

# Un apunte sobre las relaciones juez-legislador en la garantía de los derechos fundamentales: el caso español

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ\*

## Resumen

La obra de jueces y legisladores en materia de desarrollo y garantía de los derechos integran un *compact normativo* de contornos no siempre precisos y abierto a las transformaciones que producen sobre el mismo las innovaciones legislativas y los respaldos y las re-creaciones jurisprudenciales. No obstante, la experiencia española es en esto particularmente inflexible, y deja pocas dudas en cuanto al monopolio del legislador estatal sobre el régimen básico de los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Garantía de los derechos. Relación Poder Judicial y Poder Legislativo en España.

1. Las relaciones entre el juez y el legislador en la garantía de los derechos son en este, como en cualquier otro sector del ordenamiento jurídico, relaciones necesarias y complementarias. Representan los dos costados de la experiencia jurídica, el de la creación (abstracta) de normas y el de la aplicación (concreta) de ellas para resolver los conflictos y las pretensiones que se vayan presentando.

2. Pero un sistema de Constitución normativa complica y hace borrosa la anterior diferenciación entre los momentos de la creación de la norma y los de su ulterior vigencia aplicativa. La hace borrosa porque crear la norma supone aplicar la Constitución, y la complica porque, con frecuencia, el acto de aplicación de las normas a los supuestos de hecho, sobre todo en materia de derechos fundamentales, exige del responsable de la aplicación de la norma desarrollar argumentos abstractos que se parecen mucho a actos de creación de normas o, al menos, de carácter cuasinormativo.

3. Si bien se mira, la condición poco nítida de la diferenciación entre crear y aplicar normas ha sido desde siempre una constante de la experiencia jurídica. En cada época histórica ha habido diferentes «señores del derecho», jueces, legisladores o

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz.

glosadores, y profesores; siempre con el trasfondo de una tensión entre la lógica fluida e innovadora de la decisión política, contrapuesta a otra de contornos menos moldeables y enmarcada en limitaciones, que son los que corresponden a la decisión basada en normas.

4. En el medio de una tradición decididamente «judicialista», la era del constitucionalismo moderno nace bajo los auspicios de un legislador fuerte, que aspira al monopolio de la creación de normas, y tendrá éxito en su pretensión gracias a unos presupuestos teóricos y a unas prácticas que neutralizan el potencial conflictivo que pudiera derivarse de la actuación de un intérprete dotado de independencia. Los hilos del derecho se anclan de manera bien firme en el momento de la creación de la ley, y todo lo que viene luego es mecánica aplicativa vinculada a la voluntad del legislador. De tal voluntad dependerá la suerte de unos derechos *proclamados* pero no *programados* para tener efectividad al margen o en contra de los deseos del legislador. Para una vida pseudoconstitucional, como la que impera durante largos decenios en la experiencia europea, nada resultará tan funcional como las construcciones de un legalismo formalista que ensalza el acto de creación de leyes y subordina y menoscaba el acto de aplicación.

5. Nunca se insistirá bastante en el hecho de que el activismo judicialista surge con ese paisaje de fondo, y precisamente en el momento en el que se asiste a una quiebra de los presupuestos ideológicos que habían permitido al liberalismo burgués adueñarse a beneficio de inventario de las esencias del gobierno constitucional. Cómo no recordar la fecha —1921— y el subtítulo —*La lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*— del célebre «Gobierno de los Jueces», de Lambert, y cómo no tener presente la rebelión (¡en nombre de la igualdad!) de algunos jueces durante la República de Weimar en contra de ciertas leyes aprobadas por mayorías parlamentarias de carácter progresista.

