

GUILLERMO ESCOBAR ROCA

**NUEVOS DERECHOS
Y GARANTÍAS
DE LOS DERECHOS**

Marcial Pons

Fundación Manuel Giménez Abad

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE

	Pág.
NOTA PRELIMINAR	13
ABREVIATURAS	19
CAPÍTULO I. ¿QUÉ DERECHOS TENEMOS?	21
1. ¿DE QUÉ DERECHOS HABLAMOS?.....	21
1.1. Tipos de derechos.....	21
1.2. Relaciones entre derechos	29
2. CATÁLOGOS ABIERTOS... ¿Y CERRADOS? LA JURISPRUDENCIA EVOLUTIVA	32
3. EL CATÁLOGO DE 1978 Y SUS DEFECTOS.....	38
4. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR «NUEVOS DERECHOS»?	45
5. CREACIÓN DE DERECHOS O DE FRAGMENTOS DE DERECHOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	46
CAPÍTULO II. TENDENCIAS RECIENTES DE LOS CATÁLOGOS DE DERECHOS	55
1. REFORMAS CONSTITUCIONALES EN EUROPA.....	55
2. NUEVAS CONSTITUCIONES EN EUROPA DEL ESTE Y LATINOAMÉRICA	57

	Pág.
3. EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU DESARROLLO REGIONAL.....	62
3.1. La indivisibilidad de los derechos y los derechos sociales.....	62
3.2. Los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad.....	64
4. DERECHO EUROPEO.....	67
4.1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y su marcada interpretación evolutiva.....	67
4.2. Novedades en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	70
5. RECAPITULACIÓN.....	73
 CAPÍTULO III. ¿CUÁNDO RECONOCER NUEVOS DERECHOS?	 75
1. DEL POSITIVISMO (MODERADO) A LA REIVINDICACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE.....	75
2. SITUAR LA CONSTITUCIÓN EN EL MUNDO (ARGUMENTO INTERNACIONALISTA).....	82
3. RECONOCER LAS DEMANDAS CIUDADANAS... DEMOCRÁTICAMENTE EXPRESADAS (ARGUMENTO DEMOCRÁTICO)	88
4. TOMARSE REALMENTE EN SERIO LA CONSTITUCIÓN (ARGUMENTO DE LA EFECTIVIDAD).....	95
5. PROTEGER FRENTE A NUEVAS AMENAZAS Y GARANTIZAR NUEVAS NECESIDADES (ARGUMENTO DE LA PROTECCIÓN).....	99
 CAPÍTULO IV. EL CATÁLOGO DE LOS FUTUROS DERECHOS	 105
1. DERECHOS DE LA BIOÉTICA.....	105
2. DERECHOS DE LA VIDA FAMILIAR.....	109
3. DERECHOS INFORMATIVOS Y DE PARTICIPACIÓN.....	113
4. DERECHOS SOCIALES Y AMBIENTALES.....	124

	Pág.
4.1. Derechos que hoy figuran como «principios rectores».....	124
4.2. Nuevos derechos propiamente dichos: renta básica y servicios sociales.....	130
5. DERECHOS DE LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD.....	136
6. DERECHOS DEL CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL.....	139
CAPÍTULO V. NUEVAS Y MEJORES GARANTÍAS DE LOS DERECHOS.....	145
1. EL CATÁLOGO VIGENTE DE LAS GARANTÍAS.....	145
2. LA PROBLEMÁTICA GARANTÍA DE LAS VIOLACIONES ESTRUCTURALES.....	151
3. LA REFORMA DE LAS GARANTÍAS.....	155
3.1. Las Administraciones Públicas.....	155
3.2. Los tribunales ordinarios.....	167
3.3. El Tribunal Constitucional.....	177
3.4. El Defensor del Pueblo.....	181
4. NUEVAS GARANTÍAS.....	186
4.1. La no regresividad.....	186
4.2. La financiación.....	189
5. LA COHERENCIA DE LAS GARANTÍAS Y LA PREVENCIÓN DE LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS.....	193
CAPÍTULO VI. CONCLUSIÓN: NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL.....	203
1. LAS PROPUESTAS COLECTIVAS PRESENTADAS.....	203
2. SÍNTESIS DE ARGUMENTOS Y APOYOS DE LA PROPUESTA.....	208
3. RESPUESTA A LAS CRÍTICAS.....	211
BIBLIOGRAFÍA.....	217
REFERENCIAS DEL AUTOR.....	227

