

EL CASO VALENZUELA CONTRERAS  
Y NUESTRO SISTEMA DE DERECHOS  
FUNDAMENTALES

BLANCA RODRIGUEZ RUIZ

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. VALENZUELA CONTRERAS C. ESPAÑA.—3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS NATURALES: PRIMACÍA, LIMITABILIDAD Y TEST DE PROPORCIONALIDAD.—4. UNA FUNDAMENTACIÓN ALTERNATIVA DE NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA TEORÍA DEL DISCURSO.—5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCION (1)

En los umbrales del siglo XXI, el constitucionalismo occidental sigue anclado en una noción liberal de los derechos fundamentales, cuyo principal rasgo definitorio es el carácter natural que a éstos se confiere. Concebidos como inherentes a la persona por el mero hecho de ser tal y, por ende, como inalienables, estos derechos concretan los aspectos más prominentes del ámbito de libertad natural que, al entrar a formar parte de la formación política del estado, el individuo retiene frente al poder político, y cuyo disfrute impone pues un límite a la actuación de éste último. El reconocimiento de derechos fundamentales viene así a jalonar y a proteger la línea que separa el área de lo público, en el sentido de lo político, del área de lo social, de lo políticamente privado. La noción liberal de los derechos fundamentales como naturales se apoya pues en una tajante separación entre poder político y sociedad civil, entre el detentor artificial de poder y los poseedores naturales de libertad. Separación ésta que se

---

(1) Este artículo es tributario de los conocimientos adquiridos en 1998 en la Johan Wolfgang Goethe-Universität de Frankfurt am Main, gracias a una beca de la fundación Alexander von Humboldt.

ubica en el contexto de una relación vertical entre ambos que se articula simultáneamente en dos sentidos opuestos, en la medida en que la sociedad civil disfruta de una posición tanto de superioridad como de subordinación respecto de los dictados del poder político: superioridad en lo que respecta a los derechos naturales de los individuos que la integran; subordinación en todo lo demás.

Pues bien, estas premisas de la concepción liberal de los derechos fundamentales se encuentran hoy sometidas a crítica y a revisión. Baste hacer referencia al movimiento anglosajón conocido como *Critical Legal Studies*, cuyos integrantes han dedicado buena parte de sus esfuerzos de deconstrucción del derecho a demostrar la falacia de la distinción entre lo público o político y lo civil o privado (2). Semejantes críticas se corresponden, ya en nuestro continente, con las realizadas en el seno de escuelas jurídicas de enfoque tan opuesto como la Luhmanniana teoría de los sistemas o la autopoiesis de Gunther Teubner (3), por un lado, y la teoría del discurso de Jürgen Habermas (4), por otro, si bien esta última adopta posiciones menos radicales, en el sentido de más conciliatorias con el modelo liberal. Ejemplo concreto de la crítica así como de la revisión de que la concepción liberal de los derechos fundamentales está siendo objeto es la progresiva aceptación, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, de su eficacia horizontal o frente a terceros, en contraste con los efectos exclusivamente verticales o frente al poder político que una concepción estrictamente liberal de los mismos les confiere. Ciertamente, el respaldo con que cuenta esta evolución hacia la eficacia horizontal de los derechos fundamentales dista mucho de ser unánime. Contra ella se han alzado voces que hacen referencia, precisamente, a la pérdida de identidad del derecho privado como ámbito jurídico independiente, y cuyo principio rector es la protección de

(2) Valga como ejemplo el artículo de CLARE DALTON: «An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine», 94, *The Yale Law Journal*, 94 (1985) págs. 997 y sigs.

(3) G. Teubner [«Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht», *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 19 (1998), págs. 8 y sigs.] propone reemplazar la dicotomía público-privado por el más ambicioso concepto de pluricontextualidad, por la noción, esto es, de que existen distintos contextos discursivos, cada uno de los cuales posee su propia *ratio*, que debe ser preservada frente a «invasiones» procedentes de otros contextos.

(4) En *Faktizität und Geltung* (4. Auflage, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1994), y como veremos en el apartado 4, Habermas no rechaza, sino simplemente redefine, la separación entre el poder político y la sociedad civil, haciéndola residir en el carácter institucionalizado del discurso que tienen lugar en el primero, frente a lo informal de los que se desarrollan en el seno de la segunda. Desde esta perspectiva, la relación entre uno y otra no es vertical y asimétrica o de subordinación, sino simétrica y de influencia recíproca, horizontal en el modo en que lo es la relación entre dos círculos concéntricos: en el círculo central el poder político desarrolla actos discursivos institucionalizados que condicionan y a su vez se alimentan de los actos discursivos informales que la sociedad civil desarrolla en el círculo periférico.

la (natural) autonomía o libertad del individuo (5). Voces como éstas eran, sin embargo, de esperar: dos siglos de tradición no se dejan vencer sin resistencia. Con todo, dado su carácter minoritario y el escaso eco que en la actualidad encuentran en la solución de conflictos judiciales, tales reacciones no ponen en cuestión la evolución indicada, sino que vienen más bien a confirmar la irreversibilidad de la misma.

Mayor atención merece, por el contrario, el que la gradual aceptación de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales no sea, por lo general, el fruto o la conclusión reflexionada de una crítica coherente a su concepción liberal tradicional (6). Nos encontramos más bien ante lo que quiere ser una respuesta *ad hoc* a lo que quiere percibirse como una deficiencia concreta, si bien central, de dicha concepción, a saber: la insuficiente protección de los derechos que de ella se desprende como consecuencia de la relajación de la línea divisoria entre poder político y sociedad civil. Pero eso no es todo. Lejos de romper con el marco liberal tradicional, los defensores de la eficacia frente a terceros han dedicado sus mayores esfuerzos a integrarla dentro de ese marco, a mantener una forzada imagen de complementariedad, de continuidad y coherencia con el modelo liberal, al precio de sacrificar la claridad y la coherencia interna de su propia construcción, y de alimentar con estas deficiencias la controversia en torno a ella. De este modo, la aceptación de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales constituye un buen ejemplo, no sólo de la actual tendencia a la revisión de la concepción liberal tradicional de estos derechos, sino al mismo tiempo, y paradójicamente, de las reticencias a abandonar el modelo revisado. No es difícil imaginar que detrás de dichas reticencias, y por encima de la simple inercia teórica, se esconde el temor a renunciar al carácter natural de los derechos fundamenta-

---

(5) En este sentido apuntan las críticas ya clásicas de GÜNTER DÜRIG („Grundrechte und Zivilrechtsprechung«. *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*. Hg. Theodor Maunz. Isar Verlag, München, 1956, págs. 157 y sigs.) y Ernst-Wolfgang Böckenförde («Grundrechte als Grundsatznormen», *Staat, Verfassung, Demokratie*. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, págs. 159 y sigs., esp. 194), así como otras más recientes, como la de WOLFGANG ZÖLLNER [«Regelungsspielraum im Schuldvertragsrecht», *AcP*, 196 (1996), págs. 1 y sigs.].

(6) Excepción notable es la construcción autopoietica de GUNTHER TEUBNER en «Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes», *Rechtshistorisches Journal*, 17 (1998), págs. 234 y sigs.; véase también CHRISTOPHER BEAT GRABER y GUNTHER TEUBNER: «Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere?», *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1998), págs. 61 y sigs. Alternativamente, la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales se justifica también desde la perspectiva de una concepción teórico-discursiva de estos derechos (BLANCA R. RUIZ: «Discourse Theory and the Addressees of Basic Rights», trabajo en curso).

les, a los derechos como límites naturales a los dictados del poder político. De ahí que la doctrina de la eficacia frente a terceros, en concreto su profusa y creciente aplicación judicial, constituya un paso hacia una nueva concepción de los derechos fundamentales que es tanto decidido y de gigante en sus consecuencias, como sigiloso y tímido en su formulación. Y de ahí que instancias judiciales que reconocen su eficacia frente a terceros, justifiquenla como quieran, se adhieran con celo a otros rasgos definitorios marcadamente liberales de estos derechos.

Entre dichas instancias se encuentra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Este es, junto con la Comisión, un defensor tradicional de la eficacia frente a terceros de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (7), sin que, con todo, ello le haya impedido a ubicarla en un marco teórico coherente. Ni tampoco le ha impedido desarrollar otras doctrinas de fuerte calado liberal. Así y, por un lado, tanto la Comisión como el Tribunal han entendido que la responsabilidad de las Partes Contratantes se extiende a las decisiones de sus jueces y tribunales en asuntos de derecho privado, lo que las hace responsables de las violaciones privadas de los derechos reconocidos en el CEDH cometidas bajo su jurisdicción en la medida en que hayan sido confirmadas por un juez o tribunal nacional (8). Lo cual equivale a reconocer que los derechos del CEDH pueden ser violados por, y por tanto que tienen eficacia frente a, personas privadas. Sobre todo, la Comisión y el Tribunal han desarrollado la doctrina de las obligaciones positivas de las Partes Contratantes, según la cual el CEDH las obliga no sólo a no interferir con el ejercicio de los derechos que en él se reconocen, sino a adoptar además las medidas necesarias para ese ejercicio. No es éste el momento de detenernos a analizar los pormenores de esta doctrina, quizá la de mayor calado de las desarrolladas por el TEDH (9). Baste señalar que en virtud de ella las Partes Contratantes están obligadas a eliminar los obstáculos que se interpongan con el disfrute de los derechos del CEDH de cuya existencia sean ellos responsables, así como a proporcionar un adecuado marco legal que facilite dicho disfrute. Todo ello, y es esto lo que ahora interesa, tanto en lo que concierne al ejercicio de los derechos frente al poder político como «en la esfera de las rela-

---

(7) ANDREW CLAPHAM: «The "Drittwirkung" of the Convention», *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, págs. 186 y sigs.