6. Las pretensiones de normatividad del constitucionalismo de la posguerra irán así de la mano de la prevención y el temor hacia el activismo exacerbado del juez. Lo que en la experiencia norteamericana tiende a resolverse gracias a la lógica reequilibradora de los *checks and balances* interpoderes, en la experiencia europea buscará la solución en la *vacuna racionalizadora* de un tribunal especializado y dotado en exclusiva de capacidad de control sobre la ley. El compromiso con la pluralidad de intérpretes independientes de la Constitución va de la mano de una fuerte jerarquía en cuanto a las posibilidades y los efectos mismos de la interpretación. Para unos, los jueces ordinarios, la interpretación de la Constitución es una interpretación mediada por la ley; pero para el otro, el juez constitucional, es control sobre la ley en nombre de la Constitución. Y en el punto óptimo de equilibrio, lo que el juez de la ley aporta a la interpretación de la Constitución se

sitúa como una interpretación cualificada llamada a tener efectos irradiantes sobre la obra de todos y cada uno de quienes ejercen la potestad jurisdiccional.

7. Si en línea de principio esa es una manera de describir el reparto de funciones entre los dos tipos de jurisdicciones, la ordinaria y la constitucional, lo es con más motivo cuando esta última no solo puede revisar la obra del legislador, sino que tiene además atribuida la facultad de revisar la labor del juez ordinario en la salvaguarda de los derechos. Entonces es preciso disponer de mecanismos procesales para articular las relaciones entre una y otra jurisdicción, pero por muy bien diseñados que estén tales mecanismos, siempre hay un punto a partir del cual la labor del intérprete último no es tan relevante en su dimensión subjetiva (esto es, en lo que tiene de instancia para la protección de intereses concretos) como en lo que tiene de fuente de interpretaciones vinculantes singularmente autorizadas.

8. Es casi axiomático que las cosas tienden a ser así en un mundo comprometido con la garantía de los derechos fundamentales. Al mismo tiempo en el que vemos cómo se diversifican las instancias de protección y las sedes de reconocimiento de los derechos, comprobamos que el vínculo a las leyes (de origen también plural) se hace más moldeable. Y paralelamente asistimos a un esfuerzo planificado por afianzar el valor de (lo que podríamos llamar) la cascada descendente de interpretaciones autorizadas dimanantes de jueces *supremos* (en tanto que *últimos*), situados dentro o más allá del alcance de las soberanías estatales. Manifestaciones paradigmáticas al respecto son la pujanza cobrada por el llamado control de convencionalidad en el sistema iberoamericano de protección de los derechos, o la novedosa función consultiva que se confiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a instancias del juez nacional, en el Protocolo 16 del Convenio.

9. ¿Qué otra cosa, sino «judicialista», podría ser un sistema de esas características? Con el paisaje de fondo de una crisis profunda de los esquemas de la representación política, y ante un panorama en el que se abren fosos insondables entre los fundamentos teóricos de la representación y una realidad dominada por fuerzas, manifiestas u ocultas, que tienden a desmentirlos, ¿no brillan con luz propia unas decisiones, las judiciales, que viven al margen de tales esquemas de legitimación cada vez más contestados? Sinceramente así lo creemos. Y por ello, para una realidad como la europea —o al menos la europea continental o, si me apuran, la que impera en todos y cada uno de los tres sistemas que analizamos— nos parecen artificiosos y poco convincentes los argumentos al estilo Waldron, contra el despotismo de los jueces y a favor de la regla de la decisión por mayorías, por el mayor valor intrínseco de la misma, y por la menor probabilidad de que su aplicación produzca resultados erróneos.

**10.** La defensa plural de los derechos, con turnos del legislador, cuando decide jugarlo, y turnos consecuentes (o *anticipativos*) de los intérpretes plurales de ellos, no nos parece que tiendan a producir, por su potencial contramayoritario, dificultades insalvables o inconvenientes graves que el propio sistema no pueda neutralizar con toda naturalidad. Más bien, y tal y como muestran quienes defienden el principio de la revisión judicial de la ley, podríamos decir que el peso de la decisión judicial en materia de protección de los derechos puede estar justificado:

