

**AL HILO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL:
LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN QUE GENERA
LA EXPRESIÓN DE LIBERTADES PÚBLICAS EN LA
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

María del Camino Vidal Fueyo
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho. Universidad de Burgos

SUMARIO

- 1. Reflexión preliminar.*
- 2. La confusa utilización del términos libertades públicas en la Constitución Española.*
- 3. Argumentos a favor de la necesidad de reformar la expresión libertades públicas, particularmente en el artículo 13.1 CE.*
 - 3.1. El sentido de la expresión libertades públicas: origen histórico y evolución del concepto.*
 - 3.2. La expresión libertades públicas en otros textos constitucionales y en los principales tratados internacionales.*
 - 3.3. El término libertades públicas en el artículo 13.1 CE.*

1. Reflexión preliminar

A pesar de lo que podría sugerir el actual debate, los veinticinco años de vigencia de nuestro Texto Constitucional no son la historia de un fracaso, sino todo lo contrario. Ello no implica, sin embargo, que como si de un buen inmueble se tratara, nuestra Norma Suprema no necesite una capa de pintura, un remozado, el cambio de alguna que otra cañería y quizá, la demolición de algún tabique que amplíe las estancias y las acomode a las nuevas necesidades familiares. "La Constitución no es un muro ni una cárcel. Su reforma se inscribe dentro de la normalidad, de la fisiología del sistema. Por eso, conviene desdramatizar y no incurrir en fundamentalismos (inmovilistas o reformistas)"¹.

Toda Constitución nace con cierta vocación de permanencia, pero no deja de ser un instrumento para conseguir unos fines y, en este sentido, resultan significativas las palabras de Hernández Gil, cuando afirma que "la consideración del derecho como valor, norma y hecho es hasta cierto punto un lugar común en el pensamiento jurídico actual. En el valor radica la nota ética; en la norma el poder ordenador de la conducta; en el hecho la efectividad social"². El problema, sin duda, radica en establecer las relaciones entre estos tres órdenes en la estructura global del Derecho. Como dice Recasens Siches, "Donde quiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre un hecho subyacente (hecho económico, geográfico, demográfico, etc); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor"³. Tales elementos o factores (hecho, valor y norma) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta.

Todo lo expuesto tiene especial relevancia en el Derecho Constitucional, porque la conexión con la realidad social y política es, si cabe, más intensa y más necesaria. Por ello, plantear una reforma constitucional -cualquiera que sea el contenido de ésta, y cualesquiera que sean los hechos, los factores, los pro-

1. Bilbao Ubillos, J. M., "El Estado de las Autonomías en la encrucijada: cierre, evolución o desintegración", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. extraordinario 25 años de Constitución, Junta de Castilla y León, enero de 2004, pág. 83.

2. *Metodología de las ciencias del Derecho*, Tomo III, Madrid, 1973, pág. 266.

3. Recasens Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, Mejico, 2ª ed., 1973, pág. 71.

blemas que han servido de detonante- no ha de valorarse como algo traumático, ni como un peligro para la estabilidad del Estado, máxime cuando el contenido de los arts.168 y 169 de la Constitución no permiten una reforma que no esté presidida por el consenso.

El Estado de las Autonomías, el modelo de organización territorial vigente es, seguramente, la materia "estrella" de la reforma constitucional que se barrunta desde hace tiempo y la que, *a priori*, plantea más problemas políticos y jurídicos. Pero no es éste el único tema que está sobre el tapete, se están trabajando otros tres importantes bloques de cuestiones: la modificación del orden sucesorio de la corona, pues no resulta razonable la preferencia del varón sobre la mujer; el Senado, en el intento por convertirlo en una verdadera Cámara de representación territorial, superando el modelo vigente de Cámara de segunda lectura y, por último, el encaje de la *-non nata-* Constitución Europea, en la Constitución española.

La presente comunicación, sin embargo, no va a tratar sobre ninguno de los temas expuestos, si no sobre una cuestión terminológica, que puede ser calificada como menor, pero que plantea importantes problemas de interpretación en una cuestión capital como es la titularidad de los derechos fundamentales. Me estoy refiriendo a la confusa y oscura utilización de la expresión libertades públicas en nuestro texto constitucional y, más concretamente, en el art. 13.1 CE, donde se define el régimen de derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros.