(8) Véase por todas *Markt Intern Verlag & Klaus Beermann c. Alemania*, decisión de 20 de noviembre de 1989, Serie A, vol. 165, Par. 27, pág. 17.

(9) Sobre este tema, BLANCA R. RUIZ: *Privacy in Telecommunications*, Kluwer Law International, La Haya, 1997, págs. 138 y sigs.

ciones de los individuos entre sí» (10). Sin embargo, y por otro lado, el TEDH no ha ofrecido construcción teórica alguna en apoyo de la eficacia horizontal de los derechos del CEDH, fomentando así la impresión de continuidad con el modelo liberal a que antes se aludía. Es más, otras de sus doctrinas están sólidamente ancladas en ese modelo. Buen ejemplo es precisamente la doctrina en que se basa la solución del caso *Valenzuela Contreras c. España* (11), cuyo comentario crítico es el objeto de este artículo.

## 2. VALENZUELA CONTRERAS C. ESPAÑA

Las circunstancias de este caso son, resumidamente, las siguientes. En noviembre de 1984 y febrero de 1985, la Sra. M. y su novio el Sr. R. presentaron sendas denuncias en un juzgado de Madrid contra persona o personas desconocidas que les enviaban cartas y les hacían llamadas de teléfono ofensivas y amenazadoras. A la apertura de diligencias previas siguieron varias órdenes de interceptación de las llamadas telefónicas recibidas por los denunciados, dictadas por el juez investigador y de un mes de duración cada una. Asimismo el juez ordenó el análisis de las cartas anónimas recibidas, de las fotografías incluidas en ellas, y de la saliva y huellas digitales de sus sobres. Todo lo cual condujo a la apertura de un proceso penal contra los Srs. S. y Valenzuela Contreras, a la interceptación de sus respectivas conversaciones telefónicas y a la subsiguiente consideración del segundo de ellos como único sospechoso, contra quien el 18 de abril de 1986, y tras varios registros domiciliarios, finalmente se dictó auto de procesamiento. El 8 de mayo de 1992, la Audiencia Provincial de Madrid condenó al acusado a cuatro meses de prisión, así como al pago de una serie de multas y de una indemnización a la Sra. M. El Sr. Valenzuela Contreras interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando entre otros motivos la violación de su presunción de inocencia por falta de pruebas inculpativas (arts. 5.4 de la LOPI y 24.2 de la Constitución). La alegada violación se derivaría del carácter excesivamente genérico de la orden judicial de interceptación de sus conversaciones telefónicas, lo que la descalificaría como verdadera autorización judicial de las mismas. Debe entenderse que la ausencia de dicha autorización violaría el artículo 18.3 de la Constitu-

---

(10) *X & Y c. Los Países Bajos*, Sentencia de 26 de marzo de 1985, Serie A, vol. 91, Par. 23, pág. 11; sentencias paradigmáticas son también *Airey c. Irlanda*, Sentencia de 9 de octubre de 1979, Serie A, vol. 32, Par. 33, pág. 17; *Power & Raynor c. R.U.*, Sentencia de 21 de febrero de 1990, Serie A, vol. 172, Par. 39, pág. 18.

(11) Sentencia de 30 de julio de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V.

ción, que reconoce «el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial» y convertiría la mencionada interceptación en ilícita. Lo cual obligaría a la exclusión de las pruebas que sobre su base hubieran sido obtenidas (12). El motivo, sin embargo, fue desestimado por Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de marzo de 1994 (Fundamento de Derecho primero). Este Tribunal asume ante todo la licitud de la controvertida interceptación por apoyarse en una resolución judicial fundada, aun admitiendo que ésta pudiera haber tenido un tenor algo genérico. A mayor abundamiento señaló además que, en todo caso, la prueba obtenida como resultado de la interceptación de comunicaciones telefónicas no fue ni la única en que se basó la condena del recurrente, ni fue ni siquiera concluyente para la misma. El recurrente acudió entonces en amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual inadmitió el recurso por providencia de 16 de noviembre de 1994, asumiendo un razonamiento semejante al del Tribunal Supremo.

Nótese que ni el Tribunal Supremo ni el Constitucional se cuestionó hasta qué punto otros elementos probatorios decisivos para la solución del caso (el que la mayoría de las llamadas molestas procedieran de la compañía donde la Sra. M. trabajaba y donde el condenado era jefe de personal, y el que éste hubiera tenido recientemente una relación con la Sra. M.), hasta qué punto estos elementos probatorios, decía, habían sido obtenidos como resultado de la interceptación de las comunicaciones telefónicas cuya inconstitucionalidad se alega, si por tanto, de confirmarse dicha inconstitucionalidad, tampoco ellos habrían debido ser tomados en consideración en juicio, y si las pruebas restantes podrían haber conducido por sí solas a la condena del Sr. Valenzuela Contreras. Y es que dicha cuestión adquiere un carácter meramente teórico desde el momento en que ambos tribunales asumen la licitud de la interceptación controvertida, al basarse en una resolución judicial que ambos coinciden en considerar lícita. Asimismo, ni el Tribunal Supremo ni el Constitucional ponen en ningún momento en duda que dicha resolución judicial, una vez asumida su licitud, constituyera base suficiente para afirmar a su vez la de las interceptación de conversaciones telefónicas. Es en este último punto, sin embargo, donde reside el nudo del presente caso. Pues si el artículo 18.3 reconoce el «derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial», el artículo 53.1 establece, por su parte, que «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial podrá regularse el ejercicio» de este derecho. Y la interceptación de las conversaciones telefónicas del condenado se realizó sin cobertura

---

(12) STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ. 4.º Para un análisis crítico de esta sentencia, consúltese BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, MacGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 146 y sigs.

legal. En efecto, las órdenes judiciales de interceptación fueron cursadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), introducida por la LO 4/1988, de 25 de mayo. Fueron cursadas, pues, en un momento en que el mencionado artículo 579 preveía exclusivamente la detención, apertura y examen de las comunicaciones escritas del procesado (13), «si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa». Sólo tras su reforma pasó dicho precepto a autorizar también al juez a acordar, por resolución motivada, la interceptación de las llamadas telefónicas del procesado (art. 579.2 LECrim).

Este telón de fondo normativo revela lo que en las decisiones del Tribunal Supremo y del Constitucional permanece implícito: que ambos tribunales defienden que la interceptación de las conversaciones telefónicas del recurrente fue conforme a derecho aun a falta de cobertura legal. De este modo ambos están afirmando que el artículo 18.3 de la Constitución es directamente aplicable sin necesidad de mediación legislativa, y ello no sólo en lo que concierne a la tutela del derecho que en él se reconoce, sino también a la posibilidad, prevista expresamente en su formulación, de que su ejercicio sea limitado en supuestos concretos por decisión judicial. No estamos, por lo demás, ante opiniones aisladas. Ya con anterioridad (14) ambos tribunales habían confirmado la constitucionalidad de órdenes judiciales de interceptación de comunicaciones dictadas sin cobertura legal, sobre la base de la naturaleza normativa y la eficacia directa de la Constitución, a condición de que dichas órdenes respetaran una serie de requisitos materiales, en concreto que estuvieran motivadas y que pu-

---

(13) Nótese que el término «procesado» no era entonces ni es ahora interpretado en sentido estricto, es decir, en el sentido de que debe haberse dictado auto de procesamiento contra la persona cuyas telecomunicaciones sean objeto de interceptación. Lo que este término requiere, al igual por lo demás que la referencia a «las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal» del párrafo 3 del artículo 579 ya reformado, es que las órdenes de interceptación sean dictadas en el contexto de un proceso penal ya abierto, y no con anterioridad a su apertura, como medida exploratoria, dentro de las llamadas «diligencias indeterminadas» (TOMÁS LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Cólax, Madrid, 1991, págs. 56-58; VÍCTOR MORENO CATENA: *Derecho Procesal. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 327; RICARDO MARTÍN MORALES: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 117-118. Véase también la STS de 18 de junio de 1992, Fundamento de Derecho 3.º). Sobre la confusa redacción, tanto a nivel terminológico como sistemático, del reformado artículo 579 LECrim, B. RODRÍGUEZ RUIZ: «El secreto de las comunicaciones...», *cit.*, págs. 89 y sigs.

(14) SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 85/1994, de 14 de marzo. STS de 13 de mayo de 1991; véanse también las citadas por T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ: *Las intervenciones telefónicas...*, *cit.*, pág. 15.

dieran considerarse razonables. La cuestión que yace detrás de esta doctrina jurisprudencial, y la clave de bóveda, en definitiva, para la resolución del presente caso, es la relación entre los artículos 18.3 y el 53.1 de la Constitución, entre los actos concretos de interceptación de comunicaciones por decisión judicial, y el requisito de que el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones debe ser regulado por ley parlamentaria, más concretamente, y en virtud del artículo 81 de la Constitución, por ley orgánica. En concreto, ¿debe toda interceptación judicial tener respaldo legal?, ¿o tiene el primer requisito un ámbito y una razón de ser distintos del segundo, y que permiten su aplicación independiente? (15). Y es importante tener presente que, si bien la interpretación de dicha relación será el resultado directo de la lectura que se haga de los preceptos en juego, esta lectura será a su vez fruto de una noción específica de los derechos fundamentales.