- a) Por su capacidad para frenar la propensión al exceso y al descontrol de las ramas políticas, especialmente cuando quienes las dirigen se benefician de una posición de amplia mayoría que les permite orillar los condicionamientos que se derivan de la necesidad de llegar a acuerdos y a compromisos con las diferentes minorías;
- b) Porque lejos de erosionar las posibilidades de la mayoría para hacer valer su punto de vista, haciendo que prevalezca un modo de legitimación democrática, confiere a esta una mayor amplitud y solidez, en la medida en que le permite velar por la limpieza de los mecanismos participativos y dar voz, en su caso, a quienes pudieron carecer de la oportunidad de acceder a ellos;
- c) Porque, invocando la fuerza que proviene de la capacidad para interpretar las normas, las decisiones judiciales parecen particularmente propicias para representar un (relativo) punto final de ciertos debates que, si es aceptado por su condición de tal, permite a su vez que el compromiso colectivo con un cierto modo de resolver los desacuerdos se vaya renovando y consolidando en cada ocasión;
- d) Y finalmente, pero no menos importante, por las peculiares características de estatuto que tienen atribuido quienes ejercen la potestad jurisdiccional, por el modo mediante el cual llega a ellos la posibilidad de decidir —determinante de lo que los norteamericanos llaman la *virtud pasiva del juez*—, y por los condicionamientos que se derivan de una forma de decidir que está abierta al control y que es notablemente exigente en lo que atañe a los modos de razonamiento y a la fundamentación.

**11.** En los argumentos recién expuestos son fácilmente reconocibles tendencias y maneras de hacer frente, en sede de doctrina, a las objeciones y a los prejuicios en contra de «la supremacía de unos jueces que nadie ha elegido», o que enjuician «encerrados en su torre de marfil». Me gustaría en lo que sigue hacer un intento por descender desde el plano de la teoría constitucional hasta el del análisis somero de un caso, el español, que es el que se supone que me corresponde tratar en el marco de estas Jornadas trilaterales. Y, al efecto, comenzaré explicando que el régimen constitucional de coparticipación entre el legislador y el juez en la garantía de

los derechos (& 12 a 14) ha dado lugar a algún desencuentro en sede de control europeo que persiste (& 15), pero ha tendido a concretarse más en términos de cooperación entre el legislador de los derechos y el juez de la ley, que de conflicto (&16 y 17), si bien persisten llamativas zonas de sombra que no llegan al punto de convertir al garante de los derechos en el factor clave para activar un posible surgimiento de derechos que no están escritos (&18 a 21).

**12.** En materia de régimen normativo de los derechos, la Constitución sigue la estela que arranca de la Declaración de 1789, en cuanto a la necesidad de la ley como medida de la libertad, pero la pasa por el tamiz de lo que la Ley Fundamental de Bonn había aportado en 1949 y la acompaña de ciertas prevenciones y reaseguramientos que conciernen a la regla del cálculo de mayoría y a los repartos institucional y territorial del poder. Trataré de explicarme de la manera más sintética. Lo primero va implícito en la única reserva genérica de ley que nos es dado encontrar en la CE. Solo por ley, dice el artículo 53.1, puede regularse el ejercicio de las libertades y de los derechos comprendidos en el Capítulo Segundo del Título Primero. Y a ello se añaden llamadas puntuales y abundantes a la ley en diversos artículos del propio Título. Lo segundo es una transcripción literal de la *Wesensgehaltsgarantie* del artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn: la ley de desarrollo habrá de ser respetuosa con el contenido esencial del derecho. La expresión es tanto un «aviso de navegantes» dirigido al legislador para recordarle que no vale cualquier desarrollo legislativo de los derechos, como un medio de proporcionar al juez constitucional argumentos para el control. O quizá, de manera más propia, no argumentos sino cauces para que el razonamiento del juez no se deslice peligrosamente por las laderas del puro decisionismo voluntarista. En la célebre y temprana sentencia del TC 11/1981, en la que este hubo de decidir sobre la constitucionalidad de la regulación de la huelga contenida en un decreto ley anterior a la Constitución, el ponente intentó llevar la racionalización del concepto al punto de combinar una aproximación *top down*, desde el cielo de las ideas preconcebidas sobre el significado del derecho en cuestión, con una aproximación *bottom up*, es decir a la luz de las posibilidades abiertas y de los intereses protegidos por la legislación objeto del control, pero no parece que el Tribunal haya profundizado ulteriormente en las implicaciones de esa vía. La idea de un contenido esencial yuxtapuesto a «zonas» o contenidos adicionales o accidentales de los derechos, ha estado en el trasfondo de debates relacionados con la protección multinivel de los mismos y lecturas más o menos consecuentes con las necesidades de la integración europea (véase al respecto la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia, de 26 de febrero de 2013, que resuelve la primera de las cuestiones prejudiciales planteada por el TC español a propósito de las condenas en rebeldía bajo los imperativos de Orden Europea de Detención y Entrega).