NOTA PRELIMINAR

En 2012 veía la luz mi trabajo hasta ahora más ambicioso, la dirección del tratado sobre *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria* (disponible ahora en Internet), donde pretendimos la articulación entre parte general y especial, Derecho internacional, europeo y nacional (bajo el prisma de la Constitución) y entre normatividad y efectividad de nueve figuras de derechos sociales y siete mandatos de tutela antidiscriminatoria. Apuramos entonces al máximo las posibilidades de interpretar el Derecho vigente para lograr la mejor garantía de tales figuras y mandatos, incluyendo una interpretación alternativa (que venía sosteniendo desde 1995) del art. 53.3 de la Constitución. El libro se cerró justo antes de la llegada al Gobierno del Partido Popular y de la batería de medidas de austeridad, que aunque ya habían comenzado con el Gobierno anterior, se consolidaron y ampliaron en años sucesivos, casi siempre en detrimento de los derechos sociales. Como era de esperar, nuestro libro sirvió de poco: es claro que los políticos no nos leen (o al menos no les convencemos), pero seguramente tampoco los magistrados del Tribunal Constitucional, que avalaron esas medidas, y que a fecha de hoy siguen desconociendo, entre otros elementos consolidados en el Derecho internacional y comparado, el principio de no regresividad. Tampoco influimos mucho

en el resto de la doctrina, que en trabajos posteriores al nuestro, continúan considerando, en su mayoría, los derechos sociales como de segunda categoría, en contra de las tendencias fuera de nuestras fronteras y, lo que es más grave, del sentir mayoritario de la ciudadanía. Quizá tenga razón mi buen amigo el activista Victoriano Fernández cuando me dice que la «academia» está más cerca del poder que del «pueblo llano».

La fortuna (o quizá el reconocimiento a mi trabajo) quiso que, tres años después, las secciones españolas de tres de las más importantes organizaciones no gubernamentales del mundo (Amnistía Internacional, Oxfam-Intermón y Greenpeace) me encargaran la elaboración del trabajo de investigación que sirvió de base a la propuesta *Una reforma constitucional para blindar los derechos humanos* (2015), que obtuvo más de 50.000 firmas en el breve periodo en que estuvo abierta a votación. Aunque no lo pensé entonces, este estudio parecía la continuación lógica, por vía de superación, del fracaso práctico del intento académico anterior: si no atienden a los profesores-intérpretes de la Constitución, vayamos de la mano de la sociedad civil con la propuesta de reformar una Constitución que no nos sirve. Los principales apoyos se buscaron esta vez en el Derecho internacional. El argumento central para las reformas que proponíamos podía sintetizarse así:

El Derecho internacional (o sus órganos autorizados de interpretación y supervisión) dice A.

El Derecho constitucional (o su aplicación práctica) no dice A.

Luego, debe reformarse la Constitución para decir A.

Tampoco esta vez nos escucharon mucho, pero ya algunos colegas van aceptando nuestras tesis (incluso más de uno alude al documento de las tres organizaciones) y, aunque los políticos nunca citan a nadie, los partidos también están tomando buena nota de ellas.

Con el libro que ahora se publica, gracias a la generosa invitación del director de esta joven y ya prestigiosa colección «Debates constitucionales», en la también prestigiosa

editorial Marcial Pons, pretendo ampliar las propuestas anteriores, si bien centrándome solo en la creación de derechos nuevos (quedan fuera las reformas sobre los derechos que ya existen) y ampliando los argumentos a favor de su incorporación constitucional a otros tres: además del argumento internacionalista (central, como se ha dicho, en la propuesta ya citada de la sociedad civil), el democrático (léase parlamentario), el de la efectividad de los principios y mandatos ya reconocidos [que debe leerse junto a otro trabajo mío, de simultánea publicación a este libro: «Cuarenta años después... ¿se cumplieron las promesas constitucionales?», en Javier DE LUCAS (coord.), *Derechos humanos y Constitución*] y el de la respuesta a nuevas agresiones y demandas. Sobre todos estos argumentos pesa uno mayor, más bien de tipo político: el Tribunal Constitucional crea nuevos derechos, pero con mala argumentación (y lo demuestro en este libro), y en todo caso, aunque lo podemos aceptar (pues implica un progreso), no debería ser así en términos de teoría constitucional democrática: la Constitución es un producto del poder constituyente, el Tribunal Constitucional es un poder constituido y, si hay buenas razones para ello, la ampliación del catálogo de los derechos corresponde al poder constituyente (léase hoy, al poder de reforma constitucional) y a nadie más.