En torno a esta cuestión gira ya expresamente el recurso planteado por el Sr. Valenzuela Contreras ante el TEDH, frente al cual denunció la violación del derecho al secreto de las comunicaciones en la medida en que éste se encuentra reconocido, esta vez, en el artículo 8 del CEDH. El párrafo primero de este artículo reconoce a toda persona el «derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», término este último que, según jurisprudencia consolidada del TEDH, cubre todo tipo de telecomunicaciones (16). El artículo 8.2, por su parte, permite la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho «en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». El Sr. Valenzuela Contreras denunciaba que la interceptación de sus conversaciones telefónicas no había estado «prevista por la ley». Concretamente, más que una violación del aspecto formal de este requisito, denunciaba que las autoridades españolas no habían respetado su contenido material.

En lo que a su aspecto formal se refiere, el TEDH exige que la interceptación de telecomunicaciones se base en normas con fuerza de ley, si bien éstas pueden ser complementadas por otras de rango inferior (17) y por la

---

(15) Sobre esta cuestión se reflexionó ya en B. RODRÍGUEZ RUIZ: *El secreto de las comunicaciones...*, cit., págs. 102 y sigs., donde se razonó en favor de la solución que será defendida más detalladamente en este artículo.

(16) *Klass y otros c. Alemania*, Sentencia de 6 de septiembre de 1978, Serie A, vol. 24.

(17) *Silver y otros c. R.U.*, Sentencia de 25 de marzo de 1983, Serie A, vol. 61, Par. 88, pág. 33.



jurisprudencia de jueces y tribunales (18). En el presente caso, no se cuestionó en ningún momento que la interceptación tuviera base legal formal, al apoyarse en última instancia en el artículo 18.3 la Constitución. Más bien se cuestionó que dicha base legal reuniera todos los requisitos materiales que el TEDH le impone. Los cuales consisten en su accesibilidad y en la previsibilidad de las injerencias permitidas. En virtud de este último requisito, «una norma no puede considerarse “ley” a menos que esté formulada con precisión suficiente para permitir al ciudadano regular su conducta: éste debe ser capaz... de prever, en un grado razonable dadas las circunstancias, las consecuencias que puedan derivarse de una determinada acción» (19). Pues bien, si el artículo 18.3 de la Constitución es, qué duda cabe, perfectamente accesible, no está tan claro que su aplicación directa satisfaga baremos tan altos de previsibilidad. No se lo pareció así, desde luego, al TEDH, el cual en Sentencia de 30 de julio de 1998 juzgó la injerencia denunciada como imprevisible y, por ende, contraria a los dictados del CEDH, por apoyarse exclusivamente en el artículo 18.3 de la Constitución en un momento en que éste no había alcanzado el grado de desarrollo jurisprudencial de que hoy es ya objeto. Todo ello con total independencia de que las órdenes judiciales de interceptación de comunicaciones anticiparan el contenido de dicho desarrollo jurisprudencial, y pudieran considerarse, en consecuencia, razonables.

La decisión del TEDH es, pues, diametralmente opuesta a la posición que asumen nuestros tribunales nacionales. A simple vista, una y otra parecen determinadas por el marco normativo en que respectivamente se ubican. Así los artículos 18.3 y 53.1 de la Constitución española apuntan, efectivamente, hacia la interpretación que de los mismos realizaron el Tribunal Supremo y el Constitucional, en la medida en que conciben la autorización judicial y la reserva de ley como requisitos con finalidad y ámbito de aplicación distintos. El primero garantiza que toda limitación concreta al ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones sea ordenada por una autoridad independiente, el poder judicial, a quien corresponde estimar, controlar y dar a conocer en cada caso la razonabilidad de dichas limitaciones. El segundo establece que la regulación en términos generales del ejercicio del derecho, y por tanto de sus límites, corresponde exclusivamente al legislador, es decir, a los propios titulares del derecho a través de sus representantes parlamentarios. El artículo 8.2 del CEDH, por el

---

(18) *Kruslin c. Francia*, Sentencia de 24 de abril de 1990, Serie A, vol. 176, Par. 29, págs. 21-22.

(19) *Silver y otros c. R.U.*, opinión de la Comisión de 11 de octubre de 1980, Serie B, vol. 51, Par. 282, pág. 74.

contrario, hace expresamente depender la licitud de toda injerencia específica con el secreto de las comunicaciones de que ésta esté prevista por la ley, sin referirse, por lo demás, a la autoridad encargada de ordenarla en cada caso concreto.

Ahora bien, justificar una decisión sobre la base del espectro normativo en que se encuadra no significa, ni que la formulación de dicho espectro sea fortuita, ni que el órgano del que la decisión emana se haya limitado a asumirla de forma acrítica. Antes bien, los mencionados preceptos de la Constitución y del CEDH responden, más o menos conscientemente, a una visión concreta de los derechos reconocidos en uno y otro documento, visión que nuestros tribunales nacionales y el TEDH implícitamente asumen y que, como más adelante se explicará, en el primer caso somete a revisión el modelo liberal, mientras que en el segundo se encuentra firmemente anclada en él. Pues si bien es cierto que la Constitución invita a interpretar sus artículos 18.3 y 53.1 en el sentido en que lo hacen el Tribunal Supremo y el Constitucional, dicha interpretación no es en modo alguno la única plausible. Alternativamente, uno y otro podrían haber defendido la *interpositio legislatoris* como condición de constitucionalidad de toda interceptación de comunicaciones, acogiéndose así, por lo demás, a la línea doctrinal dominante en este punto (20). El que no lo hicieran implica una toma de posición ideológica respecto al significado de los derechos fundamentales, de cuya continuidad tras la sentencia del TEDH en el caso *Valenzuela Contreras*, sin embargo, parece prudente dudar. Asimismo, y mientras el TEDH no ha tenido reparos, por ejemplo, en imponer una interpretación amplia del término «correspondencia» utilizado en el artículo 8.1 del CEDH, sí ha confirmado el tenor literal del artículo 8.2 en el sentido de que cada supuesto específico de interceptación de telecomunicaciones debe estar previsto por la ley; ha ido incluso más allá de lo expresamente exigido por este precepto, imponiendo a la ley un estricto requisito de previsibilidad que reduce drásticamente el margen de actuación del poder judicial.

---

(20) JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *REDC*, núm 20 (1987), págs. 58 y sigs.; JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, pág. 166; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas ...*, cit., pág. 34; R. MARTÍN MORALES: *El régimen constitucional...*, cit., págs. 101 y sigs. En el mismo sentido que el Tribunal se pronuncia ELIMIO DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA: «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal», *Poder Judicial*, núm. 3 (1986), pág. 15.

### 3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS NATURALES: PRIMACIA, LIMITABILIDAD Y TEST DE PROPORCIONALIDAD

¿En qué consiste el corte liberal de la aproximación al derecho al secreto de las comunicaciones recién descrita? A lo que con él se quiere hacer alusión es, una vez más, al carácter natural que a este derecho se atribuye. Y es que, como ya antes se señaló, y por encima de los avatares teóricos sufridos durante dos agitados siglos de existencia, ésta sigue siendo la nota dominante de la noción liberal de los derechos de libertad. Se trata, en definitiva, de una concepción pre-jurídica de la validez de esos derechos (21), de la idea de que su reconocimiento en el derecho positivo no tiene carácter constitutivo, sino declarativo, de que implícita en él se encuentra la imposición de límites naturales a la actuación de un poder político concebido, éste sí, como creación jurídica artificial. El que la imposición de esos límites se entienda como connatural al reconocimiento de los derechos fundamentales justifica, desde este prisma liberal, que los mismos puedan ser tutelados directamente por el poder judicial. Ahora bien, con su incorporación a un ordenamiento jurídico positivo el ejercicio de estos derechos se ve a su vez sometido a restricciones. Entre ellas se encuentran las que los propios derechos fundamentales se imponen recíprocamente cuando el ejercicio de unos entra en colisión con el de otros, restricciones éstas que pueden considerarse implícitas en el reconocimiento del derecho que las impone. Otras, por el contrario, resultan de la obligación del poder político de tutelar bienes o intereses jurídicos distintos de los derechos y que, por tanto, y a diferencia de las primeras, no están implícitas en su reconocimiento, sino que pueden tan sólo imponerse en la medida en que hayan sido creadas artificialmente por el poder político. De ahí que el poder judicial, en cuanto que encargado de aplicar el derecho vigente, pueda tutelar directamente los derechos

---

(21) Las reticencias a reconocer un derecho genérico de libertad que cubra, y que por ende positivice, todas las áreas de libertad individual no reconocidas como derechos específicos, poniendo así fin a la noción de estado de naturaleza, son características de esta concepción. Véase RONALD DWORKIN: *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, págs. 266 y sigs. Curiosamente, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido al interpretar el artículo 17.1 de la Constitución (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ. 11.º), mientras que el Tribunal Constitucional Federal alemán, por el contrario, ha interpretado el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental en el sentido de que engloba tal derecho genérico de libertad. Y digo curiosamente porque, como enseguida veremos, en otros terrenos nuestra Constitución y nuestro Tribunal Constitucional se alejan más de la concepción natural de los derechos fundamentales que la Ley Fundamental o el Tribunal Constitucional Federal alemán. Sirva ello para ilustrar la falta de rigor teórico con que suelen abordarse cuestiones relativas a la dogmática de los derechos fundamentales.

fundamentales, pueda por ende resolver conflictos de derechos, pero no pueda más allá de dichos conflictos limitar su ejercicio, salvo en lo previsto por el legislador.