**13.** Las prevenciones y reaseguramientos que conciernen a la regla del cálculo de mayoría y a los repartos institucional y territorial del poder provienen de la definición de una figura normativa que, al igual que la Ley Complementaria brasileña, se reserva en la Constitución para cuestiones de especial relevancia. Son Leyes Orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas —de nuevo aparece esta locución de impronta francesa—, según dice el artículo 81.1, y las que lo son tienen una llamativa especialidad procedimental con respecto a las leyes ordinarias: su aprobación, modificación o derogación, exige una mayoría absoluta de los miembros del Congreso (un mínimo de 176 diputados sobre los 350 que integran la Cámara) en una votación final sobre el conjunto del proyecto. Se quiso preservar mínimamente el consenso que sirvió como criterio guía para elaborar la Constitución, para la ulterior regulación de ciertas cuestiones clave, entre ellas el desarrollo de los derechos. El complemento de esa reserva a la figura de la Ley Orgánica es el desapoderamiento del Poder Ejecutivo (que no podrá recibir delegaciones legislativas en la materia ni recurrir a la figura del decreto ley para *afectar*, indica el artículo 86, (nada menos que) a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I. La reserva de Ley Orgánica resulta además clave desde el punto de vista del cumplimiento de la previsión homogeneizadora del estatuto jurídico básico de los ciudadanos frente a la disgregación que pudiera resultar de la pluralidad de legisladores en el Estado territorialmente compuesto. Los derechos y obligaciones son los mismos en cualquier parte del territorio del Estado, señala ingenuamente el artículo 139.1, y como la primera de la extensa lista de competencias exclusivas del Estado, el artículo 149.1.1 apunta a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

**14.** Parece, pues, bastante claro que la suerte de los derechos aparece en la Constitución estrechamente relacionada con el desarrollo de normas: de leyes de diferente rango o carácter que vengán a posibilitar el ejercicio por parte de los ciudadanos de lo que la Constitución se limita a proclamar. Pero el problema de un modo semejante de contemplar las cosas es que olvida el carácter normativo de la propia Constitución, una norma que surge en el tiempo imponiendo su mayor rango con respecto a todo el derecho anterior (disposición derogatoria), y que no fía su voluntad normativa a la sola voluntad del legislador para disponer lo que ella prevé, sobre todo en una materia, la de los derechos que se presentan como *fundamentales*, que resulta decisiva para dirimir la verdadera naturaleza de la Constitución como norma vinculante para los poderes públicos y para los ciudadanos (artículo 9.1). El Tribunal Constitucional actuó en esto con especial celo protegiendo unos «contenidos mínimos» de ciertos derechos mientras el legislador no se había decidido aún a actuar. Así, en materia de objeción de conciencia al servicio militar (en 1982),

en materia de autodeterminación informativa (en 1993), o en un asunto como el del derecho a crear emisoras de televisión por cable (en 1994). Pero lo que ahora nos importa señalar es que junto a esa visión preponderante del legislador como *actuuario de los derechos*, la Constitución también apunta a la figura del juez como el *guardián natural de la causa de la libertad*. Y ello por sí mismo, es decir, con independencia de lo que pueda venir a añadir o a concretar el régimen normativo del derecho o de la garantía en cuestión. Que el detenido habrá de ser puesto a disposición de la autoridad judicial lo antes posible y, en todo caso, antes de las 72 horas desde la detención, es algo que se infiere del artículo 17.2; con ley de *habeas corpus* o sin ella (aunque el propio artículo 17 ordena al legislador el correspondiente desarrollo en tal sentido). Y la misma previsión de una intervención de la autoridad judicial en garantía de la preservación del derecho, insistimos, con independencia del régimen normativo, la encontramos en materia de inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2), el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3), el secuestro de publicaciones (artículo 20.5) y la disolución de asociaciones (artículo 22.4).