Obviamente, mis propuestas de incorporación de nuevos derechos a la Constitución son una invitación al debate y nada alegraría tanto al autor como que fueran criticadas, al menos con el mismo esfuerzo que yo he puesto en defenderlas. Pretenden ser realistas y de hecho (como se demuestra en la tabla 6.1) la mayoría figuran ya en los pactos de gobierno o programas electorales de tres de los cuatro principales partidos políticos españoles.

No se nos ocultan, sin embargo, las dificultades. El «sistema» como tal no existe y somos los seres humanos, con nombres y apellidos, quienes lo mantenemos o cambiamos. Veamos algunos datos muy concretos pero significativos y lamentablemente (ojalá me equivoque) indiciarios de tendencias generales, digamos, de psicología social: a) Un periódico supuestamente progresista rechaza publicarme un

artículo por criticar la renuencia (y contradicciones) del Tribunal Constitucional en el reconocimiento de un nuevo derecho. Lo curioso es que el periódico me conteste con esta justificación (mi artículo era «valorativo») por escrito, lo que es muy de agradecer. En la transición, el papel de la prensa como transmisor de las aspiraciones ciudadanas resultó fundamental. Ahora no partimos de cero, como en 1978, y las propuestas deben comenzar con la crítica de lo que hay (o de lo que no hay). Sin el apoyo de los medios, la reforma lo tiene difícil. *b)* En el manual de cabecera sobre derechos fundamentales de la Escuela Judicial los derechos sociales ni aparecen (salvo para decir que no son derechos) y se afirma la inconveniencia de ampliar el catálogo de los derechos (¡con el argumento de que nuestra Constitución es joven!). *c)* Con lecturas como estas, es normal que los jueces sigan sin comprender el significado de la Constitución: como demuestro con datos en este libro, la gran mayoría de nuestros tribunales siguen sin comprender la especial naturaleza de los derechos fundamentales y el positivismo formalista (Xiol Ríos, buen conocedor del ambiente judicial, *dixit*) sigue imperando en nuestra práctica constitucional. *d)* En este contexto, se entiende que mis colegas tampoco se crean demasiado la vinculación de la Constitución: en un seminario reciente, con asistencia de algunos de nuestros más reputados especialistas, cuando expuse las tesis de este libro, la mayoría sonrió condescendentemente como diciendo «todo eso está muy bien, pero aunque se pusiera en la Constitución, no serviría de nada». *e)* El único intento formal, aunque de soslayo (Comisión del Congreso de los Diputados para la evaluación y modernización del Estado autonómico), de iniciar el proceso de reforma (quienes pueden hacerlo caben en un coche) de momento no arranca, con las excusas más variopintas, como que no agradan algunos comparecientes... Tantas dificultades no nos arrojan a la desesperanza sino al contrario: debemos insistir en la necesidad de la reforma, y por eso este libro.

Por limitaciones de espacio impuestas por la editorial, muchos de los datos que aquí se exponen, y en especial

mis premisas fácticas, se encuentran poco desarrollados, y me disculpo por ello. Este autor tiene más pruebas de cuanto dice en su escritorio, y se las suministro gustosamente a quien me las pida.

He escrito este libro en el primer semestre de 2018, a retazos entre Madrid, Lima, Santiago de Chile, Buenos Aires y Ciudad de México. En Latinoamérica he encontrado, en la academia y en la sociedad, una vitalidad constitucional que echo en falta en nuestra vieja piel de toro. Ojalá algunos de mis colegas olviden su vanidad eurocéntrica y se contagien del entusiasmo de nuestros países hermanos.

Madrid, octubre de 2018

CAPÍTULO I

¿QUÉ DERECHOS TENEMOS?

1. ¿DE QUÉ DERECHOS HABLAMOS?

