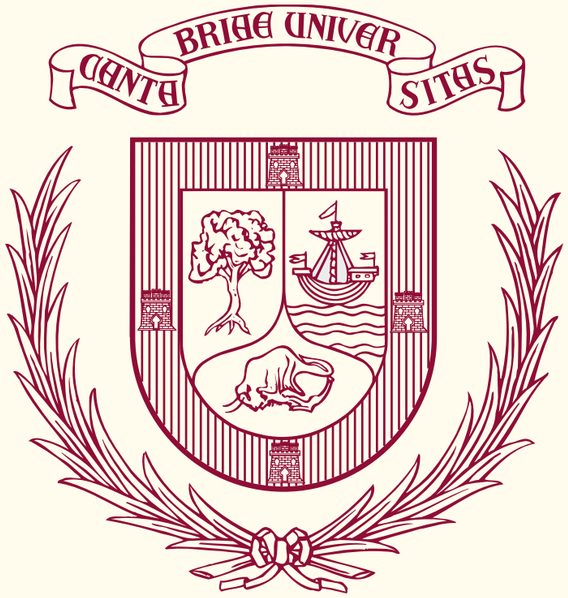
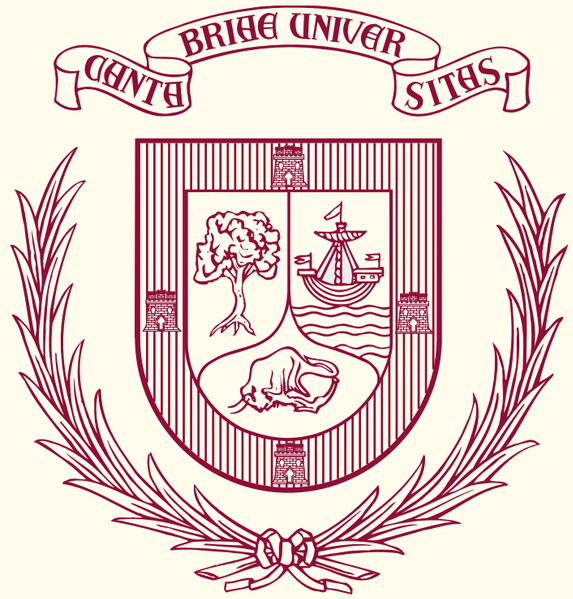
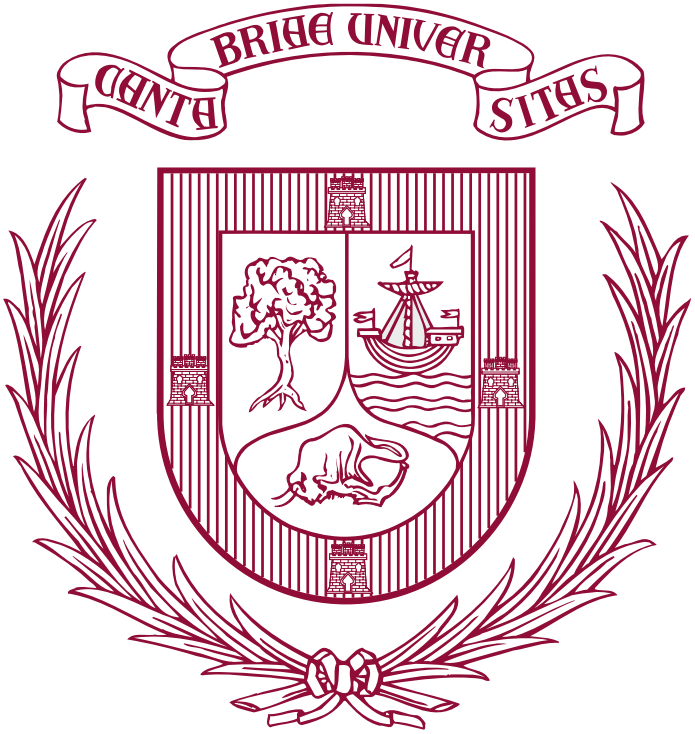

CANTA BRIGE UNIVER SITAS



IMPRESO Y ENCUADERNADO EN TRATAMIENTO GRÁFICO DEL DOCUMENTO
EDIF. INTERFACULTATIVO, FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y DERECHO
AVDA. DE LOS CASTROS S/N - 39005 SANTANDER
tgd@edicionesTGD.com - TLF: 942 201 108 / 942 201 608



LA VINCULACIÓN DE LOS PARTICULARES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

TOMO I

Universidad de Cantabria
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

Tesis doctoral

La vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales

Antonio Villacorta Caño-Vega

Dirigida por:
Prof. Dr. Vicente Gozalo López
Prof. Dr. Luis-Quintín Villacorta Mancebo

Santander (Cantabria), 2017

ÍNDICE DEL Vol. I

Introducción

Planteamiento general, Especial trascendencia, y Delimitación del tema objeto de investigación. 1

Introducción.

Planteamiento general, Especial trascendencia, y Delimitación del tema objeto de investigación. 3

A) Planteamiento general de la cuestión. 3

B) Importancia del tema sobre el que se va a desarrollar la investigación. 29

C) Delimitación en sentido más estricto de la problemática objeto de análisis. 41

CAPÍTULO PRIMERO

Enmarcamiento evolutivo histórico–funcional, de los Derechos Fundamentales.....59

CAPÍTULO PRIMERO

Enmarcamiento evolutivo histórico–funcional, de los Derechos Fundamentales.....61

1.1.Planteamiento.....61

1.2. La emersión y funcionalidad de los Derechos Fundamentales durante el Estado Liberal.....65

1.2.1. Ideas previas. 65

1.2.2. La incorporación de los Derechos individuales por las primeras Declaraciones liberales de Derechos.....66

1.2.2.1. Las Declaraciones anglosajonas de Derechos. 66

1.2.2.1.1. El proceso inglés de reconocimiento de los Derechos. 66

1.2.2.1.2. Las Declaraciones norteamericanas de Derechos. 74

1.2.2.2. Las Declaraciones europeas; por todas, la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789. 92

1.2.2.2.1. La Declaración de 1789 y su concepción acerca del carácter preestatal de los Derechos naturales y universales del Hombre. 92

1.2.2.2.2. El "legicentrismo" evidenciado por la Declaración y sus repercusiones más notorias. 106

1.2.3. El surgimiento de los movimientos constitucionalistas, y la incorporación por los textos normativos de los Derechos individuales llevada a cabo. 117

1.2.4. La consolidación de los Derechos Fundamentales en el Estado Liberal, como pretensiones dirigidas hacia el Estado. 122

1.2.4.1. La inicial y breve excepción de la multi–direccionalidad de los Derechos individuales. 122

1.2.4.2. La concepción unidireccional de los Derechos hacia los poderes públicos, finalmente consolidada durante la vigencia del Estado Liberal. 129

1.2.5. Los Derechos individuales liberales, concebidos a modo de Derechos de defensa del espacio individual de libertad. 133

1.2.6. La etapa del surgimiento y desarrollo de los derechos públicos subjetivos. 137

1.2.6.1. Planteamiento inicial y objeto de la construcción teórica decimonónica; pincelada. 137

1.2.6.2. La construcción doctrinal de la tesis. 145

1.2.6.2.1. El punto de arranque desde el postulado del poder de dominación estatal. 145

1.2.6.2.2. La continuación teórica: el poder de mando estatal concebido como poder de sanción. 153

1.2.7. La rígida separación Estado–Sociedad: la autonomía privada como principal fuente social de Derecho. 168

1.2.8. La regulación de las relaciones jurídico–privadas por medio de los Códigos civiles: la primacía de estos y del Derecho Privado frente a las Constituciones. 172

1.3. Los Derechos Fundamentales y sus nuevas funciones, a partir del inicio de la etapa histórica correspondiente al Estado Social y Democrático. 180

1.3.1. El Estado Liberal de Derecho entra en crisis definitiva: principales causas de la misma. 180

1.3.2. Hacia una nueva fuente de legitimidad del poder y de los Derechos: expresada a través de la máxima síntesis a lograr. 185

1.3.3. El desenlace final de la crisis del Estado Liberal: la vía de transformación en Estado Democrático y Social. 194

1.3.3.1. El nuevo modelo de relación Estado–Sociedad: coimplicación entre ambos. 194

1.3.3.2. Repercusiones para la libertad social organizada. 207

1.3.3.2.1. Ampliación de funciones, y ámbito del principio de libertad social. 207

1.3.3.2.2. La integración comunitaria de la persona, como consecuencia del nuevo modelo de organización política. 214

1.3.4. La forma de abordar la cuestión de los Derechos Fundamentales por las constituciones del Estado Social y Democrático. 219

1.3.5. Constitución del Estado Social, y rasgos básicos de la legislación concretizante de desarrollo. 229

1.3.6. Transformaciones esenciales afectantes a los Derechos Fundamentales con la llegada del tipo histórico Estado–Social... 236

1.3.6.1. La garantía de la libertad material, y formal, en particular al servicio del libre desarrollo de la personalidad: a tal fin asimismo, el Derecho Público (Constitucional) adquiere la primacía. 236

1.3.6.2. El Estado Social y la irreversibilidad de las conquistas sociales adquiridas: algunas referencias asimismo a la "jurisprudencia constitucional dictada durante la crisis"..... 245

1.3.6.3. Mantenimiento y superación del postulado de origen liberal de los Derechos Fundamentales, comprendidos ahora como derechos de defensa y como derechos de prestación..... 288

1.3.6.4. La transformación de la relación individuo–Estado: a modo de corolario, la libertad por el Estado..... 292

1.3.7. El sistema de Derechos Fundamentales propio del constitucionalismo social: elementos esenciales a modo de provisional recapitulación..... 294

1.3.8. Los Derechos Fundamentales en el contexto de la acusada interrelación Sociedad–Estado: los riesgos para los mismos. 299

1.3.9. Las consecuencias: una especie de paso franco en favor de la Drittwirkung der Grundrechte, por la propia naturaleza evolutiva de las cosas. 301

1.3.9.1. El llamamiento a Estado y Sociedad, en orden a contribuir al logro de la eficacia intersubjetiva de los Derechos Fundamentales. 301

1.3.9.2. El carácter indisponible adquirido por la Drittwirkung, desde la teoría de los Derechos Fundamentales del Estado Social. 303

CAPÍTULO SEGUNDO.

Perspectivas acerca del estado actual de la cuestión. 309

CAPÍTULO SEGUNDO.

Perspectivas acerca del estado actual de la cuestión. 311

2.1. Cuestiones terminológicas. 311

2.1.1. Drittwirkung der Grundrechte u Horizontalwirkung.....331

2.1.2. Otras denominaciones empleadas. 313

2.2. Vigencia, validez, eficacia, aplicabilidad, vinculación de la norma jurídica iusfundamental, en las relaciones intersubjetivas. 316

2.3. Relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares, relaciones jurídicas establecidas entre ciudadanos, relaciones jurídicas privadas, relaciones jurídicas interprivadas, relaciones jurídicas inter privatos, relaciones jurídicas de Derecho privado, relaciones inter individuales, relaciones intersubjetivas, relaciones jurídicas en el orden jurídico–civil. 326

2.4. Unidireccionalidad y bidireccionalidad de los Derechos Fundamentales.....326

2.5. Cuestiones materiales y cuestiones procesales. 327

2.5.1. Ideas previas. 327

2.5.2. La cuestión sustantiva en el ordenamiento positivo español. 328

2.5.2.1. Naturaleza de la cuestión. 328

2.5.2.2. Los enunciados de Derecho Constitucional positivo dan más razones que quitan, desde una concretización propia del Estado Social, en favor del reconocimiento de la Drittwirkung der Grundrechte. 331

2.5.3. La dificultad añadida al esclarecimiento del modelo español, a lo que contribuye el empeño por mantener la regulación procesal establecida en la LOTC de 1979. 345

2.5.3.1. Aproximación a la problemática procesal jurídico-positiva. 345

2.5.3.2. Una regulación a contrario del espíritu constitucional. 349

2.5.3.3. La forma de superación de la problemática procesal por la jurisprudencia constitucional más detenidamente considerada. 352

2.5.3.3.1. Articulación expansiva más específicamente de la fórmula jurídica superadora. . 352

2.5.3.3.2. Algunos pronunciamientos concretos adicionales de la jurisdicción constitucional española. 359

2.5.3.3.3. Recapitulación: reconocimiento por la jurisprudencia constitucional de las vulneraciones de Derechos Fundamentales por actos de los particulares frente Derechos de otros sujetos privados. 391

2.5.3.3.4. La toma de posición del Tribunal Constitucional acerca del conocimiento de los hechos y revisión de las pruebas. 393

2.5.3.4. Algunas valoraciones doctrinales de la solución alcanzada por la jurisprudencia constitucional ante el dilema procesal. 397

2.5.3.5. La determinante influencia de la jurisprudencia constitucional alemana, como telón de fondo de la "solución procesal española" adoptada. 401

2.6. La constitucionalización del ordenamiento jurídico en el Estado Social y Democrático de Derecho. 406

2.6.1. Los tipos esenciales de constituciones democrático-sociales. 406

2.6.1.1. La teoría de la Constitución–marco. 406

2.6.1.1.1. Idea acerca de la Constitución marco. 406

2.6.1.1.2. ¿Incompatibilidad–compatibilidad con la teoría de los principios–norma? 406

2.6.1.2. La teoría de la Constitución–fundamento. 415

2.6.1.3. Dos variantes difíciles de encuadrar a reseñar, por la relevancia adquirida. 423

2.6.2. Constitucionalización propiamente dicha del ordenamiento jurídico. 431

2.6.2.1. Sentido lato de la constitucionalización. 431

2.6.2.2. Las dos formas más relevantes de constitucionalización. 434

2.6.2.2.1. Las reformas legislativas. 434

2.6.2.2.2. El efecto irradiación del Derecho Constitucional. 435

2.6.2.2.3. Constitucionalización del ordenamiento y doble carácter de los Derechos Fundamentales. 447

2.6.2.2.4. Constitucionalización del Derecho y principio de supremacía de la Constitución. 450

2.6.2.2.5. Constitucionalización del Derecho y unificación material del ordenamiento jurídico. 475

2.7. Perspectivas constitucionales actuales y su afectación a los Derechos Fundamentales. 487

2.7.1. Estado nacional y realidad globalizada: conjeturas..... 487

2.7.2. Referencia a algunas transformaciones relevantes que ya apuntan, a consecuencia de las mutaciones sufridas por las estructuras jurídico-constitucionales. 503

2.7.2.1. La cada vez más problemática distinción Derecho-público–Derecho-privado. 503

2.7.2.2. El fenómeno de la ¿relativa? Desconstitucionalización, y su repercusión en los Derechos Fundamentales. 511

2.7.2.2.1. El diagnóstico de lo que acontece. 511

2.7.2.2.2. Una propuesta de alternativa: hacia la reflexibilidad de lo constitucional. 520

2.7.2.2.3. Otro novedoso paso hacia la eventual solución: por una renovada eticitación normativa.... 524

2.7.2.3. Los poderes privados de dominio y el surgimiento de una especie de nueva pluralidad de producción jurídica: efectos sobre los Derechos Fundamentales. 531

CAPÍTULO TERCERO.

Teorías de la construcción acerca del efecto desplegado por los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares: introducción y tesis negacionistas. 555

CAPÍTULO TERCERO.

Teorías de la construcción acerca del efecto desplegado por los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares: introducción y tesis negacionistas. 557

3.1. Planteamiento inicial. 557

3.2. Con todo: concepciones que niegan la eficacia de los Derechos Fundamentales para los supuestos de relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares.....560

3.2.1. Teorías contrarias a la eficacia jurídica entre particulares de los Derechos Fundamentales. 560

3.2.1.1. Ideas previas. 560

3.2.1.2. Las primeras construcciones de oposición a la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas entre particulares: en especial, la posición de Ernst Forsthoff y sus pronósticos errados. 563

3.2.1.3. La postura negacionista en la panorámica de nuestra doctrina científica: algunas manifestaciones de relieve. 573

3.2.1.4. Una polémica postura ecléctico–negacionista: el apellidado desde la misma, golpe de estado metodológico de la sentencia Lüth.....577

3.2.2. De la premisa negacionista a la aceptación excepcional de la eficacia inter privatos de los Derechos Fundamentales: la construcción de la teoría de la State Action norteamericana.....586

3.2.2.1. La doctrina de la State Action norteamericana en sus rasgos esenciales. 586

3.2.2.2. Expansión y repliegue de la doctrina de la State Action. 593

3.2.2.3. La matización introducida mediante las Public function cases o Public function exception (theory)..... 596

3.2.2.4. En particular: la participación estatal en actividades privadas..... 603

3.2.2.5. Crítica y propuestas de reforma de la doctrina de la State Action..... 609

Introducción

Planteamiento general, Especial trascendencia, y Delimitación del tema objeto de investigación

Introducción.

Planteamiento general, Especial trascendencia, y Delimitación del tema objeto de investigación.

A) Planteamiento general de la cuestión.

Al menos desde la perspectiva de carácter vertical, la eficacia de los Derechos Fundamentales aparece actualmente incontrovertida, pero durante los últimos decenios se ha consolidado la "certidumbre" jurídica –con actualmente muy escasas sombras– acerca de que las garantías iusfundamentales iban a resultar siempre parciales e incompletas, de no alcanzar, mediante alguna modalidad, a proteger las vulneraciones producidas a causa de acciones imputables a sujetos jurídico–privados, así como las provenientes de los poderes públicos cuando desarrollan, por su parte, su actuación conforme a las normas y formas de Derecho Privado[1]. Modalidades estas últimas, que generan siempre goznes aún más problemáticos a la hora de imponer determinadas restricciones, también en sí mismas de naturaleza jurídica; de genuino carácter iusfundamental. Con el añadido, a mayor abundamiento, de que también en las postreras épocas se han incrementado de forma muy notable las organizaciones híbridas público–privadas (o sencillamente privadas) que

[1] Por todos, vamos a citar como postulante de esta idea al menos de mínimos, bastante más desarrollada, a un opositor abierto de la eficacia inmediata, y firme defensor de la autonomía privada, como es, por ejemplo, Ulrich AMELUNG, *Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht: Schadenersatz und Gewinnabschöpfung bei Verletzung des Rechts auf Selbstbestimmung über personen bezogene Informationen im deuschen, englischen und amerikanischen Recht,* Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 97 y ss, o 152 y ss.

ejercen funciones públicas, a las cuales se traslada confiadamente la realización de tareas centrales para el bienestar social.

A tal respecto, surge el interrogante acerca de qué características ha de reunir una corporación para ser apreciada de carácter público, y cuál, por el contrario, debe ser tratada a modo de sujeto privado. E íntegramente, desde luego, en lo que ahora interesa, con la deseable finalidad de diagnosticar, al propio tiempo, la modalidad e intensidad de su correspondiente vinculación a los Derechos Fundamentales[2], porque lo que en realidad no necesita justificación es su vinculación atendiendo a razones de justicia y utilidad[3]; por no aludir a las redes transnacionales de "reglamentación".

---

[2] Aunque no podemos detenernos, da la cara entonces el interrogante de saber cuál es, ciertamente, el régimen jurídico vigente para las empresas públicas o entidades privadas que ejercen funciones de naturaleza pública, por ejemplo, las concesionarias de servicios públicos, una vez que el Estado, procurando una mayor flexibilidad para su actuación (eso dicen los teóricos del "organicismo" posmoderno), prefiere las fórmulas de Derecho Privado, lo que ha resultado muy socorrido en el sector de la actividad de prestación. Mismamente, cada vez en superior medida, el Estado trasfiere a los particulares el ejercicio de funciones que eran tradicionalmente competencia suya. El hecho de considerar que las corporaciones privadas vinculadas a los Derechos Fundamentales no quita autonomía a la cuestión, en la medida de si la alineación de esas entidades al *orden material–objetivo de valores supremo del orden jurídico*, debe ser entendida de modo diverso a la de los consorcios públicos, interrogante que se plantea Thorsten KINGREEN con relación a la Unión Europea**,** en su cuidada investigación, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999. Con fechar bastante anterior, y fundamento, claro, en fuentes, cualquier investigación rigurosa sobre esta cuestión, puede partir de "cabos sueltos" vertidos sobre la materia por Friedrich MÜLLER, *Korporation und Assoziation: Eine Problemgeschichte der Vereinigungsfreiheit im deutschen Vormärz.* Duncker & Humblot, Berlin, 1965; y de forma más concentrada, las consideraciones también adelantadas en el tiempo de Peter BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1966, especialmente pp. 23 y ss.

[3] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2010, p. 224; también, entre otros muchos, Eugênio FACCHINI NETO, "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado", en *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, pp. 65 y ss. En cuanto a José Joaquím GOMES CANOTILHO, mantiene la necesidad de tratar de evitar que la Administración consiga evadirse arbitrariamente de una vinculación efectiva por los Derechos Fundamentales, acudiendo a realizar parte de su actuación por medio de figuras jurídicas sometidas al régimen de Derecho Privado. El modo de resolver qué corporaciones, por su naturaleza o función, han de ser sujetos pasivos de los Derechos Fundamentales, viene obligado a regirse por el criterio de la

Vistas las cosas de esta manera, determinar cómo y en qué medida o con qué alcance, esto es, mediante qué forma e intensidad los sujetos privados (individuos, grupos, corporaciones…) obran vinculados a los Derechos Fundamentales, instituye una exigencia colocada en primer plano teórico, y alcanza grados de inflexión práctica radicalmente superiores conforme avanza el tiempo. Máxime, en un entorno social e institucional histórico–concreto, cual es el contemporáneo, caracterizado por un desarrollo tecnológico cada vez más complejo, intenso y rápido en el cambio, y teniendo en cuenta la experiencia, ya que la problemática de la *Drittwirkung* viene a coincidir con el contenido de la ampliación del ámbito de eficacia de las normas iusfundamentales; Derechos que, conviene dejar consignado, actúan cada vez en superior medida –tal como demuestra la evolución fáctica– como modos de defensa frente a cualquier opresión[4].

presencia, en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, de entes que desarrollen competencias o dispongan de prerrogativas (atribuciones) de autoridad. En este sentido, de igual modo que las personas colectivas públicas, particularmente el Estado, se hallan vinculadas a los Derechos Fundamentales, con independencia de que empleen maneras de actuación de carácter privado, tienen la estima de públicas, a efectos de su sometimiento a los propios enunciados iusfundamentales, las personas colectivas de Derecho Privado –de creación pública, privada o mixta– en aquellos supuestos en los cuales, en sus nexos con los sujetos privados, hagan ejercicio de poderes públicos o atribuciones de autoridad. De este modo, reciben la consideración de corporaciones públicas, a propósito de su sujeción a los Derechos Fundamentales, las personas colectivas de Derecho Privado, sin importar el sujeto que las cree, en las hipótesis en que ejerciten poderes públicos de autoridad en su relación con los particulares. En todo caso, este principio no supone la eliminación del concepto de entidades públicas de las personas colectivas públicas o de las personas colectivas privadas que adoptan forma pública, tales como sociedades comerciales de capitales exclusiva o predominantemente públicos, fundaciones y asociaciones de Derecho Privado pertenecientes a entidades públicas, que no dispongan de esos poderes, etc., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2007, pp. 442 y ss.

[4] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", en *A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, p. 133.

Por añadidura, concernientes a nuestro Estado constituido hay un calificado "sistema de valores y principios de alcance universal", asumidos necesariamente "como decisión constitucional básica", y que "han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico"[5]. Un postulado que conviene tenerlo siempre presente en el Estado Democrático para todo tipo de concretización jurídica, durante cuyo proceso, la Constitución, especialmente el orden fundamental objetivo de valores supremos, recogido a través de los Derechos Fundamentales, constituye la "línea recta" y el impulso necesario a fin de la actuación de todos los poderes estatales; además, naturalmente, dota de legitimidad a su actuación conforme resulta meridianamente claro[6].

En efecto, de una parte, nos hallamos ante la permanente aparición de los más actuales e innovadores títulos iusfundamentales, cuyo siempre complejo fondo se proyecta hacia múltiples trayectorias. De otro lado, el contenido connatural del ámbito protector correspondiente a la titularidad de los ya existentes se amplía continuadamente, evidenciando la verosimilitud de la implantación de los Derechos Fundamentales en insólitos e insospechados ámbitos, especialmente *per relationem* el sector económico y social, en los que asimismo se observa que, asimismo, pueden resultar plenamente efectivos, así como exponenciales condicionantes de las posiciones individuales. Pero siempre, obvio es, resultando su acción tutelable de modo diferente que allí donde incide el poder estatal, al menos por el momento, por lo que su aplicación en el ámbito privado reviste una serie de especificidades[7]. Y todo lo expresado

[5] Así, la temprana STC 21/1981, de 15 de junio, y jurisprudencia posteriormente reiterada, como, por ejemplo, la STC 97/1984, de 19 de octubre.

[6] En opinión del exmagistrado del *Bundesverfassungsgericht,* Prof. Dr. Brunn–Otto BRYDE, "Programatik und Normativität der Grundrechte", en *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band. I, *Entwicklung und Grundlagen*, edición de Detlef Merten / Hans–Jürgen Papier, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, p. 693.

hasta ahora, en concordancia con esa ininterrumpida expansión y multifuncionalización de las características actuales (entre otras) de los Derechos Fundamentales que, como se ha resaltado, adquieren en el presente perspectiva universal[8].

La historia del constitucionalismo es, en puridad, la historia de la sistemática expansión de la "esfera de los derechos"[9], toda vez su consideración en perspectiva diacrónica nos enseña que los Derechos Fundamentales, como bien ha apostillado Erhard DENNINGER, distan de ser la expresión o la consecuencia de una sistemática producción normativa de "carácter racional y abstracto", consistiendo, por el contrario, en más o menos pragmáticas soluciones "histórico-concretas a aquellas experiencias más insoportables de limitación y riesgo para la libertad"[10]. Del mismo modo, es preciso tener en cuenta que los Derechos

[7] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição…. op. cit.*, p. 1154.

[8] Robert ALEXY caracteriza esta expansión de los Derechos Fundamentales a través de tres rasgos "íntimamente ligados", como son: "Primero, los derechos constitucionales han alcanzado una influencia que va más allá de la relación entre el ciudadano y el estado. Han adquirido un efecto irradiación sobre el entero sistema jurídico. El resultado es la ubicuidad de los derechos constitucionales. Segundo, los derechos constitucionales han sido vinculados de manera intrínseca al principio de proporcionalidad. La aplicabilidad de este principio presupone que los derechos constitucionales tienen la estructura de principios o mandatos de optimización. Debido a esta estructura, la ubicuidad se combina con la optimización. Tercero, el contenido de los derechos constitucionales se ha expandido más allá y por encima del de los derechos liberales clásicos. El objeto de los derechos liberales clásicos consiste solo en la acción negativa u omisión estatal. A ello se han sumado los derechos a la acción positiva del Estado. De esta forma, los derechos de defensa tradicionales (*Abwehrechte*) se han visto complementados por derechos de prestación (*Leitungsrechte*)", "Sobre los Derechos constitucionales a prestación", en *Derechos sociales y ponderación*, ed., de Robert Alexy, 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 46-47. Y clásico para la historia del constitucionalismo como la historia de la progresiva ampliación, extensión y refuerzo de los Derechos Fundamentales, Norberto BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991. Para la multifuncionalidad de los Derechos Fundamentales, puede verse Ingo Wolfgang SARLET, *A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, pp. 155 y ss.

[9] Luigi FERRAJOLI, "Sobre los Derechos fundamentales", en *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, edición de Miguel Carbonell, Madrid, 2007, p. 73.

Fundamentales disponen de fuerza expansiva, por su propia naturaleza, conforme destaca nuestro Tribunal Constitucional[11], derivada del hecho de encarnar el orden fundamental objetivo de valores sobre el que se basa la cimentación jurídica de la política comunidad pluralista en su conjunto[12]; de manera que la totalidad del proceso de producción y "aplicación del derecho ha de estar inspirado por ellos", y, en consecuencia, debido a esta preeminencia de los mismos propia del Estado constitucional contemporáneo, constituyen la parte "más sustantiva del texto constitucional"[13].

Esto es, los Derechos Fundamentales, seguramente por el hecho de incorporar la "moral pública de la modernidad, que ya no flota al interior de sus fronteras, exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia sobre el conjunto del sistema"; de tal modo que, actualmente, no despliegan eficacia de modo exclusivo en esferas públicas definidas de relación "entre el individuo y el poder, sino que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas", y, por consecuencia, puede perfectamente afirmarse la inexistencia de "un problema medianamente serio", carente de réplica, "o, cuando menos, de orientación de sentido, en la Constitución y en sus Derechos"[14].

---

[10] Erhard DENNINGER, citado por Antonio–Enrique Pérez Luño, "Derechos Humanos y Constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?", en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio–Enrique Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 40.

[11] A la fuerza expansiva de los Derechos Fundamentales hace referencia, entre otras, la STC 51/1989, de 22 de febrero.

[12] El pluralismo en cuanto valor fundamental superior del ordenamiento español (artículo 1.1 de la C.E.), y requisito de naturaleza funcional de nuestro Estado Democrático, es resaltado por el Tribunal Constitucional español desde la pronta STC 12/1982, de 31 de marzo.

[13] Luis María DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4ª ed., Thomson Reuters-Cívitas, Madrid, 2013, pp. 98-99.

[14] Luis PRIETO SANCHÍS, "El constitucionalismo de los Derechos", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007, p. 216.

Sin perjuicio de lo ya sugerido, al aspirar a llevar a cabo la protección de los Derechos Fundamentales extensible a todas sus manifestaciones, y congruentemente con esas menciones formuladas hasta el momento *ut supra*, nos encontramos ante una situación, en cuyo contexto, las formas más reveladoras de vulneración de los Derechos Fundamentales, son consecuencia de la actuación no solo de los poderes públicos, sino también –y quizá incluso en superior medida– de la desarrollada por estratos particulares de sujetos hallados en disposición de medios de poder social hasta hace poco impensables. Y, paradójicamente, el proceso de acumulación de gran poder social insinuado, para la inmensa mayoría de los casos, solo pudo producirse a través del cauce del propio Estado, lo que ha contribuido al paulatino y consecuente debilitamiento de este[15]. Si los Derechos Fundamentales han ido conformando, efectivamente, la esencial finalidad protectora de las garantías de libertad de los individuos, frente a la acumulación de temor ante los más difíciles trances "que la han amenazado en cada momento histórico", probablemente, los "mayores peligros que hoy se ciernen sobre la libertad en las sociedades occidentales ya no provienen de los poderes públicos ni de la <<naturaleza>>, sino de sujetos privados, de organizaciones cuyo poder, en ocasiones, supera en intensidad y en extensión al de la mayoría de los Estados"[16]. Por ello, tomarse los Derechos Fundamentales con seriedad, como "normas materiales jerárquicamente supremas del ordenamiento, una vez aparecida la cuestión social no pueden ya agotarse en mantener a distancia al Estado sino que han de extender su protección a los presupuestos materiales del

[15] Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Reinventar la democracia. Reinventar el estado*, Sequitur, Madrid, 1999, p. 17. En los mismos términos Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, "Apuntes para un estudio comparado de la garantía constitucional del amparo en España y en Bolivia", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 15, 2011, p. 227.

[16] Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 30-31.

ejercicio de la libertad y los peligros que amenazan a esta desde la sociedad misma"[17].

Cabe así constatar de antemano, que la problemática de la eficacia de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas desenvueltas entre particulares, dentro de las muy diversas esferas de la vida social, conforma hogaño uno de los contenidos jurídico–constitucionales más enrevesados y controvertidos, en el que están imbricadas "cuestiones (…) fundamentales y variadas"[18], comprendidas dentro del más amplio contexto, delicado y siempre complejo en grado superlativo, propio de la dogmática general de los Derechos Fundamentales.

Y es que, conforme bien sabemos, los Derechos Fundamentales brotan y fueron positivizados, en términos generales, por medio de las Declaraciones de Derechos para la práctica totalidad de las constituciones de los variados ordenamientos jurídicos liberales, con la pretensión básica de garantizar la libertad individual, la propiedad y la autonomía de los ciudadanos frente a las injerencias potencialmente abusivas resultantes de la conducta de los órganos estatales en el ejercicio de su poder. Sin embargo, el constitucionalismo liberal, germinado para la protección solo de los Derechos de libertad, fue estructurado únicamente como un sistema de amojonamiento ante el temor al poder del Estado, pero "no frente a los poderes económicos y privados que el pensamiento liberal ha confundido con los derechos de

[17] Dieter GRIMM, *Sobre la identidad del Derecho Público*, Fundación coloquio jurídico europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 164. Sostiene el autor que los ámbitos de libertad individual solamente si están protegidos, además de frente a los poderes públicos, contra las amenazas de los poderes sociales de dominio, lograrán disponer de los fundamentos materiales suficientes, de modo que se permita al individuo hacer uso real de su libertad, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, pp. 159 y ss.

[18] Pedro CRUZ VILLALÓN, "Derechos fundamentales y Derecho privado", en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, edición del autor, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 218.

libertad" [19] . De cualquier modo, bien se ha precisado que, el establecimiento constitucional de los Derechos y Libertades de los ciudadanos, recibe solo una comprensión parcial, al venir a representar, única y crudamente, la inmediata protección del aislado individuo frente al poder estatal, pues, desde el correcto entendimiento, "esa consagración, en el fondo, significa también la defensa de la Sociedad en su conjunto, la defensa frente al Estado"[20], y es expresión del momento resolutivo propio de la tensión dialéctica entre autoridad y libertad caracterizadora de aquel tiempo histórico[21].

En la moldura de las coordenadas esbozadas y para esa fase de desarrollo embrionario, el cometido clásico a satisfacer por los Derechos y Libertades Fundamentales[22], estribaba en la protección de los individuos frente a las agresiones dirigidas hacia ellos, en antagonismo con su libertad inalienable, acometidas por la autoría de los poderes estatales, lo que dio lugar, claro está, al establecimiento de un tipo de Estado caracterizado como "vigilante nocturno". A saber, un tipo de Estado, en cuanto forma de organización limitada, dedicado con carácter exclusivo a la intervención estrictamente necesaria para la defensa de las pretensiones de libertad y seguridad ante los diversos riesgos internos y externos, amenazadores del individuo. Se produce la paradoja de que, justamente, el mismo poder del Estado, para cuya limitación "surgen los derechos fundamentales, es, a la postre, el único poder que puede

[19] Luigi FERRAJOLI, "Sobre los Derechos fundamentales…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 73.

[20] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos, liberdades e garantías no âmbito das relações entre particulares", en *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 242, nota núm. 5.

[21] Clásico, en este sentido, Pelegrino ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, Tomo II, Guillaumin & Cie, Paris, 1866, especialmente pp. 63 y ss.

[22] Así denominada entre otros muchos por Bernhard SCHLINK, al que citamos por todos dada su pertinaz insistencia en la conveniencia del empleo del término, "Freiheit durch Eingriffabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion", en *Europäische Grundrechte–Zeitschrift*, 1984, pp. 457 y ss.

proteger eficazmente tales derechos"[23]. En todo caso, la razón del reconocimiento de los Derechos de libertad, no está en la abstención o autolimitación del Estado, sino, más bien, hace referencia a la valoración positiva puesta de manifiesto por Alessandro PACE, de la cual es acreedor el interés individual cara al ejercicio de todas aquellas facultades constitutivas del contenido de los mismos; de ahí la eficacia general y absoluta poseída por los Derechos Fundamentales, "siempre que su estructura lo permita, y que puedan reaccionar sus titulares contra cualquier interferencia ilícita"[24].

Conforme este orden de cosas, y de la mano de lo especificado en muy diversas oportunidades por la doctrina científica, la Constitución en sentido normativo es un producto que encuentra su origen en los procesos revolucionarios burgueses de los momentos postreros del siglo XVIII, los cuales, una vez aniquilado el autoritario poder estatal monárquico, tradicional y autolegitimado, se hallan ante la tarea de constituir un nuevo poder y dotarle de legitimidad. Tenían la firme creencia por sus autores, podemos claramente inferirlo, de estar estableciendo al efecto las supeditaciones indispensables, tendentes a lograr el armónico reequilibrio de las relaciones bilaterales entre el ciudadano y el poder político, que, a causa de su misma esencia, tenían entonces y siguen teniendo hoy, naturaleza inevitablemente asimétrica.

Por lo tanto, la reconocida ausencia de equilibrio conduce a situaciones de virtual sujeción, posibilitando a la parte que por motivos de diversa índole se localiza en un posicionamiento de poder de dominio, condicionar e influenciar la determinación adoptada por la parte más expuesta a la vulnerabilidad de sus Derechos, toda vez carece esta de

[23] Erhard DENNINGER, citado por Antonio–Enrique Pérez Luño, "Derechos Humanos y Constitucionalismo….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 41.

[24] Alessandro PACE, "Corte Costituzionale e altri giudici: un diverso garantismo?", en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, edición de Paolo Barile / Enzo Cheli / Stefano Grassi, Il Mulino Società Editrice, Bologna, 1982, pp. 231 y ss.

alternativa distinta a la de aceptar las condiciones que le vienen impuestas de forma unilateral. Ello da origen a un poder de naturaleza privada en lo concerniente a sus fuentes y a los sujetos afectados, pero cuyo acto de ejercicio es llevado a cabo por medio de "aquellas formas de dominio y de autoridad sustancialmente similares a las categorías administrativas, en sentido lato, que son propias de los poderes de derecho público"; con lo cual, a diferencia de los actos de mera autonomía privada, las actuaciones de poderes de supremacía privada se exhiben, de forma análoga, a las emanadas de los poderes políticos, "sometidos, necesariamente, a formas especiales de garantía"[25].

De ningún modo nos puede resultar sorprendente, pues, que la génesis y el desarrollo más profundo y fructífero de la teoría de la eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales, acaezca como principal o privilegiado espacio, en el campo de las relaciones jurídicas laborales, donde las situaciones de desigualdad ciertamente multiplican su aparición por la esencia de la propia relación estructural, en el bien entendido sentido que se coloca a una parte en el lugar típico de dependencia respecto de la otra[26]. Por consiguiente, los Derechos Fundamentales se muestran a modo de límites impuestos a los poderes empresariales, tratando de lograr la neutralización de las desiguales posiciones en las que se hallan los contratantes, lo cual pone de relieve una especial sensibilidad de las teorías de la *Drittwirkung der Grundrechte* para con tan delicada cuestión.

En este sentido, avanzando el tiempo, la observación ha podido constatar con superior claridad, cómo el fenómeno del poder de dominio no lo hallamos exclusivamente residenciado en el Estado, sino que

[25] Giorgio LOMBARDI, *Potere private e diritti fondamentali*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1970, pp. 85 y 115.

[26] Cristóbal MOLINA NAVARRETE–Sofía OLARTE ENCABO, "Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Relaciones Laborales*: *Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1999, p. 366.

aparece disperso, diseminado cada vez en superior medida, por el sobrecargado ámbito de concomitancias inherentes a la Sociedad, y, con perfecta nitidez, manifiesta sus garfios a través de las múltiples relaciones fraguadas extramuros del ejercicio de las potestades y prerrogativas inherentes a los poderes públicos. Porque, en realidad, en atención a los planteamientos defendidos por Pedro de VEGA, la razón fundamental de lo mentado con carácter precedente, estriba en el hecho de que el modelo de Sociedad prefijado por la concepción individualista y burguesa predominante en las pasadas centurias, nada tiene que ver con las maneras social-organizativas "del presente, y que los sociólogos –SCHMITTER, PANITCH, JESSUP, WINKER…– estudian ahora bajo los curiosos epígrafes del corporativismo y la sociedad corporatista". Por esa razón, puntualiza, van a ser los novedosos fenómenos que "en ella se producen –como, por ejemplo, la aparición de poderes privados–", los encargados de "constituir el ineludible punto de referencia para entender la quiebra y el fracaso histórico del modelo estatutario de las relaciones jurídicas entre particulares con el que ha operado y continúa operando la sociedad burguesa"[27].

Llegando a conclusiones no excesivamente distantes, podría ensayarse la síntesis en el sentido de que, la supuesta actitud pasiva de la Sociedad bajo la intervención transformadora del Estado, se halla manca de correspondencia, en estos momentos, al hacerse realidad una Sociedad tremendamente fortalecida y ordenada por medio de "rigurosos procesos de autorregulación, que se está apropiando de espacios que se encontraban bajo la regulación estatal"; es por ello que "la creciente complejidad –tecnológica, económica, social-, la formación de sistemas

[27] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales)", en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio–Enrique Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 267. José ESTEVE PARDO, "La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria", en *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012, pp. 15-16.

sociales de expertos o especializados llamados sistemas autorreferenciales (…) han contribuido al fortalecimiento de la sociedad, que ha dejado su supuesta situación pasiva receptora de la acción prestadora y conformadora del Estado, para mostrarse muy activa y poderosa. Lo que genéricamente podemos dar en llamar el poder, se encuentra ya extramuros de un Estado gestado en su momento con la pretensión de monopolizarlo. Basta reparar en dos realidades: está fuera del Estado el poder económico y financiero, una realidad que la crisis económica ha mostrado con toda crudeza al gran público; pero menos conocida y posiblemente más relevante, es que también está fuera, desde no hace mucho tiempo, ciertamente, el conocimiento científico y técnico, o la más decisiva capacidad de investigación científica"[28].

Así las cosas, la aparición de múltiples focos de poder privado en la moderna Sociedad neocorporativa, instalados, lógicamente, extramuros del Estado, y que disponen cada vez en superior medida de un elevado poder social y económico, exteriorización de un sistema de tendencias corporativas y luego neocorporativas, obligan a que los Derechos Fundamentales se muestren concluyentes no de modo exclusivo en las relaciones jurídicas verticales establecidas entre los ciudadanos y los poderes públicos, sino, de igual suerte, en las vinculaciones jurídicas sustentadas por los sujetos privados entre sí; ante lo que solo empleando un sentido ficticio resulta posible proseguir sustentando la teoría de que su *status* jurídico "continúa siendo el de la sociedad liberal clásica"[29].

[28] El Estado ha perdido en gran medida su poder en favor de organizaciones privadas, mantiene Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, por haber abandonado parcialmente "sus dominios, dejando en manos de particulares tareas que antes asumía directamente", *Derechos fundamentales….op. cit.*, p. 117.

[29] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 269. En cuanto a Klaus STERN, ha pretendido promediar, al exponer que el individuo, dentro del actual modelo de Sociedad, es objeto de estos poderes sociales, pero también, por regla general, simultáneamente se integra en algunas de estas organizaciones, objetivando y preservando de este modo sus intereses, con lo cual, los poderes privados pueden constituir, al mismo tiempo, una amenaza y un factor de protección para los

Siguiendo esta dirección, aunque aún no haya adquirido un perfil claro y definido en términos jurídicos, para el ámbito europeo e internacional de nuestro tiempo, se alude con frecuencia al concepto de gobernanza, término con el cual se quiere emplazar la reflexión acerca de que no es el Estado el operador exclusivo actuante en el escenario político y, frecuentemente, ni siquiera es el "actor dominante o principal"; toda vez, asimismo, se incluyen otros entes de supremacía actuantes "en un sistema multinivel (europeo, por ejemplo), así como empresas, asociaciones, grupos de intereses y otros representantes de la sociedad civil"[30].

En tales circunstancias, las fragmentadas potestades privadas de supremacía social, a las que, por añadidura, son delegadas con asiduidad dilatadas capacidades de autodefensa, dados los procesos de ejercicio de su poder, carentes, obviamente, de la perspectiva necesaria en orden a la finalidad de "definir y tutelar los intereses generales"[31], se transforman de cara a los sujetos titulares de Derechos Fundamentales, en una admonición para las libertades de estos que demuestra ser tan inquietante, cuando menos, a la manera de la proveniente de los poderes estatales. Incluso, en la actualidad, pueden constituir para las posiciones jurídicas de los particulares, un peligro potencialmente superior "que el propio Estado"[32]. Ante ello, observamos con frecuencia, la pavorosa

Derechos Fundamentales, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band. III/1, C.H. Beck Verlag, München, 1988, p. 1590.

[30] Eberhard SCHMIDT–ASSMANN, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo", en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., edición de Javier Barnes Vázquez, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012, pp. 48-49.

[31] José ESTEVE PARDO, "La extensión del Derecho Público….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 17.

[32] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 153. La emergencia de nuevos poderes, resume Andrew CLAPHAM, sean económicos, mediáticos, sindicales, deportivos o religiosos,

fragilidad de individuos aislados y de grupos pequeños, frente grandes centros de poder social, capaces de vulnerar, casi sin proponérselo, los Derechos de los primeros en aspectos muy sustanciales.

Resulta de esta forma irrebatible la fuerte analogía percibida, a estos efectos, entre los poderes públicos y los poderes privados de dominio, fuerzas estas últimas irruptoras frecuentemente en circunstancias planteadas por el tráfico jurídico privado, resultando singularizadas por la trascendental disimilitud en la que concurren las partes, con independencia de las también diferencias estructurales existentes entre ambos tipos de relaciones jurídicas. Y es que los poderes privados, en puridad, muestran sus muy nocivos efectos a consecuencia de la preponderancia de que disponen de cara a implantar sus decisiones desde la perspectiva estrictamente material, lógicamente de manera particular, dentro del ámbito de las relaciones jurídicas en las que participan, desempeñando importantes funciones en la vida social. De este modo, se hallan frecuentemente en condiciones de llegar a ser más desmesurados mediante su intervención dentro las esferas sociales de libertad que los propios poderes estatales[33]. Por lo tanto, la libertad individual, sin lugar a dudas, debe seguir siendo protegida frente a los poderes públicos, pero necesariamente también lo ha de estar ante los más fuertes en el ámbito de la Sociedad, vale decir, frente a los detentadores de poder social y económico, toda vez, es dentro de esta

necesita la protección de los individuos más vulnerables así como la paliación de las desigualdades, *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 137-138. En el mismo sentido, y previamente, se manifestaría Jean RIVERO, "La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées", en *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, Vol. III, *Protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, edición de Marceau Long / François Monnier / Jean Graven, Augusto Pedone Éditions, Paris, 1971, p. 311, y especialmente p. 322.

[33] Advertiría ya el propio Günter DÜRIG, el "padre de la eficacia mediata", que "por encima y por debajo de la propia soberanía del Estado, existen grupos, poderes y estructuras que actualmente vulneran la libertad individual de una forma más grave y fundamental de lo que pudiera hacerlo una autoridad pública", "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtsdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, edición de Theodor Maunz, C. H. Beck Verlag, München, 1956, p. 166.

esfera el lugar en el cual las libertades encuentran también una particular amenaza[34].

A lo anterior hemos de añadir, la necesidad de tener en cuenta que estos fuertes poderes sociales, por demás, actúan a base de sus propios impulsos y con una restringida e inadmisible ausencia de responsabilidad jurídica[35]; "privilegiada" situación en este contexto, toda vez existen serios obstáculos a los efectos de concretar un modelo eficaz de registro de la acción desarrollada por los poderes de dominio considerados. Más concretamente, los Derechos Fundamentales de libertad, a consecuencia de la transformación pluralista de la opinión pública, dirá Peter HÄBERLE, deberían convertirse en mecanismos de tutela frente al poder público, pero asimismo respecto a los poderes sociales, en disposición de la suficiente capacidad para "manipular ese ámbito, de modo que se haga imposible la publicidad, apertura y control de los poderes estatales"[36]. Efectivamente, si hasta la llegada del Estado Democrático y Social los antagonismos de los grupos y fuerzas sociales se habían desenvuelto externamente, y bajo cuerda "del firme marco del orden estatal, ahora dirigen sus aspiraciones y expectativas de forma inmediata al poder político y a su centro, el Estado gobernante y administrador"[37].

---

[34] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 119.

[35] Según Juan María BILBAO UBILLOS, a los poderes estatales les resulta posible "abusar, y de hecho abusan, de su poder, pero el ciudadano no se encuentra desprotegido en este ámbito. Como señala Böckenförde, el poder estatal ha perdido en gran medida su aspecto terrorífico. Se presenta mucho más problemática la garantía de la libertad frente a los poderes sociales, porque éstos han gozado en ocasiones de una relativa impunidad", "¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?", en *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 266.

[36] Peter HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Königstein, 1980, p. 130.

[37] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho….*, *op. cit.*, p. 39.

Consecuentemente, solo la unidimensionalidad de los Derechos y Libertades defendida desde la teoría liberal más clásica, que reconducía los mismos, con carácter exclusivo, a su condición de derechos de defensa de los ciudadanos frente a los poderes públicos, permite entender que, desde un inicio, fuera abiertamente desatendida la otra dimensión de la inicial comprensión de los textos constitucionales, cual es el deber del Estado de garantizar los Derechos y Libertades de los particulares frente a los ataques e intimidaciones resultantes de otros sujetos privados [38] . Habida cuenta que, ha de consignarse, las constituciones liberales limitaban su tarea a confirmar lo anticipado por el Legislador civil con carácter previo, lo cual estipulaba, obvio es, la inexistente tanto aparente como real necesidad de ocuparse específicamente de la problemática referida a la vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales[39].

