene prestar atención.

68 Sobre los parámetros teóricos y más propuestas en este ámbito, Escobar (2017).

69 Otra vez coincido en este punto con el muy equilibrado y bien razonado trabajo de Díaz Revorio, y en especial con su exposición de la cuestión del consenso (pp. 314-316); en todo caso, también conviene leer, para advertir algunos riesgos, las críticas al canon de la conciencia social, bien resumidas por Pino (2014: 269-277): una vez más, ni solo consenso ni solo racionalidad «pura», pero este es el eterno debate del constitucionalismo mismo. Me alegra coincidir con los planteamientos de algunos de los mejores constitucionalistas de mi generación: además de los trabajos, varias veces citados, de Fernando Rey y de Francisco Javier Díaz Revorio, es muy relevante, y en él encuentro una tesis casi idéntica a la mía, el artículo de Federico De Montalvo (2025), donde se mantiene que el Tribunal Constitucional, en los casos del aborto y la eutanasia, ha hecho trampa con la interpretación evolutiva para petrificar un derecho sin el consenso social suficiente (esp. pp. 150 y 176-191). Destaco las siguientes frases, que acercan al autor a una suerte de constitucionalismo popular que me resulta muy sugerente: «Ya no importa lo que diga u opine el pueblo, sino lo que expresen, normativamente, sus representantes. Una suerte de oxímoron constitucional, en virtud del cual, el texto constitucional vuelve a caer en manos de la mayoría parlamentaria» (p. 176), y sobre todo (y coincido): «la constitución viva [...] no parece conformar una comunidad de derechos, sino que éstos se interpretan en clave de la posición que una parte de la sociedad mantiene frente a la otra. No es una interpretación de los derechos consensuada» (p. 188).

70 Esta misma distinción en Häberle, 2020, 33-34.

71 Díaz Revorio (2024: 309), que constata la falta de consenso en aborto y eutanasia, tiene razón al afirmar que en estos casos el Tribunal fue «activista frente al legislador futuro», lo que no es muy democrático.

72 Coincido con Rey (2024: 564-567) en que se trata de la única sentencia (que él critica por otros motivos, y, dicho sea de paso, también coincido con él en que debió centrarse en la discriminación a los homosexuales) en que el Tribunal utiliza realmente la interpretación evolutiva. El VP de Aragón contra el «sociologismo jurídico» es coherente con lo que afirma en su ya citado libro de 1989, p. 119: no se puede «considerar al Tribunal como «comisionado del poder constituyente», categoría en sí misma poco compatible con las exigencias del Estado democrático en cuanto que ser comisionado del poder constituyente significa poder actuar «como el poder constituyente», en su propio nombre, para seguir realizando la labor constituyente, es decir, completando la que aquel poder dejó inacabada. No hay, creo, en la Constitución democrática, «comisionados del poder constituyente», ni siquiera lo es el legislador». Su planteamiento nos lleva a un callejón sin salida (paradójicamente no muy democrático, en mi opinión): si la Constitución no se puede reformar, ¿quién entonces va a actualizarla? En todo caso, sin exagerar: el Tribunal Constitucional debe dar voz a la ciudadanía... si tiene razón. Con matices, estoy de acuerdo nuevamente con Rey (pp. 575-576) cuando señala que el canon teleológico, que aportaría la racionalidad, es el principal (así también Escobar y García Manrique, 2019: 59-63), y que el sociológico es complementario; yo más bien los pondría, en cuanto a la creación de derechos y para evitar la dictadura de los doce sabios, en el mismo plano (correctamente, Díaz Revorio, 2024:

Unidas o en Europa (TEDH y TJUE), como ha hecho varias veces, aunque no siempre bien<sup>73</sup>. El consenso constitucional europeo (según lo interpreta el TEDH) o la decisión del poder legislativo (realmente, de su coyuntural mayoría), que son los argumentos más utilizados (el segundo, más bien implícitamente), pueden ser un indicio de amplia aceptación popular, pero no resultan suficientes. Necesitamos mediaciones más fuertes y empíricamente demostradas<sup>74</sup>, evitando ficciones autoritarias<sup>75</sup> y que permitan conectar al pueblo con el intérprete de la Constitución: quede el desarrollo de esta tesis para otra ocasión. De paso, no estaría de más abrir los procesos constitucionales a una cierta participación ciudadana<sup>76</sup>, como sucede con los *amicus curiae* que se escuchan en Estrasburgo. «La justicia emana del pueblo» no significa decidir igual que el pueblo, que muchas veces o no sabe lo que quiere o no podemos demostrar lo que quiere, pero al menos tenerlo en cuenta: algo tan viejo como la realidad social del artículo 3.1 del Código Civil, léase una interpretación evolutiva verificable (una cierta e inevitable democracia demoscópica) y en todo caso razonable<sup>77</sup>, es decir, nunca como criterio único ni absoluto.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