15. Tenemos así un sistema de garantías del cumplimiento de los derechos en el que se amalgama la responsabilidad del legislador para hacer factible lo que la Constitución prefigura y la del juez, al que se le exige que realice un control dirigido a la preservación de ciertos derechos o garantías *en todo caso* puesto que, como consecuencia de las características intrínsecas del juez y del acto jurisdiccional, él mismo es, por así decir, la garantía. Una de las fricciones más famosas entre el sistema español de garantías de los derechos, y las exigencias del sistema europeo *gestionado* por los jueces de Estrasburgo, procede de esa peculiar combinación. En el sistema del Convenio parece como si la suerte y la medida de la libertad de los ciudadanos dependiera en último extremo de la necesidad de una adecuada previsión legal de las limitaciones de la misma. Una previsión legal lo suficientemente explícita viene a ser el presupuesto de una legitimidad de los límites que depende también, pero de manera consecuente, de la medida en que tales límites respondan a las necesidades de la sociedad democrática. Quizá sean tan solo, como en el caso del contenido esencial o el juicio de proporcionalidad, cauces para el razonamiento, pero la cuestión es que para el TEDH (casos Valenzuela Contreras, de 1998, y Prado Bugallo, de 2004), no basta con que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establezca en España (artículo 579, en la redacción resultante de una reforma de 1988, que vino a reproducir lo que ya está en el artículo 18 de la Constitución) la necesidad de una resolución motivada del juez para las intervenciones telefónicas. El problema es que, al margen de ese requisito, que es desde luego esencial, queda toda una «zona carente de regulación» que impide al régimen jurídico de la intervención de las comunicaciones ser lo suficientemente previsible y detallado. Es curioso comprobar cómo el propio Tribunal Europeo (caso Coban contra España,

de 2006) ha acabado por respaldar el esfuerzo realizado por los jueces españoles para subsanar la desidia del legislador en esta materia elevando el listón de lo que deba entenderse por resolución motivada y satisfacer así las exigencias derivadas de la jurisprudencia europea. No obstante lo cual no deja de ser llamativo que el uso de un instrumento tan capital para la persecución del delito como las intervenciones telefónicas siga hasta hoy falto de desarrollo legislativo de suficiente rango y calidad; máxime en un momento en el que las intervenciones se realizan mediante un sofisticado sistema estandarizado (el llamado Sistema Integral de Interceptación de las Comunicaciones, SITEL) instalado en los proveedores de servicios y cuya regulación —convalidada por el Tribunal Supremo en varias sentencias— reviste la simple forma de un Real Decreto (RD 424/2005, de 15 de abril).

**16.** Sobre pasados los 35 años de vida constitucional, tenemos la suficiente perspectiva como para realizar algunas observaciones que, por supuesto, tienen mucho más de impresiones subjetivas que de certidumbres respaldadas por un trabajo de campo lo suficientemente riguroso. La primera atañe a la deriva cobrada en España por el control de constitucionalidad de la ley y al modo de ser de las relaciones entre el autor de la ley y el encargado de someterlo a control en nombre de la supremacía constitucional. Por supuesto que ya en la manera en la que acabo de presentar las cosas se aprecia el influjo de una imagen, la del gran teórico del control concentrado, que deslumbra y que, por ello mismo, dificulta una mirada desprejuiciada de la realidad. El control de la ley no se configura como relación bipolar; es un control en que están implicados todos los legisladores del Estado compuesto y todos cuantos en él tienen atribuidas potestades para reivindicar el ejercicio de competencias propias. En el sistema español, controlar la ley es, antes que ninguna otra cosa y con prevalencia cuantitativa abrumadora, decidir sobre el reparto territorial. Y lo que en tal control pudiera haber de significativo en cuanto a la posición de los derechos fundamentales o en cuanto a su sistema de protección o garantías, lo es como reflejo del problema del reparto territorial del poder. No hay nada relacionado con la posición del intérprete de la Constitución, o con la suerte del control de constitucionalidad, que pueda entenderse al margen de esa constatación empírica.