En otras circunstancias histórico–concretas muy diferentes como son las actuales, frente a una trama de relaciones político-sociales acusadamente caracterizadas por la pluridimensionalidad, plurifuncionalidad y multidirecionalidad de los Derechos Fundamentales[40], se muestra perfectamente factible comprender, por sí

[38] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "Omissões normativas e deveres de proteção", en *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. II, edición de Jorge de Figueiredo Dias, Almedina Editora, Coimbra, 2001, p. 111.

[39] Wolfgang RÜFNER, "Drittwirkung der Grundrechte, Versuch einer Bilanz", en *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, edición de Peter Selmer / Ingo von Münch, Walter de Gruyter, Berlin–New York, 1987, pp. 216-217.

[40] Sobre la plurifuncionalidad o multifuncionalidad de los Derechos Fundamentales, puede verse con mayor profundidad, José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria….*, *op. cit.*, pp. 1402 y ss. La multidirecionalidad de los Derechos Fundamentales, una vez superada la fase del Estado Liberal, puede seguirse en Klaus STERN, *Das Staatsrecht…., op. cit.*, p. 1542. En fin, la multiplicidad de significados inherentes a la actual concepción de los Derechos Fundamentales, ha sido resaltada por Konrad HESSE, entre otros momentos, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, p. 135.

mismo, el problema nuclear que viene dado por la determinación de la eficacia de preceptos iusfundamentales para los supuestos de relaciones jurídicas acordadas por los particulares[41]. Precisamente, debido a la multiplicidad de "niveles funcionales" en los que resultan operativos, como rasgo caracterizador actual de los Derechos Fundamentales democráticos, hace la disponibilidad a favor de los mismos, "en primer término el carácter de conferir *status:* determinar, asegurar o limitar la posición jurídica del individuo en sus bases y en sus relaciones jurídicas con otros individuos"[42].

Así las cosas, conforme han estimado determinados sectores científicos, hubo de esperarse hasta la concurrencia de al menos un trío de premisas[43], para empezar a tener en consideración, con verdadera seriedad, el problema de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas:

a) consolidación de una garantía efectiva, específica e incluso preferente de los Derechos Fundamentales, vale decir, la vigencia de una Constitución normativa, y, a su vera, el surgimiento de la especial protección procesal en favor de estos Derechos. La *Drittwirkung*, de conformidad a lo afirmado por el autor que ahora nos sirve de apoyo, es bien poca cosa de no poder obtener rédito de las "garantías específicas de los derechos fundamentales, en particular de las garantías procesales y más concretamente de la jurisdicción constitucional";

b) reaparición de "grupos intermedios", configurados como auténticos poderes sociales e integrantes, concluyentemente, de un foco

[41] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 231.

[42] Hans-Peter SCHNEIDER, *Constitución y Democracia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 151.

[43] Representativo de esta toma de posición y esclarecimiento, Pedro CRUZ VILLALÓN, "Derechos Fundamentales…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 221-225.

de superior peligro de cara a los Derechos Fundamentales que los propios poderes públicos;

c) intelección de carácter institucional de los Derechos Fundamentales, a los que se considera provistos de carácter objetivo, por lo cual, además de la dimensión de derechos públicos subjetivos, disponen también de la de principios informadores del orden político y social completo, en cuanto llamados a influir y regir la totalidad del ordenamiento jurídico de la comunidad política.

Con todo, y a modo de suscitar la reflexión, nos resistimos a dejar sin reproducir la expresiva formulación debida a Karl DOEHRING, que sintetiza la problemática planteada, cuando afirmara con claridad meridiana: "el órgano judicial debe considerar los Derechos Fundamentales, en la medida en que valen; no valen ellos porque un juez o tribunal así lo decide"[44].

Pues bien, a los efectos del anterior propósito, la realidad ha impuesto la adquisición de una paulatina sensibilidad acerca del ineludible deber de tomar en serio el nuevo contexto socio–político, superando la clásica concepción de exclusiva defensa de los Derechos Fundamentales resistentes a modo de barreras protectoras de la libertad frente a la acción arbitraria de los poderes públicos. Y, a tal fin, comenzaron por hacerse prevenciones ante la eventual e ilegítima intervención sobre los Derechos que trajeran causa de las fuerzas sociales y económicas actuantes en el interior de la Sociedad y, eventualmente, del grueso de la totalidad de los sujetos privados[45]. A este objeto, en un momento inicial, la "salida" optó por acudir a echar mano del recurso al establecimiento de un paralelismo entre el poder del

[44] Karl DOEHRING, citado por Hans–Uwe Erichsen, "Die Drittwirkung der Grundrechte", en *Juristische Ausbildung*, 1996, pp. 529-530.

[45] Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 109.

Estado y sus consecuencias para los Derechos con el de las grandes corporaciones, en lo que hacía a la similitud con el primero de las posibles vulneraciones producidas desde este último sector en relación con las Libertades Fundamentales[46]. De cualquier forma, raudo fue comprendido que este, en puridad, era únicamente un paso liminar para la superación de la tesis liberal tradicional, habida cuenta que no solo las grandes corporaciones suponían amenaza para los derechos de los particulares y estaban vinculadas a los mismos, sino que era imperioso la extensión, asimismo, al conjunto de relaciones jurídicas establecidas por los sujetos privados entre sí; situados todos ellos, por lo demás, y a diferencia del Estado, en las mismas circunstancias respecto de un único y capital aspecto, por cuanto en su totalidad son titulares de Derechos Fundamentales. Justamente, conforme bien ha sido estipulado, el criterio de la "desigualdad estructural" existente entre las partes o del poder social dominante de una de ellas en detrimento, lógicamente, de la parte más débil de la relación, no puede ser comprendido como un criterio "clasificatorio", permisivo, *in abstracto*, a fin de decretar las corporaciones que, adicionalmente al Estado y demás personas colectivas de naturaleza pública, serían sujetos pasivos de los Derechos Fundamentales[47]. No obstante lo cual, sobre todo, constituye más en concreto, un substancial canon teleológico que posibilita dilatar por la vía analógica y "graduar la eficacia de los derechos y libertades en las relaciones privadas"[48].

Coherentemente con su función y tarea, a la actual teoría pluralista de los Derechos Fundamentales adaptada al Estado Social y Democrático

[46] Franz LAUFKE, "Vertragsfreiheit und Grundgesetz", en *Das deutsche Privatrecht in der Mitte der 20. Jahrhunderts: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*, edición de Hans–Carl Nipperdey, Walter de Gruyter, Berlin–New York, 1965, p. 182.

[47] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos fundamentais no Século XXI", en *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, edición de Javier Pérez Royo / Joaquín Pablo Urías Martínez / Manuel Carrasco Durán, Tomo I, Thomson–Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 1072.

[48] *Ibidem*, p. 1072; en idéntico sentido y del mismo autor, "Os Direitos, libertades e garantías…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 252-253.

de Derecho, por lo significado más arriba, y dadas adicionales consideraciones no susceptibles de ser formuladas en una pincelada introductoria, le resulta imposible ignorar el fenómeno de los poderes privados[49]; y ello, lógicamente, de conformidad con la medida en la que está cabalmente obligada a ofrecer una réplica adecuada frente a las vulneraciones que los citados poderes cometan dentro del ámbito protegido por los Derechos Fundamentales. Respuesta apropiada y no muy fácil de perfilar, obligada a discurrir, en consecuencia, por una vereda distinta de la añeja perspectiva de adhesiones incondicionales al dogma del principio de la autonomía privada y a las consiguientes libertades de negociación y contratación, consideradas en otro tiempo de carácter propiamente absoluto; y que, por demás, se ven actualmente cuestionadas de forma severa e instrumentalizadas, si cabe más que nunca, para la esfera jurídico–privada[50].

Con todo lo previamente considerado hasta estas líneas, podemos mantener que en el Estado Democrático de los Derechos Fundamentales del presente, el principio de autonomía privada dista de poder ser inferido como un proverbio de carácter absoluto, de ahí la imponderabilidad de ser objeto de una radical revaluación armonizadora, avenida conforme a los principios y valores del constitucionalismo social[51]. En tanto su

[49] Manifiesta José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, que algunos autores muestran reservas por la utilización del concepto de "poder privado" como categoría operativa en esta materia, "Os Direitos, liberdades e garantías…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 253, y la bibliografía citada en la nota núm. 50.

[50] Walter LEISNER, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?,* Duncker & Humblot, Berlin, 1997, pp. 47 y ss, y *passim.*

[51] Parecidos términos expresados por Ángel María LÓPEZ Y LÓPEZ, aunque desde una muy diferente perspectiva, "Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular", en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 25, 1996, pp. 434 y ss; ahora bien, dejemos ya constancia que no podemos compartir la tesis muy respectiva de la *Drittwirkung* defendida por el autor para los conflictos laborales, al menos entonces, reservando la eficacia frente a terceros en los supuestos de una infracción grave de los Derechos Fundamentales lesiva de valores esenciales y mínimos de convivencia social que impliquen un atentado frente al orden público, *ibídem*, p. 439; respetuosamente agregamos que ello supone la presencia de un Estado Liberal clásico matizado.

magnitud para con el ámbito privado, así como en el del resto de los Derechos Fundamentales, ha de correlacionarse a través de una ponderación proporcionada "a las eventualidades cronológicas", cuando por motivos de colisión iusfundamental sea precisa, y teniendo en cuenta, sin lugar a dudas, que su valor con carácter general sigue siendo indiscutible, claro está, unido de manera indisociable al respeto debido a la libertad de la persona.

El principio de autonomía privada continúa desempeñando una función importante, lo vamos perfectamente a reconocer, mientras tanto el Legislador o el Poder Ejecutivo no estén en condiciones de ambicionar la regulación de los polifacéticos aspectos de la vida social resueltos negocialmente, para los cuales, la introducción de cualquier otro remedio, comportaría a buen seguro un menoscabo trascendente de la libertad; a menos que surja, en su caso, una solución más imaginativa y funcional, debidamente fundamentada dogmáticamente. Ahora bien, además de adaptar su cometido a la realidad del Estado Social y Democrático, el principio de autonomía privada tiene asimismo límites inmanentes, que el individualismo exaltado, fuente de inspiración del liberalismo dominante del siglo XIX nunca quiso ver, y que en aquellos momentos se fundamentaban en la irreal e interesada comprensión de las relaciones jurídicas entre sujetos privados partiendo de falaces parámetros, mediante "términos de igualdad, paridad y simetría"[52]. Por consiguiente, la sacralización del principio de autonomía privada, o más propiamente, del "dogma de la doctrina civilista" [53], unido a las advertencias y tomas de posición acerca del peligro que corre con el reconocimiento de la *Drittwirkung* en términos inmediatos, tan solo conlleva a la inmunidad de los poderes de índole privada, y a un claro

[52] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 269.

[53] En la expresión de Pietro PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, p. 137.

perjuicio de las garantías efectivas de quien comprueba vulnerada de forma inaceptable su libertad. Con lo cual, queda descartado actualmente el empleo de dicho principio a modo de axioma, para propiciar su actuación como cobertura y excusa de imposiciones causantes del más absoluto sonrojo por su inmoralidad; siendo así, a mayor señalamiento, que la extensión y límites de la autonomía privada, precisan ser establecidos por los ciudadanos a través del ejercicio de su autonomía pública dentro de un proceso democrático y, naturalmente, evolutivo[54].

La admisión de la *Drittwirkung,* simboliza así la superación de la añeja, utópica e interesada Sociedad ideal liberal, integrativa de un espacio inmune en el cual los poderes que amenazaban la libertad individual habían sido neutralizados, e implica reconocer, igualmente, que la libertad humana puede ser también vulnerada por sujetos privados a través de actuaciones sobre el contenido de los Derechos Fundamentales reconocidos *secundum constitutione*, porque pueden fácilmente menoscabar las Libertades de cualquier otro sujeto privado[55]. Corolario de todo lo anterior, se nos va a poner de evidencia entendemos de modo preciso, la necesidad de relativizar –naturalmente sin suprimir– y ubicar en un contexto histórico–concreto adecuado, tanto el principio de la autonomía privada como el de libertad contractual, considerada esta la primigenia y más importante manifestación de la primera. Y ello, tal y como lo ha terminado por hacer Konrad HESSE, al manifestar que estos principios (principio) encuentran su fundamentación y límites: "en la idea de la configuración bajo la propia responsabilidad de la vida y de la personalidad", presuponiendo la posición normativa y "fáctica

[54] Jürgen HABERMAS, "Law and Morality", en *Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 8, edición de Sterling M. McMurrin, Utah University Press, Salt Lake City, 1988, pp. 217 y ss.

[55] Eberhard GRABITZ, *Freiheit und Verfassungsrecht – Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1976, pp. 192 y ss.

aproximadamente igual de los interesados". Pues, realmente, ante la ausencia de tal premisa, la "autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite: el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado". De hecho, ahí estriba la capital diferencia "entre el significado actual de la autonomía privada y el que adquiriera en el transcurso del siglo XIX; aquel ofrecía una libertad solo formal, que únicamente se correspondía con la realidad social, y, en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva". Y es que, se mire como se mire, la "libertad real de carácter general nunca puede ser producida por medio, únicamente, de la autonomía privada". Ahora bien, con todo, esta última es un fundamental elemento "de la libertad real, y como tal no puede ser sustituida por planificación o regulación estatal alguna por cuidadosa que sea"[56].

Por consiguiente, venga de donde venga, ya sea de un poder público ora de un poder privado[57], la violación del haz de facultades de disponibilidad que la Constitución como norma suprema pone a disposición de los titulares de los Derechos Fundamentales, eficaces frente a todos, personifica una vulneración del régimen de esos Derechos y Libertades, a corregir como algo indispensable para la supervivencia de un Estado de Derecho considerado Democrático y Social, que impide frontalmente situarnos ante la incertidumbre referida a la existencia e incidencia de los Derechos Fundamentales para con el sector del Derecho Privado[58].

---

[56] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cívitas, Madrid, 1995, pp. 78-79.

[57] José Carlos VIEIRA ANDRADE, "Os Direitos, liberdades e garantías….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 251.

[58] Puede verse Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, "Incidencia o existencia de los derechos en el tráfico privado", en *Por el derecho y la*

Ante la situación lacónicamente descrita, ya no le basta al Derecho Constitucional con ocuparse de las tradicionales relaciones jurídicas Estado–ciudadano, una vez nuevos poderes privados de supremacía condicionan con superior fuerza los Derechos del individuo dentro de la esfera de sus relaciones jurídicas con otros sujetos privados. De tal modo que, frente a estos eventos, surgen asimismo novedosas exigencias acerca de la tutela de los Derechos, caracterizadas por la aplicación o, cuando menos, la directa incidencia de las normas constitucionales para con el Derecho Privado, a saber, en el conjunto de las relaciones intersubjetivas[59]. Justamente debido a esta razón, ha concluido nuestro Tribunal Constitucional, en un Estado Social de Derecho como es el constituido por la Norma Fundamental española, resulta genéricamente obligado impugnar que el "titular de tales derechos (fundamentales) no lo sea en la vida social"[60]. Sobre manera, cuando en la actual "Sociedad corporatista" se infiere indiscutible, con motivo de la fractura del principio de igualdad real, y ante el imaginario "credo liberal de un mundo de individuos libres e iguales en derechos, lo que la realidad presenta son situaciones de disparidad y asimetría entre las partes que intervienen en las relaciones tanto contractuales como extracontractuales"[61].

---

libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, Vol. I, (*Garantías constitucionales y judiciales del ciudadano*), edición de Manuel Estepa Montero / José Eugenio Serrano García, Iustel, Madrid, 2014, 121 y ss.

[59] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…., op. cit.*, pp. 26 y ss, quien en la página 38 reconoce que, relativo a los pronunciamientos jurisprudenciales, podemos apreciar claramente un común criterio unificador, una elección precisa que, consciente o inconscientemente, ha guiado al juez. Desde luego, la aplicación directa de las normas constitucionales para las relaciones interprivadas se ha producido esencialmente cuando estaba en juego la tutela de las posiciones económica y socialmente débiles.

[60] SSTC 18/1984, de 7 de febrero; y 177/1988, de 10 de octubre.

[61] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas….", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 268-269.

Afirmado lo previo, conforme ha sido resaltado ante muy diversas oportunidades y circunstancias, por lo que atañe a la libertad e igualdad de los individuos, no son controversias de "un ámbito parcial del derecho, sino que surgen en todos sus ámbitos"[62]. Es más, para algunos autores, como ya hemos registrado y vamos a necesitar repetir, en el actual Estado Social y Democrático abierto, los riesgos materiales y amenazas dirigidas hacia los Derechos Fundamentales, proceden cada vez en menor medida de los poderes públicos, prodigándose, de manera progresiva, los que traen causa de los sujetos particulares con disponibilidad asimismo de igual o superior fuerza a la del Estado cuando pretenden la imposición de sus decisiones. Decisiones, conviene apostillar, en muchas oportunidades, más erosivas y destructoras de la libertad humana que las adoptadas por los órganos estatales; sin perjuicio de cual, el monopolio legítimo de la coerción física o del poder público, siga correspondiendo al Estado, lo que se convierte actualmente todavía, en criterio de distinción[63].

Acepta Konrad HESSE que, a decir verdad, ninguna respuesta determinante ha merecido la cuestión referida a si los Derechos Fundamentales se dirigen a otros destinatarios, vale decir, si vinculan a los titulares "del poder económico o social, e incluso a particulares". De esa suerte, la significación de esta problemática derivada aparece diáfana si retemos "en cuenta que la libertad humana puede resultar menoscabada o amenazada no solo por el Estado, sino también dentro de las relaciones jurídicas privadas, y que solo cabe garantizarla eficazmente considerándola como un todo unitario. Por eso se viene debatiendo desde hace tiempo si y en qué medida corresponden a los derechos

[62] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos….*, *op. cit.*, 1993, p. 505.

[63] Así, Jorge PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e proteção jurisdiccional contra omissões legislativas*, Universidad Católica de Lisboa Editora, Lisboa, 2003, p. 44.

fundamentales efectos frente a terceros"[64]. No obstante lo anterior, también va a obtener espaldarazo definitivo, sin mayores dificultades, el interrogante acerca de la eficacia de los Derechos Fundamentales, pues trascendiendo la "relación entre el ciudadano y el Estado, surge cuando se percibe que la garantía de la libertad solo es eficazmente protegida y asegurada como una unidad"[65]; y al analizar el significado del desarrollo jurídico objetivo de los Derechos Fundamentales, le surgen escasas dudas al propio Konrad HESSE a la hora de extraer, como una de sus principales consecuencias, las "obligaciones del Estado para proteger las libertades fundamentales"[66]. Por lo tanto, concuerda en este aspecto con la postura actualmente casi general dentro del ámbito del constitucionalismo democrático, desde la cual va a sostenerse que sí, esto es, sobre la más correcta o más eficaz teoría de la *Drittwirkung* hay acuerdo en el punto neurálgico de la cuestión. Nos referimos al hecho de que los Derechos Fundamentales sí despliegan eficacia para las relaciones jurídicas entre particulares (otra cosa es cómo lo hacen y con qué alcance), en cuyo ámbito asimismo establecen límites al principio de autonomía privada y, por ende, a la libertad contractual[67].

B) Importancia del tema sobre el que se va a desarrollar la investigación.

En congruencia con lo sostenido desde el apartado anterior, la trascendencia de la problemática a la que va dirigida la reflexión

[64] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos Fundamentales", en *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans–Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Instituto Vasco de Administración Pública –Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 107.

[65] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho…, op. cit.*, p. 171.

[66] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho…, op. cit.*, p. 154.

[67] Reinhard SINGER, "Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vorsichselbst", en *Juristen Zeitung*, 50, núm. 23, p. 1134.

pretendidamente a realizar, manifiesta todos sus ribetes por sí misma, arrancando especialmente del análisis del antedicho postulado acerca de que la libertad y la autodeterminación del individuo pueden resultar intimidadas y vulneradas, obviamente, por los poderes estatales; pero, asimismo, dentro del contexto de las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos particulares y grupos sociales[68].

Una de las cuestiones más coetáneas, candentes y azarosas de la dogmática jurídico–constitucional, enraíza con las complicadas conexiones dimanantes de la doble dimensión y de la irradiación de los valores (supremos) integradores del contenido de los Derechos Fundamentales constitucionalmente garantizados y extendidos a todo sector del ordenamiento[69]. A partir de ahí, surge el deber de protección de estos Derechos a cargo de los poderes públicos, también para las relaciones desenvueltas entre particulares, forzosamente desarrolladas conforme a normas jurídico–privadas. Porque, propugnemos lo que propugnemos al respecto, la Sociedad ha dejado de ser ya un ámbito libre

[68] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 107. Otro defensor de la eficacia mediata como el anterior, muestra de igual modo su intranquilidad ante la amenaza para los Derechos Fundamentales que supone la presencia de poderes sociales situados en posición de dominio, es el caso de Peter BADURA, "Kodifikatorische und rechtsgestaltende Wirkung von Grundrechten", en *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996*, edición de Reinhardt Böttcher / Götz Hueck / Burkhard Jähnke, Walter de Gruyter, Berlin–New York, 1996, por ejemplo, p. 181.

[69] Sin percatarnos bien de esta doble cualificación, dirá Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, "no se procederá de forma correcta a una auténtica interpretación de la Constitución porque los derechos fundamentales rigen como principios supremos del ordenamiento en su conjunto (…) Esto conduce a una transformación en la estructura constitucional que implica el que junto a los derechos subjetivos tradicionales, ejercitados frente al poder público, aparezcan los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que establecen correlativamente un sistema de valores. Este contenido axiológico que se irradia en todos los ámbitos del derecho no pertenece con carácter general al conjunto de derechos fundamentales sino que ha de ser deducido de cada derecho fundamental en particular. Por ello la dimensión axiológica u objetiva corresponde en concreto a cada derecho fundamental y rige no solo en las relaciones jurídicas donde el Estado participa directamente sino que su vigencia es universal, hacia todos los ámbitos del derecho de forma indeterminada y abierta", "Los derechos fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones privadas", en *Memorias del Congreso Internacional sobre Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: Perspectivas para el próximo milenio*, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia 1996.

de poder, para pasar a su transformación en un espacio perfectamente apto al objeto de que discurran dentro de él, relaciones de supra y subordinación, y formas más o menos institucionalizadas de ejercicio de dominio [70] ; registrándose, por más señas, la tendencia hacia una creciente descentralización y distribución del poder entre las fuerzas sociales [71] . En parecidos términos pronto entendería Jean RIVERO la evolución descrita, quien con rigor comprendió que, desde el momento de la consolidación de la garantía de los "derechos humanos frente al Estado", el siguiente paso conducía de modo "ineluctable", a su protección asimismo en el tráfico jurídico–privado[72]. Definitivamente, el examen de la posible eficacia de los Derechos Fundamentales ante la comparecencia de relaciones intersubjetivas, importa anotar otra vez, supone hallarnos frente a una problemática de plena de actualidad, y, por consiguiente, sigue constituyendo un "tema teórico y práctico actual y relevante", necesitado de su abordaje a través de un proceso complejo, dialéctico y dinámico[73]. Por ello, ha merecido la calificación del Derecho Privado cómo un perímetro "especialmente apropiado", para el desarrollo de los Derechos Fundamentales, desde la consideración de que estos Derechos trascienden su desenvolvimiento y efectos desbordando el área específica del Derecho Público; antes bien, "el ejercicio de los derechos fundamentales además de frente al Estado, se desarrolla en el seno de la

[70] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "Dogmática de Direitos Fundamentales e Direito privado", en *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, p. 340.

[71] Aspecto puesto ya de relevancia en el año 1987, por Vasco Manuel Pascoal Dias PEREIRA DA SILVA, "Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Libertades e Garantías", en *Revista de Direito público*, núm. 92, 1987, pp. 43-44.

[72] Jean RIVERO, "La protection des droits….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 312.

[73] Ingo Wolfgang SARLET, "Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira", en *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, pp. 20 y 24 respectivamente. Complejidad de la problemática enfatizada, asimismo, por ejemplo, por el mismo José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…., op. cit.*, pp. 1293 y ss.

sociedad, y afectan de forma habitual a las relaciones civiles, mercantiles, laborales, y en general, a la vida social de las personas"[74].

Con arreglo a lo expresado más arriba, y si tomamos en cuenta las circunstancias mentadas hasta ahora, el Estado Social y Democrático de Derecho –y más a la altura del estadio actual de su evolución– plantea la extremadamente difícil tarea de acometer los aspectos concernientes a las correlaciones, de por sí irremediablemente tensas, complejas y en constante transformación, que discurren entre Estado y ciudadano, autoridad y libertad, poder y derecho subjetivo, en fin, entre autonomía individual y regulación estatal. Efectivamente, nos dispone al tratamiento de cuestiones harto intrincadas, que traen a la memoria experiencias, materialidades y convicciones de carácter multiplural, dispar y gradual, de ahí solo vayamos a poder llegar al ofrecimiento de resultados a ensayar mediante juicios reflexionantes, presentados de carácter divergente, provisionales, abiertos y permanentemente controvertidos[75].

Ahora bien, la pretensión no va a ser realizar un planteamiento conflictual, oposicional o de contradicción, en líneas generales, por entender más fructífero un modelo material de carácter cuestionante y problematizante y contingente, descartados *a priori* juicios determinantes; siempre que sea posible movernos conforme a estas coordenadas De ser ello así, y dada su importancia en orden a los concretos términos de conformidad con los cuales los Derechos Fundamentales han de entenderse eficaces para las relaciones jurídicas verticales, lo es más aún tocante a las relaciones intersubjetivas, y, atendiendo a tal razón, constituye en el momento presente quizá el

[74] María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 45.

[75] Jorge REIS NOVAIS, *As restrições dos Direitos fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Almedina Editora Coimbra, 2010, p. 35. Asimismo, Michael STOLLEIS, "Trayectoria del Estado Constitucional con la perspectiva de la Globalización", en *El Derecho constitucional de la globalización*, edición de Michael Stolleis y otros, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, p. 84.

asunto jurídico–constitucional por excelencia, y crecientemente polémico ante la inexistencia de una construcción dogmática o jurisprudencial clara y unitaria sobre el móvil que nos impulsa a la reflexión[76]; lo cual reconocido, quiebra en buena medida el principio de unidad de lo diverso y dificulta aún más la tarea de ascenso de lo particular a lo general, porque existen para la materia, por así decirlo, varios principios generales. Lo cual, es susceptible de extender a la totalidad de la dogmática iusfundamental en nuestro Estado, por lo menos de adecuada a las necesidades del momento, si bien, para muchas cuestiones y su resolución, disponemos de algo de arsenal jurídico.

De ahí la reciente reivindicación de construir esa dogmática, que coincidimos no podrá hacerse, mediante el empleo de partir desde el acatamiento de una perspectiva de "de teoría formal", sino partiendo de una teoría axiológico–material, asimismo necesitada de construcción", explicitante de "los valores que se estiman prevalentes y que, por tanto, deben presidir la construcción de conceptos y la propuesta de interpretaciones que desarrolle la dogmática. Por definición, los derechos humanos derivan de la dignidad, la libertad y la igualdad, pero hay formas distintas de concebir estos valores y, sobre todo, las relaciones entre ellos (al menos, dos, la liberal y la socialista)", pero, en lengua castellana, es desconocida al existencia de alguna "teoría material de los derechos elaborada desde la teoría constitucional, aunque sí algunas, y

[76] Joaquim DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual,* Almedina Editora, Coimbra, 1999, p. 134. En cuanto a Joaquín GARCÍA MURCIA, valora que en el terreno de la eficacia de los Derechos Fundamentales en el ámbito privado, "la jurisprudencia constitucional ha sentado las bases, muy acertadas en términos generales, pero en el que, verdaderamente, aún queda mucho por decir y precisar", "Comentario al artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, AA.VV., Tribunal Constitucional–Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 734.

muy relevantes, escritas desde la filosofía moral", que sería pertinente "tenerlas en cuenta, al menos como inspiración"[77].

Desde luego, la proliferación de especificaciones realizadas desde la literatura jurídica especializada, así como los matices múltiples detectados a través de la lectura de la jurisprudencia constitucional sea española o foránea, nos alertan acerca de la existencia de un formidable desasosiego, de alguna manera propiciado por el propio "hermeneuta de la Constitución, en torno al problema de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales"; confusionismo e imprecisión, nos dicen con optimismo, que puede llegar a dar resultados si resulta capaz de ejercer positiva influencia a favor de una prolongación de la eficacia de los Derechos Fundamentales a la totalidad de los sectores del orden jurídico[78].

A las dificultades ya sugeridas, no las reporta ningún beneficio la propia textura lingüística mediante la que el constituyente reconociera los Derechos Fundamentales, como bien es conocido, efectuada mediante el empleo formulaciones generales, abstractas, elásticas, y axiológica y semánticamente abiertas al futuro; cierto, caracteres los previos, generalmente propios de las normas constitucionales, pero acentuados si cabe más aún, en las de naturaleza iusfundamental. E, incluso, tales preceptos recibirían su conformación mediante de enunciados semánticos indeterminados y ambiguos, al objeto de poder ser susceptibles con objeto de, situados ante contextos evolutivos, legitimar y orientar direcciones políticas diversas, y asumir cambios sociales,

[77] Guillermo ESCOBAR ROCA, "El futuro de la dogmática de los derechos", en *Revista catalana de dret públic*, núm. 49, 2014, p. 77. Importante artículo que merece una segunda parte, al lado de, en confrontación con, el libro más blando, por quizá buena parte de sus autores entender así más posibilistas sus postulados, *Was weiß Dogmatik*?, edición de Gregor Kirchhof–Stefan Magen–Karsten Schneider, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

[78] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 206-207.

culturales y políticos, sin necesidad de reformas lingüísticas. Indeterminación o flexibilidad[79], de carácter tangible, pero al propio tiempo enormemente gravosa para la interpretación–concretización de los Derechos, sea para los supuestos de esclarecimiento inmediato acerca de su significado, alcance, contenido y ámbito de protección, sea en las hipótesis de concretización integrativa del ordenamiento infraconstitucional, a la luz del orden material de valores constitucionales. Es más, haciéndose eco de esta complejidad, la clásica sentencia resolutoria del caso *Lüth*, decisión pionera europea sobre la *Drittwirkung*, y dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán el 18 de enero de 1958, expresaría en términos suficientemente rotundos lo siguiente: "La cuestión fundamental de si las normas de Derechos Fundamentales influyen sobre el Derecho Civil, y cómo tiene que pensarse este efecto es, en detalle, controvertido"[80]. Una sentencia, esta de la *Lüth–Entscheidung*, respecto de la que, no hace excesivo tiempo, ha ponderado Udo DI FABIO la alta conveniencia de ser considerada, sobre todo, una fuente esencial para el pensamiento europeo sobre los Derechos Fundamentales ("*wesentliche Quelle des europäischen Grundrechtsdenkes*"[81]); pues, como expresivamente ha manifestado Ingo

[79] Manuel ARAGÓN REYES, "La Constitución como paradigma", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007, p. 38.

[80] BVerfGE 7, 198, (204).

[81] Udo DI FABIO, "Grundrechte als Werteordnung", en *Juristen Zeitung*, 2004, p. 1; lo que reitera en "Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertsystems", en *Handbuch der Grundrechte*, Band II, *Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren* I, edición de Detlef Merten / Hans–Jürgen Papier, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, p. 1033. Sin embargo, siempre se han alzado voces críticas sobre la Sentencia, sea por sus déficits sea por sus excesos; entre ellas, destaca las insuficiencias dogmáticas de su argumentación debido a la inadecuación de la misma a las exigencias de los tiempos actuales, Josef–Franz LINDNER, "Die Grundrechte der Bayerischen Verfassung. Eine dogmatische Bestands aufnahme", en *Bayerische Verwaltungsblätter*, 2004, pp. 641 y ss; y, con mayor detalle, en su investigación presentada como memoria de habilitación, que ha sido calificada por sus recensores como "*große*", *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 2, entre otros diversos momentos.

VON MÜNCH, la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* (*made in Germany*), además de constituir uno de los "descubrimientos jurídicos más interesantes de los tiempos modernos", con el devenir de los años, ha concluido por convertirse en "un artículo de exportación jurídica"[82].

Atendiendo a esas crecientes amenazas sociales para los Derechos Fundamentales, llega a convenir Andrew CLAPHAM, hemos de ver la necesidad de hacer surgir pro futuro una especie de "privatización de los Derechos Fundamentales"; ahora bien, precisamente, en el sentido de dotar de reconocimiento a la eficacia los preceptos iusfundamentales del espacio delimitado por las relaciones jurídico–privadas[83]. Así las cosas, y desde una comprensión aún más amplia, según pone de relieve Luigi FERRAJOLI, resta todavía por producir una teoría del Estado de Derecho y de los Derechos Fundamentales, concerniente a "los poderes privados, comparable a la elaborada para los poderes públicos", a su juicio, carencia debida al condicionamiento de la trama conceptual producida en una época diferente de la historia moderna, la "del primer capitalismo y del primer liberalismo"[84]. También se pudo afirmar ya hace algunos años, como consecuencia de esto, que mediante el reconocimiento de la eficacia de los Derechos Fundamentales para el ámbito de las relaciones jurídicas desarrolladas entre sujetos privados, estaríamos evitando la instauración de una especie de doble ética social[85].

Pues bien, complementa todas estas complicaciones, el hecho hoy apenas cuestionado, de que los Derechos Fundamentales irradian sus

---

[82] Ingo VON MUNICH, "Drittwirkung de Derechos fundamentales en Alemania" en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, edición de Pablo Salvador Coderch / Jose Ferrer i Riva, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 29-30.

[83] Andrew CLAPHAM, citado por Ingo Wolfgang Sarlet, "Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 21. Luigi FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p. 298.

[84] Luigi FERRAJOLI, *ibídem.*, p. 298.

[85] Jean RIVERO, "La protection des droits….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 315.

efectos a todo el ordenamiento jurídico (incluido obviamente el sector del Derecho Privado), por lo cual nos hallamos al margen de dudas, y ello sitúa la problemática destilando una sustantividad socio–política de paulatina y superior complicación dogmática [86] , decididamente interpelante de la destreza de los trabajadores del Derecho. El escenario montado, demanda la imposibilidad de obviar la cuestión aquí planteada por parte de la doctrina jurídica constitucional, estando la misma obligada a abordarla en toda su dimensión cuantitativa y cualitativa[87], así como con la procura, lógicamente, de la máxima sensibilidad por razón de su específico objeto. Es por ello que, acertaría a definirlo nuestra doctrina, la problemática de la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídico–privadas, desde luego, simboliza algo más que un mero esclarecimiento de su genuino significado para este tipo de relaciones, por insertarse dentro del ámbito de un proyecto de sentido más amplio y general, referente a poner de relieve las funciones correspondientes a desarrollar por tales Derechos en el mundo de la postmodernidad [88] . Y ello, al venir la *Drittwirkung* a representar más bien, algo así como un nuevo "horizonte hermenéutico", postulando implicar la lectura completa y constantemente renovada de la orientación de las normas constitucionales de carácter definidor de los Derechos y garantías iusfundamentales[89].

---

[86] Según admite Dieter GRIMM, la "actividad estatal moderna ha alcanzado, entre tanto, tal grado de complejidad que ya o es posible preverla de manera completa; tampoco gobernarla legalmente sino de manera limitada", *Constitucionalismo…., op. cit.*, p. 40.

[87] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan….?", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 269.

[88] Por todos Gianni VATTIMO, *El fin de la modernidad – Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*, Gedisa, Barcelona, 2007 (la primera edición italiana data de 1985), *passim*.

[89] Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cívitas, Madrid, 1986, pp. 140-142. Por añadidura, el fuerte componente ideológico que concierne al asunto la *Drittwirkung*, ha sido subrayado en muy diversas ocasiones, aspecto al que remitimos, fundamentalmente, a Walter LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck Verlag, München und Berlin,

Detrás de la vorágine y sucesión de eventos cotidianos en cuya especie de magma moramos, la composición de las relaciones jurídicas fundamentales establecidas dentro del ámbito del Estado Social y Democrático, puede observarse de conformidad a la alteridad de una racionalidad articulada y hecha explícita, básicamente, a través de la formalización de tres formatos esenciales y de algún modo ligados entre sí: 1º) Relación individuo–Estado, tendente a una abstención surgido el intento de asegurar la realización de los Derechos Fundamentales dentro de la esfera de protección privada; 2º) Relación Sociedad (individuos, grupos, organizaciones sociales)–Estado, que comporta derechos a acciones negativas o positivas a cargo de los poderes estatales, en orden a lograr la eficacia de los Derechos Fundamentales individuales o sociales; 3º) Relación particular–particular, sean ellos personas físicas o jurídicas.

Con lo cual, estamos ante un problema de significado cardinal suscitado a los ordenamientos positivos y jurisdicciones de los distintos Estados democráticos, así como también para los de organizaciones supra e interestatales, los cuales carecen en su inmensa mayoría, referido a la respectiva Constitución normativa o Norma Suprema, de soporte textual específico con la finalidad de ofrecer algún tipo de solución con respecto a la temática comprensiva de la eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales[90]. Siendo así que es factible

1960, pp. 396 y ss. Y, asimismo, puede verse muy claramente la misma idea expuesta por Roman HERZOG, *Allgemeine Staatslehre*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1971, pp. 392-393; resultando muy expresivo también Herbert KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed., Kohlhammer Verlag, Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz, 1966, pp. 527 y ss.

[90] Este reconocimiento se pone de manifiesto de manera patente en Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales….*, *op. cit.*, p. 13. Por lo referido al constitucionalismo europeo, la excepciones pueden considerarse el artículo 18.1 de la Constitución de la República Portuguesa: "Los preceptos constitucionales referidos a los Derechos, Libertades y Garantías son directamente aplicables y vinculan a las entidades públicas y privadas"; el artículo 35.3 de la Constitución Federal de la

afirmar, con Albert BLECKMANN, la *Drittwirkung* representa ya la función primaria de los Derechos Fundamentales [91], pues si bien continúa aún abierta la discusión inherente a cuál es la teoría de la *Drittwirkung* más adecuada, recibe aceptación casi incuestionablemente, la tesis de que los Derechos Fundamentales despliegan algún tipo de eficacia, planteadas las relaciones intersubjetivas en términos conflictuales [92]. Y tampoco encaja el tema, obvio es, dentro de las denominadas decisiones constitucionales previas, expresión que aun remitiendo a un concepto poco claro, resulta susceptible entender por las mismas, aquellos supuestos en los cuales la solución de una controversia jurídico–constitucional está decidida previamente a cargo de la Constitución, si para todo aquel que se atiene a la *Norma Normarum* y también a las reglas de argumentación jurídico–constitucionales, no puede existir ninguna duda concreta, estimada su corrección[93].

Confederación Helvética, de 18 de abril de 1999: "Las autoridades velarán para que los Derechos Fundamentales, siempre que se presten para ello, también se respeten en las relaciones entre particulares"; y el artículo 17.3 de la Constitución de la Federación Rusa: "El ejercicio de los Derechos y Libertades del hombre y del ciudadano no debe infringir los derechos y libertades de las demás personas".

[91] Albert BLECKMANN, "Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 103, 1988, p. 942. Enlazando así con opiniones más clásicas como la de Kurt BALLERSTEDT, quien la situara como problema cabecero de los Derechos Fundamentales, "Wirtschaftsverfassungsrecht", en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Band III, 1 Halbband, edición de Karl–August Bettermann / Hans–Carl Nipperdey / Ulrich Scheuner, Duncker& Humblot Verlag, Berlin, 1958, pp. 1 y ss, en especial pp. 59 y ss. En términos prácticamente idénticos Roman HERZOG, *Allgemeine Staatslehre….*, *op. cit.*, p. 391. En similar conclusión, según Ingo AUGSBERG–Lars VIELLECHNER, constituye el problema estructural por excelencia de los Derechos Fundamentales, "Die Drittwirkung der Grundrechte als Aufbauproblem", en *Juristische Schunlug*, 2008, pp. 406 y ss. Y, en fin, para no fatigar, Gerrit MANSSEN hará alusión al "problema especial" de la *Drittwirkung* en la trama de la dogmática de los Derechos Fundamentales, *Staatsrecht* II – *Grundrechte*, 13ª ed., C. H. Beck Verlag, München 2016, p. 32.

[92] Albert BLECKMANN, "Neue Aspekte….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 946. En similares términos, expone Robert ALEXY cómo es aceptada actualmente por la generalidad, "que las normas iusfundamentales rigen en las relaciones ciudadano–ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal", *Teoría de los Derechos….*, *op. cit.*, pp. 510-511.

[93] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos…. op. cit.*, p. 496.

De acuerdo la línea argumentativa seguida, hemos de tomar muy en cuenta la advertencia formulada por José Joaquím GOMES CANOTILHO. Según nos dice el autor luso, la garantía de la eficacia social de los Derechos Fundamentales constituye, propiamente, un fenómeno complejo y exigente a la hora de su análisis, de tal modo que solo una metódica suficientemente diferenciada para áreas y sectores jurídicos diversos, va a revelar su aptitud para dar cuenta de las diversas facetas del problema[94]. Y el mismo autor continúa relatando la idea de la *Drittwirkung*, o de la eficacia inmediata de los "derechos fundamentales dentro el orden jurídico–privado, en cierto modo, el proyecto de la modernidad, esto es, la modelación de la sociedad civil según los valores de la razón, la justicia y el progreso del Iluminismo"; de otra parte, también debemos plantear la interrogación acerca de si este código de lectura no estará irremediablemente comprometido por las concepciones múltiples y débiles de la posmodernidad[95]. Entre nosotros, vienen a concluir sectores doctrinales de igual manera que, sea en el plano doctrinal, ora naturalmente respecto de sus resultados prácticos, la discusión dista de estar clausurada. Ahora bien, sí podemos entender la existencia –y aún ha de radicalizarse la comprensión– de un amplio acuerdo consistente en la aceptación de que a los Derechos Fundamentales es inevitable reconocerles alguna suerte de vigencia social; obvio es, sin perjuicio de las diferencias existentes entre la

[94] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria.…*, *op. cit.*, pp. 1293 y ss.

[95] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? – A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós–Moderno", en *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, edición de Eros Roberto Grau / Willis Santiago Guerra Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 2001, p. 114.

vinculación de los Derechos Fundamentales para los poderes públicos y aquella a la que han de sujetarse los sujetos privados[96].

C) Delimitación en sentido más estricto de la problemática objeto de análisis.

Previo a proseguir, conviene perfilar al objeto de ir haciendo aún un poco más explícita la intención perseguida por nuestras reflexiones. Porque, en primer término, resulta obligado discernir entre los efectos de los Derechos Fundamentales afectantes a las normas de Derecho Privado, su aplicación y desarrollo, y el interrogante de comprender, sí, cómo y con qué intensidad, los mismos particulares se topan vinculados material y jurídicamente, a los Derechos Fundamentales[97]. La segunda cuestión se erige, propiamente, en el objeto de la disputa correspondiente a la denominada eficacia de las normas de Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, y es esta, la profusamente debatida materia (fuera de nuestras fronteras nacionales, porque aquí la hemos tratado poco) acerca de la cual intentaremos centrar nuestro hermenéutico–retórico y "prudente" cometido[98]; aunque, dada la relación entre ambas, ocasionalmente deberemos hacer alguna remembranza a la primera cuestión.

En esencia, nos proponemos realizar una tarea de sistematización acerca del incógnito motivo objeto de introspección, así como de los diversos aspectos más estrechamente vinculados, a propósito de concretar una sentencia armónica con aquella entendemos constituye la concepción de Dignidad humana propia del Estado Democrático y Social de Derecho, esto es, de la imagen constitucional del ser humano y de la

[96] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan….?", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 270.

[97] Acerca de la distinción, Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 109.

[98] Gianni VATTIMO, *El fin de la modernidad…., op. cit.*, p. 129.

comunidad política subyacente a los ordenamientos jurídicos democráticos. Rasgos todos ellos, muy expresivamente articulados por medio del texto del artículo 10.1 de la C.E., al elevar los Derechos Fundamentales a una de las bases legitimadoras del orden estatal–social, por el hecho de erigirse, reiteramos con la letra del precepto, en "fundamento del orden político y de la paz social".

Por consiguiente, el asunto elegido a efectos de investigación, es el de la adscripción material de los particulares a los Derechos Fundamentales tocante a las relaciones jurídicas que mantengan entre sí. Y la pretensión anhelada, fácilmente resultará comprensible, no es la de presentar una cerrada resolución original y definitiva, relativa a un dilema candente, conforme venimos diciendo, en el transcurso de cuya discusión han intervenido y siguen participando descollantes juristas; sin embargo, van aportando soluciones distantes aún de ser concluyentes, o estar suficientemente cerca de finalizar y eclosionar arrojando una respuesta satisfactoria [99]. Además, conforme sostiene acertadamente Claus–Wilhelm CANARIS, por su especificidad, la temática resulta muy "apropiada a fin de un debate que venga a sobrepasar las fronteras de los ordenamientos jurídicos nacionales", de manera que estamos compelidos a ser capaces de practicar y percibir la utilidad de un "diálogo cada vez más abierto a modelos transnacionales y estructuras argumentativas de

[99] Peter A. WINDEL, quien mantuviera hace unos años que la discusión sobre la influencia de los Derechos Fundamentales en el ámbito del Derecho Privado no ha conducido a soluciones satisfactorias, aunque todos sus aspectos concretos relevantes parecen haber sido debatidos, "Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts", en *Der Staat*, Band. 37, 1998, p. 385. Asimismo, da cuenta del intenso debate y de la pluralidad de publicaciones que el tema ha suscitado fuera de nuestras fronteras, casi desde la inmediata postguerra, Pedro CRUZ VILLALÓN, "Derechos fundamentales….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 218. O, por ejemplo, Leonardo GARCÍA JARAMILLO: "La eficacia horizontal, o hacia particulares, de los derechos fundamentales constituye una de las cuestiones más controvertidas en el derecho público contemporáneo, particularmente en la edificación y paulatina consolidación de la dogmática de los derechos fundamentales", "Los argumentos del Neoconstitucionalismo y su recepción", en *El canon neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell / Leonardo García Jaramillo, Trotta–Instituto de investigaciones jurídicas–UNAM, Madrid, 2010, p. 228.

cuño universal"[100]; por adicción, tratándose de un complejo temático de singular relieve y actualidad en el escenario jurídico internacional[101]. Por añadidura si cabe, al centrar la reflexión sobre un asunto atinente a la hermenéutica de los Derechos Fundamentales y, como consecuencia, de carácter asimismo "principialista" por esencia, valga para la materia, la decidida afirmación debida a Josef ESSER, alusiva a la sorprendente y sustancial semejanza puesta de evidencia, por las instituciones jurídicas de las "más diversas estructuras nacionales y raíces históricas", claro está, comprendidas "desde el ángulo de los principios generales determinados por los problemas"[102]. Ahora bien, maticemos que ni el autor precitado ni nosotros, pretenderemos en momento alguno arrancar del problema (hasta aquí, de acuerdo, como nos enseñara Bernd JEAND`HEUR), y continuar acompañados con el modo de pensar aporético, que también arranca del mismo punto, ese seguimiento posterior no; porque al proseguir la forma de pensar y actuar aporética, para el mejor de los supuestos, continúa sometiendo el problema a "una serie de perspectivas múltiples, a una fusilería de tópicos: bien de carácter común, vale decir, aplicables a cualquier disciplina, bien de carácter propio, esto es, específicos de una disciplina determinada"[103]. Inclusive podría admitirse, seguir de la mano de una variante de la

[100] Claus–Wilhelm CANARIS, aunque también ha advertido acerca de que la problemática de la disputa sobre la relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado carece de término, "Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts", en *Juristische Schulung*, núm. 3, 1989, p. 161.

[101] Claus–Wilhelm CANARIS, "Drittwirkung der gemeinschaft rechtlichen Grundfreiheiten", en *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, edición de Hartmut Bauer / Detlef Czybulka / Wolfgang Kahl / Andreas Voßkuhle, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, pp. 31 y ss.

[102] Josef ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatsrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1956, p. 15.

[103] Por todos, Rodrigo FERNÁNDEZ DE CARVAJAL GONZÁLEZ, *El lugar de la Ciencia Política*, Servicio de Publicaciones de la Universidad, Murcia, 1981, p. 148.

"topika", por ejemplo, según la corriente puesta en práctica por el *problemdenken* de Theodor VIEHWEG[104]; pero esto ya es otro cantar.