Estas dos categorías de límites, los que se derivan de otros derechos fundamentales, de lado, y todos los demás, de otro, aparecen reflejadas en el derecho constitucional alemán, en concreto en la distinción entre los llamados límites inmanentes y los límites de los derechos fundamentales en sentido estricto. Aparecen reflejadas, con todo, con un matiz crucial, que consiste en que, como enseguida veremos, la categoría alemana de los límites inmanentes rompe con la referencia liberal al derecho natural. La distinción entre éstos y otros límites surge de que la Ley Fundamental (LF) sólo autoriza al legislador a restringir el ejercicio de algunos de los derechos que reconoce. Lo cual no convierte a los demás en ilimitables (22), pero sí en una categoría distinta de derechos, en la medida en que sus límites son necesariamente distintos de los de los primeros. Así, y para empezar, todos los derechos, limitables por el legislador o no, están sometidos a los límites que se derivan del ejercicio de otros derechos fundamentales con los que colisionan; como también están sometidos, según el Tribunal Constitucional Federal (TCF), a los que se derivan de la realización de otros intereses reconocidos jurídicamente con rango constitucional. Unos y otros constituyen los límites inmanentes (23); inmanentes, nótese, no en el carácter natural de los derechos fundamentales, el cual permitiría que estos derechos, pero sólo ellos, se limitasen recíprocamente, sino en su reconocimiento junto con otros intereses en un texto constitucional. Su imposición es pues resultado de una interpretación sistemática, no ya del universo natural de los derechos fundamentales, sino de la LF en cuanto que documento normativo. En cualquier caso, y en cuanto que inmanentes, la aplicación de estos límites posee carácter meramente declarativo. De éste se deriva, como lógica consecuencia, que la tarea interpretativa de que su imposición emana pueda ser llevada a cabo por cualquier operador jurídico, que no se trate pues de una competencia exclusiva del legislador, tan deseable como la intervención de éste pueda ser de cara a la claridad y uniformidad en la aplicación de los límites de los derechos. Todo lo cual no debe entenderse en el sentido de que la LF encierra ya de forma implícita la definición final de la relación entre los derechos y los demás intereses que reconoce y tutela, definición que correspondería a los operadores jurídicos descubrir. Antes bien, y aunque sea ella quien trace las líneas generales de esa relación, la LF concede un margen interpretativo para la solución de supuestos específicos de colisión de bienes constitucionales, a la cual habrá de

---

(22) Artículos 3, 4, 5.3, 6, 8 o 16.2.2 de la LF.

(23) *BVerfGE*, 28, 243, 261.

llegarse mediante la ponderación (*Abwägung*) de dichos bienes, mediante la consideración de cuál de ellos merece protección en un caso concreto y habida cuenta de las circunstancias específicas del mismo (24). Los límites inmanentes se habrán impuesto pues de conformidad con la LF en la medida en que resulten de una labor de ponderación realizada dentro de los márgenes constitucionales, cuestión ésta controlable en última instancia por el TCF.

Esto es en lo que a los límites inmanentes se refiere. Pero es que, como ya se ha señalado, la LF autoriza al legislador a restringir el ejercicio de ciertos derechos fundamentales más allá de los imperativos de la interpretación sistemática del propio texto constitucional. En algunos casos, esta autorización está sometida a la consecución de ciertos fines específicamente mencionados (*qualifizierter Gesetzvorbehalt*), mientras que en otros se formula en términos genéricos (*einfacher Gesetzvorbehalt*), permitiendo que el legislador persiga cualquier interés público, tenga o no anclaje constitucional (25). Nos encontramos aquí ante un punto débil crucial, en lo que aquí interesa, de la concepción liberal de los derechos fundamentales. Sus raíces se encuentran, de un lado, en la confianza liberal clásica en el legislador como poder político en el que se materializan, como elementos complementarios de un todo, el ejercicio del principio democrático y los derechos de libertad del individuo (26). De otro lado, el punto débil aludido conecta con las raíces pretendidamente naturales de estos derechos, que los sitúa en una dimensión distinta de la estrictamente jurídica e inconmensurable con ella. Y es que, en virtud de su carácter natural, los derechos fundamentales se conciben como especialmente resistentes a los dictados del poder político, pero al mismo tiempo como especialmente vulnerables a los imperativos del orden jurídico positivo en que su reconocimiento se encuadra. Efectivamente, uno de los retos del constitucionalismo normativo de postguerra ha sido conseguir que el primero de estos dos aspectos predomine sobre el segundo, para hacer valer los derechos fundamentales por encima de los dictados del legislador, invirtiendo así el sentido de la relación entre ambos característico de las constituciones liberales programáticas del siglo pasado. Lograrlo significa, idealmente, eliminar la categoría de los derechos sujetos a

---

(24) *Ibidem*.

(25) Entre los primeros se encuentran los derechos reconocidos en los artículos 5.2, 9.2, 10.2.2, 11.2 o 13.3 de la LF; entre los segundos, los reconocidos en sus artículos 2.2.3, 5.2, 8.2, 10.1 o 16.1.2.

(26) Sobre el carácter complementario que estos elementos poseen ya en la teoría de los autores clásicos de los siglos XVIII y XIX, especialmente Rousseau y Kant, y en favor en todo caso de su necesaria interdependencia teórica, HAUKE BRUNKHORST: «Menschenrechte und Souveränität –ein Dilemma?» (Vortrag, Forum für Philosophie, Frankfurt am Main, 4.12.1997). Véase también posteriormente la nota 46 y su texto correspondiente.

restricción legislativa o, donde ésta perviva, asegurar la vigencia efectiva de esos derechos mediante la imposición de límites al legislador. Así en derecho alemán, y además de satisfacer ciertos requisitos formales, como la obligación de su generalidad o la de citar el derecho limitado (art. 19.1 LF), las leyes restrictivas de derechos fundamentales están sometidas al llamado test de su proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne*). Este test ya clásico, cuya raíz y desarrollo original se remontan al derecho administrativo de policía prusiano, en el que proporcionaba un instrumento de control de la discrecionalidad administrativa (27), este test, decía, ha adquirido rango constitucional gracias a la jurisprudencia del TCF, que lo ha considerado implícito en el principio del Estado de derecho y en el propio reconocimiento de los derechos fundamentales (28). Sobre su base la restricción legislativa de un derecho fundamental se ve sometida a una tríada de requisitos: debe ser ante todo adecuada (*geeignet*) o idónea para la consecución del fin que con ella se persigue, indispensable (*erforderlich*) en el sentido de que no debe existir un medio de obtener ese fin menos gravoso para los derechos fundamentales y, por último, proporcional a su consecución (*verhältnismäßig im engeren Sinne*). Todo ello al margen del límite del respeto del contenido esencial de los derechos impuesto explícitamente por el artículo 19.2 LF, un límite, en mi opinión, de trascendencia teórica discutible y que se ha revelado, en todo caso, de escasa relevancia práctica (29).

El problema de estos «límites de los límites» (*Schranken Schranken*), lo que constituye el mencionado punto débil de la construcción es, con todo, que su satisfacción otorga carta de legitimidad a toda injerencia con el ejercicio de los derechos fundamentales. Lo cual es especialmente grave si se tiene en cuenta que el test de proporcionalidad sólo compara la proporcionalidad de los límites impuestos a un derecho a la *consecución* del fin perseguido, no la relevancia relativa de ese derecho y de este fin. El objetivo perseguido por el legislador simplemente se asume como un punto de referencia inmutable e inquestionable durante el desarrollo de ese test, que sólo cuestiona, pues, los medios empleados para alcanzarlo (30). Es ésta una diferencia esencial entre el test de proporcionalidad y la técnica de la ponderación que preside la solución de conflictos entre derechos o bienes constitucionales, en cuyo seno tanto el

(27) ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: «Grundrechte als Grundsatznormen», *cit.*, pág. 183 (nota 79).

(28) *BVerfGE* 19, 342, 348; 38, 348, 368; cfr. MANUEL MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, 1996, pág. 118.

(29) B. RODRÍGUEZ RUIZ: *El secreto de las comunicaciones...*, *cit.*, págs. 107 y sigs.

(30) E.-W. BÖCKENFÖRDE: «Grundrechte als Grundsatznormen», *cit.*, págs. 183-184.

bien limitado como el que le impone la limitación, la importancia relativa de ambos en función de la finalidad a que responde su tutela respectiva, se sitúan precisamente en el punto de mira de la comparación. Y no se trata de una diferencia fortuita, sino determinada por la distinta concepción de los derechos que preside cada una de estas técnicas. Así la ponderación se aplica en un contexto en que los derechos fundamentales se conciben como bienes constitucionales, sometidos a los límites que se derivan de la realización de otros bienes igualmente constitucionales. Por su parte, el test de proporcionalidad se corresponde con una concepción de los derechos fundamentales como naturales que impide una comparación de la importancia relativa de estos derechos y de sus límites, al pertenecer unos y otros a planos teóricos distintos, el natural y el exclusivamente positivo. En esta medida, los derechos fundamentales, digámoslo de nuevo, limitan la actuación del poder político desde el plano de lo natural, pero quedan al mismo tiempo a merced de los dictados del mundo de lo positivo. La verticalidad de la relación entre individuo y poder político juega pues, y como al principio se indicaba, en dos sentidos, en la medida en que superpone y al mismo tiempo subordina la protección del primero a los intereses del segundo. Desde esta perspectiva, la eficacia normativa de los derechos depende de qué límites se impongan a la capacidad del poder político de limitarlos.