De manera que si hablamos de reforma constitucional, quizá no sea descabellado hacer referencia a la confusa utilización que de algunas categorías jurídicas se hace en nuestra Constitución y, aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, plantear la necesidad de unificar la terminología utilizada a lo largo del Título segundo, no por motivos lingüísticos o de estilo, sino por razones de mayor calado que intentaré exponer a lo largo de las siguientes líneas.

2. La confusa utilización del término libertades públicas en la Constitución Española

Tras una lectura pausada del Capítulo primero de la Constitución, atendiendo no tanto al contenido, como al tenor literal de los preceptos, comprobamos cómo nuestros constituyentes, guiados quizá por el afán de asumir toda la experiencia constitucional europea toman, entre otros, el término alemán *Grundrechte*, el francés *libertés publiques*, y la expresión típicamente italiana de

*diritti inviolabili*⁴, haciendo de nuestro texto constitucional un bello ejemplo de mosaico terminológico, pero dificultando notablemente su interpretación⁵.

Parece que, sin intencionalidad alguna, se toman del derecho histórico y del derecho comparado términos que posteriormente se utilizan de manera acumulativa, sin verdadera voluntad clasificatoria, ni dogmática.

Una de las expresiones que quizá más problemas de interpretación ha causado es la de libertades públicas, que no sale muy bien parada cuando la doctrina ha intentado dotarla de contenido. Así, Rubio Llorente la define como "sintagma de origen desgraciado y de muy dudosa corrección e incluso utilidad"⁶, y Luis María Díez-Picazo, tras afirmar que en España carece de un significado técnico consolidado, añade: "nadie le ha atribuído jamás una sustantividad propia"⁷.

Ahora bien, aunque confuso y problemático, lo cierto es que se trata de un vocablo utilizado por nuestro texto constitucional en diversas ocasiones, por lo que es importante determinar si estamos ante un término sinónimo al de derechos fundamentales o si, por el contrario, cuenta con una sustantividad propia. Hay que señalar, por otra parte, que en ninguna de nuestras Constituciones históricas, ni siquiera en la más reciente Constitución de 1931, se utiliza esta expresión, de manera que fue introducida en nuestro actual Texto constitucional sin que hubiera ningún tipo de tradición histórica al respecto, y sin que apareciera en la mayor parte de las Constituciones vigentes en Europa, con excepción de Francia, en el sentido que más adelante se señalará.

Pero bajemos al terreno de lo concreto. Nuestra Constitución encabeza la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero con el rótulo: "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", pero a lo largo de dicha Sección no encontramos ningún criterio o dato que nos indique cuáles son unos y otras. A su vez, el art. 13.1 CE se refiere a las "libertades públicas" de las que

4. Ya la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, se refiere a la propiedad como un derecho inviolable. También encontramos esta expresión en la cuarta Enmienda de la Declaración de Derechos de Estados Unidos, de 1791, para calificar determinados derechos como la libertad personal. Sin embargo, va a ser la Constitución italiana de 1947 la que adopta de forma genérica este vocablo, utilizándolo a lo largo de todo su articulado de forma similar a como los alemanes utilizan el término "*Grundrechte*".

5. Más ampliamente, sobre esta cuestión, véase mi trabajo: *Constitución y extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

6. Rubio Llorente, F., *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 90.

7. *Sistema de Derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 34.

gozarán los extranjeros en España y, como se verá, este vocablo dificulta notablemente la concreción del elenco de derechos fundamentales de los que gozan los extranjeros en nuestro país. Solamente volvemos a encontrar este enunciado en el art. 81.1 CE cuando, al enumerar las materias objeto de las leyes orgánicas, la Constitución señala entre las mismas "las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas".

No parece muy arriesgado aventurar, sin embargo, que en muchas de las ocasiones en que nuestra Norma Fundamental utiliza de forma genérica y en plural el término libertades, está utilizando también, aunque de manera implícita, el adjetivo públicas. Así, aunque el Capítulo segundo aparece encabezado con el título "Derechos y libertades", nada parece indicar que el término libertades tenga una acepción distinta al de libertades públicas utilizado en el encabezamiento de la Sección primera del Capítulo segundo ni, por lo mismo, podemos pensar que cuando el Capítulo cuarto se refiere a "las garantías de las libertades y derechos fundamentales" esté protegiendo algo distinto de lo que anteriormente calificó como "libertades públicas".