Con todo, nuestra pretensión es bastante más modesta, por demás, la actualmente a nuestro alcance, como es la reflexión crítica more kantiano, vale decir, estar en todo momento motivados por la "curiosidad", por el primitivo deseo de "ver lo extraño, lo desconocido"; a saber, "de oír hablar de experiencias y de resultados". O, dicho con otras palabras, trataremos de experimentar la sensación del desarrollo de nuestra autoconciencia, con la finalidad de acercarnos a la "aprehensión de lo real", conocer los distintos modos "de investigarlo, del sentido de cada una de las formas del saber, y de la construcción mental de las posibilidades"[105]; intentaremos contemplar participando, para decirlo con expresión gadameriana. En fin, procuraremos caer las menos de las veces posibles, en la administración "de las decepciones" sobre la materia, e intentar, desde nuestras limitadas capacidades, convertirnos en un aspirante a "constructor de realidad social", porque, efectivamente, el Derecho nace con pretensión de vigencia[106].

---

[104] Véase la muy universal obra *Tópica y Jurisprudencia* de Theodor VIEHWEG, Cívitas, Madrid, 1962; nosotros, tenemos afortunadamente a disposición, la temprana (pública en alemán desde 1953) y excelente versión castellana de Luis Díez–Picazo y Ponce de León, de una obra bien difícil de trasladar a cualquier idioma. Desde luego, evita confusionismo sobre las corrientes tópicas, la muy recomendable lectura, pero reposada, de Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, Cívitas, Madrid, 1988 (para divertimento jurídico y otros, en ratos de ocio y no ocio, preferible consultar su blog).

[105] Karl JASPERS, *Die Idee der Universität*: *Für die Gegenwärtige Situation*, Springer Verlag, Berlin, 1923, p. 20, cuya primera lectura realizamos por la tan acertada como viva recomendación que nos hiciera el profesor Friedrich Müller. Casi un siglo después, en similares términos, y con un discurso de diagnóstico no precisamente optimista, Kurt SALAMUN, "Die Universität als Aufklärungs institution über antidemokratische Denkformen. Ist der humanitär demokratischen Bildungs auftrag der Universitäten zu Ende?", en *Abschaffung der freien Universität?*, edición de Stephan Haltmayer / Werner Gabriel, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2000, pp. 229-241.

[106] Al efecto, las finas reflexiones de Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA, *La imaginación jurídica*, Editorial Debate, Madrid, 1992, especialmente pp. 148-150; aunque, evidentemente, somos conscientes acerca de otras fuerzas también determinantes y constructoras de realidad con las que entra en alianzas y disputas (se adentra, creemos,

Adicionalmente a lo expuesto y de nuevo concordante con ello, los argumentos vertidos sobre la materia poseen relevancia y validez independientemente del ordenamiento nacional aplicable, obviamente, cernido al paradigma del Estado Social y Democrático de Derecho, cuyas estructuras usuales impulsan también un pensamiento constitucional común. Recordemos, por ejemplo, el modelo de constitucionalidad reflejado plásticamente por el artículo 6.1 del Tratado de Maastricht (1992) que instituyó la Unión Europea y rezara: "La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros" [107] ; los cuales, participan, conforme se ha expresado, de una cultura europea común [108] . Importancia atribuida hoy a los Derechos Fundamentales comprendidos a modo de elementos legitimadores de los sistemas políticos, según colocaría sobre el tapete bien a las claras la toma de posición del Consejo Europeo en la reunión celebrada en Colonia durante el mes de junio de 1999. Durante el transcurso de las sesiones, llegaría a hacerse la formulación expresa de que la protección de "los Derechos Fundamentales constituye un principio fundador de la Unión Europea y el presupuesto indispensable de su legitimidad". De ahí sea asimismo notorio que, esta toma de posición, vino a alentar un proceso cuya culminación se tradujo en la elaboración de la actual Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual reafirma:

---

en una "relación de relaciones"), aunque lleva mucha razón el autor respecto de que el Derecho define lo jurídico, y…. lo antijurídico; pero, a veces, fracasa.

[107] Sobre la existencia de un fundamento constitucional común en el continente europeo, nos parece un buen análisis el realizado por Alessandro PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino Società Editrice, Bologna, 2002.

[108] Alexander HOLLERBACH, "Globale Perspektiven der Rechts– und Staatsentwicklung", en *Freiburger Universitätsblätter*, Heft 111, 1991, pp. 23 y ss.

"Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión se funda sobre los valores indivisibles y universales de dignidad humana, de libertad, de igualdad y de solidaridad; ella se basa (reposa) sobre el principio de la democracia y el principio del Estado de derecho"[109]. La Carta no fue incorporada directamente al Tratado de Lisboa, pero el artículo 6, apartado 1, del TUE la atribuye carácter jurídicamente vinculante, confiriéndola así el mismo valor jurídico que los Tratados. Por su parte, el vigente artículo 2 del TUE, estable que "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una Sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. En cuanto al Artículo 6.3 del Tratado de Lisboa de 2007, eleva las tradiciones constitucionales comunes a verdadera fuente de Derecho de la Unión, al venir a disponer: "los Derechos Fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales"[110].

---

[109] "*Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l`Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d`égalité et de solidarité; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l`État de droit*".

Para un buen resumen acerca del proceso de elaboración de la Carta y el alance de sus efectos en los primeros momentos, Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, "La protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5. 2001, pp. 334-338.

[110] El enriquecimiento problemático de los Derechos en los países de la Unión, ha sido bien sintetizado por Teresa FREIXES SAJUÁN, "Els drets fonamentals en perspectiva multinivell. Reflexions entorn dels seus efectes", en *Revista catalana de dret públic*, núm. 50, 2015, p. 32-41, recuerda convenientemente, que El Tratado de la Unión Europea de Lisboa, reproduce la lista de valores de la Unión, y refuerza el procedimiento de sanción por infracción de valores, artículo 2 i 7 TEU. Dispone el Artículo 7 (antiguo artículo 7 TUE) 1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus

Al empuje ciudadano, disponemos así de la base indispensable para la construcción de una genuina "*Grundrechtsdogmatik*", que conforme la "*Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrags*", es decir, del único futuro

miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro, referente a la violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones. El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos. 2. El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones. 3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.

A su vez, la cláusula de apertura del sistema constitucional español de Derechos Fundamentales al ámbito transnacional e internacional de Derechos Humanos, contenida en el artículo 10.2 de la C.E., ha dado lugar a decisiones de nuestro Tribunal como la expresada por la clásica STC 78/1982, de 20 de diciembre y algunas otras, cuya teleología recoge la STC 236/2007, de 7 de noviembre, en la cual podemos leer: reviste "especial relevancia «la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7)"; de modo que las normas constitucionales iusfundamentales deberán ser asimismo interpretadas sin poder prescindir de la hermenéutica acerca de los Derechos Fundamentales, desenvuelta por los órganos de garantía establecidos a través esos tratados y acuerdos internacionales referenciados por el precitado artículo 10.2 de la C.E., por todas, STC 116/2006, de 24 de abril. Tratados que entendemos han sido definitivamente consagrados por nuestro Derecho positivo de superior rango normativo a la Ley, pues así dice entre otras alusiones a esa superioridad de rango la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales, por medio de su artículo 31: "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional"; mientras el artículo 29 contiene un inequívoco mandato, de conformidad con el cual: "Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados".

europeo posible; y venga a suponer la proscripción de toda "*Diskriminierung*", así como el logro del "*Arbeit für alle Freunde der Grundfreiheiten*" [111] . Un fundamento, este último, que debe ser consolidado y construido de nuevo por los ciudadanos, en vez de por los políticos y burócratas, a los efectos de lograr como realmente posible "*ein soziales Europa"*[112]; porque, de no ser construida de conformidad con estos términos, ¿para qué la queremos?.

De manera adicional, traducción de lo teóricamente *ut supra* citado, es de advertir que la problemática correspondiente a la vinculación de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales, desborda el espacio de los ordenamientos jurídicos estatales, aunque referente a tal aspecto, en principio, no vamos a extender nuestro estudio. Sin embargo, como modo de ejemplo cercano, vamos a recordar muy brevemente que la controversia ha sido planteada, asimismo, en la ilación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque también guarda silencio su texto al respecto. Pues bien, con carácter general, sostiene doctrinalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su opción por una especie de

[111] Christian CALLIESS, "Die Europäische Union als Rechts gemeinschaft – Überlegungenvordem Hintergrund der Staatsschuldenkrise in der Eurozone", en *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union – Deidesheimer Kolloquium 2012 zu Ehren von Detlef Merten anlässlich seines 75. Geburtstages*, edición de Christian Calliess / Wolfgang Kahl /Kirsten Schmalenbach, Duncker& Humblot, Berlin, 2014, pp. 63 y ss; en similar sentido, Thorsten KINGREEN, "Rezension von Axel Mühl: Diskriminierung und Beschränkung", en *Europarecht*, 2005, pp. 809-811, y vuelve a hacer referencia a estas cuestiones en "Vereinigte Staaten: Die Europäische Union im Lichte der Zäsuren des Föderalismus in den USA", en *Archiv des Öffentlichen Rechts*, Band. 141, 2016, pp. 485 y ss.

[112] Ulrich PREIS–Adam SAGAN, "Europäische Sozialpolitik nach Lissabon", en *Ein soziales Europa ist möglich –Grundlagen und Handlungs optionen*, Teil I, edición de Ulrich von Alemann / Eva G. Heidbreder / Hartwig Hummel / Domenica Dreyer / Anne Gödde, Springer Verlag, New York–Berlin, 2015, pp. 43 y ss. Hace poco más de un decenio, el actual presidente del Tribunal Constitucional Federal alemán, propugnaba una nueva Ciencia del Estado, a la cual esperarían dos fundamentales retos, uno de los cuales consideró, era el dar respuesta a la necesaria legitimación de las instituciones supraestatales (el otro, garantizar en mejor medida el pluralismo estatal), Andreas VOβKUHLE, "Die Renaissance der "Allgemeinen Staatslehre" im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung", en *Juristische Schulung*, 2004, especialmente pp. 6-7.

eficacia mediata de los Derechos Fundamentales, referente a las decisiones que sancionan a algún Estado en su condición de responsable, por haber otorgado a los ciudadanos amparo insuficiente –mediante una conducta activa u omisiva– cara a las actuaciones perjudiciales para sus Derechos, dimanantes de la conducta atribuible a otros sujetos privados. O bien, sea el caso, ante la falta de represión adecuada de la lesión producida y el deber de reparar por ello al titular del Derecho, esto es, sin haber participado los poderes públicos del Estado condenado directamente de la vulneración del Derecho Fundamental lesionado.

Justamente, la mayor parte de la literatura jurídica apunta hacia la estimación de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha procurado extender el Convenio a las relaciones jurídicas entre particulares, asintiendo de forma suave por medio de sus decisiones a favor de la eficacia mediata de los entre sujetos privados. Con todo, hay quien postula –y no son tan pocos– que esa eficacia ha concluido siendo reconocida más propiamente en sentido inmediato, toda vez el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*caso X and Y vs. Netherlands*, de 1985), semeja haber contemplado la exigencia de que los particulares reciban prevención y protección frente a los actos de otros sujetos privados, siempre y cuando tales actuaciones vulneren los Derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Conforme inferimos, para semejantes supuestos, el Tribunal Europeo inclina la balanza en favor de respaldar la tesis de que pende sobre los estados nacionales la obligación de aseverarse acerca de la preservación por los órganos judiciales estatales de los Derechos de la Convención, una vez los mismos sean inmediatamente ejercitados desde el tráfico jurídico–privado. Sin embargo, el TJUE sí ha dejado sentado la eficacia para las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares del Derecho originario europeo integrado por los Tratados, la Carta de Derechos Fundamentales de Unión y los principios generales a los que el Tribunal de Justicia Europeo

atribuya la cualidad de constitucionales, y lo ha hecho también con el Derecho derivado de aplicación directa, concretamente los Reglamentos, pues los mismos, gozan de "alcance general" conforme al artículo 288 TFUE, y serán "obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro", desde su publicación en el DOUE; pero descarta ab initio su alcance al Derecho derivado, concretamente para las Directivas, en sentencias como la dictada por el TJUE, Sentencia de la Gran Sala de 19 de enero de 2010, reiterando jurisprudencia previa, al venir a decir que la disposición clara, precisa en incondicional, contenida en una Directiva, cuyo objeto sea conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares, no puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entablado exclusivamente entre particulares[113]. Con todo, admite esa eficacia para la Directivas en supuestos de no discriminación por razón de edad[114]. Por último, ha dictado sentencias preocupantes, como la STJUE, de la Gran Sala, de 15 de enero de 2014, conforme a la cual: "debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, incluso una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares no puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entablado exclusivamente entre particulares (véanse la sentencias Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 109, y de 19 de enero de 2010, Kücükdeveci, C-555/07, Rec. p. I-365, apartado 46) (…) las disposiciones del artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por sí solo o en conjunción con las disposiciones de la Directiva 2002/14/CE (del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la

[113] Case-555/07, F. 46, Asunto: Seda Kücükdeveci contra Swedex GmbH. Puede verse sobre la cuestión la reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo 497/2016, de 8 de junio, de la Sala IV.

[114] STJUE de la Gran Sala, de 13 de septiembre de 2011, Case C-447/09, Asunto: Reinhard Prigge y otros contra Deutsche Lufthansa AG; STJUE, de la Gran Sala, de 19 de abril de 2016, Case C-193/15 P, Asunto: Dansk Industri (DI) actuando en representación de Ajos A/S contra Sucession Karsten Eigil Rasmussen.

que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, deben interpretarse en el sentido de que, cuando una disposición nacional de trasposición de esa Directiva, como el artículo L. 1111-3 del Código de Trabajo francés, es incompatible con el Derecho de la Unión, ese artículo de la Carta no puede ser invocado en un litigio entre particulares para excluir la aplicación de esa disposición nacional"[115].

Atendido lo mostrado mediante el punto de arriba, dista de ser un antojo, la necesidad de llevar a cabo la diferenciación entre la vertiente procesal, de acuerdo con la cual, resulta ser mediata la eficacia, toda vez únicamente los Estados son susceptibles de ser condenados por la violación del Convenio; y, de otra parte, la perspectiva material, de conformidad con la que puede revelarse defendible la eficacia inmediata, siempre y cuando comprendamos como desencadenante de la responsabilidad estatal, la anticipada vulneración del Derecho de un particular por el acto de otro sujeto privado[116]. A su vez, en este ámbito eurocomunitario, aparece citada la vinculación entre particulares de algunos preceptos de Derecho originario; y, por lo referido al Derecho derivado, asimismo está abierto el debate acerca de la eficacia directa *inter privatos* de las Directivas, *ad exemplum*, caso de las 2000/43/CE y 2004/113/CE, que parecen amparar la eficacia inmediata entre particulares del principio de no discriminación. Y es que, el desenvolvimiento de la praxis europea, nos posibilita observar con agrado, cómo la tesis de la eficacia directa de los Derechos Fundamentales para el tráfico jurídico privado, hace patente una pujanza

[115] Case C-176/12, Asunto: Association de médiation sociale (AMS) contra Union locale des syndicats CGT / Sr. Hichem Laboubi / Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône /Confédération générale du travail (CGT).

[116] Christian CALLIES, "Determinanten des Eigentums eingriffs in der Europäischen Union….", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 3 y ss.

práctica de tal perspectiva teórica, ritmo desconocido por lo tocante a los ámbitos de los estados nacionales[117].

Reduciremos, pues, el análisis de la eficacia de los Derechos Fundamentales tocante a la disciplina de las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares, a la esfera de las posiciones subjetivas iusfundamentalmente amparadas por las disposiciones constitucionales consideradas por nuestra doctrina científica mayoritaria como tales Derechos Fundamentales dentro de nuestro ordenamiento constitucional, toda vez es a las mismas a las que esencialmente viene referida la discusión. Así las cosas, dentro de la categoría de los Derechos Fundamentales, por su esencia y estructura, algunos deben también excluirse de la aplicación en las relaciones intersubjetivas, pues ya hemos advertido *ab initio*, resultan ser inoponibles frente a sujetos privados, al tener por destinatarios únicamente a los poderes públicos.

Efectivamente, hay Derechos Fundamentales cuyas derivadas demandas son susceptibles de ser dirigidas exclusivamente hacia el Estado, ante lo cual, resulta imposible extrapolar a partir de ellos reglas de decisión directas, aplicables a los sujetos privados. Son así, también en nuestro ordenamiento, invocables exclusivamente ante los órganos estatales; a título de ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva[118]. Intentado una identificación más completa, a mayor abundamiento, estarán los reconocidos por el artículo 23 de la *Norma Normarum* (sin descartar posibles vulneraciones a cargo de los particulares en algunos supuestos: secreto de voto, obstáculos al ejercicio del derecho de sufragio

[117] Así Anne RÖTHEL, "Grundfreiheiten und private Normgebung: Zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten auf Verbands normen", en *Europarecht*, núm. 6, 2001, pp. 908 y ss. Y, en similares términos, además de resumir brillantemente el *status cuestionis*, obviamente, hasta la fecha de su finalización, es de obligada consulta la citada monografía de Thorsten KINGREEN, *Die Struktur der Grundfreiheiten…., op. cit.*, específicamente para el tema pp. 192 y ss.

[118] Apuntaría Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Cívitas, Madrid, 1981, p. 57.

o al desempeño de un cargo público representativo); algunos de los consagrados en el artículo 24.2; el principio de legalidad penal (artículo 25.1); la prohibición de la tortura, o, en su caso, la misma pena de muerte (artículo 15); las garantías del detenido (artículo 17.2 y 3) o las expropiatorias (artículo 33.3)[119]. Sin perjuicio de todo lo previamente apuntado, no es ocioso recordar que nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que sancionar a "un trabajador con el despido por haber intentado el ejercicio de la acción judicial, representa una conducta vulneradora de la tutela judicial efectiva, que habrá de ser sancionada por los Tribunales con la nulidad radical de tal medida"[120]. Por su parte, alude Luis PRIETO SANCHÍS al derecho o no sufrir penas deshumanas o degradantes, y advierte acerca de que el mismo precepto también prohíbe los tratos deshumanos o degradantes[121]. En la misma línea de ideas, Pedro CRUZ VILLALÓN incluye la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio[122]. Igualmente, por su lado, considera Pedro DE VEGA que hay Derechos Fundamentales cuyas posibles colisiones apenas se generan en las relaciones entre particulares, es el caso de la libertad de enseñanza y la libertad de creación de establecimientos de enseñanza[123]. Además, el derecho de petición, también presente en nuestro ordenamiento jurídico, se incorpora para el portugués por José Joaquím GOMES CANOTILHO[124]. En último término, el derecho a la nacionalidad, las garantías del *habeas corpus* y del proceso criminal, del derecho de

[119] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan….?"…., *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 284.

[120] STC 7/1993, de 18 de enero; en el mismo sentido STC 14/1993, de 18 de enero.

[121] Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos…., op. cit.*, p. 207.

[122] Pedro CRUZ VILLALÓN, "Derechos Fundamentales….", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 224.

[123] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas….", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 273-274.

[124] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…., op. cit.*, p. 1288.

asilo y no extradición y expulsión, se insertan también dentro de esta categoría "iuspublicista"[125].

Divergentemente, hacen acto de presencia, Derechos Fundamentales cuya naturaleza intrínseca muestra haber sido claramente concebidos para desplegar eficacia dentro del terreno delimitado por las relaciones intersubjetivas, o expresado con otros términos, estamos ante trata de Derechos Fundamentales cuya aplicación inmediata dentro de la parcela jurídica propia de las relaciones intersubjetivas, es inherente a su propia estructura, esencia y características[126]; sin olvidar la existencia de enunciados de naturaleza iusfundamental, cuya polivalencia resulta incuestionable. Concordante con lo hasta aquí razonado, nuestra Constitución reconoce libertades de rango fundamental, cuyo ejercicio habitualmente discurre durante el decurso de las relaciones jurídicas entre sujetos privados; nos hacemos eco de los "derechos enunciados en el art. 28, cuyo ámbito natural de operatividad es el de las relaciones laborales". A mayor abundamiento, deberíamos añadir a los Derechos hasta aquí mentados, "los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que no son sino derechos de la personalidad constitucionalizados que mantienen su originaria eficacia *erga omnes*", y también "el secreto de las comunicaciones o la cláusula de conciencia (regulada por fin en 1997), que pueden invocar los profesionales de la información justamente frente a empresas en las que trabajan. En estos supuestos, puede decirse que el reconocimiento constitucional del derecho se identifica con la admisión de su eficacia frente a terceros. Esa eficacia formaría parte del contenido esencial del derecho fundamental indisponible para el legislador. La tesis de que el derecho de libertad sindical, el derecho de huelga o el derecho a la

[125] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais….*, *op. cit.,* p. 245, nota 36.

[126] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria….*, *op. cit.*, p. 1290.

intimidad es un derecho fundamental cuando se ejerce frente al Estado y un derecho de rango infraconstitucional cuando el sujeto obligado es el empleador o un particular no se sostiene"[127].

Por consiguiente, solo por lo afectado a los restantes derechos y libertades, permanecería abierto el asunto de la eficacia de las normas iusfundamentales para su aplicación en las relaciones jurídicas suscitadas entre sujetos privados. Con todo, si nos atenemos a los arquetipos ofrecidos por diferentes autores, observamos una disparidad de perspectivas, proyectadas a vencer las severas dificultades que conlleva determinar de inicio, cuáles derechos por su estructura y definición despliegan eficacia inmediata para la esfera de las relaciones intersubjetivas[128]. Porque, concretamente, aún proseguimos sin haber logrado articular un criterio claro, preciso, con la finalidad de llevar a cabo esa aquilatación *a priori*, lo cual únicamente será posible, por lo tanto, partiendo o practicando, una interpretación dinámica y actualizante de la Constitución[129], y convirtiéndose la confirmación de tal cometido, en la prueba de hallarnos ante tarea intrincada. Complejidad constitutiva, de otra parte, del considerando primero esgrimido en favor

[127] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan….?", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 284. En términos próximos José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…., op. cit.*, p. 245, nota 36, quien considera que es el caso del derecho de réplica y el de rectificación, del derecho de los periodistas en la orientación de los órganos de información, del derecho a huelga para la parte en que atañe al empleador, del derecho de asociación en su aspecto negativo, y de diversos Derechos respecto a los cuales se admite la acción popular.

[128] Alessandro PACE considera que la disciplina de cualquier relación, lo mismo entre sujetos privados, reside en las normas constitucionales cuando la estructura de esas normas lo consienta, *Problemática delle libertà costituzionali*, *Parte general*, 3ª ed., Cedam Editrice, Padova, 2003, p. 18.

[129] Resultando, efectivamente, que el ámbito iusconstitucional es el espacio jurídico más adecuado para una concretización actualizadora de la Constitución (¿cuál va a ser?), una vez resulta preciso considerar la necesaria repercusión de los cambios político–sociales en la valoración del contenido de las disposiciones constitucionales, José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…., op. cit.*, p. 1209.

de la vinculación inmediata de los particulares a los Derechos Fundamentales constitucionalmente previstos.

Atendido sea cuanto venimos expresando mediante los últimos puntos, sopesamos la preferencia de tratar de igual manera todos estos Derechos, obviamente, con exclusión de los que solo pueden ser oponibles frente a los poderes públicos, en lugar de trazar fronteras *prima facie*, de carácter artificioso para muy diversos momentos, entre Derechos que hemos de entenderlos de modo inevitable directamente vinculantes para su aplicación al tráfico jurídico privado, y Derechos respecto de los cuales esa delimitación carece de resolución con carácter previo. Para todos estos "demás casos", la cuestión aún permanece "abierta"; pues, inicialmente, la totalidad de los mismos están en condiciones de "conjugar ambas dimensiones y ser omnidireccionales", y por consiguiente, la calificación definitiva deberá efectuarse, de modo concreto, dentro del "seno de una determinada relación, y atendiendo a las circunstancias del caso"[130].

Puestas las cosas previas de manifiesto, juzgamos viable adelantar que, con independencia de la posición teórica a prohijar, salvo en contadas excepciones, la existencia de una vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales, al margen de cuál sea su forma y su alcance, ofrece actualmente pocas dudas. Y es que, más allá de lo apuntado *ut supra*, viene sosteniéndose cada vez con superior insistencia, la tesis de inmediato a reproducir: pese a entablar la disputa desde presupuestos desemejantes y operar mediante construcciones dogmáticas considerablemente diversas, las distintas teorías acerca de la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas entre particulares, no infrecuentemente (para bastantes posiciones así

[130] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan….?", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 284-285.

encuadras, siempre), arriban a desenlaces prácticos similares[131]; lo cual, necesariamente vamos a entrar a cuestionar con energía. Entendemos, pues, lamentablemente para el ciudadano sobre todo, son las cosas bastante menos flexibles de lo que por estas últimas y un tanto socorridas corrientes pretenden hacernos ver. O, en el mejor de los casos, que, precisamente en el Derecho Privado, resulta ser cierto lo de encontramos una y otra vez con posiciones jurídicas de difícil encaje. Pero si, en nuestra temática –y por extensión a la dogmática completa de los Derechos Fundamentales–, el factor **decisivo** de carácter **irrenunciable** es la **protección objetiva máxima de los ámbitos iusfundamentales**, por demás, prestada por la garantía constitucional (después de iusfundamentales, sobra decirlo), no debemos renunciar ni tan siquiera, a lo imposible[132].

[131] Así, por ejemplo, entre otros varios autores, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 325; Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…*, *op. cit.*, p. 511.

[132] Evidentemente, estamos apropiándonos de la "máxima holandesa", cuando menos, en su lucha frente a la mar: "lo difícil se consigue enseguida, lo imposible…..lleva un poco más de tiempo".

CAPÍTULO PRIMERO.

Enmarcamiento evolutivo histórico–funcional, de los Derechos Fundamentales

CAPÍTULO PRIMERO.

Enmarcamiento evolutivo histórico–funcional, de los Derechos Fundamentales.

1.1. Planteamiento.

Nos proponemos realizar una breve incursión acerca de la temática referida a la evolución seguida por los Derechos Fundamentales (y, únicamente, desde la perspectiva enunciada en el título del capítulo), arrancando desde la aparición de las primeras Declaraciones de los mismos hasta los momentos actuales (aunque solo sea por el hecho de que en las Ciencias sociales el pasado es presente, por todos, Hans–Georg GADAMER, salvada la debida contextualización social y política y los giros lingüísticos de la época) del Estado Social[1]; y con la finalidad de

[1] Es un leve apunte del conocimiento que nos ha sido inculcado acerca de que el jurista deber tener siempre, desde el principio, al menos algo de espíritu historiador, e ir paulatinamente adquiriendo la conciencia del filósofo hasta el punto en que la pueda adquirir. Claro, ya es mucho pedir, olfatear u otear, siquiera mínimamente algún legado de la Ciencia Teológica. Por si estos modestísimos papeles cayeran algún día en manos de un estudiante de Derecho durante el primer semestre de su aprendizaje, recordemos que tanto Rudolf SMEND como Carl SCHMITT, escribieron varias veces, que los conceptos jurídico-políticos son conceptos teológicos secularizados. El primero era teólogo antes que jurista, en todos los órdenes; el segundo, tampoco era un ignorante en Teología. Es más, hoy existe plena aceptación acerca de que la teología política culmina con la obra de Carl SSCMITT, que defiende a idea acerca de la existencia de una teología política entendida como soporte simbólico-religioso necesario para la legitimación y legalidad del poder político; por todos, dirá acerca del Estado que su concepto "ocupa, por lo referido al Derecho, una posición exactamente análoga a la que el concepto de Dios, en razón a la necesidad de realizar lo ético en el mundo, ocupa en la ética", *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen,* Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1914 p. 55.

De otra parte, en un artículo excelente e impecablemente escrito, debido a José Antonio PORTERO MOLINA, al analizar los comienzos de nuestro Derecho Político en el

salirnos de las puras formulaciones jurídicas, al objeto de tomar conciencia de "los fenómenos" a los que estas dirigieran su fuerza normativa[2].

Bajo este prisma, el objeto es el de vislumbrar las razones por las cuales durante la vigencia del Estado Liberal de Derecho clásico, con su preconizada separación entre Estado y Sociedad y la correspondiente escisión entre Derecho Público y Derecho Privado, no obra irrupción la problemática de una vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales, siendo concebidos estos en su función propia de protección de defensa de los individuos frente a las injerencias de los poderes públicos en el ámbito de su esfera personal de libertad; adquiriendo los Derechos, por lo tanto, únicamente relevancia en las

último cuarto del siglo XIX, mediante unas consideraciones que, adaptadas sin excesivo trabajo al contesto, servían aún de llamada de atención para los momentos actuales, y entre otras cuestiones destacaba lo siguiente. En primer lugar, muestra su satisfacción porque Manuel Colmeiro, aun "sin detenerse en abordar teóricamente los postulados del Derecho político y, marginando la dimensión filosófica", al menos, decantara su posición "abiertamente por una visión histórica de la disciplina", pp. 76-77. Sin embargo, de otro lado, una vez puesta de relieve "esta doble dimensión de la disciplina", añade el autor del artículo con una enorme dosis de realismo "lo que resulta ya más problemático es lo referente a la tercera de las perspectivas, la filosófico–histórica", (p. 80), pues "la Filosofía de la Historia del Derecho político, seguirá envuelta en el misterio, sin que ninguno de ellos acierte a desarrollar sus contenidos y a concretar sus resultados, o, en otras palabras, ocurre que, junto a la parte filosófica existe en los manuales la parte histórica, sin que nadie dé cuenta, en cambio, específicamente, de la ciencia resultante de la conjunción de las dos anteriores (pp. 80-81). Pero, sigue agregando, "No creo que se descubra nada nuevo si se dice que, en éste como en otros muchos temas, será Adolfo Posada quien, adoptando una postura más decidida y renovadora, entre otras notas que caracterizan su obra, aborde la cuestión de la tercera ciencia con un talante distinto, más moderno y capaz de señalar caminos nuevos a la doctrina española del Derecho político" (p. 84). Y, ahora, de su propia cosecha, prosigue diciendo que esta inclusión, es consecuencia necesaria "del afán de explicación que debe guiar al intelectual. Pero además, se trata de un afán por conseguir explicaciones profundas de los sucesos y de las cosas, lo que, sin embargo, no conduce a Posada a instalarse en la región suprema de la metafísica, sino más bien hacia la realidad en la que tales sucesos acontecen y en la que las cosas, las instituciones cobran su sentido" (p. 85); citas todas ellas extraídas de "Algunas cuestiones en el Derecho Político español. 1975-1980", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 13, 1980. A contrario, hay una publicación muy breve del padre de la Teoría Pura del Derecho, poco difundida entre nosotros que plantea, nada menos la siguiente posibilidad (puramente de conveniencia, claro), dejemos que hable ahora su título: Hans KELSEN, *Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung*, Julius Springer, Wien, 1928.

[2] Como oportunamente recomienda Gustavo ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, p. 133.

relaciones entre los individuos y el Estado, en cuanto límites materiales al poder de este.

En un segundo momento, examinaremos cómo la configuración del anterior modelo histórico de Estado es superada por otra ulterior concepción histórica surgida de la plena participación del individuo (de la Sociedad) en la actividad política, a saber, en el ejercicio del poder, dando paso al Estado Democrático y Social de Derecho, caracterizado por la ampliación creciente de las actividades y funciones estatales, dejando de ser el Estado un enemigo para pasar ahora a convertirse en el protector integral y global de los Derechos y Libertades del ciudadano. Y en el contexto de este nuevo tipo histórico de Estado, es de apreciar que los bienes jurídicos fundamentales ya no resultan eventualmente amenazados tan solo por la acción de los poderes públicos, sino que a estas amenazas y vulneraciones se unen las provenientes del propio seno de la Sociedad, principalmente las derivadas del ejercicio del poder social y de la opresión socioeconómica, lo que hace surgir la necesidad y el correspondiente desenvolvimiento de llevar a cabo una protección integral de los Derechos.

De este modo, se abre paso a la noción y a la praxis de una eficacia de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares, favorecida la nueva situación por el acogimiento junto a la vertiente subjetiva de la dimensión jurídico objetiva de los Derechos, que son definidos como el orden de valores objetivo a respetar y promover por el Estado (y también socialmente). Valores materiales que, de otra parte, irradian la totalidad del ordenamiento[3], considerando el principio de unidad del mismo, claro

[3] Doble carácter de los Derechos Fundamentales y efecto irradiación, reconocidos por primera vez en la sentencia dictada para resolver el caso *Lüth,* por el Tribunal Constitucional Federal alemán, el 18 de enero de 1958, BVerfGE 7, 198. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional acogió muy pronto la doctrina del doble carácter de los Derechos Fundamentales, por medio de la STC 25/1981, de 14 de julio, según vimos, y

está, incluido los sectores propios del Derecho Privado en los que son asimismo plenamente vinculantes, tomando así en serio el principio de la máxima efectividad de los Derechos Fundamentales en la totalidad del tráfico jurídico, e impidiendo que el Derecho Privado venga a conformar una "especie de gueto" enclavado al margen de la Constitución[4].

Así las cosas, son escasas las dudas suscitadas acerca de que el punto de partida para llegar a admitir la vinculación de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales viene dado a través de la superación, operada por medio de la consolidación del Estado Social de Derecho, de la concepción de los primeros propia del Estado Liberal clásico, en el que eran comprendidos como derechos encargados de confinar el poder estatal "a la protección y el ejercicio de la libertad individual"[5]; en definitiva, constitutivos de un mecanismo de seguridad infranqueable en orden a la tutela del individuo frente a las injerencias provenientes de los poderes estatales[6]. Por consiguiente, situados en la perspectiva del constitucionalismo actual, con independencia de la perspectiva adoptada dentro del conjunto de la variedad de tesis que han intentado resolver la problemática, resulta incuestionable la existencia de una vinculación de los sujetos privados (al margen de cuál sea su forma, intensidad y alcance) a los Derechos Fundamentales, con excepción de aquellos que debido a su naturaleza y contenido son exclusivamente oponibles frente a los poderes públicos.

---

ello con mayor facilidad, al estar contemplado expresamente por el artículo 10.1 de la C.E.

[4] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", en *A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, p. 121.

[5] Dieter GRIMM, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 2 y 29.

[6] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…", *loc. cit.* en *op*, pp. 117-118.

Por consiguiente, si como nos apunta Guillermo ESCOBAR ROCA, la función primera de todo científico "es dar claridad", esto es, alcanzar a "saber de qué hablamos y qué queremos decir, saber cuándo describimos, cuándo interpretamos, cuándo criticamos y cuándo proponemos cambios normativos", de lograr en este capítulo acercarnos un poco a tales propósitos, ya habrá cumplido con creces su finalidad[7], a modo de "tener conciencia del problema".

1.2. La emersión y funcionalidad de los Derechos Fundamentales durante el Estado Liberal.

1.2.1. Ideas previas.

El estadio actual de la discusión acerca de la eficacia de los Derechos Fundamentales en el ámbito jurídico privado, presupone el entendimiento de los cambios estructurales sufridos a largo de la historia por esos mismos Derechos, y que representan, por encima de todo, la ruptura con la teoría liberal clásica de los Derechos Fundamentales y sus elementos epistemológicos tradicionales, amén de su sustitución por el paradigma propio del Estado Social y Democrático de Derecho.

Esto es, la trayectoria histórica de los Derechos Fundamentales en el tránsito por la modernidad, se divide esencialmente en dos grandes fases, que se corresponden, recíprocamente, con el Estado Liberal y con el Estado Social y Democrático, evidenciando cada modelo una serie de características básicas, que han tenido y tienen relevancia importante en orden a la definición de la incidencia de los Derechos Fundamentales para su aplicación a las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos no

[7] Guillermo ESCOBAR ROCA, "Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud", en *Revista de Derecho Político*, núms. 71-72, 2008, p. 117.

estatales[8]. E incluso, en la actualidad, como consecuencia de lo que se considera la crisis y el agotamiento del modelo de Estado Social, se señala la aparición de un nuevo paradigma, aún en construcción y, por lo tanto, cuyos contornos están sin definir, en relación con el cual estamos obligados a estar muy atentos, al objeto de percatarnos del rumbo que vayan tomando los Derechos y tratar de influir en su dirección[9].

1.2.2. La incorporación de los Derechos individuales por las primeras Declaraciones liberales de Derechos.

1.2.2.1. Las Declaraciones anglosajonas de Derechos.

1.2.2.1.1. El proceso inglés de reconocimiento de los Derechos.

En el contexto histórico burgués–revolucionario y de asentamiento de un nuevo modelo de organización política, las Declaraciones norteamericanas, comenzando por la primera y más precisa, a saber, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, muy expresiva de las ideas agitadoras del nuevo tiempo bajo la inicial preparación de George MASON, contemplaban el problema de los derechos y libertades dentro del marco de la relación individuo–Estado, en el contexto de una realidad social menos compleja que la francesa[10]; pero con un acentuado pluralismo y superior grado de agitación e intranquilidad social al del panorama casi idílico que a veces se nos dibuja, sobre todo, a partir de 1765 con la aprobación en marzo de la *Stamp Act* (o Ley sobre el impuesto del sello), rechazada por las colonias

[8] Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2004, p. 19.

[9] *Ibídem.*, p. 19.

[10] Según explica Maurizio FIORAVANTI, en la tradición constitucional americana, se funden el principio historicista de derivación británica y el principio individualista–contractualista modelado por las ideas revolucionarias, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà: presuposti culturali e modelli storici*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1991, pp. 74-75.

en la Convención de New York, debido a la que fuera considerada incompetencia del Parlamento inglés al objeto de imponer impuestos sin autorización de las asambleas de las colonias.

Sin perjuicio de lo apuntado con anterioridad, como bien es sabido, todo este no podría ser comprendido con desconocimiento, naturalmente, del influjo de la Revolución Gloriosa inglesa (1688) muy respaldada por las ideas pactistas de John MILTON (partidario del tiranicidio universal) uno de los portavoces de los *levellers*, seguida del *Bill of Rights* (1689) que aporta nuevos y quizá primeros derechos, aunque inicialmente fuera planteada más bien como defensiva de las libertades existentes adquiridas durante un proceso evolutivo de cierta continuidad. Precedido así el *Bill* como estuvo de una serie de textos, entre los más representativos: la *Magna Charta Libertatum seu concordia Inter regem Johanem et Varones pro concesione libertatum* (1215)[11] con su referencia a los *liber homines* y a las *libertates, iura et concesiones* de los *homines in*

[11] Preámbulo de la Carta Magna.

Juan, por la gracia de Dios rey de Inglaterra, señor de Irlanda, duque de Normandía y Aquitania y conde de Anjou, al arzobispo, obispos, abades, condes, barones, jueces, [gobernadores] forestales, corregidores alguaciles [de policía], mayordomos, servidores y a todos sus bailíos [= funcionarios] y vasallos, saludos.

Sabed que, con el debido respeto de Dios y para la salvación de nuestra alma y de la de aquéllos, nuestros antepasados y [nuestros] herederos, y para loor de Dios y la promoción de su Santa Iglesia, y para el reordenamiento de nuestro reino, Nosotros hemos concedido y suscripto, conforme el consejo de nuestros venerables padres: Esteban, arzobispo de Cantórbery, primado de toda Inglaterra y cardenal de la Santa Iglesia Romana; Enrique, arzobispo de Dublín; Guillermo, de Londres; Pedro, de Wínchester, Jocelino, de Bath y Glastónbery; Hugo, de Lincoln; Gualterio, de Cóventry: Benedicto, de Róchester, obispos; el Señor Pandolfo, Subdiácono y Doméstico de nuestro señor el Papa; del Hermano Aimerico (Maestre [= Superior] de los Caballeros Templarios en Inglaterra); y de los ilustres Caballeros Guillermo Marshall, conde de Pémbroke; Guillermo, conde de Salísbery: Guillermo, conde de Warenne; Guillermo, conde de Arúndel; Alano de Gálloway, Condestable [jefe de Policía] de Escocia; Warin Fitz Gerold, Pedro Fitz Herbert, Huberto De Burgh (Mayordomo del Poitou); Hugo de Neville, Mateo Fitz Herbert, Tomás Basset, Alano Basset, Felipe D'Aubigny, Roberto de Róppesley, Juan Marshall [Mariscal], Juan Fitz Hugh y otros, vasallos nuestros.

Subraya la historiografía británica (al menos parte) la influencia en los defensores de la Carta Magna del *Tractus de Legibus et Consuetudinibus Angliae*, debido a Ranulfo DE GLANVILLE, y aparecido hacia 1190.

regno nostro[12]; la *Charta confirmationis regis Edwardi I* (1227)[13], recuerdo y confirmación de la anterior, y no firmada por Eduardo I sino apócrifa según Manuel GARCÍA-PELAYO; del *Statutum de Tallagio non concedendo* (1827), referido a las exacciones y tributos exigidos sin el consentimiento del reino; la *Petition of Rights* (1628)[14]; de las *Provisions of Oxford* (1258);

[12] No obstante, centrándose en el artículo 39 de la Carta Magna (protección frente a las libertades arbitrarias y la persecución vía pena, pero para ciertos estratos sociales o ciudadanos *optimo iurel*), arrancada por lo barones a Juan Sin Tierra más que concedida por este, como insiste Klaus STERN, tan solo consiste en una "*ständische–korporative Freiheitsgewährleistung*" de los barones tendente a recortar el poder del rey respondiendo a una lógica dualista, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Band. III/1, Verlag C.H. Beck, München, 1988, pp. 62 y ss, y 79 y ss. Insiste acerca de la idea de contrato, muy presente y aplicable a la Magna Carta, Hans-Peter SCHNEIDER, "Die Funktion der Verfassung", en *Einführung in das öffentliche Recht*, edición de Dieter Grimmm, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1985, pp. 4-5, especialmente. La Carta fue realmente un acuerdo con voluntad de futuro entre la Iglesia y el Estado, los barones y el rey, plasmada en 63 artículos, escrita y jurada a la orilla del río Támesis (en el prado de *Runnymede*, e inicialmente fueren hechas cuatro copias, con muy leves variaciones), cuyo artículo primero hace referencia a la libertad de la Iglesia cristiana respecto de la autoridad secular del rey, según el estudio de 1759 realizado por William BLACKSTONE (1723-1780), quien escribiera cuatro volúmenes de comentarios sobre las Leyes de Inglaterra entre 1765 y 1769, y en 1759 publicó *The Great Charter and the Charter of the Forest* [La Gran Carta y la Carta del Bosque], donde por primera vez aplicó el método de análisis comparativo que diera a conocer el monje Jean Mabillon, según documenta Marc BLOCH, *The Historian's Craft*, Manchester University Press, Manchester, 1954, pp. 81 y ss. Solo tras el 11 de septiembre de 1217, cuando fueron acordados los artículos de paz que pusieron fin a la Guerra Civil, Enrique III concedió una nueva Carta y también incluyó novedosos fueros del bosque. La Carta del Bosque extendía, ampliaba o corregía artículos de la Gran Carta, y por ello, ambos textos serían publicados como documento conjunto en 1225. Según Blackstone, la Carta del Bosque original, y todos los registros auténticos que había de ella, se habían perdido. Su propia publicación parte de un original hallado en la catedral de Durham, cuyo sello verde estaba aún intacto, conforme nos dice. Interpretaciones más entusiastas de la Carta Magna, caso de Paolo BISCARETTI DI RUFFÌA, *Diritto costituzionale: (Lo stato democratico moderno)*, Vol. I Jovene Editore, Milano, 1949, han defendido que, con todo, reconocía la existencia en el Estado de leyes y derechos concernientes a los ciudadanos que debían ser respetados también el rey, porque, de ser violados por este, ello hacía cesar la obligación de la fidelidad por parte de los súbditos y tal incumplimiento les facultaba para oponerse a la ilegítima voluntad regia.

[13] La Carta Magna fue varias veces confirmada, pero esta es la considerada más significativa. Dos años antes había sido confirmada por Enrique III, de la que es destacada la fórmula empleada: "*spontanea et bona voluntate nostra*".

[14] Formulada inicialmente por Edward COOKE (al parecer respaldada su formación sobre manera para el concepto de razón propio del *common law*, en buena medida, por la obra de Henry? DE BRATTON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, aparecida hacia 1250, e influida a su vez esta por Glanvill-e, paradójicamente el supremo asesor jurídico de Enrique III), quien mantuviera respecto de la Carta Magna que era una compañera, una igual (*fellow*) que nunca tendría soberano, para con posterioridad escribir: "no hay ley que justifique la tortura en esta tierra". Aunque fuera destituido por

las *Provisions of Westminster* (1259) ; del parcialmente vigente *Statute of Marlborouh* (1267); del *Agreement of the People* (1647, Convenio del Pueblo inclusivo de un *Bill* de Derechos y echado abajo por el *Rump Parliament*) y del *Instrument of Goberment* (1654)[15]; de la *Declaration of Rights* (1666); de la *Habeas-Corpus-Amendment-Act* (1679), proclamada por el Parlamento bajo Carlos V, cuyo título completo era "*An act for the better securing of the liberty of the subject, and for the prevention of imprisionments beyond the seas*", una ley para mayor seguridad de la libertad del individuo y para la prevención de encarcelamientos en Ultramar, que reivindicaba, bajo castigo con severas sanciones para los

su defensa del derecho común como *fundamental law* frente a la *equity* de la corona y al atropello de las viejas libertades y garantías inglesas al alimentar ya una idea clara de individualización de los derechos fundamentales, como *Chief Justice of the Common Pleas* [Juez del Tribunal Consuetudinario, el Tribunal tercero del país), siendo confinado a la Torre de Londres (1621), en 1628 solicitaron su ayuda para expresar la voz del Parlamento en la redacción de la *Petition of Rights*. Tomando como fuentes la Gran Carta inglesa de las Libertades (*the Great Charter of the Liberties*), las costumbres, las leyes *terrae* y los estatutos reales autorizados por el Parlamento, plasmaría, no obstante, la superioridad del Derecho común (*common law*, apasionadamente defendido por él) ante la Ley del Parlamento y por supuesto frente al rey, idea que habría de esperar su triunfo hasta las revoluciones coloniales, y que se daría la mano con la penetración del pensamiento de Hugo Grocio en las islas. Una vez aceptada por Carlos I (como bien se recuerda, posteriormente decapitado en 1649) no antes de varias vicisitudes; reivindicaba y reafirmaba principios tradicionales consolidados, algunos previamente simbolizados por la Carta Magna y viejos *Statutes*, sobre todo garantías judiciales, procesales y policiacas frente a los abusos y opresiones de la autoridad, especialmente contra las peticiones hechas al pueblo para los préstamos de dinero al rey, consagra el no establecimiento de tributos o gravámenes sin el consentimiento del Parlamento y cuya violación supondría un atentado contra el derecho de propiedad (derecho inalienable fuera de la autorización del Parlamento), la supresión de la ley marcial, la prohibición de detener y juzgar a alguien fuera de los casos previstos por la ley: "mediante el debido proceso legal", de modo que ningún hombre, cualquiera fuera su estado o condición, pudiera ser detenido o encarcelado, ni ser expulsado de sus tierras, o privado de sus derechos o de sus posesiones, ni puesto fuera de la ley o desterrado, ni privado de su posición de cualquier otra forma, ni usar de la fuerza contra él, ni enviar a otros para que lo hagan, sino en virtud de juicio lícito de sus pares o con arreglo a la ley del reino, ni ser desheredado, sin permitírsele la defensa en un debido proceso legal, en fin, incorpora una garantía contra cualquier intento de restringir el derecho de propiedad (declarado derecho fundamental por la Cámara de los Comunes en 1610), y junto a él también el de la herencia.