289-290). La evidencia empírica revela una mixtura permanente entre interpretación teleológica y evolutiva, a las que en Europa se suma la comparativa (Senden, 2011), que yo emparentaría con la consensual-democrática.

73 Uno de nuestros principales estudiosos del diálogo jurisprudencial critica que este se queda corto, y viene a proponer (aunque no está claro) cauces institucionales de diálogo (Bustos, 2012: 84-86): conociendo a los jueces, en estos niveles bastante vanidosos, me resisto a creer que propuestas de ese tipo resulten útiles, pues ningún tribunal se va a dejar condicionar por los otros, salvo que no le quede otro remedio, como ha sucedido en las ocasiones en que nuestro Tribunal Constitucional ha cedido ante el TJUE, como en el conocido caso Meloni.

74 Coincido de nuevo con Díaz Revorio (2024: 296): «la idea de consenso puede justificar [la imposición a la mayoría legislativa], siempre que se pueda argumentar *y demostrar en el caso*, e introduciendo un razonable margen de deferencia cuando tal constatación no sea posible» (cursivas mías). Yowell (2018: 56-89), a quien podríamos calificar como constitucionalista político moderado (como Waldron y la mayoría, cae también en el error de ofrecer una imagen idealizada del legislativo), revela la dificultad de los tribunales en el manejo de datos sociológicos; vid., no obstante, la nota 71.

75 Kelsen (1977: 25-27) no era tan formalista y se percató de la trampa de la ficción de hacernos creer que lo que quiere el Estado es lo que quiere el pueblo: «la apariencia del Estado como persona inmaterial oculta el hecho del dominio del hombre sobre el hombre, intolerable para el sentir democrático».

76 Häberle (2020: 21) encuentra válvulas de entrada en la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Para un diseño de un Tribunal Constitucional más abierto a expertos, inclusive sociólogos, resulta interesante la propuesta de Yowell (2018: 152-154). Una solución provisional para España, para la jurisdicción ordinaria, pero trasladable a la constitucional, en Escobar (2012: 681-682), aunque el Tribunal Constitucional no parece muy favorable cuando su ley reguladora se lo pone fácil (Montilla, 2002: 46-56).

77 Últimamente, encuentran la interpretación evolutiva en el art. 3.1 CC, Díaz Revorio (2024: 286) y Rey (2024: 573).