Pues bien, de los dos tipos de límites que conviven en la LF, el descrito en segundo lugar es el que impera en el contexto del CEDH (31), mientras que el primero parece haberse impuesto en las provisiones de la Constitución española relativas a los límites de los derechos fundamentales. Así, el artículo 8.2 del CEDH permite injerencias con el derecho al secreto de las telecomunicaciones siempre que reúnan una serie de requisitos. Toda injerencia debe estar, ante todo, expresamente prevista por la ley, eventualmente complementada por su desarrollo normativo o jurisprudencial; tanto es así que el artículo 8.2 no estima preciso mencionar la autoridad encargada de decidir la interceptación de telecomunicaciones en cada caso concreto. El legislador, por su parte, sólo puede permitir las injerencias que estime necesarias, en una sociedad democrática, para la consecución de una serie de fines que el artículo 8.2 expresamente enumera, pero que por su amplitud engloban la consecución de cualquier interés público. Por último, la expresión «necesaria en una sociedad democrática», verdadera salvaguarda material de la efectividad del derecho, ha sido interpretada por la Comisión y el TEDH en términos que asumen en su mayor parte el juicio alemán de proporcionalidad en sentido amplio: sobre su base, toda inje-

---

(31) Véanse, además del artículo 8, los artículos 2, 5, 9, 10, 11, 12.

rencia debe ser tanto indispensable para la consecución de un fin legítimo, como proporcional a su consecución (32).

Por su parte, el Derecho español encaja mejor dentro del modelo alemán de los límites inmanentes. Nuestra Constitución no contiene, a diferencia de la LF, dos categorías de derechos fundamentales, unos sujetos tan sólo a límites inmanentes y otros sometidos a reserva de ley (33). Antes bien, el artículo 53.1 reserva a la ley la regulación del ejercicio de todos los derechos fundamentales. Nótese que la referencia es a la «regulación», no a la imposición de límites al ejercicio de los derechos: ésta última se asume sólo de forma implícita, en la medida en que toda regulación del ejercicio de un derecho traza al mismo tiempo e inevitablemente los límites de su ejercicio. Así, y haciéndose eco en este punto del tenor literal del artículo 53.1, el Tribunal Constitucional ha insistido desde sus más tempranas sentencias que la Constitución no autoriza al legislador a limitar los derechos fundamentales en el sentido en que lo hace la LF, en el sentido, esto es, de someter su ejercicio a restricciones legales, en la persecución de intereses públicos sin respaldo constitucional. Antes bien, el ejercicio de los derechos fundamentales sólo puede ser restringido con el fin de proteger «otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos» (34). Lo cual equivale a decir que los derechos fundamentales sólo están sujetos a límites inmanentes. Sólo estos límites pueden pues desprenderse de la regulación legal de su ejercicio.

Una primera consecuencia lógica de esta conclusión es que, en la medida en que los límites de los derechos fundamentales se encuentran implícitos en la Constitución, y su imposición resulta de un proceso de interpretación sistemática en el que ésta sólo concede un cierto margen interpretativo, una conse-

---

(32) *Silver y otros c. R.U.*, Op. Com. Serie B, vol. 51, Par. 302, pág. 78. En cuanto a la adecuación de las injerencias con los derechos a los fines por ellas perseguidos, a este requisito ha hecho alusión algún voto particular, como el del juez Mosler al caso *Handyside c. R.U.* (Sentencia de 7 de diciembre de 1976, Serie A, vol. 24, Par. 2, pág. 33), quien apuntó que una medida restrictiva de un derecho sólo es «necesaria en una sociedad democrática» si es adecuada para la consecución de su fin. Y aunque tal requisito no haya sido exigido expresamente por la mayoría de la Comisión o del TEDH, sí puede considerarse implícito en la interdicción de limitaciones arbitrarias de derechos.

(33) Ello a pesar de que algunos derechos parezcan sometidos a reserva de ley específica, por oposición a la genérica del artículo 53.1. En realidad, tales reservas específicas tienen razones de ser distintas entre sí, y distintas en cualquier caso de la que preside las reservas de ley que recoge el texto constitucional alemán, no introduciendo excepción alguna a la aplicabilidad general del artículo 53.1. Sobre este tema, M. MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa...*, cit., págs. 75 y sigs.

(34) STC 11/1981, FJ. 7.º; cfr. M. MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa...*, cit., pág. 72.



cuencia lógica, decía, es que esos límites pueden ser impuestos por cualquier operador jurídico, y no necesariamente por el legislador. A éste sólo se reserva la posibilidad, que no la obligación, de regular en términos generales las condiciones del ejercicio de los derechos, y por tanto de limitarlos en términos igualmente generales (35). Consecuencia lógica es también que la constitucionalidad de las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales debe discernirse sobre la base de una ponderación de los bienes constitucionales en conflicto, y no sobre la base de un test de proporcionalidad tal y como aparece concebido en Alemania o como se aplica en el seno del CEDH. Sirva ello para explicar porqué nuestro Tribunal Constitucional prescindió en un principio de un test semejante y optó en cambio por lo que se ha calificado de juicio de *razonabilidad* de las limitaciones de los derechos, entendido como el examen de la relevancia constitucional del derecho y del fin que justifica su limitación, y la ponderación de ambos (36). Y nótese que aunque este juicio se concibiera como un análisis de la «proporcionalidad» de la limitación de los derechos, dicho análisis no se corresponde ni con el test de proporcionalidad alemán en sentido amplio, ni con su tercer requisito o requisito de proporcionalidad en sentido estricto. Pues, a diferencia de ambos, el mencionado juicio de razonabilidad no se limita a asumir sin cuestionarla la propia finalidad de los límites de los derechos, sino que precisamente la cuestiona y la compara con la finalidad perseguida por la protección de estos últimos, ponderando, pues, su importancia relativa en el contexto del caso concreto. Se trata, al igual que en el contexto de los límites inmanentes en derecho alemán, de llegar a una solución que sea proporcionada en el sentido de razonable o adecuada a las circunstancias del caso (*angemessen*, por oposición a *geeignet*, *erforderlich* y *verhältnismäßig*) (37). No cabe pues sino lamentar la (tardía) asunción en nuestro derecho del triple test de proporcionalidad alemán (38), fruto sin duda del atractivo que aún ejercen los modos de pensar liberales, con el respeto añadido de que entre nosotros gozan las construcciones de origen germano. En el contexto que aquí se discute, la intuición original del Tribunal Constitucional supo responder a la noción de los derechos fundamentales incorporada en nuestra Constitución, mientras que la asunción del test de proporcionalidad equivale a

---

(35) Esto en cuanto a la dimensión negativa de los derechos se refiere. Distinto es que su regulación legal aparezca como requisito indispensable para el ejercicio de los derechos y venga, por tanto, impuesta por la dimensión positiva de éstos.

(36) M. MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa...*, cit., págs. 122 y sigs.

(37) E.-W. BÖCKENFÖRDE: «Grundrechte als Grundsatznormen», cit., pág. 184.

(38) Su incorporación completa y sistemática se ha localizado en la STC 66/1995, cfr. M. MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa...*, cit., págs. 122 y sigs.

la incorporación de parámetros teóricos liberales ajenos a la misma. Lo cual, además de mermar la coherencia interna de nuestro sistema de derechos fundamentales (piénsese en la asunción paralela por el Tribunal Constitucional de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales) (39), introduce en él las deficiencias del modelo liberal antes mencionadas y que la Constitución había venido precisamente a superar. Y si la incorporación del triple test de proporcionalidad supuso ya un paso en esta dirección, otro lo será sin duda la de la doctrina del TEDH en el caso *Valenzuela Contreras*.

#### 4. UNA FUNDAMENTACION ALTERNATIVA DE NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA TEORIA DEL DISCURSO

Si el test de proporcionalidad y el contexto en que éste se aplica encajan dentro del marco de una concepción liberal de los derechos fundamentales,

---

(39) Desde este punto de vista, sería especialmente incoherente imponer el triple test de proporcionalidad a las limitaciones de los derechos fundamentales en el contexto de las relaciones entre privados. Con todo, las SSTC 99/1994, de 11 de abril, y 6/1995, de 10 de enero, han sido interpretadas, precisamente, como una introducción de ese test en el ámbito laboral, antes incluso, nótese, de la definitiva asunción sistemática del mismo por el Tribunal Constitucional. En concreto, en ambas sentencias se ha querido ver un recurso explícito al requisito de la indispensabilidad de los límites de los derechos fundamentales para la consecución del fin perseguido por los primeros, en este caso para el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial [M. MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa...*, cit., págs. 109 y sigs.; JAVIER PARDO FALCÓN: «Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario», *REDC*, núm. 49, (1997), págs. 299 y sigs.]. Sin embargo, y en contra de lo sugerido por esta interpretación, la mencionada indispensabilidad no se relaciona aquí con el test de proporcionalidad; antes bien aparece concebida como criterio de razonabilidad en el contexto de una ponderación de bienes constitucionales en ámbitos contractuales laborales (los derechos fundamentales del trabajador frente a la libertad empresarial del empleador), cuyo punto de referencia es la tutela de la autonomía individual. (El papel central de la autonomía individual en el juicio de razonabilidad será aclarado sobre la base de la teoría del discurso en el apartado siguiente.) Lo que el juicio de indispensabilidad requiere es, en pocas palabras, que la renuncia por el trabajador al ejercicio de derechos fundamentales implícita en su firma de un contrato laboral en virtud de su autonomía individual no vaya más allá de lo requerido por la lógica de ese contrato; pues más allá de dicha lógica toda renuncia de derechos no puede considerarse el resultado de la autonomía contractual del trabajador, sino de un abuso de la posición de poder del empleador en el ejercicio de su propia autonomía (este punto se desarrolla en BLANCA R. RUIZ: «Discourse Theory and the Addressees of Basic Rights»). La doctrina del Tribunal en las sentencias discutidas es, en definitiva, perfectamente coherente con la asunción de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, en la medida en que una y otra se distancian de la concepción liberal tradicional de estos derechos.

cabe preguntarse cuál es la concepción que permite restringir los límites de estos derechos a otros bienes de rango constitucional, sean éstos derechos fundamentales o no, y articularlos sobre la base de una ponderación de los bienes en conflicto. A continuación se argumentará que la teoría del discurso ofrece un modelo teórico que asume y da sentido a una concepción tal de los derechos.