[15] Estos dos últimos, como bien es sabido, constituyeron intentos no logrados de dotar a Inglaterra de una Constitución escrita y jerárquicamente superior a la Ley, pero dejaron asimismo su huella, fundamentalmente el Instrumento de Gobierno de Oliver Cromwell, mucho menos avanzado que el primero, establece una dictadura militar provisional y temporal.

jueces y los funcionarios policiales y penitenciarios, el derecho de los ciudadanos detenidos por cualquier motivo, al objeto de que fueran puestos a disposición de Tribunal competente, dentro de un plazo no superior a 20 días, con la clara finalidad de poner límite a los arrestos y encarcelamientos arbitrarios[16]; de la *Indulgence Declaration* (1687), y de todo un conjunto normativo de naturaleza constitucional "en sentido material, que convierte a Inglaterra en el primer Estado Liberal de Derecho, un Estado en el que ya podemos apreciar una separación <<moderna>> de poderes, el reconocimiento de la primacía de la ley y la garantía de espacios de libertad para los ciudadanos"[17]. E, incluso, se ha matizado en superior medida, al señalar que la *Carta Magna* de 1215, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y el *Bill of Rights* de 13 de febrero de 1689, impuesto por el Parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange como paso previo para permitirle suceder al rey Jacobo II, si bien aparecen como conquistas del pueblo frente al poder del rey, no lo hacen al modo de derechos inherentes a las personas, pues, ciertamente, lo que establecen son obligaciones para quien detenta el poder sobre la Sociedad, con objeto de limitar las prerrogativas regias y proteger los

[16] Que es, a juicio de Julius HATSCHEK, donde por primera vez aparece el auténtico *pactum libertatis* así como el correspondiente concepto de garantía para los ingleses, si bien, la ruptura definitiva del pacto de vasallaje con el monarca desconocedor de ciertos Derechos, entiende es llevada a cabo a través del *Bill of Rights,* donde se reconocen los derechos de los ingleses, cuya infracción del contenido de las libertades era proscrita incluso para el rey, como bien demostró la Historia con Jacobo II, *Das Staatsrecht des vereinigten Königreich Grossbritannien und Irland*, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1914, pp. 284 y ss. No obstante, la *Petition of Rights* (1628) impulsada como dijimos por Edward COKE, reconoce el derecho del Parlamento respecto a la autorización para la recaudación de impuestos; y el *Habeas–Corpus–Act* (1679) confirma la protección frente a detenciones arbitrarias, imponiendo el apresamiento mediante orden escrita, y de no ser así, establece un plazo de veinte días para ser conducido ante el juez.

[17] Juan María BILBAO–Fernando REY–José Miguel VIDAL, *Lecciones de Derecho Constitucional* I, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 82. Más ampliamente, puede verse Gerard STOURZH, "Grundrechte zwischen Common Law und Verfassung. Zur Entwicklung in England und den nordamerikanischen Kolonien im 17. Jahrhunderd", en *Grund und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte. Beiträge zur Geschichte der Grund– und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, edición de Günter Birtsch, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1981, pp. 59 y ss.

derechos históricos; ahora bien, no se produce a través de estos documentos propiamente un reconocimiento de Derechos de los individuos[18]; y ello es verdad desde luego en su vertiente activa o libertad positiva, pero sí resulta cierto también que, mediante el último documento citado, el Parlamento pasa a dominar el escenario político, y los ciudadanos así como los parlamentarios elegidos por los miembros de la comunidad, van adquiriendo nuevos derechos y libertades individuales (libertad de expresión entre otros), además de limitar los poderes regios. Ahora bien, también puede entenderse que en 1689 se impone el principio de supremacía del Derecho, el principio de la *Rule of law* sobre todo los órganos estatales y por encima de todas las personas públicas y privadas, aunque las *Acts* del Parlamento son establecidas aún por acuerdo entre el rey, luego su gobierno, y las dos cámaras parlamentarias, y una vez adoptadas se imponen a todos incluidos los parlamentarios y el monarca[19]; da continuidad a una secular línea evolutiva jurídica de reglas tradicionales, algunas ya enunciadas por los textos normativos singulares vistos y datados de fechas muy diversas, ampliando y modificando algunas de esas reglas[20].

Por cuanto hace a Horst DIPPEL, según expresa, la regulación de "los derechos del Parlamento, realizada en detrimento de los del monarca, no se prestaba, desde luego, a equívocos. De hecho, más que una *Declaration of Rights*, era una Declaración de derechos del Parlamento lo

[18] Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Universidad Autónoma de México, México, 2003, p. 1.

[19] Jacques CADART, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, Tomo I, 2ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979, p. 18. Esta intención de supremacía del Derecho, aparece marcada en las disposiciones I y II del *Bill of Rights*, al declarar ilegal "el pretendido poder de la autoridad real de suspender y dispensar las leyes".

[20] Como documentos complementarios propios de la época que fueron incorporando nuevos derechos, suelen ser considerados: la *Mutiny Act* (1689); la *Toleration Act* (1689); el *Act of Recognition* (1690); la *Triennial Act* (1694); o el *Act of Settlement* (1701):

que el monarca debía admitir"[21]. Los Derechos ingleses se revelaban, ante todo, como Derechos del Parlamento, y solo, en un segundo momento, aparecían a modo de Derechos individuales de libertad[22]. De esta suerte, el proceso de construcción inglés de una Sociedad organizada "en torno a la libertad y a la propiedad data de la Revolución Gloriosa de 1668–1669", larvada desde hacía más de treinta años y desarrollándose con continuidad de manera gradual, "lo que no excluye, como es obvio, momentos de crisis y relevantes transformaciones"[23]. En ese sentido, introduce Walter BAGEHOT matizaciones cuando al referir que Inglaterra había dispuesto del "*minimun* de una revolución" debido a factores de diversa índole entre los que sobresale la oposición al absolutismo de la corona frente a cuyas prerrogativas enerva su oposición el *common law*, porque, realmente, se habían limitado a "cambiar legalmente de dinastía", y la autoridad del Parlamento defensor del derecho común pasó a tener su fundamento mediante el concurso conjuntamente de "los que de ordinario estaban por la monarquía y de aquellos que estaban en contra de ella", pero el "resultado fue de escaso valor durante largo tiempo"[24]. Referido a la posición expresada por Pedro CRUZ VILLALÓN, le va a resultar obligado aceptar que a partir propiamente de los grandes "documentos ingleses del siglo XVII (*Petition*

[21] Horst DIPPEL, *Constitucionalismo moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 25.

[22] Por todos en este sentido, Dieter GRIMM, "Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft", recogido en *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1994, p. 79.

[23] Pietro COSTA, "Derechos", en El *Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, edición de Maurizio Fioravanti, Trotta, Madrid, 2004, p. 56. Un buen resumen sobre estas consecuencias durante la etapa histórica de "La Gloriosa", puede seguirse en Nicola MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 143 y ss.

[24] Walter BAGEHOT, *La Constitución inglesa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 240; e incluso, con carácter antecedente, introduce otra matización importante, cuando señala que la libertad era previa a la Magna Carta, al puntualizar cómo "la libertad existía antes de esta Carta, y el derecho de votar los impuestos fue una consecuencia de ella y una prueba, pero no su fundamento", *ibídem*, 238.

of Right, Habeas Corpus Act, Bill of Rights) ya puede hablarse de unos derechos en el sentido moderno de la palabra, aunque bajo la forma de *common law* de los ingleses"[25]; comenzando por el derecho de libertad religiosa (o una aproximación al mismo), porque después de las luchas provocadas a causa de la Reforma, es sancionado como el Derecho Fundamental y primero del hombre, y reconocido como tal en la Inglaterra del siglo XVII[26]; aunque las cosas no fueran exactamente así para los católicos ni en estos documentos ni tampoco en el *Act of Settlemen* (1701), cuyas restricciones para la subida al trono de los católicos están aún vigentes. Durante el siglo XVII, más bien a su final, si en algún Estado podemos atisbar desde la perspectiva histórica algo próximo a la libertad religiosa real, sería Holanda, dónde los distintos credos religiosos lograron alcanzar un acuerdo de mínimos al objeto de no enfrentarse unos a otros, coexistiendo en un espíritu de tolerancias recíprocas que alcanzaba incluso a los practicantes de la religión judía; todo ello, como colofón de fuertes enfrentamientos religiosos previos. Los colonos norteamericanos de la generación revolucionaria conocían precisamente lo ocurrido en Holanda, ahora bien, sus actos fueron el dictado, ante todo, de su propia experiencia como colonias británicas, y serían realmente los primeros en formalizar esta libertad, al margen de sus escaramuzas más o menos fuertes al respecto[27].

---

[25] Pedro CRUZ VILLALÓN, "Formación y evolución de los Derechos fundamentales", en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 30. En el mismo sentido, incluso con considerables menos dudas, Carsten DOERFERT, "Freiheitsschutz nach englischem Recht", en *Juristische Arbeitsblätter*, 1997, pp. 255 y ss.

[26] Por todos, esta exégesis, de la que discrepamos, incluso podemos verla en la obra del positivista Gerhard ANSCHÜTZ, quien sostuviera también que es el inicial reconocimiento de un derecho producido en la Revolución de las Colonias de Norteamérica, "Religionsfreiheit", en *Öffentliches Recht der Gegenwart. Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Band II, edición de Gerhard Anschütz–Richard Thoma, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1932, pp. 675 y ss.

[27] Con todo, en la propia considerada Holanda, no es hasta la primera Asamblea nacional (5 de agosto de 1795) cuando se adopta la decisión de poner fin a los privilegios favorables a la Iglesia oficial. Y la Constitución de 1798, bajo la inspiración ya

1.2.2.1.2. Las Declaraciones de Derechos norteamericanas.

Centrándonos sobre las Declaraciones norteamericanas de Derechos, claramente recogieron las mismas los calificados Derechos naturales, inviolables, inalienables e imprescriptibles del ciudadano según las concepciones difundidas entre los constituyentes, y más o menos reconducibles a las teorías del iusnaturalismo individualista de John LOCKE y sobre todo de Willian PEN –"*great and primary Rights*"–, pero asimismo con muy notables influencias de Samuel PUFENDORF y Christian WOLFF[28], partiendo de la premisa de su no entendimiento

de las ideas del iluminismo, postula el valor de la religión y manifiesta: "El reconocimiento respetuoso de un Ser Supremo, que gobierna, fortalece los vínculos de la Sociedad y se recomienda vivamente a todo ciudadano", extendiendo la libertad y la igualdad a todas las religiones, al manifestar que "Cada ciudadano tiene libertad de religión según sus propias convicciones. La Sociedad otorga, bajo este punto, a todos una seguridad y protección iguales, con tal que el orden público, establecido por la ley, no sea perturbado por su culto público". Pero, realmente, viene entendiéndose que el salto cualitativo de la fundamentalización y constitucionalización de la liberdad religiosa, tiene lugar por primera vez en Norteamérica, siendo preciso tener a la vista que buena parte de los puritanos perseguidos, calvinistas y congregacionalistas, buscaban precisamente en las colonias norteamericanas del nuevo mundo un espacio de liberdad. Según observa Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, en las vísperas de la revolución americana la mayor parte de las colonias mantenía una religión oficial o una íntima relación substancial entre los planos político y religioso, jurídico y moral, más todavía se observaba un discurso teológico-político exclusivista, que protegía y sustentaba la confesión dominante, y al mismo tiempo proseguían discriminados los católicos, judíos y grupos puritanos minoritarios. Frente a ello, una importante alteración en el plano de los principios estructurantes de la comunidad política se produjo a partir de la Constitución Americana de 1787, más concretamente al establecerse luego dos cláusulas sobre la religión que sobrepasaban con mucho la mera tolerancia. La primera garantizando el derecho a liberdad religiosa, y, la segunda, consagrando el princípio de separación de las confesiones religiosas del Estado: *Free exercise clause* y *establishment clause*, respectivamente, parte del contenido de la primera enmienda. Respecto a la eficacia de ambas, solo fueron ganando gradualmente operatividad, ante la ausencia de una interpretación unánime e inequívoca y por la posición de los Estados federalistas que unían lo religioso a lo político. A luz de estas afirmaciones, el principio de la separación constituía una norma de competencia negativa, colocando ciertas situaciones de facto y de derecho, fuera del alcance de la intervención estatal; ideas extraídas de la obra del autor, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadáos*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

[28] Roman SCHNUR, *Die Erhlärung der Menschen– und Bürgerrechte*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964, pp. 39 y ss, aunque asimismo registraremos otras

como derechos puestos por el constituyente sino simplemente declarados a través del mismo, dibujando solemnemente a su través la fisonomía y esencialidad político-social de las inmediatas constituciones que promovieran y dieran lugar al inicio de un nuevo régimen político de carácter liberal-democrático.

Según la síntesis de las concepciones filosófico-políticas inspiradoras, los Derechos fueron entendidos como naturales racionales y primarios del individuo[29], vale decir, de carácter natural, innato, absoluto y eterno; la sociedad política, únicamente les reconoce y les protege. Eran, *prima facie*, espacios de inmunidad y libertad considerados "naturales"; dicho con otras palabras, pertenecientes a un Derecho de naturaleza independiente del puesto por los hombres, y, al

influencias. Al haber citado por vez primera a Christian WOLFF, es importante destacar que sus monumentales obras, entre las que seguramente sobresalen *Jus naturae scientifica pertractatum* (1744), e *Institutionis juris naturae et gentium* (1750), traen causa de aportaciones teóricas debidas a Gottfried Wilhelm VON LEIBNIZ (1646-1716), desarrolladas más sistemáticamente por el primero. Cuajan así las ideas de Leibniz acerca de los derechos innatos e inalienables del ser hombre, en la distinción entre el derecho "connatural" o "innato" (*ius connatum*), según Wolff, todo derecho emanación de la naturaleza del hombre, de su concepto y de su esencia, y la totalidad de los derechos fundamentados en una determinación accidental, de carácter azaroso y mutable, denominados derechos adquiridos o contractuales (*iura contracta*).

[29] Expresión clásica de John LOCKE, quien en su *Two Treatises of Governement* enumera como derechos primarios y reservados ante los que había de detenerse la voluntad común (pacto) la *liberty* y la *property*, entendida esta en sentido amplio, al comprender la propiedad como derecho natural irrenunciable, vale decir, la facultad de disponer de la libertad de ser propietario de su propia persona y libertad de actuación, así como de sus bienes (luego añadiría el derecho a la vida). A partir de estos dos derechos, en su forma de entendimiento por el Derecho natural inglés, se apoyaría la teoría económica liberal desarrollada por la escuela francesa de los fisiócratas (la existente ley natural del mercado, que de no haber intervención del poder, funcionaría a la perfección, teorizada por su fundador François Quesnay en 1758, y siendo los primeros en utilizar el método científico para realizar sus análisis), en el intento de trazar firmemente la órbita del poder y su relación con la libertad, vale decir, el magno problema político intemporal, por todos al efecto Hermann HELLER, y su insatisfacción frente a la ingenua fórmula kantiana que creyera encontrar la solución definitiva aupando al Derecho como conjunto de disposiciones limitativas de la libertad, a través de cuya observancia se produciría la coexistencia armónica, y a cuyas trasgresiones debía estar atento el Estado, *Las ideas políticas contemporáneas*, Editorial Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1930. Luego influirían en Jean Jacques Rousseau, a muchas de cuyas ideas diera el ginebrino la vuelta; y serían combatidas fuertemente por Alexander Hamilton, a través de su anatema frente a la idea de impuestos y renta sobre la tierra.

efecto, superiores y supra–ordenados[30], entendidos cual "*basis and foundation of Government*"[31]. Desde luego, la pretensión de la Declaración de Virginia expuso estos referenciados ideales, expresándose a la par tanto de forma un tanto mítica como al mismo tiempo racional, según viene a confirmar el devenir de los tiempos, aspecto en el que se ha porfiado suficientemente y, por razones de coherencia, es improcedente ahora detenernos más sobre ello[32].

Atendiendo a su carácter antiestatalista e individualista, pues, los Derechos del hombre no eran concebidos como un mero añadido, sino en cuanto Derechos naturales e innatos referidos al individuo habida cuenta de su condición de ciudadano inserto en una comunidad, es el aspecto a subrayar por Christian STARCK, quien considera que ello viene mostrado "incluso en sus expresiones lingüísticas. Así, los representantes del buen pueblo de Virginia reunidos en asamblea conjunta y libre declaran los

[30] Según Nicola MATTEUCCI precisa e insiste, la Revolución Americana confía a la misma Constitución, colocada por encima de la clase política (la cual es destituible), la tutela de los derechos individuales de libertad y participación, *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Il Mulino Società Editrice, Bolonia, 1987, *passim*.

[31] Preámbulo de la *Virginia Declaration of Rights* (1776).

[32] Para el sentido específico de la cuestión aludida en el texto, remitimos a la esclarecedora exposición de Winfried BRUGGER, "Stufen der Begründung von Menschenrechten", en *Der Staat*, Band. 31, 1992, pp. 19 y ss, especialmente aquí, pp. 22 y ss; pone el autor de relieve, cómo la mítica Declaración fue capaz de aunar la idea de universalidad de los derechos humanos, der una parte, y la particularista asertividad de reivindicaciones de culturas individuales, de otra, algo que nos debería servir de ejemplo actualmente en cuanto modelo adaptativo, para lograr una sociedad mundial de derechos humanos, partiendo de la resistencia de lo común a todas las cultura, que sería delimitado por lo razonablemente posible en todas ellas como "necesario", o, dicho de otro modo, lo que resultaría imprudente negar también por la totalidad; y lo considera factible, tal como se ha demostrado para la funcionabilidad de los sistemas económicos, políticos, científicos… hábitos de consumo, compatible con el respeto de estándares éticos y morales e incluso estéticos, considerados como estilos de vida más finos para el comportamiento diario, por comunidades o áreas sociales más pequeñas.

Igualmente, nos permitimos la remisión, por todos, a Ernst CASSIRER, al ser uno de los autores, de entre los conocidos por nosotros, más insistentes respecto de que una misma idea es susceptible de ser formulada de forma mítica y de forma racional, e incluso sostuvo , que ambas formulaciones pueden ser aunadas por medio de una única expresión, como puso de manifiesto en su obra póstuma (Enst Cassirer falleció en abril de 1945, en New York), *The Myth of the State*, Yale University Press, New Haven, 1946.

derechos que les pertenecen a ellos y a sus descendientes, señalándolos también como la base del gobierno (1776). El pueblo de los Estados Unidos estatuye su Constitución, entre otras cosas, para establecer la justicia, asegurar la paz interior, promover el bienestar general y proteger para sí mismo y sus descendientes los beneficios de la libertad (1787)"[33].

Siguiendo esta línea de principios, los representantes del Buen Pueblo de Virginia, dicen de sí mismos estar "reunidos en la Convención plena y libre, como derechos que les pertenecen a ellos y a su posteridad como la base y el fundamento de su gobierno". A su vez, el artículo primero de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia refleja tales ideas de los derechos naturales y universales del hombre (claro, desde postulados iusnaturalistas[34], y cristianos[35]), que conserva, como se

[33] Christian STARCK, *Jurisdicción constitucional y Derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 235. En el mismo sentido, pero con carácter más general, a través de la recomposición de los sistemas jurídicos partiendo del individuo, de su poder y de su voluntad, expone Marcel WALINE que toda *Déclaration des droits de l'Homme*, tiene un acusado marchamo individualista–funcional, *L'individualisme et le Droit*, Domat Montchrétien Éditions, Paris, 1945, pp. 375 y ss.

[34] Quizá las ideas iusnaturalistas tienen una de sus fundamentales vías de penetración a través de los escritos de John P. WISE, quien estaba a su vez muy influido por el citado Samuel Pufendorf, al que declara tener como fuente principal y guía para el tratamiento del Derecho natural, asunto del que se ocupa en su principal obra *A Vindication of the Government of New– England Churches*. Conforme teoriza, en el estado de naturaleza el hombre es libre, estando solo sujeto a sí mismo, y precisamente entra a formar parte de la comunidad con el fin de mejor proteger su libertad e igualdad natural. A este pacto de unión le sigue el pacto de sujeción, establecido con quienes les es conferida la soberanía en calidad de depositarios, los cuales se obligan a la tutela de la paz y del bienestar común, y, de otro lado, como contrapartida, los individuos adquieren la obligación de obedecerlos fielmente si su gobierno es conforme a las leyes. Asimismo, ha sido destacado el conocimiento de las ideas iusnaturalistas racionalistas de Jean Jacques Burlamaqui, a través de la recepción hecha por James WILSON. Respecto de los ideales democráticos referidos a la afirmación de la libertad individual y los límites de la autoridad de los gobernantes, insistiría particularmente Jonathan MAYHEW (*Observations on the charter and conducted of the Society for the Propagation of the Gospel in Foreign Parts*). Por su parte, John WINTHROP también deslizaría como parte de su doctrina que "ningún bienestar puede fundarse sino sobre el consentimiento", en tanto "los estados nacen de la aceptación voluntaria por parte de los ciudadanos de las normas y leyes dirigidas al bienestar común", y "los hombres no pueden estar sujetos a ninguna norma sino de conformidad con su voluntad y por el contrato", *A Model of Christian Charity* (1630), según documenta Francis BREMER, *John Winthrop: America's Forgotten Founder*, Oxford University Press, New York, 2003, y el propio Bremer valora cómo el autor describía lo que debiera ser el modelo de sociedad

ha indicado, pese a su entrada en el estado de Sociedad, al establecer con rotundidad y términos expresivamente categóricos: "Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y poseen ciertos derechos inherentes, de los que, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden por pacto alguno privar o desposeer a su posteridad, a saber: el disfrute de la vida y de la libertad, junto con los medios de adquirir y poseer la propiedad, así como el derecho a la búsqueda y logro de la felicidad y la seguridad". Una Declaración que, junto con el resto de sus homólogas americanas, requiere distinguir entre lo contenido "de «fundamentalización» o «iusnaturalización» y lo que en ellas mismas hay de «constitucionalización»", pues sus hermanas francesas únicamente van a compartir con las mismas "el momento de la «iusnaturalización», pero no así –al menos de forma lograda– el de la «constitucionalización»"[36]; cuando, propiamente, no se mostró tensión alguna entre Derecho Natural y Derecho positivo. Y el matiz diferenciador de la Declaración virginiana respecto de las predecesoras, indiquemos previo a continuar con este último aspecto suscitado, radicaba en su carácter por primera vez limitador del poder estatal, mientras las anteriores (desde el emblemático 1620, destacando con luz propia el Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts de diciembre de 1641 o *Massachusetts Body of Liberties*[37]) perseguían esencialmente la reducción de los poderes del soberano a fin de esquivar para los súbditos

puritana, derivando gran parte de sus ideas de una exégesis propiamente del Sermón de la Montaña.

[35] Como bien mantiene Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, "la posición iusnaturalista racionalista con influencia cristiana ha sido asumida por las declaraciones de derechos de fines del siglo XVIII en Norteamérica", *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 2; si bien, desde 1643 era reconocido para la colonia el credo anglicano con prohibición de todos los demás.

[36] Pedro CRUZ VILLALÓN, "Formación y evolución de los Derechos…", *loc.* en *op. cit.*, p. 33.

[37] Su fundamental importancia estriba en que hay ya un cuasi-reconocimiento de la libertad religiosa, y presta importante atención a los derechos de las minorías. Libertad religiosa en la que se avanzará mediante el *Acta de Tolerancia de Maryland*, de 21 de abril de 1649.

de la colonia algunos o varios tipos de arbitrariedad y, consecuentemente, lograr la protección de sus libertades correspondientes, al amparo también del derecho tradicional inglés[38], que

[38] De cualquier modo, recordemos que la idea del pacto (fundacional) *Covenant* o *Compact* como fundamento de la organización social y política de la comunidad, incluso precede al desembarco de los primeros puritanos en las costas americanas. El día once del mes de noviembre de 1620, a bordo del barco que les transportara, los llamados Padres Peregrinos (*Pilgrin Fathers*), estipularon el *Mayflower Compact*, así bautizado por ser el nombre de la nave a bordo de la cual navegaban por el Atlántico cerca de *Cape Cod* donde se firmara, y regitivo luego de la colonia de *Plymouth* (en recuerdo del puerto inglés del que partieran, y se unirían en 1691 a la colonia de Massachusetts): "En el nombre de Dios, Amén (…) Los presentes, solemne y mutuamente, en la presencia de Dios y unos con los otros, constituimos convenio y nos unimos en un civil Cuerpo Político para nuestro mayor orden y preservación y fomento de los fines antedichos; y por virtud de esto establecemos y aprobamos, constituimos y formamos, tales justas e iguales Leyes, Ordenanzas, Actas, Constituciones y Oficios, de tiempo en tiempo, según sea considerado muy propio y conveniente para el General bienestar de la Colonia; a la cual prometemos toda sumisión y obediencia". A partir de aquí, se han hecho muchas interpretaciones. Últimamente, va prevaleciendo en la propia historiografía norteamericana, la comprensión acerca de que la idea subyacente de Pacto de la Gracia establecido, estaba teniendo en cuenta el pasaje de la Biblia que nos refiere el pacto de Dios con Abraham (*Libro del Génesis XVII*): el fundamento de la autoridad se remonta a Dios, algo que aquí parece indiscutible punto de partida. De este modo, a través del Pacto de Gracia, la voluntad de Dios actúa por medio de la de los hombres, a quienes corresponde entonces la construcción voluntaria de la Sociedad y confiar el ejercicio de poder a los gobernantes del que estos son depositarios. El Pacto de Gracia, trasferido al ámbito político, legitima la voluntad de los hombres, porque constituye a esta en el instrumento de Dios para su actuación. A la postre, el Pacto de Gracia como fundamento del contrato social norteamericano, acentúa un perfil de este sensiblemente distinto del construido por las teorías contractualistas mayoritarias propias del iusnaturalismo europeo: arrancando casi imperceptiblemente de una premisa teocrática, opera su deslizamiento a una idea democrática de la Sociedad y del poder, reconociendo el principio de igualdad y el sufragio universal. De este modo, como sostuviera Pedro DE VEGA GARCÍA, según la tradición puritana, la fundación de las congregaciones religiosas libres, se hacía consensuadamente a través de un contrato firmado por todos los asociados, mediante el cual establecían las reglas del culto y elegían un pastor, y, de igual modo, los colonos norteamericanos de algunas colonias creyeron que, de idéntica forma, podían constituir y organizar libremente la comunidad política por medio de un pacto fundacional similar que adquiriría el carácter de verdadero pacto social, *La reforma de la Constitución y la Problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 31. Observaciones similares le harían concluir a Carl SCHMITT: "El derecho al error religioso, se ha transformado en fundamento del Derecho Constitucional". Referido a los considerados *Convenants*, han adquirido asimismo relevancia histórica importante las *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), la *Newport Declaration* (1641), el *Frame of Government of New Haven* (1643), o el *Frame of Government of Pennsylvania* (1682) muy influido por la ideas religiosas y políticas del cuáquero inglés William Penn y mediatamente por las de James Harrington (*Oceana*), además del citado *Massachusetts Body of Liberties* (1641). Dentro del modelo las *Charters* otorgadas por la Corona inglesa a un propietario singular, primero llamadas de Compañía y luego Reales, además del otorgamiento de la concesión, a pesar de su carácter privado, habitualmente incluían una serie de reglas para la administración de la colonia. La teoría del pacto social tomó cuerpo fundamentalmente a partir de la obra

poco a poco iría perdiendo relevancia. La Colonia, poblada por anglicanos, no introduce el reconocimiento de la libertad religiosa hasta el artículo 16 de la Declaración; la tolerancia religiosa para los credos cristianos había hecho aparición previamente en sentido propio, por medio un texto jurídico, a través del Edicto de Nantes (13 de abril de 1598), que recogiera la pretensión del rey Enrique de Francia, a fin de poner término a los conflictos religiosos, proponiendo fuera el Estado el encargado de garantizar la convivencia pacífica entre todas las religiones, pero con limitaciones prácticas aún evidentes para la religión reformada.

Ahondando a partir de las ideas expuestas antecedentemente, la especial trascendencia de la Declaración de Virginia, que tanto debiera asimismo a la teorización sobre *Common Sense* (1776) por Thomas PAINE sobre la bondad de separación de la colonia[39], no proviene tan solo de la circunstancia de ser una de las primeras aportaciones al constitucionalismo moderno, mantiene Horst DIPPEL, más bien lo hace "del hecho de que en él están asimismo enunciados sus principios básicos, cuya legitimidad jamás se ha cuestionado a lo largo de los dos

de Thomas HOOKER, nítidamente expuesta en su *Surrey of the sume of Church discipline* (1648), donde subrayaría la importancia del individuo, y teniendo mucho menos acogida en las colonias del Sur, muy inferiormente proclives a las ideas democráticas, en cuanto conservadoras de la tradición anglicana y realista.

[39] Thomas PAINE, *Collected Writings: Common Sense / The Crisis / Rights of Mano / The Age of Rea son / Pimples, Articules, and Peters*, edición de Eric Forner, Library of America, Nueva York, 1995, pp. 17, 33-34, 43; entre otras, sin poder olvidar su *Bloudy tenent of persecution for cause of conscience* (1644), [La expresión *common sense* ha recibido en inglés un doble significado: sentido común y sentido de lo común], documento divulgado por la totalidad de las colonias. Abogaba por la libertad de conciencia con apoyo en las Sagradas Escrituras y la formación de un Gobierno civil bajo el consentimiento contractual del pueblo, carente de jurisdicción en asuntos eclesiásticos. El autor, como es sabido, mostraba su desprecio por la Constitución no escrita inglesa (en contraposición a la veneración que la practicara Edmund BURKE, debido a la circunstancia de basarse en la evolución natural de los hechos y el desarrollo constante y progresivo de los Derechos), y tenía asimismo un sentimiento negativo respecto de la Carta Magna, por entenderla un despreciable documento feudal; sin embargo, a pesar de su antihistoricismo, rememoraba elogiosamente los fueros aragoneses (el Privilegio General y el Privilegio de la Unión, concedidos por el rey y limitativos de su autoridad, con remisión a las libertades de la tierra, y los Fueros de Sobrarbe), y el juramento prestado por sus reyes: "Nosotros, que valemos tanto como vos, os hazemos Rey, y Señor, con tal que nos guardéis nuestros fueros y libertades, y si no, no".

últimos siglos. Es decir, la soberanía del pueblo, los principios universales, los derechos del hombre, el gobierno representativo, la constitución como ley suprema, la separación de poderes, la imparcialidad del poder judicial, el gobierno limitado y el derecho del pueblo a enmendar y revisar la constitución. Estos diez principios fundamentales del constitucionalismo moderno están presentes en la Declaración de Derechos de Virginia, y, a lo largo de más de doscientos años, ninguna de las constituciones que han pretendido seguir los mismos han osado contradecir abiertamente ni siquiera uno solo de ellos, aunque también es verdad que no siempre los han incorporado en su integridad"[40].

Justamente por las razones apuntadas, la capital relevancia de la Declaración de Derechos de Virginia, desde esta perspectiva, estriba en haber sido la pionera a la hora de establecer "determinados conceptos y valores que más adelante se verían reflejados en las constituciones de los demás estados e incluso en la Constitución federal de 1787 y en sus primeras enmiendas, y, por extensión, en la mayoría de las constituciones modernas de los estados occidentales". Por consiguiente, es preciso reconocer a los representantes del Buen Pueblo de Virginia, el hecho haber sido los primeros en orden a mostrarnos el valor acerca de "cómo establecer un gobierno basado en la soberanía del pueblo y constituido estrictamente para el beneficio común"[41]; solo formalmente, porque sustancialmente es preciso esperar a la muy similar Declaración de Pensilvania y, más específicamente, a la Constitución de este Estado inspirada en la propia Declaración[42]. Y, asimismo, entendemos que

[40] Horst DIPPEL, *Constitucionalismo moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 186.

[41] Luis GRAU, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Editorial Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011, pp. 45-47.

[42] Para una mínima comparación de textos, el inicio de la Constitución de septiembre de 1776, es el siguiente: "Considerando que todo gobierno debe instituirse y mantenerse para seguridad y protección de la Comunidad como tal y para posibilitar que los individuos que la componen puedan disfrutar sus Derechos naturales y las demás

también debe atribuírseles el mérito de mostrarnos la senda por la que discurrirían los Derechos Fundamentales, en sentido general, viniendo a ser reflejados mediante un texto dotado de positividad[43]. Por consiguiente, conforme van arreciando los vientos de independencia, ha calado entre los colonos la idea de unas normas supralegales, con apoyo en las cuales así como en los derechos naturales que contienen, les legitima para oponerse a los impuestos exigidos por la metrópoli, combinando sus derechos con los postulados teóricos de Edward COKE, quien dedujera de la un principio general de la Constitución inglesa, de conformidad con el cual, la exigencia de nuevos tributos debía ser aprobada por los representantes de quienes fueran a soportarlos, y, así las cosas, no estaban obligados los colonos a sufragar los aprobados por el Parlamento inglés donde carecían de representación[44]. De ahí deriva su fuerte oposición a la *Stamp Act* (1765), reflejada en la *Resolutions of the Stamp Act Congress*, redactada por las colonias ese mismo año durante el Congreso de New York, rechazando el impuesto aun cuando reconocen todavía su sujeción al Rey, al Gobierno y al Parlamento inglés, pero

bendiciones que el Autor de la existencia ha concedido al hombre; y que cuando estos grandes fines de gobierno no se consiguen, el pueblo tiene un Derecho, con el consentimiento general, a cambiarlo y a tomar las medidas que considere necesarias para fomentar su seguridad y felicidad. Y considerando que hasta ahora los habitantes de esta Comunidad han reconocido su fidelidad al rey de Gran Bretaña únicamente a cambio de protección; y que dicho rey no solo ha retirado su protección sino que ha iniciado, y aún la lleva a cabo con total venganza, la más cruel e injusta guerra contra ellos, utilizando para tal no solo las tropas de Gran Bretaña sino mercenarios extranjeros, salvajes y esclavos, con la manifiesta intención de reducirlos a una total y abyecta sumisión a la despótica dominación del Parlamento Británico, además de muchos otros actos de tiranía (que se han explicado con más detalle en la Declaración del Congreso, por lo cual queda disuelta y finalizada toda fidelidad y lealtad feudal a dicho rey y a sus sucesores, todo el poder y autoridad procedente de él ha terminado en esta Colonia"; acerca de la radicalidad democrática de la Constitución de Pensilvania, José ACOSTA SÁNCHEZ, *Formación de la Constitución y Jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 79-83.

[43] Bodo PIEROTH, "Grundlegend zur Geschichte der Menschenrechte", en *Juristische Ausbildung*, 1984, p. 571.

[44] Manuel GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, *Derecho constitucional comparado,* Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 328-329.

reivindican al mismo tiempo sus derechos y libertades inherentes e iguales a los del resto de súbditos de la Corona.

En sintonía con las ideas reproducidas hasta ahora, merece recordarse que, la resolución de 2 de julio de 1776 del Congreso de Filadelfia, sería seguida dos días más tarde por la *Declaration of Independence* de 4 julio de 1776, sugerida por Thomas JEFFERSON[45], pero a partir de la premisa atinente a que los Derechos naturales del hombre pertenecen a todos como principios *a priori* derivados de la razón y el consentimiento, ante lo cual debían ser garantizados en cuanto constituyen los Derechos Fundamentales del pueblo norteamericano. Por ello, los redactores de la Declaración, a fin de justificar la ruptura con la metrópoli, en lugar de apelar a los principios constitucionales ingleses, a sus garantías y derechos individuales históricos, más concretamente, "al *common law,* a los derechos de los súbditos británicos o a las franquicias de la Constitución inglesa", lo hacen "exclusivamente <<a las leyes naturales y de Dios»[46]; y establecerían los siguientes fundamentos, expresados como recogemos: "Nos consideramos como incontestables y evidentes por sí mismas las siguientes verdades: que todos los hombres han nacido iguales, y que han sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables, entre los cuales deben colocarse en primer lugar la vida, la libertad y la persecución de la felicidad. Que los Gobiernos han

[45] Según Georg JELLINEK expuso, la "idea de consagrar legislativamente los Derechos naturales inalienables e inviolables no es de origen político, sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución, es en realidad un fruto de la Reforma y de sus luchas. Su primer apóstol no es Lafayette, sino aquel Roger Williams que, llevado de su entusiasmo religioso, emigraba hacia las soledades, para fundar un imperio sobre la base de la libertad de las creencias, y cuyo nombre recuerdan los americanos aún hoy con veneración", *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna*, traducción y edición de Adolfo Posada, Victoriano Suárez, Madrid, 1908, p. 169.

[46] Manuel GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, *Derecho constitucional…*, *op. cit.*, p. 331; para quien, a través de la Declaración, por primera vez, la "legitimidad jurídico-política racionalista hace entrada total y franca en la Historia".

sido instituidos entre los hombres para asegurar estos derechos, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados"[47].

Así pues, según da cuenta la Declaración, siguiendo la mejor tradición calvinista (específicamente puritana), de los Derechos naturales inalienables pertenecientes a todos, incompatibles con los derechos tradicionales, y originariamente otorgados por Dios, en tanto la tarea del gobierno creado por los hombres, tiene por objetivo garantizarlos y defenderlos[48]. El preámbulo de la Declaración dice también a su inicio que el fundamento de la Nación norteamericana viene constituido por "las leyes de la naturaleza y del Dios de esa naturaleza", frase tomada deliberadamente de los elegantes y sobrios escritos del sajón William BLACKSTONE (*Commentaries On The Laws Of England*)[49]; pues bien, "Las leyes de la naturaleza", reflejan la voluntad de Dios, revelada por Él en el mundo natural, esto es, "Las leyes de Dios en la naturaleza", referidas a la voluntad de Dios revelada por medio de las Sagradas Escrituras. Y el segundo párrafo de la Declaración mediante las frases: "todos los hombres son creados iguales" y "dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables", pone de relieve incuestionablemente que los fundadores creían en la versión bíblica del origen del hombre y muestra con superior claridad su afianzamiento en el Libro del Génesis. Para terminar invocando en su lucha por la libertad y la independencia

[47] Entre otros autores, destaca Louis HENKIN la enorme trascendencia que han tenido y siguen teniendo las ideas de Thomas JEFFERSON como verdadero crisol a efectos de la interpretación judicial de los Derechos Fundamentales de la Constitución norteamericana, *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990, especialmente p. 83 y ss. El mismo Thomas JEFFERSON a la hora de defender la *Declaration of Independence*, manifestaría: "*I have little doubt that the whole country will soon be rallied to the unity of our Creator, and, I hope, to the pure doctrines of Jesús alzo".*

[48] Subraya esta diferencia Mark C. TAYLOR, *Después de Dios. La religión y las redes de la ciencia, el arte, las finanzas y la política*, Ciruela, Madrid, 2011, p. 115, entre otros momentos.

[49] Así documentado por Stanley Nader KATZ, en la *Oxford International Enciclopedia of Legal Historia*, editada bajo su dirección, Oxford University Press, Oxford, 2009, de dónde hemos tomada esta y otras referencias e interpretaciones históricas reflejadas en el texto.

exclusivamente al "Juez Supremo del mundo", bajo cuyo nombre conducirán a su pueblo, de nuevo a la imagen de como Moisés dirigiera al pueblo de Israel hacia la libertad; no había, pues, rebelión alguna, sino cumplimiento del mandato divino de gobernar conforme a la Ley de Dios[50]. El origen de la comunidad política es, pues, un pacto, mediante el que esta (sus componentes) decide libre, racional y voluntariamente organizarse política y jurídicamente. Las colonias se convierten por esta vía en Estados independientes y reconocen los derechos naturales, inalienables e inherentes al hombre, incluido los derechos a la titularidad y ejercicio de los derechos políticos, a los que tanta relevancia otorgara Thomas Jefferson. Los Derechos sancionados por la Declaraciones americanas, sostuvo Felice BATTAGLIA, no son debidos por el individuo al Estado, sino correspondiente a su propia esencia humana, inviolable e inalienable, frente a las leyes inglesas que ignoran todo esto toda vez no hacen referencia alguna a un derecho eterno y natural, sino que invocan como su presupuesto el derecho nacional e histórico; el subrayado

[50] Expresiones e ideas aportadas por Samuel RUTHERFORD, pastor presbiteriano escocés del siglo XVII, quien apoyó su obra constantemente en el Antiguo Testamento, y por medio de su gran *Lex Red – The Law and the Prince* (1644), rechazó con ardor el postulado de que el rey de Inglaterra gobernara por Derecho divino, sosteniendo el principio del gobierno legal aplicable a todos los reyes de la totalidad de naciones, idea que el autor deriva directamente del Antiguo Testamento, concretamente, de la promesa hecha por Dios de un rey legal vinculado al pacto con el pueblo de Israel; y, desde luego, muestra conocer, a su vez, *Vindica contra Tiranos. Del poder legítimo del príncipe sobre el pueblo y el pueblo sobre el príncipe* (Basilea, 1579), de Stephens JUNIUS BRUTUS (¿Philippe Dulosis–Moray?), ahora en Tecnos, Madrid, 2008, y muy probablemente, casi seguro, *De regem et regis institution* (1599), de Juan DE MARIANA. Importantes pinceladas de la comparativa entre estas dos obras, pueden encontrarse en Harold E. BRAUN, *Juan de Mariana and Eral Modern Spines Politica Thought*, Ashgate, Aldershot, 2007, donde ajusta muy bien el autor las posiciones del propio Juan de Mariana, a quien de modo justificado se le ha atribuido específicamente la condición de última voz de unas tradiciones contractualistas medievales a punto de fenecer, y su condición de divulgador del principio de la Ley por encima del rey, pero olvidando más o menos deliberadamente, algo obvio, que su guía fundamental para sus construcciones es otra vez el Antiguo Testamento.

carácter de las Declaraciones americanas las aproxima en cambio a la Declaración francesa de 1789[51].

Existe, sin embargo, una diferencia capital entre la Declaración de Independencia americana y la Carta Magna, explicable por el tiempo histórico-concreto de elaboración y el carácter genético de uno y otro texto, o, en fin, el contexto socio-político al que iban dirigidos. El propósito de la Declaración, entre otros, fue justificar los poderes del Estado en relación con la guerra, la paz, las alianzas y el comercio; la finalidad de la Carta Magna era restringir los poderes del soberano. En cuanto a la Constitución de 1787, no incluyó precisamente en los momentos iniciales una Declaración de Derechos, pero lo hizo el 15 de diciembre de 1791 mediante las diez primeras enmiendas incorporadas a la versión original, que arrancaran del texto de doce presentado por James MADISON al Congreso (aprobadas por este el 3 de junio, y luego ratificadas por los Estados integrantes), ante la presión de los Estados independientes que se negaban a subscribir la federación si no eran protegidos los Derechos Fundamentales; de este modo, concluiría consolidándose un documento conocido como el *The Bill of Rights* norteamericano[52]. Y ese espíritu pactista sería básicamente asumido por la Convención de Filadelfia, como bien reflejara el propio presidente de la misma George WASHINGTON a la vista de las realidades políticas de la época: "Los amigos más cálidos y los mejores defensores de la Constitución no afirman que está libre de imperfecciones; pero las encontraron inevitables, y son sensatos al sostener que, si de ellas se derivara algún mal, debería buscarse el remedio".

---

[51] Felice BATTAGLIA, *La Carte dei diritti (dalla Magna Charta alla Carta di San Francesco)*, 2ª ed., edición a cargo de Felice Battaglia, Sansoni, Firenze, 1946.

[52] El borrador original de la *Declaración de Independencia* escrito por Thomas Jefferson en junio de 1776, se conserva como una *Carta de Libertades*, junto con la *Constitución de Estados Unidos* y la *Declaración de Derechos*, en la Rotonda de los Archivos Nacionales de Washington DC, inaugurada por Harry S. Truman en diciembre de 1952.

Con todo, a pesar de lo expresado hasta ahora, hemos visto la introducción en determinadas ocasiones (abundantes) de un matiz no siempre compartido, cual es nuestro caso. Nos referimos a la afirmación de que las Declaraciones de Derechos americanas, a pesar de "su revestimiento iusnaturalista, son estrictamente derecho positivo, emanado de una Convención producto de la soberanía popular y sometidas, en lo que a su subsistencia se refiere, a la misma voluntad popular expresada a través de su adecuada delegación"[53]. Pues bien, entendemos a contrario, según la estructura constitucional norteamericana finalmente dispuesta, y luego respetuosamente seguida en perspectiva histórica, el Poder legislativo ordinario encontraba un sólido fundamento a su capacidad de crear Derecho en el marco de las Libertades constitucionales reconocidas, y un fundamento tanto más eficaz y penetrante cuanto superior eran justiciables esas Libertades, esto es, cuanto más nítidamente fuesen esclarecidas las concretas posiciones subjetivas y existía un órgano judicial capaz de tutelarlas incluso frente al Poder legislativo[54]. En efecto, al finalizar el siglo XVIII, las Colonias inglesas de Norteamérica pasan a su autoconstitución en Estados soberanos, y la estructura constitucional que iban adoptando repetida por las prosiguientes, a fin de establecer un mecanismo de seguridad infranqueable, constaba de dos partes diferenciadas, aunque claramente procuraran su interconexión práctica: la primera, constituida por la pertinente Declaración de Derechos del ciudadano, habitualmente

[53] Pedro CRUZ VILLALÓN, "Formación y evolución de…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 37.

[54] Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Vol. I, Il Mulino Società Editrice, Bologna, 1974, pp. 67 y ss. Asimismo, en términos semejantes apunta Bodo PIEROTH, "Grundlegend zur Geschichte…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 568 y ss.

denominada *Bill of Rights*[55]; y, la segunda, integrada al hilo de un esquema de organización del poder, normalmente apelada como *Form or Frame of Governement*. La relación entre las dos partes fue siempre considerada de carácter jerárquicamente funcional, en el sentido de que la organización del gobierno aparecía como un instrumento técnico, a fin de garantizar la tutela de los derechos individuales consignados a través de las Cartas de Derechos que tenían la naturaleza arriba descrita, y definían la posición del individuo por conexión al poder estatal limitado[56]. Pero, esencialmente, la primera se nutre de un *higher law* que arranca del *ius naturae* medieval y coloca en lugar privilegiado el principio de la primacía del Derecho, situándolo por encima del Legislador ordinario, constituyendo los Derechos Fundamentale el citado *higher law* de esos sistemas jurídicos creados[57]; con lo cual se da la vuelta al principio

[55] Que inspiran luego la redacción en 1791 de las diez primeras enmiendas a la Constitución de 1787, ante la omisión por esta de referencia explícita a las libertades públicas y sus garantías pertenecientes al ciudadano norteamericano.

[56] Un excelente estudio acerca del origen, significado y evolución de este aspecto considerado en el texto, referido a la Primera Enmienda, lo ha realizado David YASSKY, "Eras of the First Amendment", *Columbia Law Review*, Vol. 91, núm. 7, 1991, pp. 16 y ss.

[57] Pueden así ser anuladas por el juez las leyes infractoras de los Derechos Fundamentales, algo que no concurría en Inglaterra, cuyos *Bills* son creación del Legislador ordinario, a quien se le reconoce disponer de facultad para su transformación, y que propulsara con insistencia Thomas Jefferson para las Colonias, esta vez sin éxito. Y es que, con más o menos imperfecciones, en Norteamérica se afirma el principio de soberanía popular desde el inicio, con superposición de la voluntad del pueblo a la de todos los poderes constituidos, incluido el Legislativo. De este modo, la Ley estaba imposibilitada para disponer del contenido de los Derechos y Libertades, pues era la Constitución la que se colocaba por encima de todo poder, y en la cual se contenían los derechos naturales, respecto de los cuales, el pueblo, titular de los mismos, no había hecho renuncia, ante lo que se configura una formalización del pacto social diferente de la continental. La novena enmienda, al hacer expresa referencia a los derechos conservados por el pueblo, es una buena prueba de lo que terminamos de decir: "*The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage other rights retained by the People*". Los Derechos, para expresarlo con Gustavo ZAGREBELSKY, constituían un patrimonio subjetivo superior al derecho legislado, existente por sí mismo de modo evidente, el cual debía ser resguardado frente a potenciales violaciones, *El Derecho dúctil…*, *op. cit.*, p. 54.

Por eso estuvo en condiciones de teorizar John MARSHALL (1803): "La Constitución escrita ha sido considerada siempre como Ley Fundamental y Superior de la Nación y consecuentemente la teoría de los gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo". "Los poderes del Congreso están

definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. O la Constitución es la Ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y del modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder judicial es decidir qué es ley". La Constitución es 'la ley suprema y soberana de la Nación y un acto incompatible con su normativa es nulo", por lo tanto, "Si una ley está en oposición a la Constitución, y si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables al caso particular, el Tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso", y atendiendo a "La lógica preeminencia de la Constitución: Si los Tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso al que ambas se aplican, ya que otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas". Según BOYCE, la genial intervención de John Marshall, logró vencer todo tipo de hielos y resistencias, de tal modo que, al finalizar su trabajo como presidente del Tribunal Supremo, podía contemplarse la regulación con plenitud de la materia casacional por inconstitucionalidad de las leyes, sin estar dicho control previsto ni por la Constitución ni por disposición alguna dictada al particular por el Legislador.

Con todo, bien ha observado Gregorio CÁMARA VILLAR el "origen político de la jurisdicción constitucional", pues la construcción del famoso juez norteamericano, tenía "como trasfondo y explicación la situación política y, como motor, la firme decisión del genial *Chief Justice* de conseguir cimentar sólidamente los pilares constitucionales de una nación surgente para hacerla efectiva; y para lo cual, como es bien conocido, afrontó cuando la ocasión se produjo, bajo los cánones de la argumentación jurídica, los problemas de gobierno de la federación que no habían podido ser previstos por los *founding fathers*", *Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 15. José ACOSTA SÁNCHEZ, destaca que el Consejo de Censores contemplado por el artículo 47 de la Constitución de Pennsylvania de 1776 (abolido en 1789), constituyó "la positivización del primer control orgánico de constitucionalidad de las leyes, más democrático que la posterior *judicial review*", *Formación de la Constitución…*, *op. cit.*, p. 81.