**17.** La segunda observación reclama como petición de principio olvidar por un momento los problemas derivados de nuestra Constitución territorial, y es de carácter tan perogrullesco como la primera. En su funcionamiento práctico, hay muy pocos factores que respalden la imagen de la jurisdicción constitucional como problemática y a contracorriente de una ortodoxia democrática basada en el predominio de la mayoría. Entre el autor de la ley y su controlador suelen discurrir relaciones que son más de diálogo constructivo que de conflicto, y ello con independencia del mayor o menor interés que hayan podido mostrar las minorías en activar el control, lo que, por otra parte, tampoco parece que guarde una clara



relación con el carácter mayoritario o minoritario del Gobierno que impulsa la legislación. Una vez que fue suprimido el Recurso Previo de Inconstitucionalidad contra Leyes Orgánicas, no parece que sean detectables los vicios de «distorsión de la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales con consecuencias inesperadas y metaconstitucionales (*sic*) en el procedimiento de formación de la ley», que denunciaba en 1985 la Exposición de Motivos de la Ley de supresión. No lo parece, y en un análisis retrospectivo, aunque acaso demasiado superficial, cuesta recordar «varapalos» contundentes por parte del Tribunal dirigidos contra la obra de los «señores de la ley». Es una apreciación, insistimos, de trazo grueso, que no quiere cancelar los ejemplos en contrario que nos puedan venir de inmediato a la cabeza, pero que no nos parece que resulten suficientes como para detectar en nuestro sistema un componente conflictivo, por «antimayoritario», que dimane de la actuación del Tribunal Constitucional.

**18.** La tercera observación atañe a la respuesta del legislador y a su(s) política(s) de derechos fundamentales. A finales de 2013, valdría hablar de un desarrollo suficiente de la Constitución en materia de derechos fundamentales, aunque quizá imbuido de las mismas características de escasa sistemática y tendencia hacia el «escapismo» a las que se ha referido el profesor Luciani en su ponencia. La historia arranca en 1979, con la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que fue la segunda de las leyes de este tipo, solo detrás de la Ley Orgánica Penitenciaria, y llega (por el momento) hasta lo que podemos llamar la gran oleada legislativa de la crisis, con abundantes decretos leyes y normas de otro carácter que están repercutiendo gravemente sobre la situación a la que se había llegado en materia de derechos relacionados con la sanidad, la educación, el mercado laboral e incluso el derecho a la tutela (véase el Real Decreto Ley 3/2013 sobre tasas judiciales). Esta respuesta legislativa a la situación de crisis económica, en una coyuntura de mayoría absoluta del partido en el Gobierno, ha provocado cierto repunte del recurso directo de inconstitucionalidad, aunque a la vista de la situación del Tribunal Constitucional y su ritmo de trabajo, no parece previsible que desemboque en un enfrentamiento *a la portuguesa* entre el legislador y el juez de la ley.

**19.** El desarrollo de los derechos se ha producido por oleadas, y con sorprendentes persistencias, durante años, de regulaciones anteriores a la Constitución en materias tan importantes como la huelga, los partidos políticos o el derecho de asociación. En el transcurso de las cinco primeras legislaturas (que abarcan el período comprendido entre 1979 y 1996) puede considerarse que se agotó un primer ciclo legislativo en materia de derechos fundamentales. En un segundo ciclo, en el que podemos englobar la Sexta (1996/2000) y la Séptima Legislaturas (2000/2004), con Gobiernos del Partido Popular, los desarrollos más sobresalientes los encontramos en el régimen jurídico de la inmigración y la extranjería, así como

en la regulación de los partidos políticos (Ley Orgánica 6/2000, que incluyó la gran novedad del procedimiento de disolución de los que actuaran en connivencia con el terrorismo) y el derecho de asociación. Y durante el tercer ciclo, el de las dos Legislaturas de los Gobiernos Zapatero (2004-2011), las actuaciones estelares abarcaron materias como la reforma del Código Civil para permitir el matrimonio homosexual, la igualdad entre mujeres y hombres —y la lucha contra la violencia de género—, la ley sobre la asistencia a personas en situación de dependencia y la ley sobre salud sexual y reproductiva, que incluyó una novedosa regulación del aborto que vino a sustituir la que se basaba en las estipulaciones de una Sentencia del Tribunal Constitucional de 1985.