Probablemente la interpretación más segura, o al menos la que más se aleja de resultados absurdos, es entender que el constituyente ha utilizado la terminología sin mayor preocupación por el rigor científico y sin ninguna intencionalidad dogmática, de suerte que los términos con que se rotulan los diversos capítulos y secciones del Título I resultan escasamente esclarecedores desde un punto de vista interpretativo. Prueba última de la falta de rigor con que el constituyente ha manejado los términos y, por tanto, de la imposibilidad de hacer descansar la interpretación en ellos, es el rótulo de la Sección segunda del Capítulo primero: "De los derechos y deberes de los ciudadanos". La incongruencia del rótulo respecto de los contenidos es evidente, pues si hay derechos paradigmáticos del ciudadano son los del art. 23 CE, que no están recogidos en la Sección segunda, sino en la primera, y con toda evidencia el derecho de propiedad o el derecho a contraer matrimonio, que sí están en la Sección segunda, son derechos de la persona y no del ciudadano. Por otro lado, si en la Sección primera se recogían las libertades públicas, no alcanzamos a entender por qué en la Sección segunda se reconocen derechos de libertad como la libertad de empresa o la libre elección de profesión y oficio.

Este somero repaso nos ilustra la idea que apuntábamos al comienzo de este trabajo: existen algunos términos utilizados en nuestro Texto Constitucional que aportan más confusión que luz, por lo que quizá debería aprovecharse esta pri-

mera e importante reforma constitucional que, desde muy diversos foros, se está estudiando, para pulir esta terminología que, como se intentará argumentar, provoca problemas de interpretación que van mucho más allá de plano meramente lingüístico.

No obstante, si sostenemos que es necesario sustituir el término libertades públicas por el de derechos fundamentales, habrá que argumentar que el constituyente no ha querido introducir un concepto identificable, con un contenido autónomo, de libertades públicas.

3. Argumentos a favor de la necesidad de reformar la expresión libertades públicas, particularmente en el artículo 13.1 CE

3.1. El sentido de la expresión libertades públicas: origen histórico y evolución del concepto

No existe ninguna duda en relación con el lugar y el momento del nacimiento de las libertades públicas: el lugar es Francia y el momento, el último tercio del siglo XVIII. Corren los tiempos del liberalismo burgués y las *libertés publiques* surgen como una categoría jurídica que garantiza la protección de determinados ámbitos de libertad del individuo frente al Gobierno y la Administración, pero no frente al legislador.

De hecho, en Europa y durante todo el siglo XIX, el principio de legalidad es "el alfa y el omega de los derechos individuales: los derechos comienzan y acaban con el principio de legalidad. Ello es tanto como decir que los derechos valen lo que vale el principio de legalidad"⁸. Estamos, por tanto, en un momento histórico en el que el legislador no es un potencial enemigo de las libertades individuales sino, al contrario, su principal garante. Es más, en este contexto, la ley va a convertirse en el origen mismo de los derechos, pues para el ejercicio de los mismos por parte de los ciudadanos se va a necesitar una *interpositio legislatoris* o, en no pocas ocasiones, una *creatio legislatoris*.

Por otro lado, como es bien sabido, no existe un control judicial sobre el legislativo, de modo que, aunque algunas de las Constituciones francesas, como la de 1791 y la de 1795, proclaman formalmente que el poder legislativo no podrá obstaculizar el ejercicio de los derechos individuales, lo cierto es que no

8. Cruz Villalón, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *REDC*, núm 25, pág. 49.

encontramos ningún mecanismo jurídico que controle y restaure una eventual violación de los mismos por parte del legislador⁹.

Esta es, en resumen, la concepción originaria de las libertades públicas, cuya primera consagración constitucional aparece en el artículo 9 de la Constitución francesa de 1793, según el cual, "*la loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent*", pasando a convertirse en una de las categorías jurídicas más representativas de lo que ha venido a llamarse "la tradición republicana francesa".

Para Colliard, es durante la IV República cuando esta expresión se convierte en una verdadera categoría jurídica constitucional, lo que se mantiene bajo la V República. La delimitación conceptual del término se irá perfilando progresivamente y así, por ejemplo, el Consejo de Estado, en su Interpretación de 13 de agosto de 1947, en relación con el art. 72 de la Constitución de 1946, considera que el término libertades públicas comprende las grandes libertades que "*n'étant pas limités à l'individu seul, se manifestent au dehors et comportent l'action de co-participants ou l'appel au public*", de manera que se incluirían en esta categoría las libertades públicas de reunión y de asociación, la libertad de sindicación, la libertad de prensa, la libertad ideológica, de conciencia, de culto, y la libertad de enseñanza, entre otras¹⁰.