El antecedente suele situarse, como es sabido, en el fallo del juez Edward COKE referido al *Bonham`s case* (1610), a cuyo efecto elaborara la teoría del *Fundamental law* inglés o Derecho superior de los ingleses, vinculado a los valores de equidad y de justicia e incluso comprensivo del Derecho natural; la cual inspiraría más tarde la teoría de los cuatro fundamentos de Oliver CROMWELL, constitutivos de un Derecho fundamental más alto y situado por encima del Parlamento y del Derecho producido por este. La fundamental aportación teórica provenía de los escritos de HAMILTON y MADISON recogidos en el Federalista, propugnando una vinculación más fuerte de los jueces a la Constitución que la mantenida ante la Ley, y la defensa de los derechos de las minorías frentes a los eventuales abusos de las mayorías; sin embargo, la obra, valedora de un Gobierno fuerte, fue en general perjudicial para los Derechos constitucionales. Adicionalmente, el Preámbulo de la Constitución incorporó expresamente la idea de que el Pueblo era quien estatuía la Constitución, cuyo artículo sexto la define como el "supremo Derecho del país", y son varios los topoi a lo largo del texto alusivos a su naturaleza de norma fundamental, además de incorporar el principio de rigidez constitucional; en fin, la Primera enmienda, dispuso la imposibilidad para el Congreso de aprobar leyes atentatorias contra los Derechos constitucionales.

absolutista referido a la supremacía del poder y es ilimitable por este[58]; recoge esta concepción el artículo 6 de la Constitución Federal, al disponer, "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se

[58] Antonio REPOSO–Mario PATRONO, La *Costituzione degli Stati Uniti d`America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, Arnoldo Mondaroni Editore, Milano, 1988, *passim*. Por eso, cuando Mauro CAPPELLETTI hace referencia al modelo de control de constitucionalidad propio del sistema estadounidense, no alberga duda acerca de que tiene desde su temprano nacimiento impronta iusnaturalista, no, no dice que se fundamenta en el Derecho positivo (se traduce en), la misma idea que llevó a entender la Constitución como Ley superior y tabla de valores; traduciéndose en un sistema de jurisdicción constitucional fuertemente basado sobre la tutela de los derechos subjetivos (algo poco considerado en la moderna reconstrucción europea de estos), modalidad respecto de la cual, el control de constitucionalidad de o sobre la Ley, ocurre *per incidens*, durante el transcurso de procedimientos judiciales que implican de modo concreto los derechos subjetivos de las partes, y en los cuales las razones del Legislador, a la hora de la verdad, no hallan algún espacio de representación, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1968; conclusiones muy similares a las que llegara en su memoria de habilitación Winfried BRUGGER, plasmada ahora en *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1987, a la que remitimos *in toto*. Adicionalmente, puestos a rastrear algo más antecedentes, podemos ir fácilmente hasta las Cortes (Curia) de León de 1188, donde es probable que, según el texto original de los *Decreta* auténticos de 1188, los *cives* asistentes fueran *electis civibus ex singulis civitatibus*, y esto es lo importante no la cuestión de si fue o no la primera reunión "parlamentaria", cuestiones para las que remitimos a José María FERNÁNDEZ CATÓN, *La curia regia de León de 1188 y sus Decreta y Constitución*, Centro de Estudios e Investigación "San Isidoro", León, 1993; *Decreta* que, según parece, contienen ahora formalizados, y entre otras materias, pactos y contratos entre señores y vasallos previamente impuestos en la realidad social de la época por encima de las leyes. Asimismo, las Cortes leonesas entendidas como órgano político legislativo y de fiscalización de la actuación regia, hasta llegarse a convertir a partir de ahí la mera regla jurídica del famoso *quod omnes tangit* en gran principio constitucional de Castilla, Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de la Instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 463 y ss; en el mismo sentido Julio VALDEÓN BARUQUE, "Las Cortes castellanas en el siglo XIV", en *Anuario de Estudios Medievales*, núm. 7, 1970-1971, pp. 633 y ss.

Desde el punto de vista cronológico, recuerda Rosa RIPOLLÉS SERRANO que las Cortes de León son precedidas por las reuniones celebradas en Zaragoza de Cortes de la Corona Aragón, hacia 1164 o 1186, "Las Cortes Generales: tradición y modernidad, de las funciones tradicionales a la legitimación del Sistema Político", en *Escritos en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución*, edición de María Isabel Álvarez Vélez, Universidad Pontificia de Comillas–ICADE, Madrid, 2004, p. 56. Porque, importa destacar, Manuel GARCÍA–PELAYO Y ALONSO habla sin reparo alguno de derechos subjetivos al estudiar la Constitución estamental como la forma política de gobierno propia de la Baja Edad Media, y sostiene que la misma constituye el pacto de "concordia o acuerdo entre dos derechos subjetivos: por una parte, los del rey, y por otra, los privilegios de los señores feudales", "La constitución estamental", en *Revista de Estudios Políticos*, 1949, Vol. 24, pp. 105 y ss; es decir, hay concordia de derechos y no aún sometimiento del rey a la Ley, cuya característica esencial del modelo, nos dice, era la distinción *rex* y *regnum*.

expidan con arreglo a ella serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado", lo que había tenido su primer precedente escrito en el preámbulo de la Constitución de Massachusetts de 1780, cuyo texto, por demás, reflejara emblemáticamente la concepción pactista del movimiento constitucional a la que hemos aludido: "El fin de la institución, mantenimiento y administración de un gobierno es asegurar la existencia del cuerpo político para protegerlo y facilitar a los individuos que lo componen el poder de disfrutar, con seguridad y tranquilidad, sus derechos naturales y las bendiciones de la vida. Y cuando estos grandes objetivos no se alcanzan, el pueblo tiene un derecho a cambiar el gobierno y a tomar las medidas necesarias para su seguridad, prosperidad y felicidad. El cuerpo político está formado por una asociación voluntaria de individuos. Es un pacto social por el que todo el pueblo pacta con cada ciudadano, y cada ciudadano con todo el pueblo, que, para el bien común, todos se gobernarán mediante ciertas leyes. Es la obligación del pueblo, por tanto, al elaborar un Constitución de Gobierno, estipular una forma equitativa de hacer leyes así como una interpretación imparcial y su precisa ejecución, para que todo hombre, en todo momento, encuentre su seguridad en ellas. Por tanto nosotros, el pueblo de Massachusetts, reconociendo con corazones agradecidos la bondad del Gran Legislador del Universo al darnos, en el camino de su providencia, una oportunidad pausada y pacíficamente, sin fraude, violencia ni sorpresa, de llegar unos con otros a un pacto original, explícito y solemne, y de elaborar una nueva Constitución de Gobierno Civil para nosotros y para nuestra descendencia".

1.2.2.2. Las Declaraciones europeas; por todas, la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.

1.2.2.2.1. La Declaración y su concepción acerca del carácter preestatal de los Derechos naturales y universales del Hombre.

Las Declaraciones europeas, también revolucionarias, nacen del empeño en atribuir naturaleza legislativa a las teorías iusnaturalistas y antiabsolutistas sobre la limitación del poder estatal así como a los derechos naturales, inalienables y sagrados de los ciudadanos, considerados universales e imprescriptibles.

Su apelación a un Derecho natural en la vertiente iusrracionalista, decía reconocer igualdad de libertad a todos los sujetos, pues, de pretender el respeto en la mayor medida posible del estado originario del hombre regido por ese aludido Derecho, ello debería forzosamente abocar a una posición de absoluta igualdad en derechos de todos los seres humanos. Porque todos provenían de una situación originaria, anterior a la constitución de la comunidad política, caracterizada por el apellidado estado de naturaleza, en el cual, carentes los individuos de vínculo social alguno, estaban todos ellos en la misma posición de igualdad, y, como lógica consecuencia, eran asimismo en su totalidad titulares de idénticos derechos de carácter absoluto otorgados por la Naturaleza a los efectos de la autorrealización personal individual[59]. De este modo, los Derechos Humanos (derivación del Derecho natural) pasan a ser concebidos ahora

[59] Winfried BRUGGER, "The Image of the Person in the Human Rights Concept", en *Human Rights Quarterly*, Vol. 18, núm. 3, 1996, pp. 594 y ss, donde destaca el autor el aporte que supone una imagen de persona humana con la que todos se puedan identificar en importante medida, lo que pretendía superar las tensiones provocadas por la reivindicación de la universalidad y la particularidad; y esa imagen facilita un enfoque integral y holista que, en su contemplación con la concepción de Derechos Humanos, añade una idea de base emocional de compromiso con los mismos, y permite a las personas que se reconozcan en esa imagen y aprecien sus características humanas y sus iguales derechos comunes.

de todos los hombres y con independencia de referirse a específicos ordenamientos positivos (por eso haría referencia Maximilien François DE ROBESPIERRE, al hecho de tratarse de la Constitución de todos los pueblos), cuya naturaleza es la condición inherente que se pretende marque la condición de status titular de los mismos: el hombre es en su condición de tal, poseedor de una serie de Derechos inherentes a su naturaleza, los cuales de ninguna manera admiten ser desconocidos, sean o no reconocidos por el ordenamiento jurídico, y era constitutivos de los Derechos individuales (civiles y políticos); contrastando claramente con la tradición británica que proclama los derechos correspondientes a los ciudadanos ingleses, invocando el precedente de la *lex terrae*. Ello se apoya sobre las ideas filosófico–políticas impuestas ya durante el siglo XVIII, lo que constata un reconocido avance en la consolidación de los Derechos del ser humano, al trascender al ciudadano nacional francés, mostrado inequívocamente por su vocación universalista e intemporal evidenciada desde su propio título que, como decimos, pretende hacer referencia a todo ser humano en cuanto portador de derechos inalienables e inviolables. Y cuenta para ella, desde luego, las Declaraciones previas norteamericanas, como bien mostrara Georg JELLINEK, no sin contestación, parcialmente comprensible esta, si bien, a nuestro juicio, debía haber incidido más el autor en la diferente concepción de pacto fraguada; a buen seguro inferior, con todo, porque el contexto sociopolítico era diferente. Tampoco era un contexto socio-político el americano tan fácil como deslizamos alegremente con frecuencia, porque existió el conflicto tanto externo como externo, llegando a su grado máximo en Pennsylvania. Colonia en la cual, como en ninguna otra, "se desencadenaron tan agudamente los antagonismos raciales, políticos y económicos", y de igual modo, "en ninguna otra parte la clase dirigente se opuso tanto al cambio o al pacto, y en ninguna otra la revolución fue tan completa"[60].

[60] Merrill JENSEN, citado por José Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución…*, *op.*

Los Derechos corresponden por consiguiente al hombre en el estado de naturaleza (son derechos de la humanidad), siendo precedentes, pues, al Estado y a la Comunidad política, y concerniendo al poder político su genuino respeto y garantía jurídica, lo cual constituye la expresión de una idea típicamente iluminista, encontrando su traducción más elocuente en el movimiento alentador del fenómeno de nueva naturaleza que se va a concretar a través del movimiento constituyente desplegado[61]. Ahora bien, importa matizar, en el sentido que una vez celebrado el pacto social entre los individuos libres en el estado de naturaleza, ello implica renuncias y cambios de entidad. Constituidos la Sociedad y el Estado, es a este a quien corresponde la garantía de los derechos de todos los residenciados sin embargo en la esfera social, cuyo contenido ha sido ahora alterado, pero no su fundamentación última, al pasar los derechos de cada individuo a estar limitados por los de los restantes; e incluso cambian de denominación, toda vez se abandona el concepto de naturales y vienen a ser conocidos con el nombre de derechos individuales o civiles, pertenecientes al ciudadano. Nos encontremos así luego, conforme a las tesis liberales, con los derechos individuales frente al Estado, consistentes en libertades negativas e impeditivas de intromisión en sus ámbitos de garantía, y los derechos ciudadanos a participar en el ejercicio y dirección del poder estatal, que tienen el carácter de libertades positivas, de titularidad restringida y creados por el propio derecho positivo (pensados teóricamente al servicio de los primeros). Matiza por su parte María VENEGAS GRAU, al señalar que la Declaración de 1789, verdaderamente, supuso el "triunfo del individuo, del *homo juridicus* inventado por el pensamiento moderno.

cit., p. 78.

[61] Por todos puede verse al efecto, Simone GOYARD–FABRE, *Les Principes Philosophiques du Droit Politique Moderne*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, *passim.*

Pero, al mismo tiempo, los constituyentes conceden una gran importancia al vínculo social, tal como se pone de manifiesto en el art. 4, del que se puede deducir que la idea de libertad en sociedad complementa la otra idea de libertad personal. El individualismo revolucionario se desmarca así de la imagen distorsionada que de él proyectarán posteriormente los detractores de la Revolución"[62]; en lo que supone a nuestro modo de ver una cierta desatención de la evolución sufrida en el seno del propio liberalismo por aquellos no tan hostiles al proceso revolucionario. Y un poco más adelante, la propia autora, si bien descarta la oposición para el individualismo liberal de 1789 entre el individuo y la sociedad, de inmediato admite la existencia de "una jerarquía en virtud de la cual no se rechaza la colectividad, pero no se le reconocen fines, pues la sociedad (pensada como una suma de individualidades) siempre ha de estar al servicio del individuo"[63]. A juicio de la autora, es por ejemplo Norberto BOBBIO, uno de los autores que mejor ha explicado la concepción individualista de la Sociedad, "común a la doctrina de los derechos humanos y de las tesis contractualistas, como aquella «de acuerdo con la cual primero está el individuo con sus intereses y necesidades, que toman la forma de derechos en virtud de una hipotética ley de naturaleza y luego la sociedad, y no al contrario, como sostiene el organicismo en todas sus formas»"[64].

Es de advertir que la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, redactada a partir del proyecto-borrador debido a LAFAYETTE (antes marqués de La Fayette),

---

[62] María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 125.

[63] María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho privado…, op. cit.*, p. 128.

[64] María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho privado…, op. cit.*, p. 129.

da por supuesto el concepto de ciudadano[65], y asimismo continúa un Estado nacional previo; con lo cual, en oposición a lo realizado por las Colonias inglesas de Norteamérica, resaltamos la constitución de un Estado sobre renovados fundamentos[66]. Desde la apelación a los cánones de la razón y dignidad de la persona humana, ese novedoso Estado apoya ahora su fundamentación a partir de la concepción clásica de los Derechos Fundamentales, en su consideración por substancia y función cómo límites al poder estatal, o más propiamente fundamentos de legitimidad del nuevo poder[67]; naciendo, pues, o cambiando de naturaleza, con la clara vocación de obligar "no solo al Legislador sino también a la propia Constitución"[68]. Con independencia de lo ocurrido luego en la realidad política propia de la experiencia histórica, dónde ha sido perfectamente posible detectar graves disparidades de facto relativas al compromiso y verificación de las aludidas premisas[69]. Ahora bien, tal

[65] Sin embargo, la gran parte de los derechos y libertades recogidos por la Declaración son atribuidos expresamente al hombre y no al ciudadano; a este último tan solo hacen referencia el artículo sexto, al otorgarle la facultad de concurrir personalmente o por medio de sus representantes a la formación de las leyes y en el desempeño de toda clase de dignidades y empleos públicos; el decimotercero para imponerle la obligación del pago de tributos; y finalmente en el decimocuarto, con objeto de concederle el derecho de intervenir en la votación de los impuestos.

[66] Aunque Carl SCHMITT fuera más radical, al expresar que la Revolución trajo como consecuencia la toma por un pueblo "en sus manos, con plena conciencia, su propio destino, y adoptaba una libre decisión sobre el modo y forma de su existencia política", *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 126.

[67] Hanna ARENDT, citada por María Venegas Grau, *Derechos fundamentales y Derecho privado..., op. cit.*, p. 127.

[68] Luis VILLACORTA MANCEBO, "Igualdad y Estado Liberal: Perspectiva de un desencuentro", en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 61, 2004, p. 25, y la bibliografía allí citada.

[69] Según precisa Walter LEISNER, la condena recaía en el ejercicio arbitrario del poder y no iba únicamente dirigida contra este en sí mismo considerado, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1960, pp. 22 y ss. No obstante lo anterior, destaca asimismo el autor reseñado que la Declaración Francesa consideraba al individuo como una entidad aislada y no en su faceta de miembro encuadrado dentro la comunidad, de ahí su singular preocupación, a fin de preservar ese aislamiento, por remarcar la independencia jurídica individual, *ibídem*, pp. 25-26. Y en similares términos, destaca Roberto L. BLANCO VALDÉS, la Revolución Francesa y las que la siguieron en aquel momento histórico, lo fueron contra el despotismo y la arbitrariedad

como ha precisado por ejemplo Giorgio LOMBARDI, el movimiento revolucionario francés nace, más que ante una exigencia limitativa de los poderes públicos, como un antagonista frente a los privilegios, y, además, se endereza sobre todo contra determinadas formas de estructura social. También matiza el autor en la dirección de que el privilegio a combatir por las Declaraciones de Derechos revolucionarias, no era un privilegio derivado del ejercicio del poder privado, sino la traducción económico–social de privilegios jurídicos, y es forzoso comprender también su derivado de naturaleza iuspublicista, concentrado mediante la formalización de principio antiabsolutistas y antirrestauradores[70]. Es este el sentido, expresaría Lorenz VON STEIN, en el que la Declaración de Derechos era expresiva de la nueva ley fundamental social de la Nación[71].

Realmente, los Derechos Fundamentales finalmente plasmados en estos documentos, responden al menos formalmente a similar *ratio* que la expresada por las Declaraciones americanas, al reconocer los Derechos naturales del hombre como fin de toda institución política[72], que debe

monárquica, frente al Estado absoluto y la Sociedad estamental que estaba en sus cimientos, y se llevan a cabo esgrimiendo la implantación de parlamentos representativos así como el reconocimiento de los Derechos de las personas, *La construcción de la Libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, Alianza Editorial, Madrid, 2010. Y, efectivamente, así fue entendido para nuestro Estado desde la monumental obra sobre el primer liberalismo español a cargo de José María QUIPO DE LLANO Y RUÍZ DE SARABIA (Conde de Toreno), aparecida en cinco volúmenes, publicados entre 1835-1837, con el título de *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España, por el conde de Toreno*, Imprenta de Tomás Jordán, Madrid, 1835-1837, donde defiende su autor que la Constitución de 1812 fue fruto aún del movimiento revolucionario de 1808, teniendo como finalidad esencial derrocar el poder arbitrario del monarca, mediante el afianzamiento de los sentimientos y ansias de libertad e independencia de los españoles, al establecer asimismo los pilares que condujeran a una ordenación social nueva, con superación para ello todas las trabas y dificultades que suponían la diversidad de usos y costumbres diseminados por el conjunto de la Nación.

[70] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Vol. I, Giuseppe Giappicheli Editore, Torino, 1970, pp. 55-57.

[71] Lorenz VON STEIN, *Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der französischen Revolution bis zum Jahre 1830*, Otto Wigand Verlag, Leipzig, 1855, p. 214.

[72] Insiste acerca de la idea del carácter de Derechos naturales del ser humano el Preámbulo de la Constitución de 1791 y su Prólogo, así como el artículo 3 de la

limitarse a respetarlos[73], pretendiendo sus autores a través de los mismos y su filosofía liberadora, la cristalización de un reconstructivo plan "moral, social y político, un proceso de liberación humana"[74]. Según entienden los propios revolucionarios, los Derechos ni podían ni debían ser regulados, porque no eran creados sino "declarados", toda vez se encuentran ahí "desde siempre como acervo ineliminable de la naturaleza humana, y la tarea de la asamblea revolucionaria solo consiste en sustraerlos de la humillación y del olvido al que el pasado y el despotismo los había condenado"[75]. Estos Derechos naturales del hombre, preexistentes al Estado, tenían por destinatario al género humano,

Declaración de 21 de junio 1793, en el bien entendido sentido que los Derechos comprendidos en la *Déclaration de 1789*, fueron luego repetidos, con pequeñas variaciones, por las Declaraciones y Constituciones sucesivas, Lucien JAUME, *Les Déclarations des Droits de l`Homme: Du débat 1789–1793 au Préambule de 1946*, Grupe Flammarion Éditions, Paris, 1989, *passim.*

[73] Las Declaraciones de ambos lados del Atlántico "respondían a la misma idea central", por lo tanto, no es "una diferente concepción de los derechos en donde está el origen de la divergente evolución constitucional de los mismos en los Estados Unidos y en Europa", más bien, la divergencia, "va a estar en una diferente fundamentación del poder", donde apreciamos una cierta contradicción parcial, porque el poder en Norteamérica sí se fundamentó claramente en los Derechos superpuestos al mismo, Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª ed.; revisada y puesta al día por Manuel CARRASCO DURÁN, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 185. Así, y por esta vez, compartimos más la posición de Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del constitucionalismo liberal*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, donde incide acerca de la importancia de la garantía de los Derechos como esencia del contrato, algo que los colonos realmente llevaron a la práctica, porque tenían diferente concepción acerca del significado de los Derechos; o, cuando menos, dispusieron de mejor oportunidad para mostrarlo.

[74] Javier DE LUCAS MARTÍN, "Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo del Code de Napoleón", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. VI, 1989, p. 131.

[75] Pietro COSTA, "Derechos", en El *Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, edición de Maurizio Fioravanti, Trotta, Madrid, 2004, p. 52. La ausencia de una Declaración de Derechos antepuesta a nuestra Constitución de 1812, es explicada por Ángela FIGUERUELO BURRIEZA en clave histórica, pues valora fue debido fundamentalmente a no proseguir dando pábulo a las frecuentes acusaciones que se vertían acerca del afrancesamiento de los constituyentes, pero por su amplio articulado hallamos dispersos algunos derechos individuales consustanciales al primer liberalismo, "La Constitución de Cádiz en el trienio medieval", en *Letras jurídicas*, núm. 27, 2013, p. 112.

otorgaban soporte al *status* negativo del individuo –libertades negativas o espacios inexpugnables sustraídos a la acción del Estado–, y protegen substancialmente a su titular mediante una delimitación exhaustiva con la pretensión de constituir barreras infranqueables frente a la actividad estatal, de tal modo que, considerados desde la perspectiva del poder público, "representaban limitaciones de actuar; y, en relación a los particulares, pretensiones de omisión"[76]; si bien siempre, considerando han perdido su carácter de ilimitados, como ya dijimos.

La doble referencia al hombre y al ciudadano fue entusiastamente comprendida dándola un sentido unitario, porque, de facto, es la misma persona a la que, atendiendo a su naturaleza, le corresponden ciertos derechos propios del Estado de naturaleza pre y supra estatales, y, dado su carácter de ciudadano, concretos derechos dentro de la comunidad política, operantes como fundamentos de legitimidad del poder estatal a respetar por este. Una idea, la de legitimidad del poder, que tanto se buscara a través de la teoría del contrato social, y tan presente estuviera en la obra de autores como LOCKE, KANT o ROUSSEAU[77], por referirnos a algunos de los de mayor resonancia. No obstante, la contraposición frente al Antiguo Régimen comporta la desestimación de todo planteamiento historicista, porque el pasado consideraron era rechazable en bloque, sin que cupiera valorizar, ni siquiera, una mínima parte del mismo[78]. Los "derechos individuales" eran los derechos morales de que

[76] Dieter GRIMM, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, p. 183.

[77] Rainer WAHL, "Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts", en *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internalisierung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2003, pp. 346 y ss. Acerca del carácter mítico-instrumental del contrato social, así como respecto de su función legitimadora del Derecho, pueden verse la "desmitifiadora" y esclarecedoras páginas dedicadas a la cuestión por Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA, *La imaginación jurídica*, Editorial Debate, Madrid, 1992, pp. 169 y ss, especialmente 186 y ss.

[78] La idea de preestatalidad de los Derechos naturales individuales está claramente contenida en los dos primeros artículos de la Declaración, como bien recuerda Maurizio

disponían los hombres no por cierta relación especial con otros hombres, tampoco por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombres: siendo la propiedad de ser individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tenían un título igual a ellos[79]. Se conforma así, de acuerdo al pensamiento político liberal, una sólida versión subjetivo-individual de los Derechos, para cuya vivencia era entendido que la actividad política constituía una amenaza de la libertad individual, naturalmente de quien disponía de la mismas, en todo caso, por lo que realmente era una situación encubierta bajo un disfraz legitimador del discurso referido al bien común, lo que se iba a garantizar mediante el desarrollo de un proceso político competitivo entre intereses particulares.

En importante cualidad política, la Declaración muestra evidente discontinuidad con la etapa pretérita y, por lo referente al plano jurídico, el despliegue de las preocupaciones, intereses y anhelos de la burguesía[80]; pero, sobre todo, era una revolución social, por lo que no podemos aislar en modo alguno ambos momentos, conformadores por demás de un único contexto[81]. Con todo, varios autores han insistido

FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996, p. 61.

79 Carlos SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 417.

80 Christian STARCK, *Jurisdicción constitucional…, op. cit.*, p. 235. Con parecidos términos argumenta Dieter GRIMM, *Constitucionalismo…, op. cit.*, 2006, p. 87.

81 Para Lorenz VON STEIN, toda revolución verdadera era una revolución social, y, en tal sentido, la Revolución Francesa había sido una auténtica revolución social, por haber desplegado muy importantes consecuencias para las relaciones sociales, *Der Begriff der Gesellschaft…*, *op. cit.*, p. 97, entre otros momentos; y en el acto revolucionario de 1789, la Sociedad nueva en gestación, frente a la Sociedad vieja incapaz de apercibir y conducir su propia transformación, se había apoderado del Estado, lo que simbolizaba perfectamente el acto de transformación de los Estados Generales en Asamblea Nacional, *ibidem*, pp. 193 y ss.

prevalentemente en su carácter político como auténtica plataforma revolucionaria, sin propiamente valor normativo, ante lo que no puede

Referido a nuestro Estado, recuerda Miguel REVENGA SÁNCHEZ, cómo el Decreto aprobado el 24 de septiembre de 1810 por las Cortes Generales y Extraordinarias reunidas en la Isla de León, evidenciaba eran las propias Cortes "quienes se investían a sí mismas de atributos para desarrollar una tarea", utilizando "un lenguaje de ruptura con el pasado que prefigura el porvenir y convierte la tarea constituyente en algo así como la ejecución de un designio. De soberanía de la Nación española representada «por los diputados que componen este congreso» habla el Decreto de 1810, que los declara, además, «legítimamente constituidos en Cortes generales y extraordinarias»"; pero, también rememora que procederían "luego a reconocer, proclamar y jurar fidelidad, como legítimo, al rey", y dejarían así "sentadas las bases de funcionamiento de un sistema con arreglo al principio de la división de poderes", "Las Constituciones de 1812 y 1978: una comparación", en *Revista de Historiografía editada por el Instituto de Historiografía Julio Caro Baroja*, Año XI, núm. 21, 2014, p. 202. Ahora bien, la proclamación de la soberanía nacional en Cádiz, como matizara Luis SÁNCHEZ AGESTA, "no se realiza frente al rey y los estamentos privilegiados («*aucun sectión du peuple, n´aucune individu, ne peut s'atribuer l'exercise*»), sino frente al derecho alegado por José Bonaparte y al derecho establecido en la Constitución de Bayona, que el emperador había redactado y hecho aprobar para España. No debe olvidarse que Napoleón, tratando de beneficiarse del principio de la Monarquía legítima, había coaccionado a Carlos IV y a Fernando VII en Bayona para que le transmitieran una corona y transferirla, a su vez, desde sus propias sienes a las de su hermano José, y que había convocado unas presuntas Cortes en Bayona para reforzar esa transmisión de poderes y aprobar un proyecto de Constitución, que fue revisado de su propia mano por el emperador. Por eso los constituyentes de Cádiz se creyeron obligados a declarar que la nación no era un patrimonio de familia que pudiera transmitirse, y que sólo la nación, en uso de su soberanía, podía establecer sus leyes fundamentales", "Sobre la Constitución de Cádiz", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990, p. 11.

Destaca asimismo esta pretensión de tránsito del Antiguo Régimen al "nuevo sistema representativo", como pretensión de la Constitución de 1812, Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, si bien, considera que fue en el trienio liberal cuando surge la consciencia de estar ante la presencia de un texto demasiado avanzado para efectuar ese tránsito de forma regular, y ello debido fundamentalmente a la estructura social española, unido a la falta de un sentimiento constitucional equilibrado que no llegó a cuajar, así como la fuerte división dentro del seno del liberalismo español entre exaltados y moderados, y, por si todo ello fuera poco, desde el exterior acechaba el recelo de diversas naciones europeas, "La Constitución de Cádiz…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 105-106. Antonio TORRES DEL MORAL subraya la posición mutuamente excluyente entre absolutistas y liberales, sin posibilidad alguna de consenso, así como la división de estos últimos en dos facciones, resultando más fuertes los radicales en la restauración del trienio liberal, pero eran "doceañistas irreductibles" con los que poco se podía hacer, *Constitucionalismo Histórico español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2004, p. 52. De cualquier modo, al margen de las primeras constituciones francesas precedidas por las declaraciones de derechos, dos de nuestras constituciones decimonónicas, como son la de 1812 y la de 1869, si bien la primera desordenadamente, compiten con cualquier otra europea de la época referente a la amplitud de los derechos reconocidos, e incluso la superan, hasta la fecha de la Constitución de Weimar de 1919.

afirmarse que se constituyeron los derechos enunciados en auténticos derechos subjetivos constitucional o jurídicamente garantizados[82].

Adicionalmente, contribuyeron poderosamente a su impulso argumentos tipo intelectual, pues la revolución se mantuvo "desde sus inicios bajo el dominio de una ideología", y tal ideología "contribuyó decisivamente a los pasos dados en su desarrollo ulterior"[83]. De esta suerte, y debido a tales motivaciones, el acuerdo implicaría la consignación a través de: "Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes; con objeto de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, al ser susceptibles de comparación a cada instante como finalidad de toda institución política, sean más respetados; con objeto de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas ahora en principios simples e incontestables, tiendan siempre a la preservación de la Constitución y a la felicidad de todos. En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano". Reproducido ello, antes de proseguir, no encontramos la razón por la cual, a modo de ejemplo, Costantino

[82] Insistiría mucho en este aspecto de no haber sido una Declaración de auténticos Derechos, por formular reglas jurídicas que colocaran a los ciudadanos en situación de hacerlos valer frente a los tribunales, Raymon CARRÈ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l`État, spécialement d´après les données fournies par le Droit constitutionel français*, Vol. II, Sirey, Paris, 1922, p. 582. Con muy parecidos argumentos expresa esta coincidencia Pietro VIRGA, "Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali", en *Rassegna di Diritto Pubbico*, 243, núm. 3, 1948, especialmente, p. 244.

[83] Ernst CASSIRER, "La idea de la constitución republicana (1928)", ahora en *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 40, 2009, p. 157.

MORTATI (desde luego tenía fama de buen dialéctico y escritor) ha logrado convencer a un gran constitucionalista actual como es Gustavo ZAGREBELSKY, para que el último pueda afirmar: esa doble dinámica, constitucionalización de la política y politización de la Constitución y del Derecho, precisamente, nos revela el punto esencial de los principales problemas del Derecho Constitucional moderno; porque, o bien no había Derecho Constitucional antiguo (en cuyo caso, tampoco habrá Derecho Constitucional moderno, solo habrá Derecho Constitucional), o bien, cómo han logrado los autores citados, liberar al Derecho Constitucional antiguo de esas denunciadas amenazas cernidas, también ciertamente, sobre el Derecho Constitucional moderno[84]; cuando menos, entendemos que nuestra impugnación es válida para el Derecho Constitucional europeo.

Así las cosas, una vez finalizado el Preámbulo con la declaración de que era la Asamblea nacional la encargada de reconocer y declarar los Derechos, "en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios", el artículo primero de la Declaración proclama el principio de igualdad, al expresar: los hombres nacen y permanecen libres e iguales en Derechos, en tanto las distinciones sociales no pueden estar fundadas más que sobre la utilidad común. Y el importante artículo segundo recoge la siguiente idea: "*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l`homme*", a saber, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; para, seguidamente, proclamar por medio del artículo tercero que es la Nación la auténtica soberana (soberanía nacional): ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella (de

[84] Además, es el único momento que encontramos, desde nuestro modesto juicio, discordante con todo lo dicho por el autor a lo largo la introducción a la obra de Mortati, un escrito en el que pueden leerse afirmaciones tan testimoniales, como por ejemplo: "La costituzione è opera di quanti hanno vinto una battaglia, della «parte» vincente", "Premessa", en *La Costituzioni in senso materiale*, de Costantino Mortati, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. XXX.

la Nación)[85]. En fin, el artículo cuarto, introduce la idea de limitación (renuncia) del contenido de los derechos antes señalada, al definir la libertad como algo consistente en la facultad de "hacer todo lo que no perjudica a los demás", y estableciendo como únicos límites al ejercicio de "los derechos naturales de cada hombre", aquellos encargados de asegurar "a los demás miembros de la Sociedad el goce de esos mismos derechos", que se concretarán por medio de la Ley. Partiendo de estos mimbres, a la vez que parando mientes sobre la experiencia absolutista, aún reciente para la memoria revolucionaria, los poderes públicos, y en primer lugar la Administración, eran considerados, expresa Guillermo ESCOBAR ROCA, "el peligro natural para la libertad de los ciudadanos; de ahí que la superioridad jerárquica de la ley sobre el reglamento fuera considerada una garantía insuficiente", por lo tanto, "el Estado constitucional conoce, al menos desde mediados del siglo XIX, una institución destinada a conjurar el peligro de un poder reglamentario vulnerador de los derechos: la reserva de ley"[86].

Por ello, conforme al explícito decir de Hermann HELLER, la primera reivindicación trasladada por el liberalismo al terreno de la lucha política, fue la conquista de "la legalidad de la Administración", pues,

[85] El artículo primero, título III, de la Constitución de 1791, establecería: "1. La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo, puede atribuirse su ejercicio". 2. La Nación, de la que emanan todos los Poderes, no puede ejercerlos más que por delegación (…).

[86] Guillermo ESCOBAR ROCA, "Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)", en *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, edición de Guillermo Escobar Roca, Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 565. En el mismo sentido, la consideración de la reserva de ley en esta concreta época histórica como reserva de intervención en la libertad y en la propiedad que deben apoyarse sobre un fundamento legal, Luis VILLACORTA MANCEBO, *Reserva de Ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 48-53. Fundamentalmente en el constitucionalismo de legitimación dual, conforme al cual, la libertad jurídicamente garantizada coincidía con el ámbito de la reserva de Ley, y, de este modo, los Derechos configuraban el campo de actuación abierto a las intervenciones administrativas. Precisamente por esta razón, Rainer WAHL nos participa que los documentos constitucionales alemanes del siglo XIX hacían referencia reiterativamente a los "derechos de los súbditos", "Rechtliche Wirkungen und Funktionen der…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 349 y ss.

obviamente, esperar "la «seguridad de la libertad legal» de manos del monarca y de sus órganos, hubiera exigido una confianza sobrehumana, pronto desilusionada, por parte de los súbditos"[87]. Vistas las cosas de esta manera, el poder público era estimado el enemigo potencial de las recién conquistadas libertades liberales, surgiendo a partir de semejante temor la idea de lograr la propia autolimitación del Estado, un mal necesario[88]; consecuentemente necesitado de ser sometido a control en beneficio de la libertad propia de la Sociedad civil, esto es, a favor de los individuos en sí mismos considerados[89]. De acuerdo al sentido expresado, para los revolucionarios franceses "la libertad consiste en el poder hacer todo lo que no perjudique a los demás; y, de esta forma, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos destinados a asegurar a los restantes miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Límites que solo pueden establecerse por medio de una ley" (artículo cuarto de la Declaración). De

[87] Hermann HELLER, *Las ideas políticas…*, *op. cit.*, p. 106.

[88] El Estado como mal necesario y la Sociedad en cuanto ente benéfico, fueron ideas teorizadas por Thomas PAINE. No obstante, como ya se dijo, autores de la categoría de Walter LEISNER, han matizado que, realmente, se condena y establecen precauciones frente a un uso arbitrario del poder, pero el anatema no es extensivo al poder en sí mismo considerado, de quien son conscientes era necesario servirse instrumentalmente para preservar el "modelo", *Grundrechte und…, op. cit.*, pp. 23 y ss. En cuanto a Raúl MORODO LEONCIO lo ha resumido elegantemente como sigue: "En un principio, regeneración excluye revolución, es decir, sería la expresión de una actitud reformista, con el objetivo claro de evitar un deslizamiento hacia radicalizaciones —que, sin embargo, serán inevitables—, pero que, en las fases pre-revolucionarias, por algunos, se intentaba excluir. Starovinski, con su habitual perspicacia, dirá, en este sentido, que «en 1789 pocos hablaban de abolir todo para emprender una reconstrucción total» (Bamave) sobre términos enteramente nuevos: las palabras más frecuentes eran *regeneración y restauración.* No se quiere innovar, sino reencontrar el origen olvidado». Renovar sin romper. La tradición renovada implicaría, en este orden de cosas, la no eliminación de la institución monárquica, que podría adoptarse y reformarse: en definitiva, una monarquía regenerada como monarquía constitucional. Pero, al mismo tiempo, el término regeneración va por otro camino: la regeneración como resultado de un previo proceso revolucionario: regenerar es establecer un «hombre nuevo», una «sociedad nueva»", "Reformismos y regeneracionismo: el contexto ideológico y político de la Constitución de Bayona", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 83, 1994, p. 31.

[89] Maurizio FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996, p. 41.

todos modos, es también conocida la frase célebre de Rudolf VON GNEIST, cuando afirmara que las Declaraciones continentales fueron algo muy similar a un artículo de fe de la Sociedad (*Glaubensartikel der heutigen Gesellschaft*), y ello, desde su experiencia respecto de que los tribunales alemanes a la hora de aplicar los Derechos Fundamentales observaron su disolución progresiva en el antiguo principio de juridicidad de la Administración, traduciéndose así los derechos del hombre en un único principio, la libertad personal frente a la coacción ilegal (*Grundrecht auf Freiheit von ungesetzlichem Ztvang*)[90].

1.2.2.2.2. El "legicentrismo" evidenciado por la Declaración, y sus repercusiones más notorias.

En lógica correspondencia con lo reseñado, y mediante una fórmula nítidamente liberal–individualista presuntiva de la libertad, el artículo quinto de la Declaración Francesa mantiene: "todo lo que no está prohibido por la ley, no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer lo que ella no ordena". Así, el artículo sexto da continuidad, y, por su parte, define a la Ley como "la expresión de la voluntad general", es decir, como instrumento jurídico al que "todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación, personalmente o por medio de sus representantes". Con lo cual, la Ley debe ser igual para todos, proteja o castigue, y siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, resultan admisibles al conjunto de las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos[91]. Más allá de lo apuntado *ut supra*, el artículo

[90] Rudolf VON GNEIST, *Die nationale Rechtsidee von den Ständen und das preussische Dreiklassenwahlsystem: eine sozial-historische Studie*, Springer, 1894, pp. 115, 184.

[91] A pesar de tal enunciado, finalmente, la Declaración Francesa deja sin recoger la filosofía expresada como objetivo central del pensamiento de Jean–Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social* [1ª ed., 1762], ahora en *Oeuvres complètes*, Vol. III, Gallimard, Paris, 1964; de modo que estamos, en puridad, ante dos reinos diferentes de la Ley, aun cuando lleven el mismo nombre. En ambos casos, hay coincidencia respecto de que la

nueva noción de Ley, a partir de la cual comienza para el autor el orden jurídico positivo, se encuentra enteramente fundada sobre la razón humana y la correspondiente concepción sustancialmente idealista, reflejo de un Derecho natural domeñado por la conciencia de cada individuo: la soberanía es indivisible, no puede hacerse por cuerpos, e inalienable, porque no se delega. Pero, mientras para el ginebrino esa voluntad general era conformada por todos los ciudadanos siempre iba a ser recta a la búsqueda de la utilidad pública, habida cuenta su entusiasmo con la democracia directa, la genuina democracia a su parecer (recordemos la pretensión de hacer de todo individuo un *citoyen* en lugar de un *sujet*, participe de la voluntad colectiva y elemento para su formación, sobre el ejercicio de dos polos: la libertad y la igualdad), la Asamblea Nacional vendría a operar por el contrario mediante la *fiction répresentative*, ante el triunfo de esta forma de democracia apoyada en la soberanía nacional, con Emmanuel SIEYÉS como mayor baluarte de la misma, y la consiguiente clara derrota de las tesis revolucionarias más radicales; hasta llegar luego a su expresión más alta mediante la concepción de Asamblea propia de los jacobinos, investida de todos los poderes que corresponden al pueblo, en lugar del cual actúa como representante del mismo. Sobre este asunto, Adhémar ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814. Révolution, Consulat et Empire,* Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1911, pp. 774 y ss; y también Georges BURDEAU, "Essai sur l`evolution de la notion de loi en droit français", en *Archives de philosophie du droit*, núms. 1-2, 1939, pp. 10 y ss. Era la imposición de la oscura idea de la soberanía nacional en cuanto concepto expresivo de una soberanía de la Sociedad; como lo explicara luego Lorenz VON STEIN, la máscara bajo la que se escondía una Sociedad dividida, contradictoria, con lo que la contradicción estaba ahí, *Der Begriff der Gesellschaft…, op. cit.*, pp. 248 y ss.

Entre nosotros, cada vez que se acuerda, y tiene buena memoria, José Antonio PORTERO MOLINA trae a cuento, precisamente a Hans Kelsen, y la denuncia hecha por este a la ficción representativa caracterizadora del Estado Democrático, a modo de ejemplo, "Sobre la representación política", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pp. 61 y ss; y, claro está, ni se plantea el calificativo a emplear para el modelo de representación propio del Estado Liberal; atinadamente, no lo considera necesario. Una de las obras de Han KELSEN, de las por nosotros conocidas, de entre las que con más frecuencia se denuncia la ficción propia de la representación, es *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Ein Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, J. B. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1920. Siguiendo esta línea de principios, para sintetizarlo con Carlos DE CABO MARTÍN, a partir de esa filosofía inspiradora finalmente del texto revolucionario globalmente valorado, la voluntad general de Rousseau sería "vaciada de todo contenido real transformándose en algo puramente formal", *Contra el Consenso – Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Editorial Universidad Autónoma de México, México, 1997, p. 95. Ello finalmente se tradujo en la exacerbación del individualismo, de la salvaguarda de la libertad individual, descuidando el aspecto de los fines racionales del hombre, equilibrio que sí lograron las revoluciones norteamericanas. Sin embargo, algo más optimista respecto de la valoración acerca de la influencia roussoniana, muestra ser Hasso HOFMANN, pero dando un poco por supuesta cierta posición e influencia roussoniana, en este caso y frente a lo habitual en él, sin argumentar excesivamente con fuerza, "Rousseau Gesetzgeber oder: Rousseau in der europäischen Verfassungsgeschichte", en *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit – Freundesgabe für Bernhard Schlinck zum 70. Geburstag*, edición de Jakob Nolte / Ralf Poscher / Henner Wolter, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2014, pp. 99 y ss.

De cualquier modo, una relectura del Contrato social roussoniano, permite incluso apreciar el empleo dos tipos de "mayorías"; una primera, y a la que casi siempre se refiere, constituida por la suma de voluntades libres, individuales, iguales y soberanas que integran la voluntad general soberana inalienable, formándose una comunidad a la

decimoséptimo califica a la propiedad como "derecho sagrado e inviolable", del que nadie puede verse privado "sino en el caso de necesidad pública, legalmente fijada que lo exija con evidencia y a condición de una previa indemnización justa"[92].

Corolario de todo lo afirmado hasta ahora, es normal que las ideas aquí expresadas hayan conducido al empleo con acierto por un autor como Stéphane RIALS, la caracterizadora expresión de "*légicentrisme*", ante la omnipresencia de la Ley a lo largo del texto de la Declaración; una locución que luego ha calado en sede doctrinal, al objeto de singularizar el emplazamiento privilegiado del que se adueñaría esta fuente del

que aparentemente el individuo hace entrega de sus derechos originarios, voluntad numérica unánime (aquí está su tendón de Aquiles, pues es la adicción de los yo individuales y no síntesis o idea, sino mero agregado), conforma la voluntad de la formación social originaria de la *civitas* mediante pacto, y exalta, por lo tanto, el valor del individuo, quien, no obstante, se reserva ciertos derechos naturales e innatos; y una voluntad mayoritaria para los demás casos, que no puede identificarse a la voluntad de los demás, contraviniendo su postulado de la indivisibilidad de la soberanía, por la expresión del ginebrino en contradicción consigo mismo, alzando una perspectiva pluralista frente a su tradicional supraindividualismo del "cuerpo moral". En todo caso, su concepto de soberanía popular, fue objeto de otra "traición" no menor a manos de los revolucionarios. Por todos, Augusto BARBERA, ha puesto de relieve, que el constitucionalismo francés fundió desde sus inicios el principio roussoniano de soberanía popular, con la tradición estatista heredada del absolutismo, "Introduzione", en *Le basi filosofiche del costituzionalismo*: *lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, edición de Augusto Barbera / Gianfrancesco Zanetti, Laterza Editore, Roma-Bari, 1997, pp. 3 y ss. Más tarde, reaparecen vetas roussonianas en preceptos como el artículo 27 del Proyecto de Constitución girondina de 1793, al apuntar que la soberanía "reside esencialmente en el Pueblo entero y cada individuo tiene derecho igual de concurrir a su ejercicio". La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 24 de junio de 1783, previa a la Constitución, dice: "La soberanía reside en el Pueblo; es una, indivisible, imprescriptible e inalienable"; y el artículo 7 del Acta constitucional, dispuso: "El pueblo soberano es la universalidad de los ciudadanos franceses". Por contraste, la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano y la Constitución de 22 de agosto de 1795, hicieron tabula rasa con toda referencia a los derechos naturales, recortaron las libertades individuales y las medidas de carácter social.

[92] Estas ideas, nacidas del Derecho natural europeo, concluirá Hermann HELLER, sin perjuicio de que su inmediato modelo constitucional fueran los *Bill of Rights* norteamericanos, denotan la falsedad de pretender ver en ellas "algo específicamente francés", eran concepciones comunes a uno y a otro lado del Atlántico, pero la tierra en la que germinaron no era la misma, *Las ideas políticas…, op. cit.*, p. 98.

Derecho para la trama ideológica jurídico-revolucionaria[93]. En todo caso, tal y como han señalado, entre otra mucha literatura jurídica, "Duguit y Orlando, (…) los constituyentes de 1791 se contradecían a sí mismos al declarar, por una parte, a los tres poderes iguales e independientes, y, por la otra, al subordinar el Ejecutivo y el Judicial al Poder Legislativo"[94]. Producto de la ideas del iluminismo acera de la luz arrojada por discusión pública y de la fuerte reticencia francesa hacia el poder judicial (la Constitución de 1791 establecería su carácter temporal y la elección popular de los mismos) lo cual supuso incluso el no sometimiento de la administración a su propio control (autocontrol de esta), concluye con una situación sensiblemente diferente a la norteamericana, desconfiada esta frente a la Ley en cuanto riesgo para los Derechos, ante lo que consagra la inequívoca supremacía jurídica de la Constitución. No obstante, aun cuando quedara en algo retórico, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1791 también pretendió reflejar esa posición de Derecho más alto propia de la Constitución, al enunciar el rechazo para toda Ley de reconocer compromiso alguno contrario a la Constitución, y dispuso en el Título I, como una de sus "disposiciones garantizadas por la Constitución", la imposibilidad para el Poder legislativo de "hacer leyes que mermen y dificulten el ejercicio de los derechos naturales y civiles

[93] Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l`homme et du citoyen*, Hachette Littératures, Coll. Pluriel, Paris, 1988, p. 156. En los mismos términos, aunque más explícito aún, Marcel GAUCHET, "Droits de l'Homme", en *Dictionnaire critique de la Révolution française, Chapitre 4, Idées*, directores François Furet / Mona Ozouf, Champs Flammarion, edición de 1992, p. 121, y, de manera particular, p. 131. Y del Estado de Derecho francés y europeo durante el siglo XIX como Estado legislativo (*législateur, Gesetzbungsstaat*), hablará Carl SCHMITT desde las primeras páginas de su *Legalität und Legitimität*, 1ª ed., Duncker & Humblot, München–Leipzig (1932), ahora en Duncker & Humblot, Berlin, 1987, donde explica, con su habitual agudeza y capacidad de síntesis, la crisis política y jurídica liberal del siglo XIX, empeñado en proyectar el mundo político como un seminario ideal, y el mercado un lugar de intercambios libres, con lo cual, el concepto de Estado y su realidad no fueron una autoridad clara y definida, siendo así dependiente de la política cuando debiera haber sucedido a la inversa; llegadas las crisis, el Estado no estaba nunca en situación de resolverla y debía requerir de otros para que sacaran del atolladero, idas estas últimas que aparecen mejor desarrolladas en otra obras del autor.