La teoría del discurso descansa en una concepción procesal de la verdad y de la corrección, según la cual una afirmación puede considerarse cierta, y una norma correcta, sólo en la medida en que una y otra resulten de un proceso de deliberación racional que pueda a su vez considerarse correcto. Condiciones para la corrección de éste son, en primer lugar, y ante todo, las que afectan a la estructura interna de los argumentos utilizados, las cuales son comunes a todo proceso de argumentación racional, sea éste discursivo o no, incluidos pues los monólogos (40). Específicas de la teoría del discurso son ya, en segundo lugar, las condiciones de corrección que se refieren a los propios procesos de deliberación y que tienen como objetivo asegurar su imparcialidad. Pueden ser resumidas en las siguientes reglas: todos los que lo deseen pueden participar en procesos de deliberación; todos pueden cuestionar cualquier afirmación, introducir cualquier afirmación, o expresar sus actitudes, deseos o preferencias; nadie puede verse impedido de ejercer los derechos anteriores mediante tipo alguno de coerción interna o externa a la deliberación (41). La noción discursiva de corrección descansa, en definitiva, en la idea de que los procesos de deliberación deben ser llevados a cabo por individuos que gozan de una posición de libertad y de igualdad respecto de los demás, y ello tanto en el seno de esos procesos como más allá del desarrollo de los mismos. Dicha noción desemboca en el principio discursivo formulado por Jürgen Habermas, según el cual «válidas serán exactamente las normas de conducta con la que todos los posiblemente afectados por ellas pudieran estar de acuerdo como participantes en un proceso discursivo racional» (42).

Este principio discursivo se aplica en todos los ámbitos de la razón práctica, en los terrenos pues de la moral, de la ética, de lo pragmático y de lo jurídico, de forma que de su observación efectiva dependerá la validez de las deliberaciones que en ellos se desarrollen, y de las normas en que estas deliberaciones resul-

---

(40) Entre estas condiciones se encuentran la «ausencia de contradicciones, universabilidad en el sentido de uso coherente del lenguaje, claridad lingüístico-conceptual, verdad empírica, consideración de consecuencias y ponderación» [R. ALEXY: «Discourse Theory and Human Rights», *Ratio Juris*, vol. 9 (1996), págs. 209, 211].

(41) ROBERT ALEXY: *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, pág. 130.

(42) HABERMAS: *Faktizität und Geltung*, cit., pág. 138.

ten (43). De central importancia para la validez de las normas jurídicas es por tanto que todos los individuos que lo deseen puedan participar libremente en los procesos discursivos que conducen a su elaboración. Esta libertad se traduce, ante todo, en autonomía o ausencia de coacciones, tanto en el seno de las deliberaciones de que en cada caso se trate como fuera de ellas; lo cual requiere a su vez que tal autonomía sea garantizada a todos los individuos en condiciones de igualdad, así como que incluya la posibilidad de abstenerse de participar en procesos discursivos. En el centro de este esquema se encuentran, en definitiva, la autonomía e igualdad, o mejor la igual autonomía, de todos los individuos. Es a la realización de esta noción a lo que se consagra, precisamente, el reconocimiento de los derechos fundamentales. Así concebidos, los derechos fundamentales han sido clasificados por Habermas en cinco grupos o categorías (44). Las tres primeras pertenecen a la esfera de autonomía privada y engloban, respectivamente, derechos a la mayor medida posible de libertades individuales, a la definición de la ciudadanía y de los derechos que de ella se derivan, y a la tutela de la ley en términos de igualdad. La cuarta incluye derechos a la igualdad de oportunidades para participar en procesos deliberativos, derechos que articulan la autonomía política y la soberanía popular en un sistema democrático. La quinta incluye, por último, los derechos sociales que garantizan las condiciones de vida necesarias para posibilitar el ejercicio de todos los derechos anteriores. Los derechos reconocidos en un sistema constitucional deberán, para obedecer a los cánones de la teoría del discurso, concretar estas cinco categorías, traducir los parámetros ideales de validez que en ellas se contienen en derechos específicos reconocidos en el seno de una determinada constitución histórica, la cual habrá siempre de interpretarse por referencia a esos parámetros (45).

---

(43) Nótese que, en el mundo de lo jurídico, este principio no exige que las normas hayan de ser aprobadas por unanimidad por todos los afectados por ellas. Lo que se requiere es más bien que las normas jurídicas emanen de procesos de elaboración que por su imparcialidad cuenten, ellos sí, con el respaldo unánime de todos, de manera que dichas normas puedan ser consideradas por todos jurídicamente correctas. Contra tal reducción proceduralista del requisito de la unanimidad al principio democrático se ha pronunciado, sin embargo, WILLIAM REGH: «Against Subordination: Morality, Discourse, and Decision in the Legal Theory of Jürgen Habermas», *Cardozo Law Review*, vol. 17 (1996), págs. 1147 y sigs.; «The Place of Consensus in Democratic Legitimation: A Recommendation», *Rechtstheorie*, vol. 27, págs. 461 y sigs.

(44) HABERMAS: *Faktizität und Geltung*, cit., págs. 155 y sigs.

(45) Sobre la relación entre la constitución ideal y la histórica, y sobre las implicaciones de sus posibles discrepancias y los criterios para resolverlas, consúltese CARLOS SANTIAGO NINO: *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1996, págs. 29 y sigs.

Uno de los méritos indudables del modelo recién descrito reside en que en él se asume la complementariedad y en el carácter co-original (*Gleichursprünglichkeit*) de los derechos de autonomía privada y de autonomía política, concretados éstos a su vez en la noción de soberanía popular. La tensión que preside el debate clásico entre liberales y republicanos, en que los primeros otorgan primacía a los derechos de libertad negativa frente a la participación política del ciudadano, mientras los segundos subordinan esos mismos derechos a los dictados de la soberanía popular, esa tensión, decía, desaparece (46). Y lo hace en la medida en que el modelo anterior enfatiza la relación de dependencia recíproca que une los derechos fundamentales a la soberanía popular. En efecto, la teoría del discurso pone de relieve que no cabe participación política libre e igual sin el reconocimiento de derechos fundamentales de libertad individual; ni existe tampoco garantía de que estos derechos sean reconocidos, primero, y respetados y tutelados, después, si no se asegura al mismo tiempo la libre e igual participación de todos los individuos en procesos deliberativos, incluidos los procesos legislativos y constituyentes. De ahí que la relación entre derechos fundamentales y democracia sea una de co-originalidad y dependencia recíproca. Es más, estas mismas notas son las que caracterizan la relación de los primeros y la segunda con el poder político. Y es que el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales, así como las condiciones para su ejercicio y el de la soberanía popular, son impensables sin la existencia de un poder político; pero no de un poder político cualquiera, sino de uno que haya asumido a su vez los dictados del principio discursivo, del respeto de la autonomía e igualdad del individuo y, por tanto, del principio de la soberanía popular y de los derechos fundamentales. En definitiva, sobre la base de los presupuestos de la teoría del discurso, derechos fundamentales, soberanía popular y poder político se presuponen unos a otros y son, por tanto, co-originales.

La mencionada co-originalidad conecta con un rasgo esencial, en lo que aquí interesa, del modelo del Estado propuesto por la teoría del discurso. Y es que, a diferencia de lo que ocurre en el modelo liberal, en él no se reconoce a los derechos fundamentales un carácter natural. Si hay algo natural en ese modelo es lo que aparece como su propio punto de partida: el interés que la mayor parte de los individuos tienen en que se razone correctamente, su tendencia a preguntar «¿por qué?» ante una afirmación, a proferir y a esperar que otros profieran afirmaciones que encierran una pretensión implícita de veracidad o corrección. El principio discursivo se formula después como condición para la

---

(46) HABERMAS: «Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions», *Ratio Juris*, vol. 7 (1994), págs. 1 y sigs.

satisfacción de dicho interés. De él se derivan a su vez, como resultado de su aplicación al mundo jurídico (47), y en relación circular de co-originalidad y dependencia recíproca, los derechos fundamentales, la soberanía popular y el poder político. Esta circularidad, y la llamémosle «artificialidad» de los derechos fundamentales de la que es consecuencia, determinan que la relación entre los titulares de éstos últimos y el poder político no sea vertical, alternativamente de superioridad y sumisión, sino simétrica y horizontal (48). Poder político y sociedad civil se sitúan frente a frente en los dos polos de una relación que se articula en términos discursivos. Relación que consiste, ante todo, en que el poder político debe garantizar las condiciones de corrección de los discursos que se desarrollan en el contexto jurídico, a cambio de lo cual la sociedad debe acatar el resultado de dichos discursos. Pero es que además, y por encima de esto, los discursos jurídicos están vinculados a los que se desarro-