Ahora bien, un breve repaso de las distintas posiciones de la doctrina francesa contemporánea en relación con la expresión que nos ocupa, nos conduce a la conclusión de que ni siquiera en el país vecino, cuna de este vocablo y sede de la doctrina que de modo más intenso ha estudiado la materia, se tiene claro qué son las libertades públicas y por dónde ha de trazarse la frontera que las distinga de los "derechos fundamentales"¹¹. En cualquier caso, lo que no parece discutible es que, como tantas otras categorías jurídicas, ha sufrido con el paso del tiempo una transformación o, mejor dicho, una "readaptación conceptual", por utilizar la expresión con la que tradicionalmente se designa la evolución que sufre el término en su paso del liberalismo individualista, que le dio vida, al momento histórico en el que se inicia la conceptualización de los derechos fundamentales y su correlativa positivización.

9. Véase en este sentido el interesante estudio que se hace en *ibidem*, pág. 51 y ss.

10. Colliard, A., *Libertés publiques*, París, Dalloz, 1989, pág. 16.

11. Así, determinados autores, como Pelloux, sostienen que las libertades públicas y los derechos fundamentales son una misma cosa, y no tiene sentido proceder a su distinción, en: "*Introduction à l'étude des droits de l'homme et des libertés fondamentales en Europe*", *Essais sur les droits de l'homme en Europe*, Ed. de l'Institut Universitaire d'Etudes Européennes, Turín, 1959, pág. 177. De la misma opi-

En este sentido, resultan significativas las palabras de Favoreu cuando afirma: "En Francia, la propia expresión de derechos fundamentales es reciente. Se solía utilizar comúnmente la de libertades públicas y, sin embargo, ambas expresiones no son idénticas: mientras que las libertades públicas eran libertades protegidas exclusivamente frente a la Administración (...), los derechos fundamentales son, por contra, derechos protegidos asimismo frente al legislador, siendo el Juez constitucional quien ejerce el control en virtud de la Constitución"¹². Sin embargo, como el propio autor explica, estamos asistiendo a un cambio de mentalidad, pues la necesidad de proteger las libertades públicas también frente al legislador va a conducir a la búsqueda de otros mecanismos de protección y para ello se optará por una protección constitucional de las mismas, de manera que las diferencias entre unas y otros tienden a desaparecer.

No podemos olvidar que en Francia la protección en sede constitucional de las libertades es un fenómeno relativamente reciente. Es en la década de los setenta cuando el Consejo Constitucional incorpora al Texto Constitucional la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1949¹³, y es a partir de este momento cuando "asistimos a un

nión es J. Morange, para quien las libertades públicas son aquellos derechos humanos que en cada país aparecen positivizados en un texto constitucional (*Libertés publiques*, PUF, París, 1984, pág. 14). Para Rivero se trata de poderes de autodeterminación reconocidos por el derecho positivo: "*Les libertés publiques sont des droits de l'homme que leur consécration par l'Etat a fait passer du droit naturel au droit positif*" (*Les Libertés publiques*, 1. *Les droits de l'homme*, PUF, París, 1973, pág. 17) pero matiza que los derechos sociales, por ejemplo, no son libertades públicas y sí derechos humanos positivizados (*ibidem*, págs. 17 y 18). Para Torelli, M. y Baudouin, R.: "*il nous apparaît qu'il n'y a pas une identité parfaite entre un droit et une liberté ; le droit n'implique pas la liberté complète et celle-ci est vide l'individu n'a pas un droit pour en profiter*" (*Les droits de l'homme et les libertés publiques par les textes*, *Les Presses de l' Université du Québec*, 1972, pág. XV, núm. 1), pero como indica Pérez Luño, este último criterio no es avalado por ninguno de los textos normativos que aparecen recogidos en dicha recopilación, en los que ambas categorías aparecen empleadas indistintamente (cfr.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 1984, pág. 37). La imposibilidad práctica de establecer una diferencia entre los derechos humanos recogidos en los textos constitucionales -que doctrinalmente se identifican con los derechos fundamentales-, y las libertades públicas, es también puesta de manifiesto por Duchacek, (*Derechos y libertades en el mundo actual*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, págs. 82 y ss.). Véase también en relación con esta materia: Sánchez Ferriz, R., "Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales", *Revista de Derecho Político*, núm 30, 1989, págs. 60 y ss.