[94] Carlos DE CABO MARTÍN, *Contra el Consenso…, op. cit.*, p. 57.

consignados en el presente título y garantizados por la Constitución; pero como la libertad no consiste más que en poder hacer todo aquello que no dañe a los derechos de los demás, ni a la seguridad pública, la ley puede establecer penas contra los actos que, atacando bien la seguridad pública o los derechos de los demás, fueran perjudiciales para la Sociedad".

A partir de las más arriba consideradas premisas, surge el Estado Liberal, a saber, un modelo de Estado que, fundamentado en el contrato social y respetuoso con el orden natural, se revela plenamente acorde para la defensa de los intereses de la clase burguesa, encargada de "dispensar derechos" de acuerdo con su interés, del que teorizar ser el de la propia Sociedad; la Revolución no fue así un acto contranatura, contrahistórico, sino la consecuencia de la propia evolución histórica. Consiguientemente, según hemos reflejado, estamos ante la forja un nuevo modelo de Estado que, inicialmente, se erigió como el vehículo de la salvaguarda de las Libertades individuales ante su principal amenaza, esto es, el propio poder público en tanto contemplado como adversario de aquellas, traduciéndose mediante la idea de que el Derecho vincula positivamente a los órganos del Estado; de manera particular a la Administración. Estimarían desde el inicio que la última solo puede hacer aquello expresamente permitido a través de las leyes elaboradas por los representantes de la burguesía en la Asamblea, y a las que asimismo debía inexorablemente quedar sujeto el Poder Ejecutivo. La Ley como verdadera norma jurídica vinculante de modo negativo para los particulares, se pasa a entender, en favor de los cuales opera "justamente lo contrario: el principio de autonomía, mientras no se traspasara el límite de la ley"[95]; convirtiéndose de este modo la figura jurídica en un

[95] Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil…, op. cit.*, p. 28.

auténtico instrumento de lucha para la defensa de los intereses de la burguesía[96].

Con arreglo a lo cual hemos previamente reseñado, frente a la estructura del Estado absoluto de los privilegios propio de la Sociedad estamental del *Ancien Régime,* se reivindican en la época de la Revolución Francesa los Derechos naturales e imprescriptibles del hombre a fin de que sirvan de fundamento del nuevo poder, claramente consonante con el principio de que la soberanía reside esencialmente en la Nación; de esta forma, ningún cuerpo o individuo podía ejercitar una autoridad distinta de las emanadas expresamente de la misma[97]. Asistimos entonces, por consiguiente, a la transformación de la organización del poder proceso del que germina el Estado Liberal de Derecho, u ordenación racionalmente construida y pautada a través de la legalidad formal[98], donde la Ley fundamenta el acto público y limita el acto privado en pro de la garantía de los Derechos del hombre[99]. Ciertamente, la Ley había de decretar por medio de los representantes electos cuáles eran los límites de la libertad a aceptar por cada individuo en "interés de la libertad igual", lo que trajo como correlato su carácter instrumental, y que, "de

[96] Así, Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución…, op. cit.*, especialmente, pp. 207 y ss.

[97] Para comprender el verdadero significado de la Declaración, es preciso apercibirnos bien del momento histórico y ambiente social en el que es fraguada, y el hecho de presentarse como efectivamente revolucionaria en clara antítesis con *L`ancien régime* y su sistema social jerarquizado por estratos, en cuyo ámbito las distintas funciones sociales venían sustancialmente determinadas por el nacimiento y la pertenencia a una concreta categoría social; y ahí precisamente incide Walter LEISNER, por haber encontrado la base específica ya referida acerca de la dirección del combate, esto es, frente a los abusos y arbitrariedades cometidos en el ejercicio del poder, sin alcanzar a una crítica frontal y descalificadora de la existencia de este último, además de que, recuerda, en Europa continental siempre quedaron resabios o rescoldos historicistas, *Grundrechte und…, op. cit.*, pp. 22 y ss, y 27-29; unas páginas, las últimas reseñadas y en algún otro momento, donde destaca el autor la gran ficción que supuso en la práctica la reiteradamente teorizada conformidad de los Derechos Fundamentales a la Ley.

[98] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2007, p. 49.

[99] Christian STARCK, *Jurisdicción constitucional…, op. ci.*, pp. 249 y ss.

esta manera, pudiese aparecer como *expression de la volonté générale*". De forma correlativa, percibía el Estado su "programa de actuación de la ley aprobada por el parlamento", de suerte tal que únicamente "podía actuar dentro de la esfera protegida por los derechos fundamentales basándose en una autorización legal"[100]. Bastante más desprendido de la concepción iusnaturalista se mostró el constitucionalismo patrio, beligerante desde su punto de partida con la concepción de los Derechos como supremos y previos a la Ley. A tal propósito, son elocuentes las frases de Antonio ALCALÁ GALIANO, que vamos a reproducir: "Al hablar de ciertos derechos abstractos considerados por algunos como naturales o imprescriptibles en los hombres declaré muchos de ellos falsos a mi entender, impugné otros como mal explicados y peligrosos, insinué que no hay otros derechos políticos que los nacidos de la misma sociedad, ya formada y de las leyes, y condene tales máximas abstractas y vagas como pésima base para sentar en ella la fábrica de las constituciones"[101].

En el marco de coordenadas descrito, los Derechos Fundamentales producían eficacia jurídica a través de la Ley[102], y el Estado Liberal de Derecho hacía su presentación por medio de un modelo de Estado Legislativo, afirmándose a sí mismo mediante la instrumentalización del principio de legalidad formal como metanorma[103]. Ahora bien, aunque la Ley efectivamente "lo podía todo", resulta obligado conocer y hacerse cargo del patrón "de «homogeneidad social» que presuponía el Estado

[100] Dieter GRIMM, *Constitucionalismo..., op. cit.*, p. 60.

[101] Antonio ALCALÁ GALIANO*, Lecciones de Derecho político* (Imprenta de D.I. Boix, 1843), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 279.

[102] Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil..., op. cit.*, p. 21. Por su parte, Maurice HAURIOU, en su *Précis élémentaire de Droit Constitutionnel* (edición de 1933), escribiría: "un derecho individual para el que no se haya hecho una ley orgánica no puede ser ejercido de forma lícita, incluso en el supuesto de que el principio se encontrase inscrito en las declaraciones de derechos o en la constitución", citado por Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho..., op. cit.*, pp. 186-187.

[103] Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil..., op. cit.*, p. 24.

Liberal", en el bien entendido sentido, que esa homogeneidad simplemente quedaba reducida a quienes participaban y eran genuinos titulares de los derechos reconocidos[104], especialmente del derecho de propiedad privada que, como sustituta de la antigua propiedad feudal, se constituye en el pilar básico para la construcción del nuevo orden económico. Algo que no ocurre a partir de un único acto histórico, sino a través de un proceso más o menos homogéneo e intermitente, según los distintos Estados, pero acompañado siempre por una intensa actividad legislativa[105]. Con todo, y avanzando a partir de esta línea de ideas, es destacado igualmente por Pedro CRUZ VILLALÓN, que los derechos individuales comenzaban y acababan en Europa durante el siglo XIX con el principio de legalidad, lo que es insuficiente para poder hablar, con carácter general, de verdaderos Derechos Fundamentales[106].

No obstante lo anterior, vamos a procurar realizar alguna suave matización, en el sentido de que, durante el proceso revolucionario, la expresión "*tous les citoyens égaux devant la loi*", de manera paradójica, reivindicaba un concepto eminentemente material de Ley como presupuesto de la libertad; algo que se deja ver, entre otros, por un autor tan clásico como Alexis DE TOCQUEVILLE, constituyendo no solo uno de

[104] Luis VILLACORTA MANCEBO, "Igualdad y Estado Liberal…", *loc. cit.* en *op. cit.*, 2004, p. 33. Y, no debemos olvidar, el jarro de agua fría que un decenio después de la Revolución Francesa vertiera Immanuel KANT sobre el género humano de la época, *Reflexionen zur Anthropologie* (1798), al señalar se hallaban "en una minoría de edad civil. Somos juzgados por leyes que no somos capaces de conocer enteramente y por libros que no entendemos (…) Esto nos ha situado en una condición de minoría de edad tal que, si cesara toda coacción, seríamos incapaces de gobernarnos (…) No tenemos la facultad de juzgar por nosotros mismos. En vez de una conciencia natural tenemos una artificial y nos guiamos por el juicio de los instruidos; en lugar de costumbre y virtud tenemos mera observancia".

[105] Por lo referido a nuestro Estado, la historiografía suele coincidir al señalar que el Decreto de 6 de agosto de 1811, debido a las propias Cortes de Cádiz, constituye el punto cero de inicio de ese proceso.

[106] Pedro CRUZ VILLALÓN, "Formación y evolución…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 38-39; de la excepción producida en Suiza a partir de 1874, da cuenta, asimismo, en *ibídem*, p. 43.

los horizontes a alcanzar por la esperanza, sino también uno de los pilares esenciales sobre los que se cimentó el movimiento. Es más, dicho postulado aparece expresamente recogido por el artículo primero de la Declaración Francesa[107], a partir del acogimiento de premisas de cuño iusnaturalista claramente subrayadas en la obra de MONTESQUIEU, donde concretamente viene a decir: "*dans l`état de nature, les hommes naissent bien dans l`égalité: mais ils n`y sauraint rester. La société la leur fait perdre, et ils ne redeviennent égaux que par les lois*"[108]. Sencillamente, los avatares sufridos en la conformación evolutiva de dicho principio, por la concepción teórica subyacente acerca del mismo, y por la imposición en última instancia de su versión más individualista y de carácter formal, así como las causas de esa cristalización, están bien descritos en diversas obras, y pueden verse, por ejemplo, acudiendo a las aportaciones de Pierre DANEY, Stéphane CAPORAL o Georges VEDEL[109].

Así, dentro del marco de estas condiciones, el Estado Liberal de Derecho del siglo XIX, redujo su aspiración a la igualdad formal ante la Ley, favoreciendo las expectativas de la Sociedad burguesa de la época, con apoyo, justamente, en la concepción labrada por Immanuel KANT sobre la misma, quien supuso para el Estado Liberal racional el "más grande de sus representantes"[110]; cuyas ideas concebían la constitución del Estado mediante el contrato celebrado entre individuos autónomos

[107] Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique (1835)*, Garnier–Flammarion, Paris, 1981, Tomo I, p. 66, Tomo II, pp. 122-123.

[108] Charles–Louis DE SECONDAT, SEÑOR DE LA BRÈDE Y BARÓN DE MONTESQUIEU, *De L`Esprit des lois*, Tomo I, Garnier–Flammarion, Paris, 1979, Libre VIII, Chapitre III, pp. 245-246.

[109] Pierre DANEY, *Le principe d`égalité*, Imprimerie René Samié, Bordeaux, 1927, esencialmente pp. 11 y ss; Stéphane CAPORAL, *L`affirmation du príncipe d`égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Éditeur Economica–Presses Universitaires d`Aix–Marseille, Aix–en–Provence, 1995, fundamentalmente pp. 14 y ss; Georges VEDEL, *La Déclaration des droits de l`homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française Éditions, Paris, 1990, singularmente pp. 171 y ss.

[110] Por todos Hermann HELLER, *Las ideas Políticas..., op. cit.*, p. 99.

con la finalidad exclusiva de asegurar su situación jurídica[111], y que terminaría por ganar decisivamente la batalla a la concepción material de la igualdad jurídica, la cual vino a encontrar quizá como máximo exponente y uno de sus principales defensores a Johann–Gottlieb FICHTE[112]. En base a lo expresado desde estas últimas líneas, durante el siglo XIX, concluirá al efecto Hermann HELLER, con el término Estado de Derecho se denominaría "a aquella forma de gobierno en la que la esfera de poder de los órganos del Estado respecto al ciudadano, está de algún modo delimitada por medio de un precepto jurídico formal, independientemente de que del mismo derive una mayor desigualdad y sujeción"[113]. En fin, toda vez el individuo ha renunciado a su soberanía natural al establecerse el contrato social como condición necesaria para la celebración de este, reservaría, no obstante, ciertos derechos inviolables e inalienables frente al poder estatal, los calificados por los tratadistas del Derecho natural, como naturales, innatos y eternos del hombre[114].

Y sobre estas bases apostaría con fuerza Wilhelm VON HUMBOLD, (1767-1835) gran valedor de la concepción individualista liberal del Estado y de la libertad del individuo, quien arrancando de la vertiente optimista del Derecho natural clásico y depositando extrema confianza en la naturaleza humana, dibuja como ideal el correspondiente al de una organización de poder garante de la seguridad por medio de su legislación y actuación sobre presupuestos contractualistas, bajo la cual, cada individuo vive en una Sociedad formada previamente al Estado (a la que reconoce como derechos inviolables la libertad personal, la propiedad y la conciencia, negando de paso que la organización estatal constituya un fin

111 *Ibídem*, p. 99.

112 Hermann HELLER, *Las ideas Políticas…, op. cit.*, p. 73.

113 Hermann HELLER, *Las ideas Políticas…, op. cit.*, p. 88.

114 Hermann HELLER, *Las ideas Políticas…, op. cit.*, p. 99

en sí mismo sino un medio a fin de garantizar la subsistencia del individuo). Muy poco proclive a planteamientos revolucionarios, sí estima de suma conveniencia la eliminación de la burocracia y el intervencionismo de su época, y considera preferible potenciar de modo progresivo la iniciativa del individuo, quien con arreglo a su energía, podría desenvolverse por sí mismo, conforme a su propia voluntad, a la búsqueda de la propia felicidad, desarrollando al máximo sus facultades activas, sus capacidades; planteamientos dónde es posible para este aspecto observar cierta influencia de Johann–Gottlieb Fichte y el impulso por la acción, a la realidad como anhelo del yo ideal (que ha de ser *realiter*: determinado y determinante a la vez) de este, que se concilia a su vez con la idealidad. La mejor manera de maduración y perfeccionamiento de la libertad humana es por medio del ejercicio de la libertad misma impulsada a cargo de cada individuo limitando al máximo a tal fin la actividad estatal social, teorización basada en la razón y no en la experiencia, lo que en él crezca proviene de sí mismo, de su idealidad sentida y reflexionada por su propia espontaneidad, no se le puede dar mediante injerencias desde fuera, será ciertamente una perfección de sí, y a tal efecto es preciso limitar la acción del Estado con el fin de evitar su inmiscuimiento marismático de corte uniforme y lograr el mayor margen de libertad para el individuo, preservando así el proceso de formación del hombre[115]; la misión encargada al Estada radica en garantizar los Derechos individuales (*Rechtszweck*) y la defensa frente a ataques extranjeros. De este modo, vemos confluir de conformidad con la doctrina

[115] Wilhelm VON HUMBOLDT, e castellano *Límites de la acción del Estado*, Tecnos, Madrid, 1988; y, desde luego, su *Ideen zu einem Versuch die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, parcialmente publicado en 1792, y completo por la Verlag Eduard Trenwendt, Breslau, 1851. El Derecho Constitucional liberal-burgués de la época, dirá Jophef H KAISER, y piensa específicamente en nuestro autor, fue la teorización idónea para ayudar a la sujeción del poder de dominio de la organización con apoyo en los postulados de la separación de poderes y sumisión a la Ley parlamentaria, a modo de escudos protectores de los individuos y de la Sociedad, "Prolegomena zu einer Rechtslehre von Staat und Gesellschaft", en *Freiburger dies Universitatis*, núm. 4, 1955-56, pp. 13 y ss.

individualista del Estado Liberal, tres principios: el de la liberdad, el de la seguridad, y el del derecho como conjunto de condiciones que permiten la coexistencia de las libertades individuales y la seguridad.

1.2.3. El surgimiento de los movimientos constitucionalistas, y la incorporación de los Derechos individuales por los textos normativos llevada a cabo.

Ante el surgimiento respecto a la necesidad de invención de una nueva forma, sistemática y racional, de ordenación, fundamentación y limitación del poder político, cual resultado histórico, germinan los movimientos constitucionalistas. Y, en definitiva, tales movimientos persiguen como idea fundamental, el establecimiento de límites a la actividad gubernamental, como tarea encomendada a los Derechos individuales del hombre[116]. Pues bien, a partir de ahí se produce su incorporación a través de las primeras constituciones que, dada su calidad de documentos escritos por medio de los cuales son declaradas las libertades y los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, instauran al propio tiempo las correspondientes garantías de los mismos. Unas garantías arbitradas por medio de las oportunas técnicas encargadas de establecer la división, los límites y los controles del poder político, en aras de garantizar la autonomía de la Sociedad civil, cuya teorización llegará luego a su punto álgido con el liberalismo doctrinario y

[116] Charles H. MCILWAIN, *Constitutionalism–Ancient and Modern*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1947, para quien el constitucionalismo es la técnica de la libertad, o sea, es la técnica jurídica a través de la cual se les asegura a los individuos el ejercicio de sus derechos individuales, y, al mismo tiempo, el Estado es colocado en la posición de no poderlos violar, pp. 146 y ss. Una definición más genérica la ofrece Maurizio FIORAVANTI: "el constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas", *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Trotta, Madrid, 2014, p. 17.

la Carta constitucional francesa de 1830[117]. Estamos, obvio es decirlo, ante las originales constituciones liberales, o como también se las ha denominado, liberal–garantistas[118].

Por lo tanto, la Constitución surge como ley de organización del Estado Liberal y de su consiguiente funcionamiento, y solo se consideran auténticas constituciones cuando parten de una presunción general de libertad a favor de los individuos, con reserva en favor de la Ley como norma suprema expresada por un poder representativo, la individualización de los eventuales límites cuyo establecimiento resulte necesario, al objeto del ejercicio de los Derechos por los mismos individuos toda vez son sus titulares[119]. En este sentido, corresponde su teleología con un determinado ideal de garantía de ciertos Derechos individuales como la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad; e, igualmente, garantizan el principio de separación de poderes a medio de límite interno del poder supremo estatal. Una concepción que, para la posteridad, ha quedado plásticamente forjada desde la perspectiva material a través del contenido integrante del artículo decimosexto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cual reza en términos expresivamente concluyentes: "toda Sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución". Una proclama, esta última, que vale como Constitución por cuanto expresiva del programa político del Estado

[117] Como sabemos, el liberalismo doctrinario, atento a lo fáctico, considerada la realidad, fue magistralmente estudiado entre nosotros por Luis DÍEZ DEL CORRAL Y PEDRUZO, *El Liberalismo doctrinario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1945; que solo hemos medio leído, pero también nos fiamos del autor con carácter general, y de algunos de sus comentadores.

[118] Nicola MATTEUCCI, "Constituzionalismo", en *Dizionario di política*, Unione Tipografico–Editrice Torinese, Torino, 1976, pp. 262 y ss.

[119] Maurizio FIORAVANTI, "Estado y Constitución", en El *Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, edición de Maurizio Fioravanti, Trotta, Madrid, 2004, p. 35.

Liberal–burgués[120], y denota la defensa no de cualquier tipo de organización política, sino de una "organización política liberal y garantista", de conformidad con la cual, los Derechos pasan a tener el entendimiento de fundamentos o "principios de la constitución política"[121].

Todavía, más de un siglo después, nos encontramos ante la tentativa de Carl SCHMITT de realizar una lectura estrictamente liberal de la Constitución de Weimar, y señalaría a tal fin que el Estado burgués de Derecho, expresión jurídica de los valores del liberalismo, fue construido partiendo de dos pilares básicos: un principio de distribución y un principio de organización. En particular, por lo referido al primero, establece la división entre la apriorística ilimitada libertad del individuo y el *ab initio* limitado poder del Estado, distribución expresada mediante el reconocimiento de una serie de Derechos de libertad o Derechos Fundamentales. Por su parte, tocante al principio de organización, estaría contenido en el principio de separación de poderes, que actúa favorablemente en interés del control recíproco y de la limitación del poder[122]. A *posteriori*, comenzaría la crítica schmittiana al liberalismo en

---

[120] Manuel GARCÍA–PELAYO Y ALONSO, *Derecho Constitucional…, op. cit.*, p. 39.

[121] Jürgen HABERMAS, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 121. Asimismo, Riccardo GUASTINI, "Sobre el concepto de Constitución", en *Teoría del neoconstitucionalismo*, edición de Miguel Carbonell, Trotta–Instituto de investigaciones jurídicas–UNAM, Madrid, 2007, p. 16.

[122] Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución…, op. cit.*, pp. 139 y ss. No obstante, favorecido por su poderosa inteligencia, es conocida la capacidad de Carl Schmitt para la adaptabilidad a las circunstancias. Así, dos extraordinarios artículos que desenmascaran la adaptación camaleónica del autor son, por ejemplo, los de Karl LÖWITH, "Le décisionnisme (occasionnel) de Carl Schmitt", en *Les Temps modernes*, núm. 544, 1991, pp. 15 y ss, (publicado inicialmente en alemán en 1935 bajo el pseudónimo de Hugo FIALA: "Der okkasionelle Dezisionismus von Carl Schmitt", en *Revue internationale de la théorie de Droit –internationale. Zeitschrift für Theorie des Rechts*, Brunn, Vol. IX, Fascículo II, pp. 101-123, ahora en *Sämtliche Schriften*, Band. 8, edición de Klaus Stichweh / Märe B. de Launay, J.B. Metzeler Verlag, Stuttgart, 1984, pp. 32-71, en el que denuncia, con la finura y sobriedad que le caracterizaban al filósofo bávaro, el "ocasionalismo schmittiano", esto es, el carácter siempre ocasional de las decisiones de Carl Schmitt, lastradas por las circunstancias; por lo tanto, siempre polémicas. Y muy parecido Martin GRAHLER, "Antinomisches Denken und

nombre de la política, y la proseguiría bastándose de la religión, para desembocar mediante un cuestionamiento que Leo STRAUSS define, al decir en *pleine connaissance de cause*, como una verdadera crítica de la "filosofía de la cultura"[123].

Como nos resulta percibible, los Derechos Fundamentales, refugio propio para los intereses liberales de cara a la salvaguardia de una esfera social frente al poder político del Estado, son reunidos por medio de un documento sistemático y racional, unificador de todo el sistema jurídico, transformándose de este modo en directrices materiales, vínculos sustanciales y fundamento de validez de todas las normas producidas por la legislación positiva[124]. De acuerdo a la autorizada opinión de Carl SCHMITT, los Derechos Fundamentales propios del Estado burgués, anteriores y superiores a la organización estatal, no reciben "su contenido de ningunas leyes, ni con arreglo a leyes o dentro de los límites de las leyes", en la medida que tan solo "describen el ámbito, incontrolable en principio, de la libertad individual". Y esto significa, se mire como se mire, que el Estado sirve para su protección, y encuentra en su prestancia "la justificación de su existencia"[125]; libertad que, en sí

dilemmatische Kontrastdialektik. Warum Carl Schmitt kein Liberaler sein konnte", en *Carl Schmitt und die Liberalismuskritik*, edición de Klaus Hansen / Hans Lietzmann, Leske–Budrich Verlag, Opladen, 1988, pp. 81-91.

[123] Así lo entiende Heinrich MEIER, *Carl Schmitt, Leo Strauss y El concepto de lo político – Un diálogo entre ausentes*, Kazt Editores, Buenos Aires, 2008.

[124] Winfried BRUGGER, "Elemente verfassungsliberaler Grundrechtstheorie", en *Juristen Zeitung*, 42, núm. 13, 1988, pp. 633 y ss.

[125] Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución..., op. cit.,* pp. 169-170. Según el autor: "para tener un concepto utilizable por la Ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de Derecho son derechos fundamentales solamente aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado, no es que los otorgue según sus leyes, sino que reconoce y protege como dados por él, y en los que solo cabe penetrar en una cuantía mesurable en principio, y solamente dentro de un procedimiento regulado. Esos derechos fundamentales no son, pues, según su substancia, bienes jurídicos, sino esferas de Libertades, de las cuales resultan derechos, y precisamente derechos de defensa. Eso se ve con toda claridad en los derechos de libertad, que históricamente significan el comienzo de los derechos fundamentales: la libertad de religión, la libertad personal, propiedad, derecho a la libre manifestación de opiniones, existen, según esta concepción, antes que el Estado; no reciben su contenido

misma considerada, es el fin al que pretenden subordinarse las instituciones e incluso el propio Estado[126]. Al menos esa era la pretensión de partida, y lo que a juicio Konrad HESSE terminó ocurriendo en Francia, pues "la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y las primeras Constituciones revolucionarias proporcionaron los presupuestos y los fundamentos para la legislación de Derecho Privado del Código de Napoleón y determinaron sus coordenadas". Más adelante, durante una segunda etapa, "en la época de la Restauración, una función esencial de la Constitución consistió en la garantía y la defensa del ordenamiento jurídico–privado recién instituido; la Carta de 1814 aseguraba en sus derechos fundamentales los elementos esenciales de ese ordenamiento frente a simples modificaciones o frente a una suspensión"[127].

---

de ninguna ley, ni según las leyes, o dentro de los límites de las leyes; describen el ámbito, incontrolable en principio, de la libertad individual; el Estado sirve para su protección, y encuentra en ella la justificación de su existencia", *ibídem* p. 169. Como se lee, la idea de prohibición de intervención estatal inconmensurable, desmedida, o no regulada por un procedimiento –lo que caracteriza la función de los Derechos Fundamentales como derechos de defensa– aparece, sea conscientemente o no, poco importa, al lado del arquetipo de la protección estatal de los Derechos Fundamentales.

[126] Carl SCHMITT, "Freiheitsrechte und institutionell Garantien der Reichsverfassung", ahora en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1985, pp. 167-168. Los antecedentes de todas estas ideas, habían cristalizado en la filosofía de Christian WOLFF, al haber sido quien principalmente concibiera que la finalidad del Estado estribaba en el logro de la *vitae sufficientia*, *tranquilas et securitas*, y principalmente, las dos últimas cualidades eran condiciones para llegar a la *felicitas,* postulados entendidos como los presupuestos del Estado-policía, que justificaría la lesión de bienes integrantes de la vida jurídica individual, cuando el sacrificio fuera necesario para preservar el bien común, ideas con las que enlazara, entre otras, la doctrina utilitaria de Jeremy BENTHAM (el mayor bien para el mayor número), y por derivación de John STUART MILL.

[127] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 34, nota núm. 3. No obstante, vemos muy acertada la matización que hiciera Boris MIRKINE–GUETZEVITCH, cuando reprocha a los hombres de la época de la Declaración Francesa por no tener aún acotado "el concepto jurídico del problema de las garantías de los derechos individuales", pues poseedores de una fe ciega en "el acierto de la voluntad general", respecto de la creencia de que "toda manifestación de la soberanía del pueblo era no solamente legal, sino ante todo razonable", no lograron apercibirse del "problema de las garantías reales de las libertades individuales". Así, visualizaron estas garantías "en la separación de Poderes, en el principio de la soberanía del pueblo y sobre todo en el principio de legalidad". Sin embargo, este principio de legalidad

1.2.4. La consolidación de los Derechos Fundamentales en el Estado Liberal como pretensiones dirigidas hacia el Estado.

1.2.4.1. La inicial y breve excepción de la multi–direccionalidad de los Derechos individuales.

Aun cuando la tesis dominante sostiene que durante la vigencia del Estado Liberal, y desde un comienzo, la preocupación única en relación con los Derechos del individuo era que resultaran vinculantes y limitativos del poder estatal, desde sectores doctrinales de cierta relevancia, se cuestiona esta tesis clásica por lo que afecta a los orígenes. Efectivamente, integrantes de la doctrina científica cada vez más significativos desde el punto de vista numérico y extendiéndose, sostienen la idea acerca de que los Derechos Fundamentales no eran eficaces en el ordenamiento liberal jurídico–privado, se cimienta arrancando de una comprensión de la función histórica de esos Derechos modernamente cuestionable, cuando menos, por lo que hace a los inicios del liberalismo. En consecuencia, nos plantea así el interrogante de saber si es verdaderamente indiscutible, tal como hace la presentación más ordinaria de la cuestión, que, desde sus orígenes, los Derechos Fundamentales únicamente vinculaban y establecían límites jurídicos al poder estatal.

Dentro de la misma doctrina científica alemana, diversos autores han objetado que las Libertades fundamentales se constituyeran, desde un primer momento, como Derechos de defensa exclusivamente frente a las injerencias del poder público, pues ante todo debían regular la organización de las relaciones jurídicas a establecer entre los particulares, ámbito en el cual se exige del primero que cumpla con un

---

difícilmente podía "ser considerado como la única garantía de las libertades individuales; garantizando al individuo contra el arbitrio del Poder Ejecutivo deja al ciudadano indefenso ante el Legislativo, capaz de promulgar una ley contraria el principio de la libertad individual proclamado por la Constitución", *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Editorial Reus, Madrid, 1934, p. 33.

deber de protección de esos Derechos. Juzga así Walter LEISNER, cómo el ímpetu revolucionario francés no nace de una exigencia de limitación del poder público, sino que surge del antagonismo frente a los privilegios, por lo cual se orienta, sobre todo, contra determinadas formas de estructuras sociales. Esta constatación tiene una doble consecuencia: de una parte, la imposibilidad de negar la aptitud de las Libertades fundamentales para operar dentro del marco de las relaciones sociales; y, en segundo lugar, la necesidad de considerar siempre esencial, más no exclusiva, la garantía de las libertades en su confrontación con los poderes públicos. Incluso, durante la primera fase de la Revolución, predominaría la libertad privada frente a la libertad estatal[128].

Y recogido con términos semejantes entre nosotros, Javier BALLARÍN IRIBARNE parece inclinado hacia esa misma dirección, pues, para la filosofía contractualista todo apunta a que, con carácter general, deben más bien invertirse los términos, en tanto en cuanto reflexiona: "los derechos del hombre preexisten al Estado y este nace para su defensa, de suerte que aquéllos se tienen, originariamente, frente a los demás hombres y solo derivativamente frente al Estado, que, por su parte, no solo debe reconocer los límites que los anteriores oponen a su acción, sino también protegerlos frente a los consociados que pueden violarlos. Así, los Derechos naturales a la libertad, a la seguridad, a la propiedad, a la búsqueda de la felicidad, son, en primer término, derechos frente a los presuntos «terceros», los particulares", de ahí deriva que "su *Drittwirkung* les es connatural"; y acorde a esta última, nada hay en "el concepto general de los derechos fundamentales, considerando la

[128] Walter LEISNER, *Grundrechte und..., op. cit.*, pp. 22 y ss, fundamentalmente pp. 27-29. A conclusiones análogas llega Hanns–Rudolf LIPPHARDT, "Grundrechte und Rechtsstaat", en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1986, pp. 149 y ss. También Albert BLECKMANN, "Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, Jahrgang 103, núm. 19, 1988, pp. 940 y ss. De modo aproximado, Dieter GRIMM, "Grundrechte und Privatrecht in der Bürgerlichen Sozialordnung", en *Grund– und Freiheitsrechte von Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, edición de Günter Birtsch, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1981, p. 360.

génesis del mismo, que obligue a enjuiciar que, <<en principio>>, se tienen solo frente a los poderes públicos", es decir, "que solo para estos nazcan de ellos limitaciones en su actuar"[129].

Conforme proclama Luis PRIETO SANCHÍS, sin perjuicio de que los Derechos individuales emergieran a manera de la fracción de libertad natural que los individuos retienen para sí mismos al establecer el pacto social y constituir el poder político, brotando en forma de límites frente a la acción del Estado, tal planteamiento no es excluyente con el que también, por añadidura, les confiere su eficacia de cara a los sujetos privados, al menos en los momentos iniciales del proceso revolucionario. Ciertamente, los Derechos Fundamentales son considerados oponibles frente al Estado, toda vez su presencia no pende del poder público, pero esto es algo distinto de que semejante eficacia únicamente sea susceptible de poderse conminar frente a los poderes estatales. En esta línea de principios, el autor referenciado entiende que tanto la causa fidedigna como el asentamiento hipotético de los Derechos liberales individuales, se compaginan mejor con la inicial alternativa que con la segunda. De esta forma, bien pudiera resultar, sostiene, que la dogmática de los Derechos Fundamentales haya originado cierto desconcierto entre la lucha y la expugnación auténtica de las Libertades a modo de Derechos vigorosos y resistentes ante el poder público y el fondo constitutivo o propulsión inherente al Derecho pertinente[130].

---

[129] Javier BALLARÍN IRIBARREN, "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pp. 286 y 288, respectivamente. Una opinión contraria, también en nuestra doctrina, es la de José María PABÓN DE ACUÑA, para quien los Derechos individuales y las Libertades públicas "han sido concebidos siempre frente a los poderes públicos", "La llamada <<Drittwirkung>> de los derechos fundamentales", en *El Poder Judicial*, Vol. III, AA.VV, Instituto de Estudios Fiscales–Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983, p. 2209.

[130] Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, pp. 205 y ss.

En el país ibérico vecino, también existe autores que participan asimismo de similar opinión, al venir a entender de carácter previo la protección de los Derechos Fundamentales resguardándolos de los ataques provenientes de los sujetos privados, frente a la tesis de la garantía de los Derechos Fundamentales ante las lesiones producidas a través del ejercicio del poder estatal. Conforme patrocinan, a partir de las reflexiones derivadas de la filosofía contractualista, sería conveniente variar las conclusiones usuales de comprensión, pues, en efecto, los Derechos del individuo son preexistentes al Estado, y este se instituye a efectos de su garantía y conservación, de tal modo que los Derechos, en sus orígenes más remotos, son eficaces ante el resto de individuos, y solo subsidiariamente se hacen valer ante el poder estatal. El poder político, está efectivamente obligado a admitir los confines establecidos por los Derechos frente al actuar de su propia potestad, pero contrae, de manera correlativa, el deber de defenderlos frente a cualquier vulneración, con independencia del sujeto que la haya perpetrado; por ello, los Derechos naturales a la libertad, a la seguridad, a la propiedad y a la búsqueda de felicidad, en primer lugar y originariamente, constituyen Derechos frente a sujetos privados[131], cuya protección, conforme venimos insistiendo, corresponde lógicamente al Estado. Un planteamiento concordante con el pensamiento mayoritario durante el siglo XVIII, en cuyo seno no se hallan argumentos capaces de permitir el posicionamiento del "individuo como rival o adversario del Estado"[132], pues el modelo de este último como aspiración de las revoluciones burguesas a instituir, conlleva la ruptura con el poder arbitrario y despótico del Antiguo Régimen, y se proyecta, precisamente, con el fin de que sea el instrumento de liberación

[131] Así, por ejemplo Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, *Libertade religiosa numa comunidade constitucional…, op. cit.,* p. 253.

[132] Georges BURDEAU, *Le libéralisme*, Éditions du Seuil, Paris, 1979, p. 45.

del individuo y el garante de sus Derechos inalienables. Ante lo cual, individuo y Estado, no pueden aparecer bajo ningún concepto enfrentados, toda vez comparten un ideal común, que se convertirá en un "elemento cuasi–místico" perteneciente a esta primera etapa revolucionaria[133].

Jean RIVERO, de su mano mayor dentro de un contexto doctrinal poco proclive a su idea, también ha razonado en el sentido de que la teoría liberal de los Derechos y Libertades, si bien reparamos, permite vislumbrar una dimensión forzosamente dual. Y es que, de una parte, la construcción teórica aparece motivada por "una desconfianza insuperable hacia el Estado" (pensando aún en el Estado arbitrario y despótico del absolutismo), lo que la conduce, de un modo inexorable, a la "abstención generalizada respecto del ámbito de las relaciones privadas". Ahora bien, atendiendo a la medida en la cual la referida teoría "convierte al Estado democrático en el garante y el regulador de esas mismas libertades"[134], estas últimas han de constituir forzosamente su genuino fundamento, dando lugar, claro está, al nacimiento de una organización del poder de nueva planta. Y así, con independencia de que durante demasiado tiempo haya prevalecido la primera dimensión registrada, la segunda es tan "auténticamente liberal como la otra"; es más, la que considera la regulación de "las relaciones privadas por el Estado un medio necesario para garantizar el ejercicio efectivo de las libertades es, en definitiva, la más fiel al pensamiento inicial de los autores de la Declaración de 1789"[135]. Se nos evidencia, de esta suerte, cómo las construcciones

[133] Georges BURDEAU, *Traité de Science politique,* Tomo IV, *L` État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, Librerie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1987, p. 288.

[134] Jean RIVERO, "La protection des droits de l`homme dans les rapports entre personnes privées", en *René Cassin Amicorum Discipulorumque Líber,* Vol. III, *Protection des droits de l`homme dans les rapports entre personnes privées*, edición de Marceau Long / François Monnier / Jean Graven, Augusto Pedone Éditions, Paris, 1971, p. 116.

[135] *Ibídem.*, p. 116.

teóricas revolucionarias no son opuestas, por definición, a todo poder, sino solamente al ejercicio autoritario y arbitrario del mismo[136].

Incluso, un conspicuo detractor de la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, cual es el caso de Claus–Wilhelm CANARIS, llega a adscribirse asimismo a esta posición, relativa a la proyección inicial de los Derechos[137]. Y Pedro CRUZ VILLALÓN, va si cabe un poco más lejos, al considerar a la *Drittwirkung* todavía más antigua que los mismos Derechos, lo cual no podía ser de otro modo, pues "la tríada «libertad, seguridad, propiedad», como bienes de los individuos a proteger frente a los propios individuos, está en el origen del pacto social en la teoría clásica del Estado, concretamente en la teoría que, partiendo de Hobbes, llega a Montesquieu y Rousseau". Una teoría, conforme a la que, "el Estado, el poder político, nace y se legitima como poder frente a los particulares, en la medida en que es capaz de asegurar dichos bienes (la libertad, la seguridad y la propiedad) en las relaciones entre los individuos"[138]. Sin embargo, prestando atención a una de las primeras aportaciones entre nosotros sobre la *Drittwirkung*, Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO señalaron que era perfectamente sabido y a veces hasta "olvidado de puro sabido, que los derechos fundamentales y su plasmación positiva en las Declaraciones y Constituciones a finales del siglo XVIII se forjan en la idea de garantizar un ámbito personal inmune a la injerencia estatal"[139].

---

[136] Por todos, como hemos dicho, Walter LEISNER, *Grundrechte und…, op. cit.*, pp. 22 y ss.

[137] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und Privatrecht", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 184, 1984, pp. 226-227.

[138] Pedro CRUZ VILLALÓN, "Derechos fundamentales…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 219.

[139] Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cívitas, Madrid, 1986, p. 11.

Todo inclina a pensar, como trataremos de poner de relieve a continuación, que la eficacia de los Derechos Fundamentales para el cao de las relaciones intersubjetivas no continuó su curso inicial más arriba declarado, y principió a recibir un rechazo notoriamente explícito desde la teoría liberal–individualista de la Sociedad, que, como trataremos de explicar, terminaría haciéndose tradicional, y se fragua con posterioridad al momento revolucionario[140]. De este modo, los "liberales de la segunda generación"[141], una vez hubieron sopesado que el formal aserto constitucional de la libertad y de la igualdad de los individuos ante la Ley iba a resultar idóneo, a propósito de solventar el asunto de la garantía de los Derechos en el contexto de las relaciones jurídico–privadas, decidieron abrazar, con carácter exclusivo, la tendencia de signo unidireccional, arrinconando, por demás, la más añeja comprensión que abogaba por la proyección de la eficacia de las normas iusfundamentales entre actores no estatales. Posición, esta última, la cual no deja de ser contradictoria, si somos capaces de percibir que el principio de autonomía privada, realmente, solo logra adquirir repercusión en el escenario de un enrevesado de relaciones a forjar entre sujetos libres e iguales[142]. En íntima conexión a lo expresado con carácter precedente, Walter LEISNER, a su vez, acepta el reconocimiento de no haberse prestado apenas interés por parte de la literatura especializada tocante a la evolución de la eficacia de las Libertades dentro del ámbito jurídico–

[140] Destaca Norberto BOBBIO que la tesis individualista de la Sociedad finalmente impuesta, hace girar todo en torno al individuo, de acuerdo con la cual, "primero está el individuo con sus intereses y necesidades, que toman la forma de derechos en virtud de una hipotética ley de naturaleza, y luego la sociedad, y no al contrario", *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 163.

[141] Georges BURDEAU, *Le libéralisme…, op. cit.,* p. 45.

[142] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.* José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2010, p. 234.

privado durante el largo y tortuoso discurrir del siglo XIX, empeñados como estaban los teóricos burgueses en la apropiada reflexión y posterior realización práctica de dichas Libertades para sus propios intereses particulares, cercenando con ello el asentamiento de estas en el ámbito jurídico–público[143]. De esta guisa, la evolución histórica de los Derechos Fundamentales pone de relieve cómo fue rápidamente produciéndose una restricción dentro del ámbito de la tendencia multidireccional (*allseitige Tendenz*) inicialmente registrada, para irse abriendo definitivamente paso la concepción de carácter vertical actualmente aún preponderante[144].

1.2.4.2. La concepción unidireccional de los Derechos hacia los poderes públicos, finalmente consolidada durante la vigencia del Estado Liberal.

Consiguientemente, inferimos de lo expuesto, que es posible entender con meridiana claridad la imposición de la teoría unidimensional o unidireccional de los Derechos clásicos de libertad, en su carácter de derechos exigibles únicamente frente a los poderes estatales, durante la casi totalidad de la etapa histórica que comprende el Estado Liberal. Y la misma hunde sus raíces en la concepción, hoy conocida como clásica –por ser la finalmente preponderante– del Estado Liberal de Derecho, reflejo del orden atemporal de las relaciones entre Estado y Sociedad, con indiscutible apoyo asimismo e instrumentalización de una dogmática de carácter marcadamente positivista[145].

---

[143] Walter LEISNER, *Grundrechte und..., op. cit.*, pp. 28 y ss.

[144] Walter LEISNER, *Grundrechte und..., op. cit.*, pp. 312 y ss.

[145] Thomas VESTING, en su brillante aportación "Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus. Elemente und Perspektiven einer pluralen Theorie der Grundrechte", en *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, edición de Christoph Grabenwarter / Stefan Hammer / Alexander Pelzl / Eva Schulev–Steindl / Ewald Wiederin, Richard Boorberg Verlag, Dresden, 1994, pp. 9 y ss.

Según acabamos de registrar, el prototipo de organización que culmina con el Estado Liberal, alza su bandera esgrimida al objeto de preservar la libertad individual y la autonomía privada, frente al meditado iba a ser su riesgo más cierto: el poder del propio Estado constituido y, más exactamente, el correspondiente a la Administración. Porque, sea cual fuere el modo de conceptualizar la relación entre esfera política y libertad, señala Angelo PANEBIANCO, es de constatar acerca del mismo, un punto de común acuerdo entre "las diversas escuelas: el poder político, al menos potencialmente, es peligroso para la libertad, puede, si quiere amenazarla y, en casos extremos devorarla. Y hay más: el poder político no se limita a ser peligroso, es también más peligroso que cualquier otro poder social (económico, religioso etc), debido a que lo que le caracteriza es el control sobre los instrumentos de la coerción física"[146]; pero será el precio a pagar por un bien negativo, el de la seguridad, que el individuo no puede garantizarse a sí mismo. Pues bien, para el modelo de orden político liberal–burgués que terminó definitivamente por consolidarse, en realidad, los Derechos Fundamentales basaban el fundamento de su existencia a partir de la relación individuo–Estado, y no era incorporada por el poder público reglamentación alguna correspondiente a las relaciones jurídicas dispuestas entre los sujetos privados, dejando esta cuestión en manos de la capacidad de autogobierno de la Sociedad y de su regitivo principio nuclear de autonomía privada. Desde este planteamiento, el resultado que en tal momento incumbe resaltar, es el de parecer poco viable amparar para tal coyuntura histórica la intervención de las disposiciones de rango constitucional "en las relaciones entre privados, sino solo, por lo

[146] Angelo PANEBIANCO, *El Poder, el Estado, la Libertad. La frágil Constitución de la Sociedad libre*, Unión Editorial, Madrid, 2009, p. 27.

que a estos atañe, a las que mantuviesen con los poderes públicos"[147]; sin embargo, podemos recordar, las constituciones continentales de la época no eran garantintas sino nominales u "organizativas"[148].

Con todo, relativo al ámbito privado, las libertades van adquiriendo una evolutiva consolidación en las esferas civil y penal, proceso que culmina con la codificación[149], y, de hecho, la eficacia de los entonces comprendidos por Derechos Fundamentales, había sido obtenida concordante con los intereses de clase. Este planteamiento encontraba su soporte a través de la pretendida y rigurosa separación, que dicen haber logrado, entre el Estado y la Sociedad civil, intrínsecamente confiada la segunda a la emancipada interacción de las fuerzas sociales y a su capacidad autorreguladora[150], así como dependiente de la supresión de cuantas normas e instituciones llegasen a obstaculizar el autodesarrollo individual y privilegiaran a determinados individuos o grupos[151]. El dogma del poder político, en cuanto sustancia diferenciada mediante una línea divisoria bien nítida de la Sociedad burguesa, es exteriorizado comúnmente a través de la dualidad gobernantes–gobernados[152], mientras por su parte el Estado construido por la voluntad libre y soberana de los hombre no asume otros compromisos

147 Rafael DE ASÍS ROIG, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas–Universidad Carlos III de Madrid–Dykinson, Madrid, 2000, p. 88.

148 Dicho con Giovanni SARTORI, pues para el autor no limitaban propiamente al poder, *Elementi di teoria política*, Il Mulino Società Editrice, Bologna, 1987.

149 Por todos, remitimos a la obra importante y bien sintetizada, de Pio CARONI, *Saggi sulla Storia della Codificazione*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano 1998.

150 José João NUNES ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas aos Direitos fundamentais*, Editora Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1990, pp. 21 ss. Véase asimismo Dieter GRIMM, *Constitucionalismo..., op. cit.*, pp. 57-60.

151 Dieter GRIMM, *Constitucionalismo..., op. cit.*, p. 100.

152 Pedro Carlos BACELAR DE VASCONCELOS, *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*, 2ª ed., Cosmos Editora, Lisboa, 1999, pp. 7 y ss.

más allá de la garantía del orden público y la paz social (la armonía o coexistencia social), de esa Sociedad civil cuya capacidad de autogobierno "descansa en las leyes de mercado"[153], y, especialmente, dando su conformidad al principio económico *laissez faire, laissez passer; le monde va de lui même*, que prohíbe toda intervención de naturaleza jurídica–política. La mano invisible del mercado teorizada por Adam SMITH (dependiente de la mano benéfica y providencial regitiva del mundo), al pensar que el desarrollo del comercio en libertad de competencia reduciría por sí mismo la arbitrariedad política, favoreciendo la libertad y los derechos del hombre que son iguales para todos. De este modo, para tal contexto, el poder político no tendría que desempeñar ningún papel relevante salvo para casos excepcionales, debiendo brindar su contribución a erigir el interés individual como elemento primario de la Sociedad, partiendo del cual, los hombres accederían por sí mismos a un orden natural dentro del cual desenvolverían libremente sus facultades activas[154]. Por consiguiente, la concepción unidimensional o unidireccional de los Derechos Fundamentales encuentra sus orígenes en el primer Estado Constitucional o Estado Liberal de Derecho, donde se desarrolla el marco ideológico idóneo para su establecimiento, vinculándose, mismamente, a una fase definida de la historia constitucional.

[153] Dieter GRIMM, *Constitucionalismo..., op. cit.*, p. 100. De otro lado, recordemos que la propiedad privada era la condición necesaria del mercado, pero aún más, en una tradición que se remonta a John LOCKE, era también condición necesaria de la libertad individual.

[154] Idea que, además, no se considera original de Adam Smith por buena doctrina, sino tomada del libro del filósofo francés Claude–Adrien HELVÉTIUS, titulado *De l`Esprit* y publicado en 1758 (condenado luego por el Parlamento de París, la Sorbona y el Clero, sería quemado públicamente) por la editorial parisina Durand Librerie. Adicionalmente, es curioso que Adam Smith sí permitiera al Estado intervenir para las relaciones que se llegaran a establecer entre obreros y patronos (*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Strahan and Cadell, Londom, 1776); de quien toma ya la oposición a los cárteles y al monopolio. Adam SMITH, David HUME o James STEUART, entre bastantes otros, sí parecieron creerse lo de que el mercado libre y el comercio, eran portadores por sí solos de la libertad.