**20.** Pero más allá de la pura aproximación descriptiva (e impresionista) a lo que se ha hecho, y con independencia de tengamos escasez regulativa, o bien el frenesí legislativo que se detecta en ciertas materias (por ejemplo en las relacionadas con el derecho a la educación, con constantes reformas y contrarreformas, la última de las cuales se halla en este momento en curso), el modo de ser del sistema de los derechos en el constitucionalismo de nuestros días lleva consigo un margen de indeterminación que deposita en el intérprete la responsabilidad de dar respuesta a las preguntas que el autor de la ley no pudo o no quiso plantearse en el momento de aprobarla. Decidir en materia de derechos fundamentales es a menudo resolver casos difíciles o habérselas con casos trágicos y hacerlo con un «material normativo» demasiado abstracto y siempre insuficiente. Una respuesta legislativa cercana en el tiempo ayuda, al igual que una alejada de los problemas que van surgiendo al hilo de las transformaciones sociales, y obliga al juez a convertirse en un juez Hércules, omnímodo legislador del caso. Un solo ejemplo: en España la ley de libertad religiosa data de 1980 y sus disposiciones apenas alcanzan a sentar las bases de la colaboración del Estado con las iglesias y las confesiones religiosas. Quien busque en ella pautas para decidir si la prohibición del velo en la escuela, o la del burka en los espacios públicos, se ajusta o no se ajusta a la Constitución, no las hallará. Los Tribunales dicen al respecto cosas contradictorias y alzan la mirada a la búsqueda de pautas interpretativas procedentes de instancias o tribunales de carácter supranacional. Respecto al burka, el Tribunal Supremo, en una sentencia de este mismo año, nos ha dicho que la prohibición de usarlo para acceder a instalaciones o usar ciertos recursos públicos no está al alcance de una ordenanza municipal. Es una respuesta típicamente «escapista»; nos dice muy poco de la prohibición en sí, porque no profundiza en el significado del burka, ni entra a analizar la posible proyección de valores como el de la dignidad de la mujer, o la igualdad. No necesita hacerlo para resolver el caso, y se escuda en el «minimalismo judicial» para decir simplemente que un ayuntamiento no puede establecer mediante ordenanza limitaciones tan genéricas a los derechos fundamentales.

**21.** Una última y rápida observación: creo que de cuanto llevamos dicho se deduce ya que la obra de jueces y legisladores en materia de desarrollo y garantía de los derechos integran un *compact normativo* de contornos no siempre precisos y abierto a las transformaciones que producen sobre el mismo las innovaciones legislativas y los respaldos y las re-creaciones jurisprudenciales. De aquellas y de estas depende en cada momento la suerte de los derechos establecidos en la Constitución. Pero en un sistema de Constitución escrita, por mucha que sea su disposición hacia el dinamismo y la apertura, el elenco de lo que aparece en el texto siempre acabará por delimitar el alcance de las posibilidades de creación de nuevos derechos. Estos nunca lo serán del todo porque determinadas interpretaciones judiciales permitan sustentar su surgimiento. Y ni siquiera llegarán a serlo como consecuencia de su entrada en escena a impulso de uno u otro de los legisladores que actúan en el marco del Estado compuesto. La experiencia española es en esto particularmente inflexible, y deja pocas dudas en cuanto al monopolio del legislador estatal sobre el régimen básico de los derechos fundamentales. Para el surgimiento de nuevos derechos hace falta que participen de la capacidad de resistencia frente a los ocasionales deseos de la mayoría que es propia de los derechos (genuinamente) fundamentales. Y eso es difícil de obtener sin adentrarse por los caminos de la reforma constitucional. Por lo demás lo que enseña la experiencia, y valdría decir que afortunadamente, es que la democracia constitucional dispone de mecanismos para evitar que las tensiones entre el legislador y los jueces desemboquen en un choque de legitimidades que aboquen a aquella al colapso.