12. Favoreu, L., "El legislador de los derechos fundamentales", AA.VV., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 43.

13. Decisión del Consejo Constitucional francés 75-51, DC del 27 de diciembre de 1973. Existe en la doctrina francesa cierta polémica en torno a la hipotética relación jerárquica entre los derechos reconocidos en la Declaración de derechos de 1789, y el Preámbulo de la Constitución de 1946, pero es una cuestión que simplemente dejamos apuntada, pues no existe unanimidad en la doctrina. Se puede consultar, en este sentido, Genevois, B., *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, 1988, págs. 197 y ss.

movimiento, al hilo del cual la ley pierde progresivamente el lugar primordial que ocupaba en la definición de las libertades, en beneficio de las normas constitucionales. (...) hoy la ley no puede, en materia de libertades, sino desarrollar las normas constitucionales"¹⁴. De donde se deduce que actualmente en Francia las libertades públicas vinculan a todos los poderes públicos, incluido el legislador, con lo que la mayor parte de las notas que se predicán de los derechos fundamentales se van a predicar también de las libertades públicas.

3.2. La expresión libertades públicas en otros textos constitucionales y en los principales tratados internacionales

La tardía constitucionalización de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que se da en Francia no es común al resto de los países europeos de tradición democrática. Se puede afirmar que tras la Segunda Guerra Mundial el constitucionalismo europeo pierde la confianza que a lo largo del siglo XIX había depositado en el legislador y, por consiguiente, los derechos y libertades fundamentales pasan, progresivamente, a ser constitucionalizados, que es lo mismo que decir que pasan a vincular directamente a todos los poderes públicos.

En Italia, el concepto de "libertades públicas" no plantea ningún problema, pues en ningún momento aparece dicha expresión en el texto constitucional. El debate -estamos hablando, evidentemente, desde un punto de vista terminológico- se centra en la utilización de los términos "derechos fundamentales", "derechos inviolables", "derechos constitucionales", así como en la determinación del exacto valor que ha de darse a los "principios fundamentales", cuya formulación precede a la de los "derechos y deberes de los ciudadanos", pero no en torno al término libertades públicas.

No ha de perderse de vista que en la Constitución italiana ni siquiera se utiliza el vocablo derechos fundamentales, salvo en el art 32.1 donde se otorga el calificativo de "fundamental" al derecho a la salud. Sin embargo, no se confiere en este caso al adjetivo fundamental una tutela reforzada o unas consecuencias jurídicas particulares, sino que, por el contrario, el derecho a la salud es de los considerados derechos "débiles"¹⁵.

Tampoco en Alemania la expresión que nos ocupa añade un problema más a los estudiosos del Derecho Constitucional. Fue en este país donde nació la

14. Favoreu, L., *Ibidem*, pág. 46.

15. Cfr.: Pace, A., "El legislador de los derechos fundamentales", AA.VV., *La garantía constitucional de los Pace fundamentales*, op. cit., pág. 76.

expresión derechos fundamentales -*Grundrechte*- y ya desde los albores del constitucionalismo germánico se acuñó, con carácter general, el término "derechos públicos subjetivos" para englobar al conjunto de derechos, bienes e intereses que el individuo podía hacer valer jurídicamente frente al Estado. De manera que la expresión libertades públicas no es utilizada ni por la doctrina alemana, ni por la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Sólo parte de la doctrina se sirve del término libertades jurídicas, que no "públicas", para referirse a una de las tres "posiciones" en que se pueden clasificar los derechos fundamentales¹⁶.

La Constitución portuguesa no emplea este vocablo, sino que se refiere con carácter global a "los derechos y libertades fundamentales" (art. 9.b), o a "los derechos, libertades y garantías personales", tal y como encabeza el Título segundo del Capítulo primero. Y lo mismo ocurre en el resto de las constituciones de la Unión europea: la Constitución belga habla de "derechos y libertades", la griega de "derechos individuales y derechos sociales", la irlandesa de "derechos personales", "derechos de la familia", etc, pero en ninguna de ellas encontramos el vocablo libertades públicas.

Tampoco los principales textos internacionales que recogen y garantizan derechos humanos se sirven de este enunciado. Así, La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, se refiere exclusivamente a "derechos" y "libertades", y tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha, hablan de "libertades civiles y políticas", pero no de libertades públicas. Por último, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, utiliza la voz "libertades fundamentales", como el propio título con el que se enuncia el Convenio indica, pero a lo largo de su articulado todo parece indicar que estamos ante una expresión sinónima a la de derechos humanos.