1.2.5. Los Derechos individuales liberales, concebidos a modo de Derechos de defensa del espacio individual de libertad.

Dentro de su inconfundible característica liberal, los Derechos Fundamentales, expresión de los intereses y valores de la burguesía, son concebidos, durante el discurrir de esta fase histórica y desde un primer momento, como derechos de defensa (*Abwehrrechte*), de protección o de omisión, oponibles al fin únicamente frente a los poderes estatales. Eran, por así remarcarlo, derechos del ciudadano ejercitables y orientados hacia una única dirección, en la medida que solamente los poderes públicos estaban obligados a respetarlos y garantizarlos, con el objeto firme de asegurar al individuo una esfera de libertad situada al margen de intervenciones estatales estimadas arbitrarias, reflejo del viejo precepto clásico de no hacer el mal, y, por demás, es la propio Estado a quien se encomienda la salvaguardia de las actividades individuales, vale decir, la de impedir las trasgresiones de la libertad.

En símil contexto histórico–concreto, los Derechos Fundamentales de la hoy denominada primera generación (dimensión), o más específicamente el núcleo inicial de libertades individuales o derechos individuales de libertad (por utilizar la más tardía terminología schmittiana respecto de los mismos), mostraban su caracterización a través de un contenido negativo, esto es, fundaban libertades negativas, que, para su plenitud de ejercicio, eran percibidas cual compromisos de omisión requeridos a los poderes públicos; o sea, entrañaban el compromiso de la no intervención de estos dentro de la esfera de libertad personal que aparecía definida por medio de términos constitucionales y abstractos[155]. Y ello, como es natural, porque resulta imposible ocultar la

[155] Thomas VESTING, "Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 15, entre otros momentos.

particular estructura que imprimen los textos constitucionales liberales a los ordenamientos jurídicos presentes, ya que no podemos partir, obvio es, de la necesidad de establecer límites generales al poder del Estado con el fin de preservar los derechos de los individuos y su capacidad de iniciativa autónoma, sino que, a mayor abundamiento, resulta preciso tener en cuenta, asimismo, la correlativa obligación (necesidad) que estos reputan de instituir a la organización estatal y dotarla de autoridad legítima. Así las cosas, resulta ser todo menos ocioso apostillar cómo el Estado Liberal enuncia que su auténtica legitimidad, *prima facie*, reside solo en el consenso de los gobernados, quienes tienen el legítimo derecho de concurrencia a la formación de la "voluntad general" expresada a través de la Ley.

De ahí que, incluso un siglo después, estuviera el propio Carl SCHMITT en condiciones de sentenciar, aún mediante clave liberal–formal, que los Derechos Fundamentales son únicamente aquellos pertenecientes al "fundamento mismo del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales por la Constitución"[156]. Consecuentemente, *prima facie*, garantizaban a los individuos un espacio de ilimitada libertad anterior al Estado, en tanto la facultad del poder estatal para invadirla tenía también, *ab initio*, carencia de límites[157]. Con lo cual, partiendo de todo lo expresado hasta ahora, seguimos perfectamente la idea de que la libertad no era, en términos exclusivos, la razón del límite al poder del Estado, sino asimismo, al margen del grado de admisión, la razón referida a la existencia de la organización y de su poder. Por ello, los Derechos Fundamentales, desde esta concepción, bajo ningún punto de vista podían facultar a su titular con la finalidad de demandar por este

[156] Carl SCHMITT, "Grundrechte und Grundpflichten" (1932), ahora en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954 – Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 190.

[157] Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución…, op. cit.,* p. 139.

una determinada actuación positiva a llevar a cabo a través de los órganos estatales.

Por consiguiente, los Derechos Fundamentales debían comprenderse, los términos resultaban obligados, dentro de los parámetros mostrados con carácter antecedente, toda vez acometían, por finalidad singular, la tutela de la Sociedad civil, poniéndola a resguardo de las injerencias perturbadoras de los poderes públicos, que estos eventualmente produjeran dentro de las esferas comprensivas de la libertad individual[158]. Sobre tales bases se fundamenta el núcleo primero de libertades individuales históricamente afirmadas, habiendo sido captadas, hemos expresado, con la particularidad de estar ante la presencia de "libertades negativas"; podemos decir, de libertades juzgadas por la carencia de prohibiciones o de constricciones en su ejercicio (*Abwehrrechte*)[159], a modo de no impedimentos de hacer (*pouvoirs d`agir*). En este sentido, los Derechos Fundamentales conformaban espacios autónomos de autodeterminación personal, integrantes de un ámbito dentro del cual el individuo una vez adquirida la libertad persistiera inmune al poder y soberanía estatal, configurando libremente dentro de él su propia existencia, su autonomía e independencia. Los valores reseñados, constituyen por definición el estatuto jurídico básico del ciudadano, lo que constituye su instrumento de autonomía frente al poder político, paradójicamente su potencial agresor y al propio tiempo garante, al que solo le cabe delimitar los confines dentro los cuales debían circunscribirse los espacios de

[158] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 233.

[159] En sentido amplio sobre la cuestión Michael SACHS, "Abwehrrechte", en *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band. II, edición de Dieter Merten / Hans–Jürgen Papier, C.F. Müller Verlag, 2004, pp. 656 y ss. Y de imprescindible lectura, al margen de nuestras discrepancias puntuales, la luminosa contribución de Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", en *Handbuch* des *Staatsrechts* der *Bundesrepublik Deutschland*, Band V., 2ª ed., edición de Josef Isensee / Paul Kirchhoff, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, pp. 131 y ss.

autodeterminación individual; aunque la construcción quizá no fue nunca consciente de que lo colectivo era lo encargado de definir lo individual[160].

Estamos, pues, ante los denominados derechos de defensa que venimos personalizando, y preceptuaran a los poderes estatales "impedir u obstaculizar determinadas acciones del titular del derecho", a saber, de afectar "determinadas propiedades o situaciones" de aquel, e impidieran la "eliminación de determinadas posiciones"[161], las que hubieran podido asumirse; resultado de ser la incidencia arbitraria del poder público tanto de carácter intencional, o surgir como consecuencia de una acción negligente de tal poder, en otras palabras, sin necesidad de que haya sido deliberadamente perseguida[162].

No obstante, sí queremos introducir una breve matización, y es que la esencia del individualismo no radica tanto, conforme mantienen determinados autores, caso de Georges BURDEAU, "en el hecho de ignorar la importancia de las interacciones colectivas, en despreciar sistemáticamente los mecanismos sociales o la influencia del grupo sobre los comportamientos individuales, como en negarse a atribuir a la acción de esas fuerzas una finalidad situada fuera del individuo"[163].

[160] En este sentido Enrique TIERNO GALVÁN, *Acotaciones a la Historia de la Cultura Occidental en la Edad Moderna*, Tecnos, Madrid, 1964, pp. 218-219.

[161] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 189 y ss.

[162] Han–Rudolf LIPPHARDT, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 149 y ss.

[163] Georges BURDEAU, *Traité de Science politique…, op. cit.*, p. 291.

1.2.6. La etapa del surgimiento y desarrollo de los derechos públicos subjetivos.

1.2.6.1. Planteamiento inicial, y objeto de la construcción teórica decimonónica; pincelada.

La época a la que nos venimos circunscribiendo de vigencia del Estado Liberal, avanzada ya, representa el momento histórico concreto en cuyo contexto se produce la construcción (reconstrucción deformada, quizá haciendo de la necesidad virtud) de la teoría aún actual que abocara al reconocimiento de los derechos públicos subjetivos (de un muy importante juego *a posteriori*), en concordancia, debemos significar, a la clásica tesis definitivamente refinada por Georg JELLINEK, sobre la que intentaremos abundar un tanto durante el transcurso de las líneas subsiguientes. De esa importancia, habla sin más, el hecho de constituir desde hace tiempo una de las categorías fundamentales de la Teoría general del Derecho, aunque no haya dejado nunca de plantear sus problemas la conceptuación y uso de la misma, sobre manera cuando su contenido se enriquece en la dogmática específica de una rama jurídica concreta, y de modo fundamental en el ámbito del Derecho Constitucional, toda vez es la esfera donde aparecen los Derechos Fundamentales como derechos subjetivos por excelencia.

Una tesis la apuntada, se sostiene ahora (no por todos), fraguada inicialmente para el Derecho Público de forma paulatina, principalmente por integrantes de la Escuela alemana de Derecho Público (o autores influidos por esta), defensores, asimismo, como premisa mayor, de la concepción del Estado que considera al mismo dotado de personalidad jurídica, auténtico y único titular de la soberanía, concepto, el segundo, en el cual la precitada teoría del derecho público subjetivo ancla

necesariamente sus raigones[164], y momento a partir del cual saltarán importantes dificultades científicas.

De estos bretes, naturalmente derivan déficits normativos de eficacia para los Derechos Fundamentales. El derecho subjetivo, como exigencia de unos ámbitos de autonomía, transparenta su existencia en la necesidad de que el ordenamiento sea cauce y no obstáculo a efectos de las manifestaciones iusfundamentales del orden de valores supremos de la comunidad. Nos llevaría mucho tiempo analizar las causas de este hecho, algo que, obviamente, no podemos realizar ahora; por de pronto, entendemos que la situación no se arregla cayendo en una concepción procesualista de realización de los derechos subjetivos, sin menoscabo de la importancia del procedimiento para su tutela; por demás, como ya se viene observando, por sí sola esta última una concepción muy precaria. Hay otras muchas con–causas a tener en consideración.

Desde la perspectiva esbozada, la teoría alemana de los derechos públicos subjetivos construida a partir de la segunda mitad del siglo XIX, arrancando desde hipótesis "ideológicas pre–democráticas", nace vinculada, pues, a una etapa constitucional específica. El concepto elaborado se presentaría constitutivo de una categoría jurídica concreta que vendría a ser, de algún modo, una especie de "tratado sistemático de las relaciones entre el Estado y cada individuo", comprensiva de los Derechos Fundamentales como su parte esencial; y, asimismo, cimienta sus bases con la intención evidente de extraer a partir de "esta combinación consecuencias prácticas para la regulación de las relaciones cotidianas" ciudadano–poder público[165], obviando de un modo deliberado

[164] Elio CASETTA, "Diritti pubblici subbiettivi", en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1963, p. 801. Voz en la que muy agudamente se advierte acerca de las dificultades científicas de la teoría y, especialmente las insuficiencias acusadas en el terreno de la efectividad práctica, pp. 791-802.

[165] Pietro Giuseppe GRASSO, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 94.

toda referencia a las relaciones jurídico–privadas[166]. E identifica al derecho subjetivo cual modo de posibilidad o poder jurídico concedido por la fuerza imperativa del Derecho objetivo[167], en orden a la consecución de un fin de interés exclusivamente personal, lo que hace a su titular capaz de exigir lícitamente del Estado una conducta o comportamiento determinado; aunando, de esta manera, los dos elementos que vienen siendo tradicionales del derecho subjetivo, a saber: el poder jurídico, y el interés jurídicamente tutelado de modo recíproco por la disposición de derecho objetivo creada por el Estado[168]. De ahí que la esencia del primero termine radicando en la posibilidad de su exigencia ante los órganos judiciales a quienes corresponde la obligación de su tutela[169]; idea, la de que el Derecho subjetivo es tal, es Derecho, en tanto sea Derecho objetivo, apuntada modernamente por Jean Jacques

---

166 Jan SCHAPP, *Das subjetive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, pp. 7 y ss. Subrayó también esta procedencia del derecho objetivo el clásico y reputado trabajo de Ottmar BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihre Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Kohlhammer Verlag, Berlin–Stuttgart–Leipzig, 1914, p. 21, y pp. 61 y ss.

167 La relación entre derecho objetivo y derecho subjetivo sería así similar, conforme Emil PFERSCHE, a la que se mantiene entre creador y criatura, *Methodik der Privatrechtswissenschaft*, Verlag von Leuschner & Lubensky, Graz, 1881, p. 47. Igualmente, subrayan el elemento de poder "de disposición" como esencia del derecho subjetivo Ludwig ENNECCERUS / Carl–Hans NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus – Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekt,* Band. I, Teil 1, 15ª ed., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959, pp. 210 y ss; o más recientemente Hanx BROX / Wolf–Dietrich WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 40ª ed., Vahlen Verlag, München, 2016.

168 Es difícil negar, reconocería Vittorio Emanuele ORLANDO, que el derecho subjetivo reposa sobre una norma de derecho objetivo y que el derecho objetivo deriva, todo y siempre, del Estado, "Prefazione all`edizione italiana", de *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, Società Editrice Libraria, Milano, 1912, p. X.

169 Jan SCHAPP, *Das subjetive Recht im Prozeß..., op. cit.*, pp. 117 y ss, donde plantea, entre otros momentos, la controvertida cuestión de dotar de un *status positivus* acorde con los Derechos Fundamentales a las personas privadas, aspecto abordado, entre otras, por la BVerfGE 33, 303, (330 y ss) (Sentencia "*numerus clausus*" de 18 de julio de 1972); a la vez que enlaza, en esta línea de ideas, el moderno derecho subjetivo con los valores de la Dignidad humana y los encarnados por los derechos de la personalidad. Con muy parecidos argumentos, aunque más escéptico respecto de su valor conceptual, Manfred ZULEEG, "Hat das subjektive öffentliche Recht noch seine Daseinsberechtigung?", en *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1976, pp. 509 y ss.

ROUSSEAU, para quien los derechos subjetivos no son del hombre, ni del individuo, sino del contrato social o norma directora de la actividad pública, lo cual tampoco conduce a valorar que el jacobino niegue los derechos individuales. O, expresado más sintéticamente con la siempre pragmática doctrina científica francesa, el derecho subjetivo, desde su teorización por Georg JELLINEK, consiste en la potestad individual o *falcultas agendi* de hacer u omitir lícitamente algo, reconocida y protegida a todo titular por el derecho objetivo como consecuencia de un hecho jurídico, con la finalidad de la obtención de un bien o satisfacer un interés individual[170]. Quizá esto sea así, pero la respetada doctrina científica gala, con un par de excepciones tocante a nosotros se nos alcanza, juega siempre con dos barajas. Porque, vamos a ver, ¿dónde está en la precitada literatura, o en la nuestra, el que podemos denominar "eslabón Savigny"?. Pues, a modo de "prólogo para los franceses", SAVIGNY (1779–1861), cuando hace referencia al concepto en el *System*, inclina su postura a favor de una posición tomada propiamente de la escolástica ("facultad"), iniciando la tesis moderna de la voluntad: "*Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugnis*". Más concreta y ampliamente, expresa: "*Betrachten wie der*

[170] Gérard CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 12ª ed., Montchrétien Éditions Domat, Paris, 2005, p. 35. Igualmente, por ejemplo, en el que se considera, al menos por la doctrina científica francesa, un tratado clásico sobre la materia, Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Éditions Dalloz, Paris, 2007 (reimpresión de la primera edición 1952) *passim*, donde reconoce el autor, con fundamento en Jhering, que la polémica sobre el concepto y la función aún no ha cesado, e insiste, naturalmente, acerca del aspecto del poder de libre disposición del sujeto sobre el objeto o contenido del derecho, si bien, faltan los necesarios matices cuando se trata de Derechos Fundamentales, lo que resulta comprensible dada la fecha de la obra. De otra parte, la doctrina científica francesa acusa aún alguna reminiscencia de la sociología metafísica de Léon Duguit, quien apoyado en la organicidad estructural de carácter individualista, rechazara la noción de derecho subjetivo individual, colocando en su lugar el concepto de deber jurídico, con el fin de dar cumplimiento suficiente a la funcionalidad social a desarrollar por el sistema. Ahora bien, debemos tener en cuenta que, actualmente, estamos ante la presencia de los derechos públicos subjetivos por excelencia, denominación recibida por los Derechos Fundamentales a cargo de Martin IBLER y ya empleada por nosotros, *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht: zur Kontrolldichte bei wertenden Behördenentscheidungen – vom Preussischen Oberverwaltungsgericht zum modernen Gerichtsschutz im Prüfungsrecht*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1999, pp. 141 y ss, y p. 172.

Rechtszustantand, so wie er uns im wirklichen Leben von alle Seiten und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung berrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugniss: Manche nennen es das Recht im subjectiven Sinn. Ein solches Recht erscheint vorzugsweise in sichtbarer Gestalt, wenn es bezweifelt oder bestritten, und nun das Daseyn und der Umfang desselben durch ein richterliches Urtheil anerkannt wird <Subjektives Recht>"[171]. Estas explicaciones pueden considerarse correctas en el plano lógico formal, para explicar la relación entre la norma y el derecho subjetivo, pero realmente, el *ius* es previo (según veremos en perspectiva histórica), y el poder jurídico es el determinante para que por la actividad del titular aparezca el derecho, como bien observara Luis RECASÉNS SICHES: "es la esfera de libre actividad que tiene el sujeto, en virtud del deber jurídico que pesa sobre todos los demás y sobre las autoridades, de comportarse de tal manera que no lesionen el ámbito libre de mi conducta"[172].

Superior eclecticismo manifiesta la siempre socorrida y ponderada propuesta de nuestro Federico DE CASTRO Y BRAVO, al establecer como definición de derecho subjetivo, la referida a aquella "determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona (como miembro activo de la comunidad jurídica) y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa"[173]. Sin embargo, una opinión más

[171] Friedrich–Carl VON SAVIGNY, no lo olvidamos, quizá el máximo representante de la *Historische Rechtsschule* o pensamiento sistemático de la Ciencia jurídica (*Rechtswissenschaft*), como historia y como sistema, *System des heutigen Römischen Rechts* (8 Bände, 1840–1849), Band 1, Bei Veit und Comp, Berlin 1840, p. 7.

[172] Luis RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho*, 8ª ed., Porrúa, México, 1990, pp. 140 y ss, p. 141.

[173] Tal definición la hemos extraído del repertorio doctrinal debido a José Luis LACRUZ BERDEJO–Agustín LUNA SERRANO–Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *Parte General del Derecho Civil, Elementos de Derecho Civil*, I, *El derecho subjetivo*, Vol. III, Bosch, Barcelona, 1984, p. 87.

seguida por nuestra doctrina científica es la mantenida desde la obra de José CASTÁN TOBEÑAS, quien arranca, de no equivocarnos, a partir de una concepción de derecho subjetivo ceñida a la voluntad social, pues el jurista zaragozano considera la existencia de un derecho subjetivo, cuando el precepto jurídico, o dicho de otro modo, la coercibilidad respaldada por una norma puesta a disposición de alguien, se deja a la iniciativa y libre disponibilidad de este; estamos ante la facultad de obrar lícitamente dentro de ciertos límites y de exigir a los demás a través de medios coactivos una determinada obligación de cumplimiento establecido por el ordenamiento jurídico, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente a un sujeto, en orden a la satisfacción de fines o intereses del primero; esto es, a favor del sujeto de derecho, el portador del derecho subjetivo o sujeto investido de poder jurídico, ya sea como "simple portador de un interés", bien como "portador efectivo de voluntad", vale decir, la persona[174]. Más adelante, sostiene que las expresiones derecho subjetivo y derecho objetivo son modernas, y, sin embargo, las hace corresponder con "las antiguas y entrepuestas definiciones", a saber: "1ª *Ius es norma agendi* (derecho en sentido objetivo); 2ª *Ius es facultas agendi* (derecho en sentido subjetivo)"[175].

---

[174] José CASTÁN TOBEÑAS, "El concepto de Derechos subjetivo", en *Revista de Derecho Privado*, 1940, pp. 124 y ss.

[175] José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral, Introducción y parte general,* Vol. I, *Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad*, Reus, Barcelona, 1951, pp. 57 y ss; donde hay una clara identificación entre derecho subjetivo y derecho en sentido subjetivo. Debemos considerar, la que, al parecer, era devoción del destacado civilista por la obra de Savigny (aun en las discrepancias), y este último ya precitado por nosotros, prefería los términos entonces considerados más tradicionales: "*Recht im subjectiven (oder–objectiven) Sinn*"; pero asimismo aparece en el autor la expresión "*subjectives Recht*", opuesta a "*objectives Recht*". Pero después de acudir a esta forma expresión, siente la obligación de agregar que utiliza la misma de acuerdo con un "conocido uso lingüístico" ("*nach einem bekannten Sprachgebrauch"*), o "según el uso lingüístico de algunos modernos" ("*nach dem Sprachgebrauch mancher Neueren*"). Podemos considerar asimismo, que ambos coinciden sustancialmente con la tesis fundamental defendida ardorosamente por Michel VILLEY, quien sitúa los orígenes del concepto de derecho subjetivo en las doctrinas nominalistas del siglo XIV, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Santiago de Chile, 1976, Capítulo VI. Realmente, Guillermo DE OCKHAM (1285 o 1280–1349), trata fundamentalmente del

asunto en *De Opus nonaginta dierum* (La obra de los noventa días), y en *Breviloquium de principatu tyrannico*, versión española, *Sobre el gobierno tiránico del papa*, Tecnos, Madrid, 2001. Sin embargo, entendemos que analiza con superior precisión el tema, Avelino FOLGADO FERNÁNDEZ, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos–juristas españoles del siglo XVI*, Pax Juris, San Lorenzo del Escorial, 1960. Según el discípulo de Federico de Castro, a diferencia del autor francés, la elaboración del concepto no debe centrarse tanto en la postura radicalmente franciscana y escolástica de Guillermo de Ockham (también hemos leído algo sobre que rompe con el franciscanismo previo, pero le da parcialmente continuidad), siendo necesario retrotraer los primeros elementos de la idea a la filosofía agustiniana de John Duns ESCOTO (1266–1308), de quien el primero toma la distinción entre *subjective* y *subiectivus* frente a *objective* y *obiectivus*. Para los dos autores clásicos, el *ius* definido como objeto es desplazado por el *ius* entendido como *facultas* o *potestas* (términos, sin embargo, apenas usados por los jurisconsultos romanos, esto es, libertad y poder; pero sí disponen de ambas el papa, los obispos e incluso los fieles), vinculadas al sujeto, vale decir, derechos que nacen del sujeto mismo, y no provienen de las relaciones conflictivas con otros sujetos o con el poder, en ellas o frente a ella solo se ejercitan. Se introduce una diferencia altamente sutil para aquel tiempo, entre ese derecho genérico y el derecho específico humano: la capacidad de reclamación de sus derechos, la capacidad de reivindicación; dicho en términos modernos, la garantía frente a la infracción, o la conexión entre derecho y garantía. Ambos autores (primordialmente por medio de Francisco Suárez) están luego presentes en la base de las doctrinas de Grocio y Pufendorf (ambos con fuerte impronta escolástica, frente a Hobbes), para los cuales el concepto de derecho subjetivo (*ius subjectivum*) expresión como tal inexistente hasta la Ilustración, va a tomar carta de naturaleza definitiva. Derecho "del cual nadie puede ser privado contra su voluntad sin culpa ni causa razonable". De esta manera, la inviolabilidad del derecho viene expresada por la particularidad de la defensa que le acompaña: *potestas defendendi et vindicandi*. A la facultad específica del derecho, se agrega la vindicación del mismo. Y esto vale tanto para el *ius poli* (polos o cielo), o derecho natural, recta razón o norma divina, como para el *ius fori* (pacto). Pues bien, según se entiende, el papa Nicolás III permitiría rechazar a los franciscanos el *ius fori*, pero no el *ius poli* (porque no podía disponer de él); por su parte, los franciscanos renuncian solo al derecho por el cual pueden contender en juicio, esto es, al ejercicio de la defensa de su lesión, pero no al derecho mismo (titularidad). El *ius* pasa entonces de hacer referencia a lo que nos corresponde, según la justicia, al poder sobre un bien. Un poder que, sin embargo, no procede del *ius fori*, sino del *ius poli*, del que nadie puede ser privado sin su consentimiento: "*potestas qua quis sine cul pasua et absque causa rationabili"* (esto actualmente tampoco vale así). La noción de *ius* como *potestas* ocupó un puesto destacado en la llamada querella de la pobreza, entablada entre los franciscanos y el papado en tiempos de Juan XXII (pontificado durante 1316-1334). Intentemos aclarar el proceso seguido hasta aquí.

Por recomendación de D. Pedro de Vega (q.e.p.d.), consultamos *El Defensor de la paz* (*Defensor Pacis*), de Marsilio DE PADUA (fallecido hacia 1343), cuyo tratado le fascinaba por su carácter de avanzado al tiempo, y conocía a la perfección, con subrayado de los párrafos que nos mostrara, según sostenía, había "copiado" de él Maquiavelo. A tener en cuenta que, su maestro italiano Felice Battaglia, había hecho la tesis doctoral sobre la obra de Marsilio, y su primer libro publicado fue: *Marsilio da Padova e la Filosofia politica del Medio Evo*, Le Monnier, Firenze, 1928 (del que aún no hemos dispuesto); e incluso publicó un artículo cuatro años ante sobre la cuestión que tampoco conocemos. Con todo, la parte de republicanismo que había en el patriotismo constitucional de D. Pedro, arrancaba de Montesquieu, desde nuestra modesta opinión, pues, a su juicio, Marsilio, pese a las apariencias, estaba demasiado marcado por ideas de San Agustín a las que habitualmente tan solo daba la vuelta, lo cual, le hacía muy parcialmente inválido para la modernidad, invalidez a la que contribuía, seguía manteniendo, su concepción organicista del Estado traída de una incorrecta

interpretación de Aristóteles, de quien sí admitía había tomado bien su "nomenclatura conceptual". Y, en nuestra opinión, llevaba toda la razón, porque la *universitas civium* como fuente de la autoridad pública y de la ley defendida por el paduano, tiene bastante parecido con la *universitas fidelium*, congregada en *concilium*, como fuente de la autoridad religiosa que decide incluso sobre controversias en materia de fe; y dónde más le seguía era en la esencia y justificación del Estado; téngase en cuenta que Marsilio defiende la elección por pueblo del Papa al estar presente en el Concilio a lado de los delegados eclesiásticos, y la posibilidad incluso de su propia destitución popular al frente de la comunidad de creyentes.

Buscando en la obra de Marsilio, elaborada entre 1318 y 1324 (la fecha exacta del comienzo es incierta, pero la finalización parece confirmarse que fue el 24 de junio de 1324, e inmediatamente se dio a la fuga, Carl MÜLLER, *Der Kampf Ludwigs des Baiern mit der römischen Curie*, H. Laupp, Tübingen, 1879, Band. I, p. 368, obra que pone de relieve cómo el paduano no abrazó nunca realmente la causa del Imperio universal sino la de la consolidación del Estado como como comunidad política pacífica, pues su fin esencial era el logro del bienestar del pueblo, fuente suprema de toda ley), como introducción al tema principal del estado de pobreza o norma de perfección cristiana (Capítulos XIII y XIV de la 2ª parte), vimos cómo, efectivamente, hace referencia a los diversos sentidos del concepto *ius* en el capítulo XII, recogiendo el concepto de derecho de alguien a una cosa externa como *potestas*; hemos consultado a través de la publicación en castellano *El Defensor de la paz*, edición de Luis Martínez Gómez, Tecnos, Madrid, 1989. Llegados ahí, la frase de D. Pedro, ya comunicada telefónicamente, fue: "ahora, tira más hacia atrás". Ante nuestra perplejidad y decididos por el momento a parar, tropezamos por casualidad con la obra del formidable medievalista Brian Tierney, quien, a través de un intenso trabajo sobre la cuestión, ha forjado una nueva versión del asunto, de conformidad con la cual, la construcción teórica acerca de los derechos subjetivos, se había realizado ya por los canonistas del siglo XII, al comprender el *ius* como *potestas* o *facultas*, sentido que acogen luego las Declaraciones de Derechos de las colonias de Nueva Inglaterra, posición que luego vimos compartida por el jurista Knut Wolfgang NÖRR, "Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft", en *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburstag am 24 Januar 1992*, edición de Dieter Medicus / Hans–Joachim Mertens / Knut Wolfgang Nörr / Wolfgang Zöllner, Sttutgart–Berlin–Köln, Kohlhammer, 1992, pp. 193 ss. Entre las numerosas publicaciones de Brian TIERNEY, puede verse "Tuck on Right: Some Medieval Problems", en *History of Political Thought*, Vol. 4, 1983, pp. 429 ss; "The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law. 1150-1625", en *Grands Rapids*, Michigan, 1997, pp. 13 ss; en fin, "Natural Rights in the Thirteenth Century. A Quaestio of Henry of Ghent", en *Speculum* 67, núm. 1, 1992, pp. 58 ss. Recoge el autor una *quaestio iuris,* escrita por el canonista Enrique de Gante, aproximadamente hacia 1289 (no pudo ser después de 1293, año de su fallecimiento), la cual contiene el concepto de *ius* como *potestas* y aparece profusamente a lo largo de la misma, por ejemplo: "*Ad cuius intellectum sciendum est quod supra rem aliquam dupliciter haberi potest potestas sive ius: una quo ad proprietatem in substantia rei, alia quoad usum in actione aliqua exerdenda circa rem. Primam potestatem aut ius nullatenus habet iudex saecularis*".

El también canonista Johannes Monachus, autor de una *Catena aurea* hacia 1310, quien al explicar los diversos sentidos posibles del término *ius,* hace referencia en tercer lugar a: "*Tertio idem est* [sc. ius] *quod potestas*". Posteriormente, la síntesis realizada por Jean Gerson (de quien seguramente partió Escoto), sirve de fuente a nuestro bajomedievalista universal Francisco DE VITORIA (1483? 1492?–1546), quien definió al *ius* como "*potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges*" (potestad o facultad que conviene a alguien según la ley). Y es el concepto que a partir del autor se hace común, con más o menos matices o agregados, José Justo MEGÍAS QUIRÓS, "De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1992, pp. 325 y ss. ¿Por qué hemos

1.2.6.2. La construcción doctrinal de la tesis.

1.2.6.2.1. El punto de arranque desde el postulado del poder de dominación estatal.

Iniciada la teoría propiamente por Carl–Friedrich VON GERBER, a partir de su sólida construcción previa sobre la relación jurídica que les debería servir de base a su concesión (luego reconocimiento) de personalidad al Estado, así como acogiendo la teoría de la personalidad jurídica de este esbozada por su maestro Eduard Wilhelm ALBRECHT en 1837, quien considerara al Estado una institución jurídica de carácter supraindividual, actuante como colectivo por encima de los intereses individuales[176]; y desarrollada luego por el primero como presupuesto

---

hecho todo este intento de digresión?. Sencillamente, porque son muchos los autores que plantean la cuestión de disponer de una teoría completamente nueva acerca de los derechos subjetivos, como necesidad objetiva para poder extender la eficacia de los Derechos Fundamentales a las relaciones intersubjetivas. Sinceramente, ¿alguien está dispuesto a creer que Georg Jellinek desconocía, por ejemplo, la obra de Karl Müller y todas la citadas por este?. De momento, consideramos que con la pregunta basta para comprender al siempre ecléctico (lo cual para nada merece crítica) Georg Jellinek, en quien no obstante, culmina casi seguro el concepto de derecho subjetivo de la modernidad. Ahora bien, lo haría, como mínimo, arrancando de la perspectiva objetivista de Tomás de Aquino, luego, brillantemente coimplicada con la subjetivista, por el jurista Fernando Vázquez de Menchaca, idea que registra Francisco CARPINTERO GÓMEZ, *Del Derecho Natural Medieval al Derecho Natural Moderno*, Servicio de Publicaciones de la Universidad, Salamanca, 1977. Y es que, "La modernidad nace de la Cristiandad", como sostuviera José ORTEGA Y GASSET, *Una interpretación de la historia universal*: *en torno a Toynbee*, 3ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 120. Y ahora, deberíamos realizar un recorrido más detenido, de superior completud y con menos errores, que el realizado con el derecho subjetivo, hasta concluir por ejemplo, en Hans–Carl Nipperdey, como quizá justifiquemos explícitamente nuestra afirmación en próximos capítulos.

[176] Se trata del comentario de Eduard Wilhelm ALBRECHT, "Rezension über Maurenbrechers, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts", en *Göttingische* gelehrte *Anzeigen* 3, 1837, pp. 1489 y ss. Por aquello años andaba también Lorenz VON STEIN, a vueltas con el manejo del concepto de personalidad del Estado, pero lo plantearía de forma parcialmente divergente. Según el autor, si el Estado era conocido por oposición a la Sociedad, el primero comparecía como personalidad, pero no en el sentido de la personalidad jurídica que iban a desarrollar los positivistas, sino como personalidad que supone voluntad de acción e implica con autodeterminación, *Der Begriff der Gesellschaft…, op. cit.*, p. 15; la voluntad del Estado en tanto

inexcusable para la construcción jurídico-logicista del Derecho Público (planteamiento sobre la personalidad que no aparece en su *Über öffentliche Rechte*, 1852; siendo preciso esperar a los *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts,* 1865, obra esta en la que encontramos consolidada ya la teoría del Estado-persona sobre el fundamento del pueblo, concepto que abarca a la Sociedad[177]), aunque también se ha registrado la influencia en él, sobre todo al principio, de la Escuela histórica; cuya idea de sistema lógico aplicable a la Ciencia jurídica, nuco abandonó. Pretendía el autor con la construcción aludida, dotar de algún tipo de consistencia rigurosamente jurídica a los Derechos declarados por los textos constitucionales, poniendo el problema al orden del día científico, decía; esto es, escribe la teoría ya iniciada la crisis del problema valorativo del Derecho, y su construcción es cabalmente logicista. Pero, a la vez, pretendía superar la concepción, según la cual, entre el individuo y el Estado existían solamente relaciones de sujeción, abriendo la cuestión a la idea de la subjetividad, lo que ha sido calificado como de irrupción inconsciente del componente ideológico-político en la obra del autor[178]; y que seguramente procedía conscientemente de sus

autodeterminación, dice el autor, puramente personal, exige sin embargo su objeto, y en la medida en que determina ese objeto, es ella acción, una acción que, dada su repetición, nosotros llamamos actividad; esta actividad del Estado, en la medida se produce por el acto de los órganos del Estado, y realiza así propiamente la vida exterior del Estados, se llama la administración del Estado, *ibídem*, pp. 37-38.

177 Por todos Walter PAULY, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert*, Mohr Siebeck, Tübingen 1993, pp. 149 y 181.

178 Pero ello es así por la propia naturaleza de las cosas, pues más tarde podemos ver repetido el mismo fenómeno con Hans KELSEN, quien, partiendo de la bifurcación derecho objetivo-derecho subjetivo, propone la reducción binaria o dualista a la unidad por medio de la incorporación del derecho subjetivo al derecho objetivo, desde su concepción de que todo el Derecho es Derecho Público, con la finalidad nada indisimulada, y de carácter nuevamente ideológico, tendente a lograr la unidad del sistema jurídico; para ello, emplea el concepto de deber jurídico, y rechaza a partir de ahí, toda posibilidad de invocar un derecho subjetivo frente al derecho objetivo positivo, toda vez los derechos subjetivos son meramente el reflejo material de una obligación o deber jurídico recogida por una norma positiva, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado – Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, Porrúa, México, 1987, p. XLI. Si bien, como hemos observado, la identificación del derecho

inicios historicistas, porque el positivismo de la escuela histórica no llegó a las construcciones esclerotizantes de sus epígonos, pues siempre admitió, con uno u otro grado según el autor, la presencia de determinados hechos, dejando así colar realidad.

No obstante, acoge una fundamentación de corte clásicamente positivista, como era de esperar, pues parte de la idea tácita de la pérdida total de derechos sin reserva alguna por parte del individuo en el momento constitutivo del pacto, derechos que habrían ido a parar todos al Estado, y, como consecuencia, de cara al futuro, los individuos únicamente dispondrían de aquellos derechos que les fueran concedidos por el propio poder estatal.

Por lo tanto, tomando como base la soberanía incontestable del Estado o fuerza vital interior del mismo, que le dota de una capacidad de desarrollo autónomo, la pretensión estribaba en analizar la naturaleza

---

subjetivo con el reflejo de la norma, podemos hallarla ya en las aportaciones de Carl Friedrich von Gerber, pretende con todo Hans KELSEN distanciarse en este punto del autor, pues califica a tal identificación prisionera del mundo de la causalidad y de la concepción propia de la sustanciación de la voluntad del Estado; pues bien, frente a esta, postula una voluntad exclusivamente normativa, una indeclinable voluntad en tanto imputación jurídica; la voluntad devendría así liberada de todo aditamento ajeno a lo estrictamente jurídico, pues el Estado no es una sustancia natural cuya voluntad se mueve en el ámbito psicológico-real, como tampoco lo es el Derecho alejado de toda connotación metafísica, *Problemas capitales de la teoría jurídica…*, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

En un buen libro bastante reciente debido a Antonino SCALONE, pone el autor de relieve una serie de aporías kelsenianas relativas a estas cuestiones. Vamos a señalar alguna por encima. Arranca el autor de la premisa kelseniana acera de la calificación del mundo de la política como el espacio del conflicto y de los antagonismos, incapaz de ser pacificado, a cuya ilusión se debe renunciar. Pues bien, según el autor italiano, no es más que pura ilusión metafísica afirmar, la presunción de que con la voluntad general suscitada por la norma concretamente, se llega a algo distinto de una ficción jurídica, en la medida que sirve a la idea de unitariedad del ordenamiento jurídico. Además, si el Estado se identifica con el Derecho, ello comporta como consecuencia, que basta una modificación de este último para producir la posibilidad de una transformación del Estado mismo. El aspecto relevante a destacar por Scalone radica en subrayar cómo, con ello, aparece una *funzione politicamente liberatoria*, pues el Derecho cuando prescinde totalmente de la política no es realista e imposibilita que cada acción o idea jurídica despliegue consecuencias en el plano político, siendo así que debe ser interpretado como un ámbito científico, el jurídico, que ha de permanecer intrínsecamente vinculado respecto de su esfera de aplicación, *Una battaglia contro gli spettri. Diritto e politica nella Reine Rechtslehre di Hans Kelsen (1905-1934)*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 2008, pp. 14. 32, p. 60, entre otros momentos.

jurídica del poder estatal incondicionado o dominación (*Herrschten*, o cualidad diferenciadora del poder estatal), así como las relaciones a establecer entre el Estado y sus miembros, pues los derechos públicos subjetivos no pertenecían al individuo por el hecho de serlo sino únicamente atendiendo a su vinculación con el Estado y la prestación hecha a este último del correlativo deber de sometimiento; es preciso tener en cuenta, cómo resuena aún en el autor la idea hegeliana, al menos parcialmente, del Estado como realidad de la voluntad sustancial que alberga en sí la elevación de la conciencia particular a la universalidad, combinada con la veta historicista (escuela histórica) incorporada también por el autor en sus tiempos iniciales, y que luego iría paulatinamente abandonando. Permanecía así aparcada la cuestión de los "derechos de los que pudieran ser titulares los individuos frente a otros ciudadanos", cuya existencia no era negada, sino simplemente estimada cómo una cuestión excluida por el momento de su oportuno análisis[179], porque late en él la idea hobbesiana de toda ausencia de poder político y sanción jurídica, con carácter previo a la constitución del Estado y la Sociedad.

Ahora bien, desde el punto de vista político e ideológico y ambiente en el que nace y es desarrollada la teoría (plenamente insuflado de germanismo autoritario), los derechos públicos subjetivos no pasaban de ser inicialmente derechos negativos (en su concepción de Derecho Privado, los derechos partían de situaciones jurídicas reunidas en instituciones jurídicas), esto es, de pretensiones dirigidas a los poderes públicos con vistas a impedir su injerencia en asuntos de orden privado. Poderes públicos cuya actuación venía circunscrita por unos límites naturales que Carl–Friedrich VON GERBER identificaba con fines de la organización estatal como entidad, e iban a ser luego necesariamente

[179] Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 190.

delimitados por la legislación del Estado como sujeto supremo y unitario del Derecho, ante lo cual esta, esta (la legislación) terminará por revelarse como la encargada de determinar negativamente cuáles van a ser los derechos públicos subjetivos dignos de reconocimiento –*subjetive öffentiche Rechte*–. En este orden de coordenadas, e incongruentemente con el modelo teórico dominante del Estado Liberal durante el siglo XIX, sin embargo, la teoría de los derechos públicos subjetivos muestra deliberadamente apartamiento respecto de todo resquicio individual–iusnaturalista y pactista (se ha dicho con alguna frecuencia que el autor escribe por oposición a la escuela del Derecho natural). No les concebía efectivamente, atendiendo a su contenido intrínseco, como un *prius* lógico y axiológico, dicho sea, como derechos naturales anteriores a la conformación de la organización estatal, y garantías de protección del ciudadano frente un poder capaz de realizar intervenciones arbitrarias en el contenido de los mismos, esto es, por parte del mismo Estado; pues, para el autor, el poder es uno, aunque distribuido funcionalmente entre varios órganos, con cuya actuación realizan la voluntad de la persona Estado[180]. Y los derechos subjetivos derivarían de la condición de miembro de esa colectividad y no de la autonomía individual, proviniendo del poder de dominio, pues el Estado, al conceder personalidad a los individuos, transforma por medio de su voluntad el dominio de hecho en una relación jurídica; en último término, el ciudadano está sujeto a la personalidad recibida por otorgamiento del poder, esto es, a su condición de miembro del Estado, y es a través de este sometimiento como el poder estatal elimina todas las disonancias[181]. Eran comprendidos como Derecho del Estado, a favor de la organización estatal, o en interés de esta, personificada esencialmente por la administración pública; Estado

[180] Carl–Friedrich VON GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, H. Laupp & Siebeck Verlag, Tübingen, 1852, p. 76.

[181] Carl–Friedrich VON GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Bernhard Tauchnitz Verlag, Leipzig, 1865, pp. 229-230.

que, coherentemente con la atmósfera autoritaria imperante en el país, en virtud de un principio vital residente en sí mismo, constituye el sujeto supremo y unitario del Derecho, sujeto supraindividual al que queda sometido incluso el propio monarca (como institución), todo lo cual, opera como base de la moderna construcción formalista del Derecho Público iniciada por el autor.

Esto es, según la concepción logicista y sin sustancia de Carl–Friedrich VON GERBER, tenían los derechos subjetivos la consideración de "efectos reflejos" (*reflexives Recht*, *Reflexwirkungen*) del poder estatal, más exactamente de la norma mediante la cual el Estado mismo autolimita su propia potestad de imperio, o de "elementos orgánicos del Estado"[182], conceptos tomados por el autor a buen seguro de su amigo Rudolf VON JHERING, toda vez eran observados por el Estado intereses jurídicamente protegidos sin necesidad de tener la naturaleza de derechos subjetivos, por eso les denomina "efectos reflejos". Pero deja bastante más que oscuro, sin embargo, qué son realmente esos efectos reflejos y con arreglo a qué criterio podemos diferenciarlos de los genuinos derechos subjetivos, concebidos por este último autor desde el primado del interés protegido en detrimento del poder de la voluntad, aunque se eche de menos en él una poderosa construcción sobre el tema, al modo lo fueran habituales a lo largo de su producción científica.

De este modo, estima, la posición "constitucional de un súbdito es la de un dominado estatalmente, y está perfectamente caracterizada por este concepto"[183]; aunque sea una concordancia terminológica no

[182] Carl–Friedrich VON GERBER, *Über öffentliche Rechte*, H. Laupp & Siebeck Verlag, Tübingen, 1852, pp. 21 y ss, y 64-65, entre otros momentos.

[183] Comprendidos como mera derivación por reflejo del poder de dominio del Estado, y denominados efectos *Reflexrechte* del súbdito (*Unterthanen*) en su obra de 1852, mientras en su libro de 1865, vemos sustituido ya el concepto súbdito por el de ciudadano (*Staatsbürger*), y son entendidos de nuevo una mera derivación (reflejo) del poder de dominio del Estado, pero admite estamos ante la presencia de los objetos naturales (junto con los municipios y el territorio) sobre los cuales el Estado ejerce su poder de dominio.

siempre rigurosa ni concordadamente observada por el autor desde el punto de vista técnico–jurídico, y pese a su declarada intención de poner el problema mismo al orden del día científico. Un postulado, el destacado, aflorante en coherencia con el clima autoritario de aquel país durante ese preciso momento histórico, y negador a los individuos de la facultad de tener sus propios derechos subjetivos dentro del ámbito del Derecho Público, al margen de los concedidos por el Estado en el ejercicio de su soberanía a quienes están dentro de una colectividad (y pertenecen al Estado, *Staatsangehörigkeit*), de la que, a la postre, derivan todas las situaciones jurídicas; y provienen límites jurídicos al mismo poder de dominio de carácter funcional, al objeto del cumplimiento de los fines de la organización. Vale decir, arranca la teoría desde un atmósfera dominada por las tendencias políticas germanas orientadas hacia un Estado autoritario, y serían comprendidos como concesiones estatales de derechos al individuo, tendencia subjetivista luego a imponerse[184], pero no de inmediato. Y ello, por el significativo hecho de entender que la aceptación de esta última posibilidad, traería como consecuencia la negación implícita de la soberanía inherente al poder del ente estatal en su totalidad, desde el momento de admitirse que su voluntad pudiera eventualmente llegar a ser condicionada; donde resuenan los ecos

Como efectos reflejos de los fundamentos jurídico–constitucionales, los derechos subjetivos fueron entendidos un tanto difusamente por un autor de la resonancia de Paul LABAND, a partir de su concepción no colectivista sino prototípicamente individualista, y, por ende, jurídico–privada del Estado, vale decir, como limites a este, pero incapaces de servir de fundamento para acciones jurídicas ante el Estado mismo, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches,* Band. I, H. Laupp & Siebeck Verlag, Tübingen, 1876, p. 140; y, asimismo, p. 151, entre otros momentos.

[184] Por eso, ante las mentadas reclamaciones actuales demandando la necesaria reconstrucción del concepto y significado de los derechos subjetivos, entendemos va a ser preciso partir no solo de esta raíz germana, sino también de otras dos versiones apenas tenidas en cuenta por la Europa continental si excluimos Francia, nos referimos a la de origen francés inspirada en el Derecho natural racionalista y que cristaliza en la Declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano de 1789, aun cuando luego se abandonara parcialmente o aceptara la mezcla con la germana; y la propia del liberalismo anglo–norteamericano, donde se advierte la importancia de elementos tradicionales e incluso extraídos de las Sagradas Escrituras.

hegelianos de una concepción de derecho subjetivo entendido como un poder de la voluntad a reconocer por el derecho objetivo, o un poder de dominio prestado al individuo por el orden jurídico. Por eso, hay en el autor más que la construcción de un concepto de derecho subjetivo, la puesta de relevancia de la pura dimensión subjetiva del Derecho, como efecto necesario y reflejo de la norma ordenadora. Los efectos reflejos vienen a ser así, en lo que siempre se han traducido, intereses individuales protegidos indirectamente por unas normas jurídicas y cuyo objetivo fundamental es la protección de intereses públicos. Mezcla o entreveramiento entre ambas cuestiones, frente a la cual se ven obligados a reaccionar aún ocasionalmente diversos juristas actuales[185].

De todos modos, en los momentos históricos sucesivos, nunca resultó igualmente fácil la separación de efectos reflejos y derechos públicos subjetivos propiamente entendidos, al tiempo que la identificación de cuándo se estaba ante la presencia de unos y de otros resultaba complicada (de extraordinariamente dificil la calificaría después Georg JELLINEK, aunque el concepto de efecto reflejo se considera fuera fijado con claridad por JHERING en 1865[186]), por el sencillo motivo de que en momento alguno llegó a concretarse, conforme a los debidos términos, un criterio material desde el cual apoyar la distinción[187], y

[185] A modo de ejemplo Bernardo ALABANESE, al advertir y rechazar con rotundidad la imposible identificación de la dimensión subjetiva del Derecho con el derecho subjetivo, pues de no deslindarse ambas, el concepto de derecho subjetivo debería incluir también la obligación, en su breve "Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto spggettivo", en *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Vol. IV, *Filosofia del diritto. Storia del diritto italiano. Altre scienze giuridiche e soroche*, Dott. Antonino Giuffrè, Milano, 1963, pp. 6 y ss.

[186] "*Das Gesetz, welches im Interese gewisser Fabrikayionszweige Schutzzölle einführt, kommt den Fabrikante zugute, es fördert, schützt sie in ihrem Geschäftsbetriebe, und dennoch gewährt es ihnen keine Rechte … Es liegt hier nur eine bloße Reflexwirkung vor, ein Verhältnis, das allerdinhs mit dem Recht die größte Ähnlichkeit hat, aber um so sorgfältiger von ihm gescheiden werden muss*", Rudolf VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verscheidenen Stufen seiner Entwicklung*, 5ª ed., Teil 3, Band. I, Verlag Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1906, p. 351.

[187] En este sentido Fritz FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Editorial Labor, Barcelona, 1933, p. 158. También August THON en su crítica a Jhering, lo que le

tampoco las de carácter procesal dieron resultados satisfactorios. En ambos casos, eso sí, derivan de la subordinación y dependencia del ciudadano respecto del Estado. Incertidumbre aprovechada interesadamente para, a partir de las opiniones gerberianas, identificar por no pocos, que la pretensión real era negar la existencia de derechos individuales dirigidos hacia el Estado.