1.1. *Tipos de derechos*

La expresión «tener un derecho» posee varios significados. Si queremos participar en un diálogo (y este libro lo pretende) y no utilizamos las palabras de la misma manera, no lograremos entendernos y perderemos el tiempo, pues discutiremos cuando en el fondo estamos de acuerdo: muchas veces nuestras discrepancias proceden de un uso diferente de las palabras. Para intentar dialogar, a la hora de definir un concepto, no conviene alejarse demasiado de su uso común. Tampoco conviene crear conceptos innecesarios o utilizar otros que, aunque pudieran haber tenido importancia en el pasado, apenas hoy se utilizan. Reduciendo al máximo los conceptos, podemos hablar inicialmente de cinco tipos de derechos:

1) Los *derechos subjetivos* son intereses de las personas reconocidos por una norma jurídica, generalmente de rango legal, y garantizados al menos en sede judicial. Es decir, todo derecho subjetivo va por definición acompañado de una acción o derecho complementario, la tutela

judicial (art. 24.1 CE). Un derecho sin garantía judicial o no existe en términos conceptuales o es un fraude del legislador.

Como manifiesta la Historia, el concepto de derecho subjetivo tiene un significado liberal y originariamente individualista. Podemos entender que esta concepción se mantiene hoy, siempre que admitamos que caben también derechos que protegen a grupos amplios e incluso indeterminados de personas. Por ejemplo, el derecho al medio ambiente puede proteger a individuos concretos (como una familia afectada por los malos olores de una fábrica, situación recogida desde antiguo en nuestro liberal Código Civil) pero también indefinidos (como los ciudadanos de un barrio que sufre la contaminación de una industria), en cuyo caso el ordenamiento prevé mecanismos especiales de acceso a la jurisdicción (en el ejemplo, las asociaciones ecologistas).

Los derechos subjetivos exigen deberes correlativos; si no, serán también un fraude. Tienen por tanto que traducirse en normas «objetivas», esto es, en obligaciones de otros, sean personas privadas o poderes públicos, y que puedan ser exigidas ante un juez. Ahora bien, también al revés: si solo hay normas objetivas, no hay propiamente derechos, esto es, puede haber obligaciones sin derechos pero no derechos sin obligaciones. El problema principal de los llamados derechos colectivos, y en general de la creación de nuevos derechos, no es tanto la indefinición de su titular como la dificultad de concretar los deberes correlativos y a quiénes se dirigen (CRUZ PARCERO, 2007: 101-126 y 159-164). Por seguir con el ejemplo anterior: ¿qué tienen que hacer los poderes públicos y privados (¿quiénes exactamente?) para cumplir con el derecho al medio ambiente?

Los derechos subjetivos, además de necesitar personas obligadas, con sus deberes correlativos, han de tener un objeto más o menos determinado. Por eso se concretan en figuras específicas (catálogos de derechos) y se distinguen del llamado derecho general de libertad o «libertad a

secas». En un ordenamiento liberal (y el español lo es en sus rasgos básicos), todo lo no prohibido está permitido, pero esto es algo distinto a tener un derecho. Los intereses protegidos como derechos subjetivos deben estar reconocidos, expresa o tácitamente, en una norma jurídica; si no lo están, lo único que los ciudadanos tenemos es una inmunidad general: si el poder público quiere castigar el ejercicio de esa libertad genérica, debe hacerlo mediante una norma con rango de ley (art. 25.1 CE). Por ejemplo, fumar marihuana no es un interés reconocido en una norma jurídica y por tanto no puede ser exigido como derecho ante un juez, pero no se puede castigar a nadie por hacerlo, salvo que una ley así lo establezca. Si se castiga este acto sin ley previa, se vulnera el derecho a la legalidad de las sanciones, no el derecho a fumar marihuana, pues este derecho no existe desde el punto de vista jurídico (aunque podría reivindicarse como derecho moral si se aportaran razones para ello). Además, la libertad a secas no tiene deberes correlativos. Téngase en cuenta en todo caso que no existe una demarcación tajante entre derecho subjetivo y derecho general de libertad, pues a veces acciones que aparentemente pertenecen al segundo terminan incardinándose en el primero, como sucede en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 8 CEDH (*infra*, II.4.1).

El ejemplo anterior indica que afirmar que tenemos o no un derecho subjetivo es una cuestión interpretativa que implica una cierta creatividad, la cual puede ser admisible si se razona correctamente. Así, en ocasiones, de una norma aparentemente solo objetiva acaban deduciéndose derechos subjetivos, operación esta que exige un plus de argumentación. En España el ejemplo más llamativo, y todavía criticado por parte de la doctrina, es la autonomía de las Universidades, considerada derecho fundamental por la STC 26/1987, pese a su aparente configuración como norma objetiva en el art. 27.10 CE.

Aunque hay excepciones, los derechos subjetivos pertenecen a las personas privadas. Cuando se atribuyen a los poderes públicos, se habla más bien de habilitaciones.