En suma, el problema que surge al intentar dotar de contenido a este vocablo sólo preocupa a la doctrina francesa y española.

3.3. El término libertades públicas en el artículo 13.1 CE

Sin duda carecemos de una definición constitucional de las libertades públicas, incluso de una mera precisión indirecta que pueda permitir una deducción a

16. Las otras dos serían: "los derechos a algo" y "las competencias". Cfr.: Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 187 y ss.

partir de criterios tácitos suministrados por el texto. Esto ya comporta un riesgo, pero éste se agudiza a la hora de determinar el exacto significado que en el art. 13.1 CE pueda tener la expresión "libertades públicas"¹⁷, precepto especialmente importante, pues configura el régimen de derechos fundamentales de los que gozan los extranjeros en nuestro país. ¿Se trata de un término sinónimo al de derechos fundamentales o, por el contrario, el constituyente ha utilizado este enunciado con la intención de indicar algo distinto? En el primero de los casos: ¿estamos ante un vocablo que engloba todos los derechos subjetivos recogidos a lo largo del Título I, o sólo se refiere a un determinado grupo de derechos?, en el segundo de los casos: ¿qué son y cuáles son en nuestro ordenamiento jurídico las libertades Públicas? No es necesario subrayar que el régimen de derechos del que gozarán, *ex constitutione*, los extranjeros, variará sustancialmente según se opte por una u otra alternativa.

En un intento por encontrar un significado coherente, podemos acudir a construcciones dogmáticas pre y meta constitucionales, lo que no es, seguramente, el mejor método para una interpretación no arbitraria de un texto de derecho positivo, pero podemos intentarlo. A nuestro juicio, caben las siguientes interpretaciones:

Primera hipótesis: supongamos que el constituyente entendiera el concepto de libertades públicas de acuerdo con la utilización que de esta expresión se hizo en Francia en el siglo XIX, y que se caracterizaba, como hemos apuntado, por considerar que las libertades públicas protegían ámbitos de libertad del individuo frente al Gobierno y la Administración Pública pero, y esto es lo más significativo, no frente al legislador, el resultado sería que en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero, coexistirían derechos indisponibles frente al legislador junto con (como indicaría la conjunción copulativa "y") derechos exclusivamente vinculantes para el Gobierno y la Administración, pero perfectamente disponibles para el legislador.

De esta manera, el legislador, en su tarea configuradora de las libertades públicas de los extranjeros (de acuerdo con lo previsto en el art. 13.1 CE), no encontrará ningún límite que proceda de los enunciados constitucionales que consagran los derechos fundamentales de los españoles. Los únicos límites procederían de los tratados internacionales ratificados por España.

17. El art. 13.1 CE, reza: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título, en los términos que establezcan los tratados y la ley".

Desde estas líneas, sin embargo, creemos que la Constitución rompe radicalmente con la utilización que de la expresión libertades públicas se hizo en el siglo XIX, en la medida en que el art. 53.1 CE establece la vinculación negativa del legislador no sólo respecto a los derechos fundamentales, sino también respecto a las libertades públicas, pues el primer apartado de este precepto se refiere, sin más especificaciones, a todos los derechos y libertades recogidos en el Capítulo segundo del Título primero.

Segunda hipótesis: Si nos separamos de su significado histórico, sólo nos queda aproximarnos a este concepto desde alguno de los siguientes planteamientos dogmáticos:

a) Se trata de un concepto ambiguo y científicamente inutilizable, por lo que hay que abandonar la terminología francesa clásica y hablar, sin ambages, sólo de derechos fundamentales.

b) En segundo lugar, podemos hacer una construcción clásica a partir de los fundamentos del derecho liberal. Así, si la libertad es, en esencia, autodisposición y autodeterminación, las libertades públicas serían todos aquellos derechos fundamentales con contenido de libertad que reclaman una no injerencia del Estado para su pleno ejercicio.

c) Una tercera posibilidad, similar a la anterior aunque con ciertos matices, sería la de, sin anclar el concepto en una acabada construcción dogmática, situarlo el plano deductivo a partir de sus propios términos. Así, se podría aislar el término "libertad", que no se refiere al objeto ni al sujeto del derecho, sino a su contenido. Ello nos permitiría establecer una distinción clara entre los derechos de libertad, que garantizan una esfera de autonomía personal, y los derechos de prestación, que requieren una intervención de los poderes públicos. Por otro lado, la expresión "pública" calificaría a estas libertades conectándolas con la realización del principio democrático a través de la formación de la opinión pública. En este sentido, los derechos de reunión, de asociación, la libertad de información, el derecho de petición, entre otros, con independencia de la dimensión privada que puedan tener, tienen una vertiente estrechamente relacionada con la formación de la voluntad de la sociedad y, en último término, con la formación de la voluntad del Estado.