---

(47) Se trata de la aplicación del principio discursivo a lo que Habermas llama «forma legal» (*Rechtsform*), y que no es sino un orden jurídico cualquiera cuya existencia se percibe como condición indispensable para la realización del principio discursivo en el ámbito jurídico (*Faktizität und Geltung*, cit., pág. 139). La idea que preside el recurso a esta «forma legal», la idea que en definitiva domina la teoría del discurso defendida por Habermas, es la independencia del derecho respecto de los ámbitos discursivos de la moral, la ética y lo pragmático. Pues aunque el primero se alimenta de los segundos, al hacerlo los subsume o traduce en sus propios parámetros, que son los de un discurso institucionalizado en función de asegurar la observancia efectiva del principio discursivo. De ahí que la aplicación del principio discursivo al derecho presuponga una noción previa, precisamente, de qué es el derecho, y que la fundación de un sistema jurídico legítimo descansa tanto en la asunción del principio discursivo como en la existencia de esa noción, traducida normalmente en un orden jurídico. Esta aproximación al derecho tiene la virtualidad de filtrar la introducción de discursos morales, éticos o pragmáticos en el discurso jurídico, evitando que los primeros puedan influir directamente en la solución de conflictos jurídicos concretos. Se evita así la moralización del derecho o su sumisión a análisis pragmáticos de costes y beneficios. No es ella, sin embargo, la única aproximación al derecho defendida desde las líneas de la teoría del discurso. Así, Robert Alexy sostiene que el derecho, la propia noción de lo jurídico, surge más bien de la aplicación del principio discursivo a los demás ámbitos de la razón práctica. En su opinión el derecho no es sino un sub-ámbito específico, un caso especial (*Sonderfall*) de cada uno de esos ámbitos, creado como respuesta a la necesidad de proveer el marco normativo e institucional que el respeto efectivo del principio discursivo precisa en cada uno de ellos (ALEXY: «Habermas's Theory of Legal Discourse», *Cardozo Law Review*, vol. 17 (1996), pág. 1027, 1033; en el mismo sentido, CARLOS S. NINO: *The Constitution...*, cit., págs. 27 y sigs.; véase también GEORGIO PAVLAKOS: «The Special-Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law», *Ratio Juris*, vol. 11, págs. 126 y sigs.). Consecuentemente, y desde esta perspectiva, el establecimiento de un sistema jurídico legítimo sólo precisa la asunción del principio discursivo; la existencia de una noción previa de lo jurídico carece aquí de relevancia teórica.

(48) En este sentido, aunque críticamente, INGEBORG MAUS: «Liberties and Popular Sovereignty: On Jürgen Habermas's Reconstruction of the System of Rights», *Cardozo Law Review*, vol. 17 (1996), págs. 825, 870 y sigs.

llan de manera informal en la sociedad, en la medida en que encuentran en ellos su fuente última de inspiración, y en que estos discursos informales son también el último instrumento de control de los primeros (49). Pues bien, la horizontalidad de la relación recién descrita viene subrayada por el hecho de que la creación del poder político responde, en definitiva, a la misma finalidad que el reconocimiento de los derechos fundamentales: la de garantizar la autonomía e igualdad individuales necesarias para la corrección de procesos deliberativos.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales no aparecen concebidos como fines en sí mismos, sino que se sitúan, al igual que los límites que a su ejercicio se imponen, al servicio de la autonomía individual. No cabe pues, en este contexto, una limitación legislativa de los derechos para la realización de intereses políticos cualesquiera, bajo la sola restricción del triple test de proporcionalidad. Más apropiada es la imagen de un abanico de derechos y de otros intereses que se limitan recíprocamente, en la medida en que, en última instancia, todos ellos persiguen proteger la autonomía individual como objetivo común. La legitimidad de esos límites recíprocos deberá pues decidirse sobre la base de una ponderación de los intereses en conflicto, buscando siempre la optimización de la autonomía individual (50), para lo cual habrá de estimarse el grado tanto de restricción como de protección de esa autonomía que de un supuesto concreto de limitación se desprende. Dada su necesaria conexión con la autonomía individual, los intereses autorizados a restringir el ejercicio de derechos fundamentales deben tener cobertura constitucional. Lo cual se traduce en el requisito de que, efectivamente, posean dicha cobertura.

Debe ponerse de relieve, con todo, que esta perspectiva no implica una ruptura con la noción liberal de que los derechos fundamentales merecen protección en línea de principio frente a otros intereses. Si esto sigue siendo así, si

---

(49) Véase la nota 4. Incidentalmente, es esta relación simétrica entre poder político y sociedad civil la que sienta las bases para justificar la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en términos teórico-discursivos (nota 6).

(50) Es a este nivel donde se aprecia la relevancia de la noción de optimización implícita en el principio de concordancia práctica (*praktische Konkordanz*) introducido por KONRAD HESSE (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, pág. 28), y que viene a corregir la formulación tradicional de la ponderación de bienes constitucionales por el TCF, al exigir que la misma persiga la optimización de los bienes en conflicto, y no se limite a inclinar la balanza en favor de uno o algunos de ellos frente a los demás. Y es que, así formulado, la relevancia práctica de este principio resulta escasa, en la medida en que con o sin optimización, y en definitiva, algunos de los bienes sujetos a ponderación habrán siempre de quedar desprotegidos. Más sentido tiene indicar que toda ponderación de bienes constitucionales debe en todo caso perseguir la optimización de la autonomía individual.

para que estos derechos sean tales su ejercicio sigue debiendo prevalecer (*trump*), si no en cada caso concreto, sí en línea de principio sobre la realización de otros intereses, y si existe una presunción en favor del ejercicio legítimo de los derechos, ello se debe a su conexión inmediata con la realización de la autonomía individual en términos de igualdad, a la circunstancia de que los derechos fundamentales no están simplemente a su servicio, sino que son expresión de esa autonomía. Pero al mismo tiempo la teoría del discurso logra también justificar porqué en ocasiones el ejercicio de derechos fundamentales debe ceder ante la realización de otros intereses, incluso si éstos no son en sí mismos requisitos de justicia o de otra dimensión moral, sino deseables tan sólo en la medida en que avanzan o aseguran una determinada situación económica, política o social (51). Tal resultado de la ponderación de los intereses en conflicto estará justificado siempre que con él se tutele la autonomía individual, siempre pues que asegure un nivel de igual autonomía superior al que directamente se sacrifica.

El esquema teórico esbozado propone, en suma, una aproximación a los derechos fundamentales en la que sólo tienen cabida conflictos entre ellos y otros bienes de rango constitucional, en la medida en que estos últimos se sitúan al servicio de la igual autonomía del individuo, y que hace descansar la resolución de esos conflictos en una ponderación orientada a la optimización de dicha autonomía, solución que se presume implícita en el propio texto constitucional. Se trata, pues, de una aproximación semejante a la que recoge la Constitución española según la interpreta, como hemos visto, nuestro Tribunal Constitucional. Utilizando la terminología alemana, podríamos decir que en este esquema sólo caben límites inmanentes al ejercicio de los derechos fundamentales. Consecuencia inmediata de ello es que, si el establecimiento de esos límites es, como sabemos, una cuestión esencialmente interpretativa, aplicarlos debe estar en la mano de cualquier operador jurídico. A conclusión semejante se llega, además, sobre la base de una articulación de la separación de poderes coherente con las pautas teóricas discursivas hasta ahora expuestas.

En efecto, al descartar el carácter natural de los derechos fundamentales, y con él la verticalidad de la relación entre sus titulares y el poder político y sustituirla por otra horizontal, la teoría del discurso descarta también implícitamente la visión liberal clásica de inspiración Kantiana (52) de la separación de

---

(51) Se trata de la distinción ya clásica de Ronald Dworkin entre principios y *policies*, según la cual los primeros encierran un juicio de valor, mientras que los segundos encierran uno de propósito (*Taking Rights Seriously*, cit., pág. 22).

(52) IMMANUEL KANT: «Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf», en *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, vol. I, Suhrkamp, Frankfurt



poderes imperante en Europa occidental. La cual define la legitimidad y las tareas de cada uno de los tres poderes clásicos en función de su proximidad con los titulares de la soberanía y de los derechos fundamentales. El resultado es una construcción piramidal en cuyo punto álgido se encuentra el poder legislativo, directamente legitimado por los titulares de la soberanía, del que derivan su legitimidad de forma indirecta tanto el poder ejecutivo como el judicial. En el contexto de la teoría del discurso, por el contrario, el poder político extrae su legitimidad de la conformidad de su actuación con los dictados del principio discursivo. Lo cual afecta, como hemos visto, a su relación con la sociedad civil, pero también a su propia constitución interna. Esta se corresponde con una noción de la separación entre los tres poderes clásicos del Estado que se basa en los distintos tipos de discurso que cada uno de ellos desarrolla, y cuya legitimidad deriva de su respectiva relación discursiva con la sociedad civil. El punto de partida para esa noción lo proporciona la distinción entre los discursos de justificación y los discursos de aplicación elaborada por Klaus Günther y predicable de todos los ámbitos en que se desarrolla la razón práctica, incluido pues el jurídico (53). Distinción ésta que descansa a su vez en la diferencia entre el argumento de que existen suficientes razones para adoptar una norma, sea ésta moral, ética, jurídica o pragmática (justificación), por un lado, y el argumento, por otro, de que esa norma es la más adecuada para la regulación de un caso concreto (aplicación). Estos dos momentos, la justificación y la aplicación de normas, informan la noción de imparcialidad en que la corrección de éstas consiste en términos discursivos. Ciertamente, en el contexto de un discurso desarrollado en circunstancias ideales, las cuales presuponen participación universal, tiempo ilimitado y conocimiento perfecto, ambos momentos se reducen a uno, en la medida en que tal discurso ideal conduciría a la aprobación de una norma adecuada para cada caso concreto. En la medida en que sólo contamos con participación, tiempo y conocimiento limitados, sin embargo, la justificación de una norma no siempre puede contemplar todas las circunstancias a las que habrá después de aplicarse. Ello obliga a separar justificación y aplicación como dos momentos discursivos distintos. En el contexto del primero, la imparcialidad de una norma residirá en su validez en términos del principio discursivo, en la circunstancia pues de que todos los participantes en el discurso de justificación acepten las consecuencias de su adopción *en el marco de las circunstancias previstas por ella* (principio de universalidad).