- Alexy, R. (2016). *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares.
- Alvear Téllez, J. (2025). *Los nuevos derechos humanos: la última degradación del hombre*. Madrid: Marcial Pons.
- Alzaga Villaamil, O. (2010). *El consenso (del consenso constituyente a las prácticas postconstitucionales)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Amnistía Internacional, Oxfam-Intermón y Greenpeace (2015). *Una reforma constitucional para blindar los derechos humanos*.
- Aragón, M. (1989). *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos.
- Barrero Ortega, A. (2019). *Nuevos derechos y garantías*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bernasconi Ramírez, A. (2007). El carácter científico de la dogmática jurídica. *Revista de Derecho*, XX-1.
- Brade, A. (2022). *Grundrechtskonkurrenzen*. Berlin: De Gruyter.
- Bustos Gisbert, R. (2012). *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México: Porrúa.
- Castellà Andreu, J. M. y Simonelli, M. A. (2022). *Populism and contemporary democracy in Europe*. Cham: Palgrave-MacMillan.
- Cubero Marcos, J. I. (2017). El reconocimiento de derechos sociales a través de la conexión con derechos fundamentales: hacia una progresiva superación de la doctrina clásica. *Revista catalana de Derecho público*, 54.
- Cuesta López, V. (2022). *Espacios de democracia deliberativa en contextos de reforma constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Cruz Villalón, P. (2004). *La Constitución inédita*. Madrid: Trotta.
- Díaz, E. (2013). *El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson.
- Díaz Revorio, F. J. (2024). De la «constitucionalidad sobrevenida» a la «fundamentalización» de derechos de rango legal. En *Constitución y control jurisdiccional del poder. Estudios en homenaje a Eduardo Espín*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Escobar Roca, G. (2012). *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Escobar Roca, G. (2016) ¿Ideología de la Constitución o ideología de los jueces constitucionales? A propósito de la STC 145/2015, sobre objeción de conciencia farmacéutica. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 9.
- Escobar Roca, G. (2017). Correcciones participativas a la democracia representativa. Comunicación en el XV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España.
- Escobar Roca, G. (2018). *Nuevos derechos y garantías de los derechos*. Madrid: Marcial Pons.
- Escobar Roca, G. (2020). El modelo irlandés de derechos fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 46.
- Escobar Roca, G. (2024a). No son los detalles, es la lealtad federal (o el correcto reparto de la potestad legislativa de derechos fundamentales en el Estado autonómico). *Cuadernos de la Fundación Manuel Giménez Abad*, 28.
- Escobar Roca, G. (2024b). El traslado tenía dos precios (derechos fundamentales y responsabilidad patrimonial en la STC 78/2023). *Revista de Responsabilidad civil y seguro*, 1.
- Escobar Roca, G. (2024c). Contrapoder inteligente. Un modelo deliberativo para el Ombudsman. En Castellà Andreu, J. M. y Expósito, E. (eds.), *Contrapoderes en la democracia constitucional ante la amenaza populista*. Madrid: Marcial Pons.

- Escobar Roca, G. (2025). Los derechos fundamentales (I): concepto, catálogo, tipos y titularidad. En Castellà Andreu, J. M. (ed.), *Derecho constitucional básico*. Barcelona: Huygens, 8<sup>a</sup> ed.
- Escobar Roca, G. y García Manrique, R. (2019). *Argumentación e investigación en derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Escudero Alday, R. (2025). *Cuando Antígona encontró a Benjamin. Víctimas del franquismo y derecho a la memoria*. Madrid: Trotta.
- Gargarella, R. y Martí, J. L. (2005). Estudio preliminar. La filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos. En Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.
- González-Trevijano, P. (2007). *Entre güelfos y gibelinos. Crónica de un tiempo convulsionado*. Madrid: Trotta.
- Häberle, P. (2020). La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. En *Retos actuales del Estado constitucional*. Santiago de Chile: Olejnik.
- Hain, K. E. (2002). Ockham' Razor. Ein instrument zur rationalisierung der Grundrechtsdogmatik? *JuristenZeitung*, 57-21.
- Hofmann, E. (2008). Grundrechtskonkurrenz oder Schutzbereichsverstärkung? Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum additiven Grundrechts-eingriff. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 133, 4.
- Ibáñez Macías, A. (2021). Identificando derechos fundamentales en la Constitución española. *Derechos y libertades*, 44.
- Kelsen, H. (1977). Forma de Estado y filosofía. En *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Labor.
- Kingreen, T. y Poscher, R. (2023). *Grundrechte*. Heidelberg: Müller, 39<sup>a</sup> ed.
- Kotzur, M. (2009). Los derechos fundamentales en Europa. *Revista de Derecho constitucional europeo*, 12.
- López Garrido, D. (coord.) (2023). *Los nuevos derechos sociales fundamentales. Una propuesta de reforma constitucional*. Madrid: CEPC.
- López Guerra, L. (2018). El derecho a la verdad. ¿La emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos? *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22.
- López Guerra, L. (2021). Los retos al Tribunal Constitucional español desde la perspectiva del «constitucionalismo político». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25 (1).
- De Montalvo Jääkeläinen, F. (2025). La interpretación evolutiva de la Constitución en manos del Tribunal Constitucional: ¿una suerte de *deus ex machina* argumentativa? *Revista General de Derecho constitucional*, 42.
- Montilla Martos, J. A. (2002). *Minoría política y Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta.
- Moreno Rodríguez-Alcalá, D. (2011). *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*. Madrid: CEPC.
- Naranjo de la Cruz, R. (2024). Definición de la apariencia personal y derecho a la propia imagen. Consideraciones críticas sobre la creación de un nuevo derecho. *Teoría y realidad constitucional*, 54.
- Pascual Medrano, A. (2015). La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español. Chueca, R (dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*. Madrid: CEPC.