Esta última dimensión de las libertades públicas, esto es, su conexión con la esfera de lo público, sería lo que caracterizaría a este tipo de derechos. Ahora bien, si se acepta esta posición -ciertamente complicada, porque no deja de ser

artificiosa esa distinción entre lo puramente individual y lo que tiene trascendencia pública-, nos encontraríamos también con resultados profundamente insatisfactorios, porque formarían parte del grupo "libertades públicas" y, por tanto, estarían desconstitucionalizados para los extranjeros, el derecho a la libertad de pensamiento y el derecho a la libertad de expresión, entre otros. Negación que resulta absolutamente inconciliable con la dignidad de la persona humana -que fundamenta nuestro orden jurídico (art. 10.1 CE)- y con las propias reglas constitucionales interpretadas a la luz de los tratados internacionales (art. 10.2 CE). De manera que esta última interpretación tampoco es satisfactoria.

Como se ve, no hemos avanzado nada en el esfuerzo, seguramente vano, de hacer del concepto un instrumento jurídicamente útil. Pero hagamos un último intento, de carácter no ya dogmático, sino empírico. Acudamos al país que ha acuñado el término, Francia. Acudamos a los planes de estudio que han consagrado como disciplina académica las libertades públicas, y acudamos a los libros de texto que se ocupan del estudio de este confuso objeto de conocimiento. El resultado obtenido no da pie a equívocos: todo son libertades públicas. Ahí se estudia el derecho a la vida, a la intimidad, al honor, a la libertad religiosa..., esto es, la totalidad de derechos fundamentales -salvo los socioeconómicos-.

La jurisprudencia constitucional española, por su parte, parece inclinarse por una interpretación amplia del término libertades públicas utilizado en el primer apartado del art. 13.1 CE¹⁸. Desgraciadamente, el Tribunal Constitucional no aporta ningún argumento que avale tal interpretación, ni específica todos y cada uno de los derechos fundamentales de los que son titulares los extranjeros, ni si su regulación ha de ser igual, en todos los casos, a la de los españoles. Junto a la posición mayoritaria, la STC 115/87 cuenta con un voto particular en el que se acoge una interpretación restrictiva del término. Para los Magistrados disidentes las libertades públicas van a constituir una categoría distinta a la de derechos fundamentales y su contenido va a depender, exclusivamente, de lo que la ley y los tratados internacionales determinen.

Como venimos apuntando, creemos que la expresión libertades públicas recogida en el art. 13.1 CE ha de entenderse en sentido amplio. Somos conscientes de que una lectura amplia del vocablo trae consigo la pérdida de densidad del concepto, pero ello es inevitable dado el impreciso uso que el propio Texto Constitucional hace del mismo. Además, no podemos olvidar que de los

18. Véanse, entre otras, las SSTC 107/84, 99/85 y 115/87.

debates constituyentes no se desprende la voluntad de querer otorgar a este enunciado un carácter restrictivo. Es más, una lectura detallada de dichos debates nos lleva a la conclusión de que la mayoría de las veces se utiliza este vocablo como sinónimo del de derechos fundamentales, hasta el punto de que, como ya se ha indicado, el Capítulo segundo del Proyecto de Constitución -del que formaban parte todos los derechos fundamentales que actualmente están recogidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero-, aparecía encabezado con el único título de: "Las libertades públicas"¹⁹.

En caso de inclinarse por una interpretación restrictiva del término, el art. 13.1 CE plantearía un importante problema hermenéutico: o bien los extranjeros gozan, *ex constitutione*, de las libertades públicas, pero no del resto de derechos fundamentales, lo que llevaría al absurdo de que cuando se predicasen de los extranjeros derechos como la vida, el honor o la tutela judicial efectiva, no gozarían de las garantías constitucionalmente previstas, garantías que sí operarían para proteger una libertad pública como el derecho de asociación. O bien la Constitución hace nacer a favor de los extranjeros solamente derechos fundamentales, siendo las leyes y los tratados quienes extenderían, en su caso, el goce de las libertades públicas. Pero tanto en uno como en otro supuesto nos encontramos con la dificultad que plantea el encontrar un criterio adecuado para trazar la línea divisoria que distingue las libertades públicas del resto de derechos fundamentales.