---

am Main, 1996, págs. 207-208; *Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, págs. 435 y sigs.

(53) *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988.

En el contexto del segundo, la imparcialidad de la aplicación de una norma dependerá de que se trate de la más adecuada para resolver el caso concreto, *una vez consideradas todas las circunstancias* de este caso (54). En concreto, los discursos de aplicación deben tener en cuenta todas las normas que integran un sistema normativo y confrontarlas con las características del caso que ha de resolverse. Qué norma es la más adecuada para su solución debe después decidirse con vistas a mantener la coherencia del sistema en cuestión: se tratará de la norma cuya aplicación mejor respete la armonía entre todas las normas en principio aplicables, teniendo en cuenta la diversidad de significados y lecturas que el caso encierra.

Pues bien, esta distinción entre discursos de justificación y de aplicación es la que subyace, ya en el mundo jurídico, a la separación entre el poder legislativo y el judicial. El primero es el encargado de crear normas jurídicas sobre la base de discursos de justificación, los cuales han de estar inspirados en los discursos informales que se desarrollan en el seno de la sociedad civil y están en todo caso sometidos a su control informal. El segundo tiene por su parte la función de localizar la norma más adecuada para la solución de un caso concreto, respetando siempre el principio de jerarquía normativa y los límites que para éste se derivan de la existencia de un control concentrado de constitucionalidad (55); todo ello en un contexto discursivo que, lejos de ser

---

(54) Así en el primer momento la noción de imparcialidad descansa en la de participación y por tanto, paradójicamente, en la de parcialidad, mientras que en el segundo sí se apoya en la noción de neutralidad respecto de la solución de un caso (HABERMAS: *Faktizität und Geltung*, cit., pág. 212).

(55) Esta formulación de la labor del juez se corresponde con la visión del derecho como ámbito discursivo independiente defendida por Habermas (véase la nota 47). En ella la noción de adecuación que controla los discursos de aplicación de normas jurídicas se vincula a la coherencia interna del ordenamiento jurídico, y descarta pues la posibilidad de introducir consideraciones morales, éticas o pragmáticas en dichos discursos. R. Alexy, por su parte, ha criticado la distinción entre discursos de justificación y de aplicación, objetando que todo acto de aplicación de normas contiene un momento creativo, por lo que la labor del juez no debe acomodarse a las nociones de adecuación y coherencia, sino a una exigencia de justificación semejante a la que preside la labor legislativa, donde tienen cabida argumentaciones morales, éticas o pragmáticas («Justification and Application of Norms», *Ratio Juris*, vol. 6, págs. 157 y sigs.). Ahora bien, y contra lo que Alexy parece sugerir, la exclusión de tales argumentaciones de los discursos de aplicación de normas jurídicas no equivale a ignorar el elemento creativo inherente a dichos discursos. Lejos de ser así, el modelo arriba descrito asume tal elemento y exige que la solución a que en un caso concreto se llegue sea a su vez justificada sobre la base de un juicio de universalidad, sobre la base pues de que dicha solución es aplicable a todos los casos que reúnan las mismas circunstancias que decidieron la solución del primero. De ahí la figura del precedente judicial, y de ahí que éste se sume al conjunto normativo a tener en cuenta por el juez en la solución de casos futuros. Todo lo cual, sin embargo, no desvirtúa la noción de discurso de aplicación como aquél que permite tomar en consideración todas las circunstancias de un caso concreto.

monológico (56), engloba a todas las partes en el proceso en cuestión. El resultado a que se llegue en los discursos de aplicación será asimismo controlable, en última instancia e informalmente, en el contexto de los discursos que se desarrollen en el seno de la sociedad. En cuanto al poder ejecutivo, éste actúa sobre la base de criterios pragmáticos, orientados hacia la ejecución e implementación de los dictados legales y desprovistos de toda raíz o control de tipo comunicativo. Su legitimidad en términos discursivos ha de extraerse pues de forma indirecta de su dependencia de los otros dos poderes: del legislativo en la medida en que se limita a ejecutar sus dictados, del judicial en la medida en que su actuación está sometida al control de éste.

Pues bien, sobre la base de este esquema de separación de poderes el poder judicial se reserva la aplicación de las normas jurídicas existentes. Para ser más precisos, y salvo excepciones, pertenecientes típicamente al mundo de lo penal o de lo estrictamente procesal, o bien previstas como garantías en el contexto de la limitación de los derechos fundamentales, para ser más precisos, decía, el poder judicial se reserva el juicio final sobre la adecuación de la aplicación de normas jurídicas por los diversos operadores jurídicos. Este esquema no se ve alterado por el hecho de que algunas de esas normas tengan rango constitucional, como en el caso de un derecho fundamental y de un interés constitucionalmente protegido cuya realización entra en conflicto con el ejercicio del primero. El legislador siempre podrá, ciertamente, dictar a su vez normas generales de desarrollo de uno y otro sobre la base de discursos de justificación, las cuales pasarán entonces a integrar el contexto normativo a tener en cuenta por los jueces y tribunales en sus discursos de aplicación subsiguientes. Pero ante la ausencia de tal desarrollo legal, las normas constitucionales informan directamente estos últimos discursos. Los límites de los derechos fundamentales, serán pues, a falta de desarrollo legislativo, directamente aplicables por cualquier operador jurídico, y lo adecuado de su aplicación sometido a la aprobación última de jueces y tribunales. Todo ello, y como antes indicaba, siempre que la limitación de un derecho no esté expresamente reservada al poder judicial, como sucede precisamente en el caso del derecho al secreto de las comunicaciones.

## 5. CONCLUSION

El objetivo de este artículo ha sido, en suma, subrayar que las discrepancias entre las sentencias del TEDH y de nuestros tribunales nacionales en el ca-

---

(56) Es ésta una diferencia crucial entre los juicios de adecuación articulados por Günther y por Dworkin, quien coloca el desarrollo de ese juicio exclusivamente en manos del juez (*Taking Rights Seriously*, cit.).

so *Valenzuela Contreras* tienen raíces profundas que, apoyadas por la dicción literal de la Constitución y el CEDH, responden a nociones distintas de los derechos que cada uno de estos textos reconocen. La primera asume un planteamiento liberal tradicional de los derechos como naturales, subordinándolos dentro del marco de ciertos límites a los dictados del poder político; la segunda somete este planteamiento a revisión. La sentencia del TEDH, o mejor, su incorporación a nuestro derecho interno, supone una alteración de nuestra concepción de los derechos fundamentales con elementos de otra que, aunque en algún caso concreto parezca proporcionarles mayor protección, responde en realidad a una visión más limitada de su eficacia. No debe así olvidarse que en el caso *Valenzuela Contreras*, junto con el secreto de las comunicaciones, estaba también en juego la lesión de la intimidad de las víctimas de las llamadas molestas. Lejos queda pues en la sentencia del TEDH el objetivo de optimización de la autonomía individual que aquí se ha postulado, en el contexto de la teoría del discurso, como telón de fondo teórico de nuestro sistema de derechos fundamentales. Todo ello al margen de que las incoherencias teóricas en la concepción de los derechos fundamentales pueden fácilmente desembocar en disfuncionalidades más proclives a deteriorar que a fortalecer su protección.

El problema es que, mientras la concepción liberal de los derechos goza de un respaldo teórico sólido y ampliamente asumido, sus alternativas críticas siguen contando con portavoces minoritarios, mientras sus conclusiones prácticas se acogen por lo general de forma parcial y casi a hurtadillas, a veces se diría que de forma inconsciente. Si nuestra Constitución y nuestro Tribunal Constitucional son o no conscientes de la revisión a que ambos tácitamente someten al modelo liberal de los derechos fundamentales es una cuestión puramente especulativa. Que esa revisión no descansa en presupuestos teóricos sólidos sí me parece indiscutible. De ahí la vulnerabilidad de la concepción de los derechos que ambos propugnan ante críticas procedentes de líneas liberales clásicas, especialmente si éstas aparentan favorecer la protección de los derechos en un caso concreto. Y de ahí la importancia de incorporar a nuestra cultura jurídica construcciones teóricas que otorguen sentido y solidez a la mencionada revisión del modelo liberal. No se ignora aquí, con todo, que por encima de estas consideraciones la vulnerabilidad de nuestra concepción de los derechos fundamentales frente a la del TEDH reside en última instancia en la relación que vincula nuestro ordenamiento al CEDH. Pero es éste un tema cuyo análisis excede los propósitos de este trabajo.