- Pérez Royo, J. (1988). *Tribunal Constitucional y división de poderes*. Madrid: Tecnos.
- Pino, G. (2014), *Derechos e interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Posner, R. A. (2011). *Cómo deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons.
- Presno Linera, M. A. (2022). *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons.
- Requejo Rodríguez, P. (2018). *La internacionalización del orden constitucional: los derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons.
- Reßing, M. (2016). *Die Grundrechtskonkurrenz*. Baden-Baden: Nomos.
- Rey Martínez, F. (2009). ¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos. García Roca, J. y Fernández Sánchez, P. A. (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: CEPC.
- Rey Martínez, F. (2024). La interpretación de la Constitución como «árbol vivo»: una metáfora especiosa. En *El Estado constitucional democrático. Libro en homenaje a Javier Jiménez Campo*. Madrid: CEPC.
- Salvioli, F. (2020). *Introducción a los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez-Cuenca, I. (2022). *El desorden político. Democracias sin intermediación*. Madrid: Catarata.
- Senden, H. (2011). *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system*. Cambridge: Intersentia.
- Da Silva Moreira, P. (2019). *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado constitucional*. Madrid: CEPC.
- Simón Yarza, F. (2017). *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada*. Madrid: CEPC.
- Simón Yarza, F. (2024). *El derecho a la vida (ante el aborto y la eutanasia)*. Madrid: Marcial Pons.
- Torcal, M. (2023). *De votantes a hooligans. La polarización política en España*. Madrid: Catarata.
- De Vega García, P. (2017). «Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual». En *Obras escogidas*. Madrid: CEPC.
- Wittgenstein, L. (2009). *Investigaciones filosóficas*. Madrid: Gredos.
- Yowell, P. (2018). *Constitutional rights and constitutional design*. Oxford: Hart.
- Zapatero, V. (2023). *Aquel PSOE. Los sueños de una generación*. Córdoba: Almuzara.

\*\*\*

**TITLE: *Creation of fundamental rights in a democratic society: mediations***

**ABSTRACT:** *Fundamental rights are the work of the constituent power and no one else. However, given the difficulty of reforming the Constitution to expand its catalog, some may be «stretched» thanks to their connection with related concepts such as legal rights, human rights, and moral rights, which support the justification of such «stretching.» The paper lists (without claiming to be exhaustive) which «new» fundamental rights have appeared since 1978, according to Parliament (spurious creation) and according to the Constitutional Court (covert creation), revealing trends and errors in argumentation. Pending the expression of the constituent power as such, the paper suggests some mediations that would better align the future process of creating new fundamental rights with the democratic principle.*

**RESUMEN:** Los derechos fundamentales son obra del poder constituyente y de nadie más. Ahora bien, ante la dificultad de reformar la Constitución para ampliar su catálogo, algunos pueden «estirarse» gracias a su conexión con figuras afines como los derechos legales, los derechos humanos y los derechos morales, que apoyan la justificación de esos «estiramientos». El trabajo enumera (sin ánimo exhaustivo) qué «nuevos» derechos fundamentales han aparecido desde 1978, según el Parlamento (creación espuria) y según el Tribunal Constitucional (creación encubierta), desvelando tendencias y errores argumentativos. A la espera de que el poder constituyente se exprese como tal, el trabajo sugiere algunas mediaciones que acercarían mejor el proceso futuro de creación de nuevos derechos fundamentales al principio democrático.

**KEYWORDS:** fundamental rights, human rights, moral rights, democracy, Constitutional Court and Parliament, constitutional interpretation, political constitutionalism, constituent power and constitutional reform.

**PALABRAS CLAVE:** derechos fundamentales, derechos humanos, derechos morales, democracia, Tribunal Constitucional y Parlamento, interpretación constitucional, constitucionalismo político, poder constituyente y reforma constitucional.

FECHA DE RECEPCIÓN: 30.06.2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 29.09.2025

**CÓMO CITAR/ CITATION:** Escobar Roca, G. (2025). Creación de derechos fundamentales en una sociedad democrática: mediaciones. *Teoría y Realidad Constitucional*, 56, 111-153.