En suma, la falta de tradición histórica en España en lo que a la utilización de esta expresión se refiere, así como la falta de unanimidad doctrinal a la hora de establecer los criterios de delimitación de este concepto, el uso confuso que el propio texto constitucional hace del mismo, y la dificultad de llevar a cabo una construcción dogmática, nos inclinan a pensar que una interpretación restrictiva del término libertades públicas cuenta con más inconvenientes que ventajas. Por

19. No obstante, a lo largo de los debates parlamentarios hubo diversos intentos de concretar el significado de tan controvertido término. Así, por ejemplo, el diputado Manuel Fraga consideró necesario aclarar, siguiendo a Jellinek, la existencia de tres niveles de libertades: "Uno es el status negatorio, es decir, cuando se prohíbe al Estado hacer ciertas cosas, o privarme a mí de mi libertad o de mi propiedad. Otro el status de petición positiva, cuando el Estado se obliga a darnos una Seguridad Social u otro tipo de prestaciones. Y, finalmente, coronando esto, el *status activae civitatis*, el status de participación activa, que es justamente donde aparece la ciudadanía y los derechos políticos", (*Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 17 de mayo de 1978, núm. 68, págs. 2.415-2.416). Por su parte, Virgilio Zapatero sostuvo que "los derechos políticos no son más que una parte de las libertades públicas (...). Y decimos que nada más porque pudiera utilizarse la argumentación, dado el indudable trasfondo político que tiene toda libertad pública, para excluir a los extranjeros del ejercicio de las libertades públicas que el capítulo siguiente reconoce a todos y no solamente a los españoles" (*Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 105, 6 de julio de 1978, págs. 3.928-3.929)

el contrario, siendo extensibles a las libertades públicas todas las notas que caracterizan a los derechos fundamentales: su directa vinculación, la existencia de un contenido esencial indisponible frente al legislador (art. 53.2 CE), la reserva de ley orgánica para su desarrollo (art. 81.1 CE), etc, notas que las convierten en elementos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, no tenemos más alternativa que optar por una interpretación amplia de esta expresión.

Llegados a este punto, creemos haber aportado algunos argumentos para avallar la necesidad de unificar la terminología utilizada a lo largo del Título primero de la Constitución, sustituyendo la expresión libertades públicas por la de derechos fundamentales.

De éstos hay que excluir como no problemáticos los "derechos" del Capítulo III, dada su naturaleza, pues de acuerdo con lo dispuesto en el art. 53.3 CE no cabe hablar en estos casos, con rigor, de derechos fundamentales, de suerte que aquí la libertad de constitución del legislador o del Estado a través de los acuerdos internacionales es prácticamente absoluta con el único límite, mínimo en extremo, de no vaciar absolutamente la formulación constitucional. En cualquier caso, estos derechos nacerán siempre del tratado o de la ley.

Con respecto a los derechos fundamentales recogidos en el Capítulo II, ya hemos dicho anteriormente que, una vez excluidos los derechos recogidos en el art. 23 CE -con las salvedades que el art. 13.2 indica-, de una interpretación sistemática del Título I, de acuerdo con los valores y principios constitucionales y con los tratados internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE, podemos deducir una serie de derechos fundamentales que nacen de la Constitución en favor de los extranjeros, mientras que otros podrán ser extendidos a los no nacionales de acuerdo con lo que dispongan los tratados y las leyes, tal y como prevé el art. 13.1 CE.

En resumen, puesto que el término introduce muchos problemas y ninguna ventaja, y puesto que el régimen de derechos fundamentales de los extranjeros hay que deducirlo de todos y cada uno de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos a lo largo del Título primero, desde estas líneas se pretende sugerir -al hilo del estudio de una hipotética reforma constitucional- una depuración de aquellos vocablos que, utilizados en nuestro Texto Constitucional, han provocado por su imprecisión y ambigüedad, problemas de interpretación con repercusiones de hondo calado, tal y como creemos haber expuesto a lo largo de estas breves líneas.