1.2.6.2.2. La continuación teórica: el poder de mando estatal concebido como poder de sanción.

Desde las previas y restantes premisas históricas a las cuales ahora prácticamente ni aludimos, que entre otras pasan por la citada figura del pretendidamente aséptico en el tema Paul LABAND, básicamente anclado aún, a una comprensión como derechos reflejos de las normas objetivas en tanto en cuanto mediara un acto de autolimitación del soberano poder estatal[188], debe reseñarse que fue buscada una solución segura y definitiva de las dudas y dificultades dejadas por la borrosa construcción teórica previa. Valoración otorgada a esta por el mismo Georg JELLINEK, y con buenas dosis de razón, porque la construcción gerberiana había sido interpretada de diversos modos, y, por no pocos, como dijimos, contraria incluso al reconocimiento de derechos subjetivos hacia el Estado.

---

conduce a comprender el derecho subjetivo como un mero reflejo de la norma, apropiado o puesto a disposición del individuo para la salvaguarda de su interés, *Rechtsnorm und subjektives Rechts. Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtlehre*, Hermann Böhlaus, Weimar, 1878, pp. 147 y ss. Por su parte, Georg JELLINEK se aplica por ofrecer una distinción en su obra clásica sobre la materia, pero, a nuestro juicio, tampoco logra poner demasiada claridad para esta cuestión en su sistemático y sustancial opúsculo, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte,* 2ª ed. (1ª ed., Freiburg im Breisgau, J. C. B. Mohr Verlag, 1892), J. C. B. Mohr Verlag, Tübingen, 1905, pp. 67 y ss.

[188] Y bajo cuya influencia reducirá al mínimum Otto MAYER la esfera de los derechos públicos subjetivos, como denunciara Georg Jellinek, *Das System der subjektiven…, op. cit.*, especialmente pp. 4-5.

A juicio de este último autor, los derechos públicos subjetivos, que ya venía desempeñando una función esencial y determinante en el Derecho Público, solo por la fuerza de la evidencia, debían serle reconocidos al individuo, quien era cierto carecía inicialmente de derecho natural e innato alguno frente al poder estatal (*status subjectionis*), y ante el cual estaba obligado plenamente. Las razones para el reconocimiento, como hemos apuntado, encontrarían su base en la exclusiva autodeterminación o autolimitación jurídica del propio Estado, y también trascendiendo, claro es, a partir de su incondicional, ilimitado y originario poder de mando, ahora matizado por el autor respecto de sus efectos.

Ahora bien, para Georg JELLINEK, el poder estatal de dominio trasmuta, convirtiéndose en un poder de carácter disciplinario sancionador sobre aquellos a quienes jurídicamente les es reconocida la pertenencia (*Mitgliedschaft*) al Estado. Nos situamos, pues, ya no propiamente ante un poder absoluto de dominación, sino frente a un poder de sanción: *Ihre Gewalt ist Disziplinargewalt, nicht Herrschergewalt*; aun cuando reciba también la consideración de poder irresistible, originario y único (de consecuencias decimos ya distintas), y todas sus acciones vayan a ser realizadas *prima facie* al servicio del interés público[189]. De esta forma, es capaz de reconocer la existencia de los derechos públicos subjetivos esenciales en la esfera del Derecho Público, cuya extensión y función solo podían ser determinadas por la Ley, esto es, por medio del derecho objetivo que, como todo Derecho de tal carácter procede del Estado, y, consecuentemente, el poder estatal se condiciona a sí mismo desde el plano normativo, autolimitándose

[189] Con apoyo en la distinción de Sir John FORTESCUE (1394-1479 u 80), se ha dicho así en ocasiones por la propia literatura jurídica alemana, que Gerber concebía el poder del Estado aún como *dominium reale*, mientras Georg Jellinek lo hace a modo de *dominium politicum regale*.

internamente (auto-obligación); un Estado distinto del gendarme teorizado por el liberalismo clásico, impasible este y cruzado de brazos ante las injusticias. El Estado desarrolla ahora fines propios, esencialmente la persecución del bien común o interés general[190], dentro de una serie de funciones múltiples y permanentes a desarrollar, e impone y fija jurídicamente las condiciones a cumplir, así como los auxilios recíprocos como deber a prestarse por los ciudadanos para alcanzar la totalidad de sus fines. La construcción del autor, señalaría Vittorio Emanuele ORLANDO, denota la presencia de una relación de reciprocidad cuyos términos se hacen inevitables y que él engarza a través de un razonamiento silogístico: el Estado tiene derechos sobre sus súbditos, por lo que entre el Estado y los súbditos existe una relación jurídica, y esta situación aboca necesariamente a ser capaz de generar, de vez en vez, derechos de los súbditos hacia el Estado[191]; pero, en último término, son concesiones del Estado que este se obliga a sí mismo a respetar, no como sucedía con la Declaraciones perfiladas a modo de barreras defensivas de las posiciones de libertad del individuo frente al poder público de dominación.

---

[190] El bien común o utilidad común, es un concepto complejo, que tiene una tradición clásica; muy empleado por Platón y Aristóteles, se concreta en la máxima de Dereho Público romano, formulada por Cicerón: *Salus populi sumprema lex*. El propio Georg JELLINEK, quien se ocupara de teorizar sobre la cuestión de los fines del Estado en un *regresuss* a la época señalada, admitió la dificultad para trasladar a la práctica y concretar, los conceptos de bien común, interés general, bien general, bienestar social, utilidad común…. Y se interrogaría acerca de en qué consiste el bien común, así como respecto a qué debe hacer el Estado para satisfacer el bien general. En tal sentido, con apoyo en la teorización previa de Franz VON HOLTZENDORFF (*Los fines del Estado*, H. L. Pastor, Valladolid, 1893), si bien haciendo aportaciones propias relevantes, comienza distinguiendo al efecto entre posiciones doctrinales: a) de finalidad absoluta; b) de finalidad relativa. Las primeras, defienden que el Estado tiene una finalidad única e idéntica para todos los tiempos y formas históricas; y en el interior de las mismas, clasifica entre: 1º expansivas, o favorecedoras de una ilimitada extensión del poder estatal (eudemista utilitaria, y teorías éticas); 2º limitadas, por cuando encuadran la actividad estatal dentro de límites más o menos precisos (de la seguridad, de la libertad, del fin jurídico, así como su propia teoría teleológica); repaso que hemos hecho a la finalidad de hacer algún *progressus* para comprender la posición del autor.

[191] Vittorio Emanuele ORLANDO, "Prefazione all`edizione…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. X.

Entendería Georg JELLINEK el carácter funcional de los derechos públicos ciudadanos para el poder estatal de acción a efectos de lograr un interés general solidario, lo cual le llevaría a establecer la distinción, dentro de los intereses individuales, entre intereses constituidos prevalentemente para la satisfacción de fines individuales, e intereses conformados prevalentemente para el logro de fines generales. El interés individual reconocido prevalentemente en el interés general, va a constituir como *desiderátum* el contenido del derecho público como una *posse* (*Können*) o facultad, y si este es existente a su vez en el interés general, resultará idéntico al Derecho estatal[192].

Serán derechos ejercitables frente al mismo poder estatal, previo a lo cual han de existir, para que tal poder como dijimos procede a su autolimitación y, además, de conformidad nuevamente con arreglo a los estrictos términos establecidos por las leyes, pero no, como parece evidente, frente a los intereses o en favor de los de otros sujetos privados. En su concepto, debemos puntualizar, aparecen aunados voluntad (elemento formal), e interés o bien (elemento material): *Kombinationsbegriff* que tiene probablemente a Immanuel BEKKER como su fundador o combinador; tesis, la del interés, emergente en términos más concretos como un interés (latamente entendido) jurídicamente protegido (acción en justicia y distinta de la acción refleja de la norma) al servicio del logro de determinados fines del sujeto (los intereses que la norma considera dignos de protección), pero esto tiene el problema de justificar de modo trascendente el interés o utilidad tutelada por el Derecho correspondiente para su titular (lo que introduciría, se ha dicho, un elemento psicológico al lado del material), postura defendida en Alemania con particular solvencia, sobre todo por Rudolf VON

[192] Manfred ZULEEG, "Hat das subjektive öffentliche Recht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 512 y ss.

JHERING ya citado, al mostrar la insuficiencia de la teoría pura de la voluntad (*Willenstheorie*) de mayor refinamiento jurídico[193], y autor en quien aparece independizado el derecho subjetivo del derecho objetivo[194].

Algo después nos encontramos con el rechazo por Hans KELSEN, y su negativa a distinguir entre derecho objetivo y derecho subjetivo, considerando a este último el mero reflejo de una obligación jurídica; esto es, en cuanto concepto auxiliar de un derecho reflejo, de hecho puede simplificar la exposición de una situación jurídica, pero desde su consideración, resulta superfluo[195]. Y es que, para el positivismo, los

[193] El derecho subjetivo como poder o señorío otorgado a la voluntad por el orden jurídico, puesto por la norma a la libre disposición de aquel a favor del cual se ha dictado, o esfera de autonomía individual reconocida por el ordenamiento para la libre acción de la voluntad (*agere licere*) de su titular, a efectos de poder exigir un determinado comportamiento positivo o negativo (libertad jurídica), de los sujetos obligados, y que tuviera a Bernhard WINDSCHEID, como uno de sus máximos representantes o culminadores es, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Verlag von Julius Buddens, Düsseldorf, 1862, pp. 81 y ss; edición en la que utiliza aún la expresión derecho en sentido subjetivo, la cual cambia en la segunda edición aparecida en Verlag von Ebner & Seubert, Sttutgart, 1879, pp. 92 y ss, donde se habla ya de derecho subjetivo.

[194] Georg JELLINEK, *Das System der subjektiven…, op. cit.*, especialmente p. 44, y pp. 81 y ss. Antes, la breve publicación de Eduard HÖLDER, *Ueber objectives und subjectives Recht*, Deichert Verlag, Leipzig, 1893, aunque no parece agregar algo a tener en cuenta por Georg Jellinek, si bien, tan solo hemos sobrevolado el libro consultándolo brevemente en una mañana de biblioteca muniquesa; no nos dio mala impresión como síntesis.

La obra del professor de Heidelberg sí sirve de punto de partida, y la da continuidad Otto BÜHLER, aunque centrando la problemática en los derechos subjetivos frente a la Administración, *Die subjetiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Wolfgang Kohlhammer Verlag, Berlin–Stuttgart–Leipzig, 1914. Al efecto, sobre el elemento del interés subrayado en el texto, además de la obra del propio autor por sí misma, recoge la cuestión en este sentido Franz WIEACKER, "Rudolph von Jhering", en *Gründer und Bewaher- Rechtslehrer deutschen Privatrechtsgeschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1959, pp. 197 y ss, especialmente pp. 206 y ss, donde recoge asimismo la influencia ejercida en el pensamiento de Jhering por la "*Industrielle Revolution*". A mayor abundamiento, el citado Rudolf VON JHERING hablaría expresamente de "*rechtlich geschützter Interessen*", en su obra magna *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Band. I, Teil III, 5ª ed. (la 1ª ed. de esta parte se publica en Leipzig, año 1865), Breitkopf & Härtel Verlag, Leipzig, 1906, p. 339.

[195] Hans KELSEN centra lo característico y para él lo único de los derechos subjetivos, en la posibilidad de que su titular los haga efectivos ante los tribunales, esto es, atiende a la mera racionalidad de la exigibilidad judicial, lo cual es lo mismo, el "derecho subjetivo en sentido técnico", toda vez lo hallamos separado de mezcla alguna con criterios de interés político o de cualquier otra naturaleza, claramente consonante con la

línea de toda su formidable construcción formal de carácter lógico–jurídico; a su juicio, después de la fuerte crítica que despliega respecto el andamiaje conceptual en que se mueve Georg Jellinek, la pretensión ampliamente extendida en la Ciencia jurídica de distinguir el derecho subjetivo del derecho objetivo, es una distinción ideológico–material de marcado carácter iusnaturalista, toda vez considera que los derechos subjetivos son algo previo al ordenamiento jurídico: sea un fin, ora un interés u ora una voluntad; para el autor, por el contrario, estamos ante la presencia de un derecho subjetivo si adoptamos un planteamiento de carácter meramente formal y, a partir de ese fundamento, podemos llegar a afirmar que un titular dispone de tal derecho si es capaz de hallarse respecto de la norma jurídica, que establece un deber para alguien, en una especial relación, con arreglo a la cual, es puesta a la disposición del titular del derecho considerado la misma norma terminada de aludir, la cual dota al sujeto de capacidad para activar jurisdiccionalmente por medio de su voluntad los deberes de otros y la ejecución de las sanciones en caso de incumplimiento de los mismos previstas por las propias normas: la protección kelseniana, sin interesar de qué.

Definitivamente, entiende por derecho subjetivo, la norma jurídica objetiva relacionada con la persona, de cuyo poder jurídico de disposición va a depender la realización de la voluntad del Estado respecto de la sanción, tal como es proclamada normativamente. Y deja igualmente claro que, desde su posición, el concepto de deber subjetivo es prioritario frente al concepto de derecho subjetivo, toda vez, la norma jurídica expresa siempre un deber jurídico, pero no sucede necesariamente así respecto a un derecho subjetivo; nace este cuando se ejercita el poder que lo hace valer ante el obligado al cumplimiento de un deber (pero aparece aquí una contradicción en sus propios términos, porque nadie puede hacer valer algo inexistente, ni tener pretensión de tal), *Reine Rechtslehre.. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2ª ed., Franz Deuticke, Wien, 1960, pp. 139 y ss. E incurre en otra contradicción "normativita" no menor, cuando señala que si "el individuo frente al cual otro está obligado a determinado comportamiento, no tiene el poder jurídico de denunciar por medio de una demanda la inobservancia de la obligación, el acto a través del cual se reclama el cumplimiento de esta no produce consecuencia jurídica específica –si pasamos por alto que no está jurídicamente prohibido- es jurídicamente irrelevante"; pero es jurídicamente irrelevante, porque la obligación a la que está haciendo referencia no es jurídica, no está estatuida como tal por el ordenamiento jurídico, por eso no otorga este acción jurídica reivindicativa a favor de nadie, ante lo cual, la construcción de todo el párrafo es mera falacia. De otra parte, aún se complicarían más las cosas, de analizarlas desde la perspectiva general del autor, concerniente a estos conceptos, pues, como sabemos, para él, el concepto de obligación jurídica no es idéntico con el concepto de deber.

Su postura general es, como se sabe, extremadamente relativista, tocante a la cuestión de la fundamentación de los derechos, y considera los valores como subjetivos y relativos, lo que traslada al ámbito de la justicia, por ejemplo cuando afirma: "no sé, ni puedo afirmar, que es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Solo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar que es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz, la justicia de la democracia, la de la tolerancia, *Qué es la justicia*?, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 63. Creemos que invierte los términos, pues como manifestara Luis RECASÉNS SICHES, el derecho subjetivo es el "reverso material de un deber jurídico", pero añade, impuesto por la norma reconocedora del derecho y al margen de la voluntad del titular del mismo, luego el prius es el derecho subjetivo a partir de cuyo reconocimiento nace el deber o los deberes de otros, *Introducción al estudio..., op. cit.,* especialmente pp. 141-142. Por su parte, Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, después de comprender por derecho subjetivo, "la posibilidad de hacer o de omitir algo, atribuida por el ordenamiento jurídico a una persona o a su representante como consecuencia de

Derechos Fundamentales son exclusivamente los que así decida el poder, al margen de cuál sea su contenido, porque estima su fundamento a partir del Estado o en el Derecho estatal, más particularmente, en la voluntad de los gobernantes[196].

Era aceptada así la clásica teoría general mayoritaria en Alemania denominada teoría combinada de la voluntad y del interés digno de protección, sobre cuya controversia aún hoy prosigue la discusión. Esto es, los derechos subjetivos eran concebidos como autolimitación

---

un hecho jurídico", repara en que el nacimiento de un derecho "siempre se encuentra condicionado", y el condicionante "es un hecho jurídico" (no dice, pues, que sea un deber); y el "objeto del deber jurídico está condicionado por el derecho correlativo" *Filosofía del Derecho*, 17ª ed., Porrúa, México, 2009, pp. 357 y 359, respectivamente. Asimismo, hemos visto para reforzar argumentos, Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la norma fundamenta*l, Madrid, Marcial Pons, Madrid, 1996. Superior coherencia tiene, la construcción llevada a cabo aun desde el punto de vista constructivista por Eugen BUCHER, al terminar considerando al derecho subjetivo como pretensión normativa, porque atribuye a los sujetos facultades normantes (capacidad normante o *Normsetzungsbefugnis*), cuyo ejercicio sí da lugar a una norma, pero esta es inexistente de ante mano, lo cual es en cierta medida la vuelta a la tesis de la voluntad, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1965.

Desde luego, no es el momento de detenernos en la crítica, por el daño jurídico–político causado, a buen seguro muy a su pesar, de toda la construcción jurídica kelseniana; sin embargo, caemos en la tentación de reiterar referencia a la temprana fuente de Hermann HELLER a tal efecto crítico, seriamente preocupado por el peligro que dicha construcción entrañaba, y de la que dejara constancia, principalmente a nuestro modo de ver, con su "Die Krisis der Staatslehre", en *Archiv für Sozialwissenschaften*, 1926, pp. 289 y ss, y también en *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrechts*, Walter de Gruyter & Co, Berlin und Leipzig, 1927. Muy especialmente queremos resaltar, cuando Hermann Heller le reprocha al pragués, la confusión superlativamente fatal para la Ciencia del Derecho, de haber olvidado la pluralidad de sentidos del concepto de norma jurídica, con lo cual, se le escapa la compresión de la casi totalidad de dimensiones que encierra el texto constitucional, al margen de quedar ayuno de cualquier influencia ejercida por la realidad. Como resumiera Carlos OLLERO GÓMEZ, estamos en presencia del autor que, influido por la filosofía de Dilthey, logra perforar implacablemente la construcción del formalismo kelseniano desde el campo de la realidad social, y permite la reacción y reconstrucción de la teoría material del Estado, permitiendo la comprensión de este como forma histórico-social, *Introducción al Derecho Político,* Bosch, Barcelona, 1948, p. 30; "La forma política", en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 75, 1954, p. 16.

[196] Para decirlo un tanto tautológicamente con el autor, pero de forma expresiva, según Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, es positivista la concepción por medio de la cual lo jurídico no puede ser conocido más que a partir de lo jurídico, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1981, p. 211.

(*Selbstbeschränkung*), autoobligación o concesión del Estado legislativo soberano, que dejaba escaso espacio al poder de la voluntad, de tal suerte que, en términos sistemáticos y teoréticos, todos esos derechos subjetivos y libertades se reconocían y perdían solamente dentro del marco comprendido por los límites legalmente establecidos, y, entre tanto, eran poderes desplegados y contenidos dentro del círculo legalmente delimitado por el derecho objetivo, en el curso de una concreta relación jurídica.

Y ello significaba, como plástica y mesuradamente expresara el mismo Georg JELLINEK, que toda libertad "es simplemente libertad de coerciones ilegales"[197], de ahí que no pudiesen ser definidos, consecuentemente, a cargo de los textos constitucionales, privados a este respecto de todo carácter normativo vinculante. En unión con lo anterior, conforme ha escrito Pedro DE VEGA, la teoría de la autolimitación del Estado construida por JELLINEK, nace ya mutilada y lastrada por un positivismo que al lado de sus deslumbrantes construcciones conceptuales evidenciaba evidentes limitaciones y debilidades en la confrontación con la realidad, y es la válvula de escape para la "contradicción aparentemente insalvable, representada por el reconocimiento simultáneo de un poder absoluto de dominio del Estado y la condición de este como sujeto de derechos y obligaciones, capaz de entrar en relaciones jurídicas con los ciudadanos"[198].

---

[197] Georg JELLINEK, *Das System der subjektiven..., op. cit.*, p. 103.

[198] Pedro DE VEGA GARCÍA, "El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 70-71. Por añadidura, y con carácter más general, queremos resaltar, el aviso aún hoy parcialmente vigente, contenido en el posicionamiento sobre el positivismo, del leonés luchador por la libertad, Gumersindo DE AZCÁRATE Y MENÉNDEZ: "reniega de la metafísica", y "amenaza destruir las dos fuerzas cuya resultante empuja en nuestros días la vida de los pueblos, la tradicional y la progresiva, la religión y la filosofía; desciende con una rapidez pasmosa a las aplicaciones prácticas, contando por lo mismo en su seno, no sólo filósofos y naturalistas, sino que también jurisconsultos, economistas, historiadores, literatos, etc., que procuran llevar a las ciencias particulares el sentido de la doctrina"; resume, las dos variantes, la crítica y la

La pertenencia al Estado del ciudadano o miembro de esa persona jurídica, sin embargo, le colocaba con todo el sentido de la medida frente a una situación jurídicamente relevante, que obligaba a moverse con sumo rigor en los límites sistemáticos de un tema especial, y situación de la cual derivarían auténticas pretensiones jurídicas: el origen, a la postre, de los derechos públicos subjetivos. Pues bien, de ahí surge una autolimitación del propio Estado, a partir de la cual, atribuye personalidad jurídica al individuo, y reconoce, a favor de este, un irreductible espacio individual al margen *prima facie* de su poder de intervención sancionadora[199]. En este ámbito de libertad natural que tiene como base la concesión hecha por el poder, venimos insistiendo, va a resultar posible la libre actuación del ciudadano respecto a la realización de sus intereses individuales; aparece, pues, la capacidad de

ontológica, porque ambas consideran únicamente es factible conocer los hechos teniendo en común "el no reconocer otra fuente que la observación, ni otro procedimiento, por tanto, para adquirir la verdad, que la inducción". Y, por lo mismo, "los dos positivismos marginan el espíritu y la metafísica. El uno, omitiendo estas cuestiones al tiempo que las remite al ámbito de lo religioso o de lo no racional; y el otro, rechazando de plano cualquier esencialismo que no se fundamente en la materia. Reconoce la diferencia entre el positivismo crítico y el que llama ontológico o dogmático, entre el egoísta, práctico, mundanal y grosero, y el científico, al que parcialmente comprende. En fin, termina con esperanza, admitiendo la posibilidad de la producción de "bienes reales en la esfera de la ciencia y la vida" desde el positivismo científico, para lo que habrían de ganar la batalla los postuladores de una armonía y conciliación entre los dos métodos enfrentados", "El positivismo y la civilización", en *Revista Contemporánea*, Madrid, 30 de julio de 1876. A lo que Carl Schmitt le hubiera respondido: el centro nunca triunfa, solo puede ayudar al triunfo, y acierte o no en la decisión, con el alineamiento se diluye, y al hacerlo desaparece: se genera y muere en un solo acto, haga lo que haga (aquí era aristotélico, el maestro de Plettenberg, por lo del centro). ¿Quién de los tenía razón? El mismo D. Gumersindo reconoce: "Ojalá no llegue un día en que alguien se levante en nuestra Patria y les dirija con fundado motivo estas palabras de Moleschott: habéis arrojado a la juventud de la metafísica, y la juventud se ha venido a nuestro campo, esto es, al materialismo". Lo último no sirve hoy como conclusión. Yo creo que la respuesta la daría actualmente Martin Heidegger así: ¿la juventud?, dos veces arrojada como ser–ahí, lo que tampoco ha de interpretarse con la visión marxiana de la Historia; ahora bien, entendemos, que en este punto, no hay antagonismo radical. La persona, dos veces arrojada al mundo.

[199] Manfred ZULEEG, "Hat das subjektive öffentliche Recht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 512 y ss.

poner en movimiento normas jurídicas orientadas al interés individual, dentro de una relación jurídica entre el individuo y el poder público, vale decir, tiene como contenido una potestad jurídica. Ante lo cual, emerge un nuevo *status* jurídico expresivo de la relación Estado–individuo, a saber, el denominado *status negativus* o *status libertatis*; determinado por la correspondiente esfera de libertad inherente a cada individuo, a su autonomía, al objeto de la realización de sus fines, y en la cual el Estado (los órganos de este que son quienes responden por el) no puede interferir mediante órdenes o constricciones que no estén fundadas en la Ley[200]: derechos de libertad individual a modo de exigencias o cualificaciones concretas de la personalidad, respecto de los cuales el individuo puede ejercitar acciones jurídicas en caso de vulneración, diferenciándose con ello entre el *status negativus* y el simple efecto reflejo del derecho objetivo[201].

Precisamente, más allá de nebulosas y abstrusas lucubraciones, la construcción de Georg JELLINEK aparece caracterizada por un alto grado claridad y precisión, sean o no sean compartidas sus conclusiones y línea argumental. Queda claro a lo largo de su exposición, que los derechos subjetivos eran entendidos según el autor como creaciones del propio Estado, manifestaciones de la voluntad estatal articuladas por medio del reconocimiento (*Anerkennung*) de concesiones voluntarias y potestativas

[200] Georg JELLINEK, *Das System der subjektiven…, op. cit.*, pp. 102-103 y ss. Un lustro más tarde, el emperador Guillermo II, quien se creyera de nuevo *Imperator Dei gratia*, pronunciaría un discurso en Koblenz, reafirmando la doctrina del derecho divino de los reyes, y en 1916, sostuvo que siendo el rey por derecho divino, solo tenía que rendir cuenta ante Dios.

[201] Georg JELLINEK, *Das System der subjektiven…, op. cit.*, pp. 45 y ss. En tanto un año más tarde, nuestro Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES une la *Auctoritas* con la *Potestas*, y la primera contribuye un atributo esencial del Estado, añadido al poder jurídico, vale decir, un poder pleno y racionalmente soberano, que responde a exigencias racionales, eminentemente justas por naturaleza, *Curso de Derecho Político según la filosofía política moderna, la historia general de España y la legislación vigente*, 5ª ed., Tipografía de R. Fé, Madrid, 1893, pp. 158 y ss.

de poder a través de la Ley[202], revocables o limitables a cargo del primero, porque no olvidemos, para Georg JELLINEK, hay una imposibilidad de cercenar jurídicamente al Estado (a su poder) contra su propia voluntad por medio de cualquier otra fuerza; de lo contrario, se estaría negando implícitamente la soberanía estatal (a su juicio, una categoría histórica) y el carácter de centro único de imputación, amén de la verdadera voluntad irresistible de aquel. De ahí el certero pronóstico de Hermann REHM acerca de la obra de Georg JELLINEK, al considerarla destinada a encontrar más antes que tarde un amplio reconocimiento internacional[203]. Sirviéndonos de sus propias palabras, no resulta ocioso recordar, al objeto del propósito perseguido, cómo "este poder ilimitado, incondicionado, de vencer con la voluntad propia a todos los demás, solo lo tiene el Estado", en la medida resulta capaz de percibir la "fuerza originariamente de sí mismo, y jurídicamente no deriva su poder de ningún otro, sino exclusivamente de la propia asociación"[204].

Estado cuya personalidad jurídica ya no es para el autor una personalidad dotada de vida interna al modo organicista, sino exclusivamente un instrumento técnico a fin de permitir la construcción jurídica, tenía, por ello, la facultad de disposición para establecer el Derecho que, a la postre, alcanzaría validez dentro "de sus límites de dominio. De suerte que, en el Estado moderno, todo Derecho o es creado por el Estado o permitido por él"[205]. Pero, igualmente, puede por

---

[202] Georg JELLINEK, *Das System der subjektiven…, op. cit.*, p. 96.

[203] Hermann REHM, "Rezension von Georg Jellinek: *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte,* 2ª ed., J. C. B. Mohr Verlag, Tübingen, 1905", en *Deutsche Juristen Zeitung*, Band, XI, Nr. 9, 1906, p. 554.

[204] Georg JELLINEK, *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1970, p. 132. Por el contrario, para la primacía de los derechos sobre la Ley en la Constitución americana, remitimos a Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil…, op. cit.*, pp. 54-58.

[205] Georg JELLINEK, *Teoría general…, op. cit.*, pp. 273-274; en todo caso, no cabe olvidar que para este reputado iuspublicista la doctrina de la soberanía sigue siendo, básicamente, la doctrina del poder absoluto, *ibídem*, p. 342. En todo caso, el año 1927, Hermann HELLER, ofrece este un concepto de soberanía equivalente a aquella cualidad

autoconvicción volver a autolimitarse en su propia potestad de imperio, permitiendo al individuo reivindicar prestaciones jurídicas positivas y atributivas de un *status* positivo o *status civitatis*: derechos de libertad civil (a juicio del autor, se trataba de resolver acerca de la existencia de libertad en el Estado); y, finalmente, termina por resultar capaz de posibilitar la admisión a través de una nueva autolimitación, de que el individuo actúe o participe como órgano de ese mismo Estado y su voluntad sea considerada como voluntad del Estado, dando lugar al reconocimiento de un nuevo *status* conocido como *status activo* o *status activae civitatis*[206]: derechos políticos o de libertad política. Con fundamento en lo dicho, identifica el derecho subjetivo con el poder proveniente de la voluntad humana que, toda vez recae sobre un bien o un interés, el ordenamiento jurídico reconoce al individuo y le otorga protección. Ahora bien, si el Estado se obliga a sí mismo mediante el acto de crear un derecho respecto a sus ciudadanos, al margen del modo de creación de ese derecho subjetivo que ejerce la función regulativa del ámbito de libertad correspondiente, adquiere una vez nacido el compromiso de aplicarlo y de mantenerlo bajo la protección absoluta de

propia de "una unidad territorial de acción y decisión, en virtud de la cual y en defensa del mismo orden jurídico, se afirma de manera absoluta, y en los casos de necesidad, aun a contrario del Derecho", *Die Souveränität…*, *op. cit.,* p. 262.

206 La perspectiva liberal–individualista característica de esta concepción de los derechos subjetivos es subrayada por Guillermo ESCOBAR ROCA, *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 94. Asimismo puede verse Jochen VON BERNSTORFF, "Georg Jellinek and the Origins of Liberal Constitutionalism in International Law", en *Goettingen Journal of International Law 4*, 2012, pp. 659 y ss, donde registra asimismo la influencia en el pensamiento del autor de los filósofos Hegel y Kant; del primero por su exaltación mística de la personalidad del Estado y su superior importancia frente al individuo, del segundo, no olvidemos rechaza la idea del contrato social y coloca a los individuos bajo la protección del Estado, y, si bien dice defender la soberanía popular, pensando en la situación prusiana que le condicionó en demasía, intentaría la conciliación entre el principio de soberanía popular al que entiende muy abstracto, y su ejercicio por medio de una forma de gobierno monárquica políticamente irresponsable!; y es que su influencia para la construcción del Estado de Derecho, siempre ha sido objeto de hiperbolización. Y habría aún de añadirse, el trabajo que costó a Jellinek su liberación del segundo Fichte por el rechazo a cargo de este del Estado de naturaleza y las contradictorias consecuencias extraídas.

su soberanía, por lo que los derechos concedidos tienen inicialmente carácter inmutable, con lo cual, se aleja aquí la teoría decididamente de los presupuestos positivistas de los que arrancara; en el positivismo, como es sabido y hemos dicho, el Estado puede disponer libremente en todo momento del contenido de los derechos a través de los poderes constituidos. Dicho de otro modo, una vez producido el reconocimiento por parte del poder estatal de los derechos públicos subjetivos de acuerdo con la teoría de la autolimitación o ultradeterminación, el Estado no se limita únicamente al reconocimiento de facultades jurídicas de la persona conforme a leyes preexistentes a las queda vinculado, adicionalmente, arriba a su quehacer el autoimpuesto deber de actuación garantizando los derechos subjetivos individuales; aunque, a partir de ahí, ya no aclara si pueden volver a recuperarse por el Estado, con lo cual, todas las interpretaciones han sido posibles, habiendo prevalecido la tesis de que les termina por concebir como límites al poder público[207]. Una vez que hemos visto reducir el campo de acción de los derechos públicos subjetivos a las relaciones jurídicas individuo–Estado, la aplicación de la teoría a las relaciones intersubjetivas va a precisar forzosamente el dislocamiento de los límites jellinekeanos. No obstante, si podemos observar en Jellinek una mutación del concepto de soberanía del que arranca y sin embargo mantiene en todo momento Gerber, esto es, la correspondiente a un poder soberano cuya omnipotencia es impuesta sin sujeción a regla alguna, pues ahora sí lo hace debido a la posición de status alcanzada por los individuos.

[207] Norberto BOBBIO, *El tiempo de los derechos…*, *op. cit.*, pp. 190 y ss. Y así parece entenderse también por Georg JELLINEK citado por María Venegas Grau, *Derechos fundamentales…, op. cit.*, p.130. No alberga dudas acerca de que la *Statuslehre* construida por Georg Jellinek concibe a los derechos subjetivos como autovinculaciones jurídicas permanentes, Klaus GRIMMER, *Demokratie und Grundrechte. Elemente zu einer Theorie des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, pp. 25 y ss, y 68 y ss. Varias de las ideas reflejadas en el texto sobre la construcción teórica germana, traen causa de la lectura de la obra, de verdadero interés, debida a Franco PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell`evoluzione della dottrina germanica*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1940, especialmente, pp. 69-136

Así percibidas las cosas, como hemos apuntado, de todos esos *status* provienen pretensiones jurídicas que dan lugar a los derechos públicos subjetivos reconocidos por el Estado y ejercitables exclusivamente ante el mismo[208], con lo cual, es posible afirmar acogiéndonos a la autoridad de Giorgio LOMBARDI, que la existencia durante el siglo XIX en Europa de Derechos subjetivos (incluso Fundamentales) dependía de su reconocimiento legislativo, y cuando ello no ocurría, consecuentemente, se estaba ante meros intereses legítimos[209]. Este es el motivo, sostiene el último autor, por el cual en términos históricos, para toda la Europa continental se impusiera al poder judicial su permanencia al margen de la tutela de los Derechos, porque la separación de poderes hasta entonces articulada jugaba contra el poder judicial y ventajosamente a favor del poder ejecutivo, postergándose el momento de dar la vuelta a la cuestión con la ventaja del poder judicial respecto de los Derechos, hasta el momento en que estos no acabaran por constituir el *prius* del ordenamiento jurídico[210]. Como colofón, puede decirse que la fórmula de la autolimitación del poder estatal de conformidad a la reconstrucción intensa realizada por Georg JELLINEK, de forma alguna podemos entenderla a modo de conquistas individuales y correspondiente debilitamiento del poder público; por el contrario, el Estado, al propiciar y tener como divisa un

[208] Georg JELLINEK, *Das System der subjektiven..., op. cit.*, pp. 102 y ss. Con todo, el avance que supuso para la época la teoría de los *status* de Georg Jellinek, es destacada, entre otros autores, por Ludwig SCHNEIDER, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG.*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, pp. 203 y ss. Para una visión de conjunto, desde luego, remitimos a Hartmut BAUER, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, pp. 54 y ss especialmente acerca de los fundamentos históricos, y *passim*.

[209] Giorgio LOMBARDI, "La fase attuale dello <<ius publicum europaeum>>", en *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee – profili storici e comparatistici*, edición de Andrea Romano, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 92.

[210] *Ibídem,* p. 92.

mejor reparto por otorgar lo suyo a cada uno de lo que hasta ahora se hallaba en poder de los demás, muestra un proyecto de poder más consolidado, y cuando menos tan ambicioso como el anterior, de tal suerte que mejora y gana fuerza mediante cada autolimitación (de naturaleza moral: autolimitación moral), favorecedora de los intereses solidarios, individuales, nacionales y humanos, orientados hacia una dirección evolutivo–progresiva y común. Vale decir, estamos ante la presencia de fines que hacen del Estado un valor categórico y un fenómeno consustancial a la historia política, y así, el Derecho puede descansar sobre el sentimiento de la obligatoriedad y la exclusión del poder de *imperium* de determinados ámbitos privados. De cualquier modo, conviene precisar, pues no han sido pocas las voces que esgrimen el argumento acerca de la difuminación afectante a los caracteres esenciales propios de la concepción tradicional de derecho subjetivo, al pasar de una orientación individualista a una orientación comunitarista; toda vez, para la primera, pesaban la voluntad, el interés o el poder del individuo, lo que ha sido desplazado por una nueva concepción dogmática a efectos de que sea el derecho objetivo el que le proteja[211]. Quizá desde esta posición fuera desde la que reflexionara Carl SCHMITT, para llegar a afirmar ya avanzada la segunda mitad del siglo pasado, que los derechos subjetivos fundamentales eran herederos y deudores de las cenizas del viejo Estado liberal-burgués, de su quiebra ideológica y de sus correspondientes categorías política y jurídica.

Ahora bien, sentada la tesis, de la misma podemos extraer dos consecuencias esenciales: a) la primera viene referida a la necesidad de que las normas del ordenamiento positivo aseguren a cada individuo las potestades morales sobre los medios necesarios para el cumplimiento de las finalidades propias, es decir, ello se traduce en una necesidad de positivizar los derechos naturales de las personas. Razón por la cual, el

[211] Ludwig RAISER, "Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht", en *Juristische Zeitung*, 16, núms. 15-16, 1961, pp. 465 y ss.

quehacer del Estado, dada su condición de productor del Derecho, y en relación con los derechos subjetivos, no permanece reducido a un puro respeto (*non facere*), sino que se extiende a una verdadera organización de la tutela de los Derechos; b) como segunda cuestión, estamos ante la obligación para el Estado de organizar de igual modo el respeto de unos ámbitos de autonomía individual frente a otros individuos y frente a sí mismo, o, más precisamente, de repudiar toda tentación de totalitarismo. Y decimos de forma más precisa, toda vez el reconocimiento de esferas autónomas constituye una exigencia de la realidad social ante la cual se pliegan inexorablemente los Estados Liberales (e incluso lo hicieron en ocasiones los que no lo eran) y, como consecuencia, no nos estamos refiriendo a estas autonomías forzadas por la realidad, sino a las que lógicamente siguen una concepción individual–personalista de la Sociedad.

1.2.7. La rígida separación Estado–Sociedad: la autonomía privada como principal fuente social de Derecho.

En un momento histórico–concreto caracterizado por la tensión individuo–poder estatal, y, más específicamente, ante el temor a la intromisión del poder público en la esfera de inmunidad reconocida al ciudadano, la dialéctica libertad–autoridad quedaba circunscripta apenas a la dicotomía Estado–Sociedad. Por lo tanto, de acuerdo con la separación bien delimitada entre estos dos entes, uno de los postulados básicos del Estado Liberal, como eran los Derechos Fundamentales, articulaba también normas de distribución de competencias entre el individuo, vale decir, la Sociedad, considerada originaria, ilimitada y homogénea, y el Estado, como fenómeno derivado y sujeto a tales límites jurídicos[212], de tal forma que incluso "la mayoría no podía afectar los

[212] Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 1993, p. 48.

intereses individuales protegidos"[213]. Lo cual, conforme ya hemos afirmado páginas más arriba, permitiría la "construcción del liberalismo como ideología exaltadora de la sociedad en cuanto autosuficiente y armónica", y, correlativamente, "del Estado alejado de ella, meramente *surveillant*"[214].

Esta separación venía correspondida con la inicial decisión consciente del Estado de autolimitarse y, por consiguiente, de abstenerse de intervenir en la esfera social, que disponía, consideraban los teóricos liberales, de suficientes mecanismos de autorregulación conducentes al bienestar y a la justicia. Pero ello constituía, de este modo, la renuncia por parte del Estado al ejercicio de sus poderes de dominio frente a los sujetos privados, y, más ampliamente, la abstención de toda reglamentación que interfiriera en las relaciones sociales y económicas intersubjetivas. Evidentemente, la situación carecía de capacidad de desarrollo en distintos términos, toda vez que la aceptación de la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas entre sujetos privados, hubiera implicado el desbordamiento de la concepción liberal que se termina por imponer de los mismos, desde su mera consideración de Derechos exigibles exclusivamente frente al poder político. Con todo, podemos recordar que el pensamiento liberal más ortodoxo y alejado de la subjetividad abstracta, según bien ha sido apreciado por algunos autores, mostró su preocupación asimismo por destacar la necesidad de garantizar la sosegada cohabitación "de las libertades en las relaciones privadas", y atribuye al Estado una competencia exclusiva al objeto de "garantizar el disfrute de esos

[213] Carlos SANTIAGO NINO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 19.

[214] Calos DE CABO MATÍN, *Contra el Consenso…, op. cit.*, p. 51.

derechos"[215]; línea esta última que, como hemos dicho, más tarde quebraría.

Los instrumentos de intervención propios del poder público pasan, de este modo, a ser de carácter genérico, delimitando un ámbito propicio para el favorecimiento de los entes económicos y sociales potentes, inevitablemente, en detrimento de la parte más débil. En atención a ese régimen dualista, la Sociedad debía auto-regularse espontáneamente, sin interferencias estatales, tesis tras la cual se encontraba "la esperanza de que la libertad, una vez lograda, fuese definitivamente protegida por los derechos fundamentales"[216].

Reducido al máximo el Estado referente a su acción, venía obligado a mantener y desarrollar el poder de disposición fuera del ámbito social, y las tareas a desenvolver por el mismo quedaban confinadas a la prevención de "los peligros para libertad de la Sociedad burguesa y a reconstruir el orden de libertad una vez que la perturbación hubiese tenido lugar"[217], libertades y derechos concebidos como un *a priori* histórico respecto de la organización estatal.

Bajo las premisas previas, el Estado y la Sociedad eran comprendidos como dos sistemas distintos, cada uno con sus límites perfectamente perfilados, estando en disposición de regulaciones autónomas y manteniendo mínimas relaciones entre sí. Precisamente por esta razón, el interés privado se puso por delante del público, y la Sociedad por delante del Estado; este era, por principio, limitado, aquella, por principio, libre; de modo tal que el concepto de separación entre Estado y Sociedad había adquirido carta de naturaleza para caracterizar

[215] Jean RIVERO, "La protection des droits de l`homme…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 316.

[216] Dieter GRIMM, *Constitucionalismo…, op. cit.*, p. 106.

[217] Dieter GRIMM, *Constitucionalismo…, op. cit.*, p. 82.

el modelo[218]. Un autor de nuestra literatura jurídica, tal es el caso de Pedro DE VEGA, sintetizaría, con apoyo en la formulación kantiana, el estatuto jurídico de la Sociedad liberal y del Estado liberal de Derecho clásico, lo que significaba, en concreto, que "el Estado civil, como Estado jurídico, estaba fundado en los siguientes principios *a priori*: 1) La libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano; 2) La igualdad del mismo respecto a todos los demás súbditos; 3) La independencia de todo miembro de una comunidad como ciudadano"[219].

Ante esta disociación, la principal fuente ordenadora de las relaciones intersubjetivas era la autonomía privada, un fin en sí mismo, fuente no estatal, limitándose el Estado, simple y llanamente, a prestar su organización jurisdiccional con la finalidad de que los convenios de carácter privado quedaran garantizados, pero cuyo contenido respecto de los objetivos que cada cual perseguía y los modos empleados para lograrlos, se fijaba libremente por los ciudadanos, de espaldas a los intereses generales. Ahora bien, con todo, como se ha insinuado en las líneas antecedentes, toda organización estatal, la Liberal naturalmente comprendida, fue orientada a la reconducción en el ámbito político y por ende, para el ámbito de lo jurídico, de las disensiones internas de clase, tratando de unificarlas hasta alcanzar el máximo grado posible, al tiempo que encaminada a moldear una configuración de género en su totalidad[220]. Recoge así María VENEGAS GRAU, la relectura crítica del *Code*, particularmente del artículo 1134, para, con apoyo en Xabier Martin, para manifestar el carácter residual de la autonomía individual

[218] Dieter GRIMM, *Constitucionalismo..., op. cit.*, p. 58.

[219] Immanuel KANT, citado por Pedro de Vega García, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales)", en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio–Enrique Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 266.

[220] Por todos, y, en su caso, evidentemente hipercrítico, Antonio GRAMSCI, *Scritti politici*, edición a cargo de Paolo Spriano, Editori Riuniti, Roma, 1973, p. 130.

en el texto del mismo, y concluir que "no es la voluntad, sino la ley, la fuente de la fuerza obligatoria de los pactos", pues el principio de la autonomía de la voluntad, "no supone, según el propio Código Civil, que la voluntad de las partes sea la fuente de la obligación que se establece entre ellas"[221].

1.2.8. La regulación de las relaciones jurídico–privadas por medio de los Códigos civiles: la primacía de estos y del Derecho Privado frente a las Constituciones.

Sin adentrarnos específicamente en la cuestión, sí podemos genéricamente afirmar que esa misma necesidad de limitación del poder estatal podía ser reconocida desde el ámbito de la Sociedad, al servicio de su interés por imprimir una rígida estructura jurídica de las relaciones privadas, económicas y sociales, que eran consideradas inviolables para la acción de los poderes públicos. Ello respondía a una concepción general de la organización social "profundamente arraigada en el pensamiento de la Ilustración"[222], y cuya lógica daba lugar a esa aludida radical separación entre Sociedad y Estado, colocados el uno al lado del otro como dos universos distintos, regidos por dinámicas propias e incomunicables[223]. Al mismo tiempo de la delimitación de lo público a través de los documentos de carácter constitucional, lo privado ganaba contornos científicos racionales dentro de las codificaciones, pasando a convertirse en la principal fuente del derecho positivo del Estado, y que, por demás, eran consideradas como una especie de barrera para la disciplina de las relaciones jurídicas privadas inmunes a la intervención

[221] María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales..., op. cit.,* pp. 72-73. En similar sentido, Alfred DUFOUR, "Code civil et démythologisation, étude critique de: X. Martin Mythologie du Code Napoléon, Bouère, 2003", en *Catholica*, Vol. 84, 2004, pp. 106 y ss.

[222] Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo* I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 131.

[223] Manuel GARCÍA–PELAYO Y ALONSO, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo,* Alianza Universidad, Madrid, 1980, p. 22.

de aquel[224]. En efecto, son los códigos y no las constituciones los encargados de fijar "los principios generales del derecho, remitiendo al texto constitucional a la categoría de una simple ley orgánica de los poderes públicos"[225], e influidos inicialmente por doctrinas provenientes del Derecho natural, pronto cedieron estas ante el empuje más pretendidamente racionalizador en superior medida del positivismo jurídico[226].

De conformidad a este orden de ideas, nos resulta inviable desconocer que el Code Civil de 1804 se halla integrado sí por un cuerpo de leyes, pero es algo más, presenta el carácter de una especie de "ley–madre, auténtica constitución –muchas veces reconocido– del nuevo orden burgués"; en definitiva, "el Código civil como Constitución y, en su centro, la propiedad individual con un valor estrictamente constitucional"[227]. Códigos, estamos insistiendo, de contenido materialmente constituyente y estatutos fundamentales de la Sociedad civil, representantes, para ella, de aquello que entonces era lo personificable por la Constitución, así como genuina expresión del primado del Derecho Privado sobre el Derecho Público[228]. El modelo de código francés al que tardíamente se incorpora España, plasmaba y

---

[224] Eugênio FACCHINI NETO, "Reflexões histórico–evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado", en *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, 3ª ed., edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, pp. 54 y 60.

[225] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Manual de Direito…, op. cit.*, p. 117.

[226] Guido FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Vol. II, *L`età moderna*, Bologna, Il Mulino Società Edicitre, 1966, p. 410.

[227] Paolo GROSSI, "Propiedad y contrato", en El *Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, edición de Maurizio Fioravanti, Trotta, Madrid, 2004, p. 130. El contenido "materialmente constitucional" de la codificación está perfectamente estudiado por Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1952, de modo especial, pp. 132 y ss.

[228] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.*, pp. 59 y ss.

articulaba específicamente la realidad material de todo un sistema de protección de la propiedad y de los derechos patrimoniales cuyo contenido define, en tanto la Constitución tenía por misión la protección de los mismos frente a los poderes públicos, si bien se articulara de modo concreto a través de la Ley[229].

Efectivamente, venían a sancionar judicialmente las relaciones normativas establecidas entre sujetos particulares en virtud de reglas generales, pretendidamente inmutables, a tenor de su fundamento conforme a los postulados del iusnaturalismo racionalista, que tenía su "centro gravitacional en la idea de autonomía privada"[230]. Pero el sujeto titular de derechos jurídico-privados "es, por excelencia, el miembro de esa burguesía media que ha resultado la gran beneficiaria de la Revolución y que se identifica con un Código que le permite conservar esos logros y consolidar esas conquistas, legitimadas por un ordenamiento jurídico que presenta la desigualdad como fruto de la voluntad de los individuos"[231]. Efectivamente, conforme sostuviera Gioele SOLARI, desde mediados del siglo XIX, quedan patentes las insuficiencias de un *Code* que, con carácter general, "ignora a las clases trabajadoras, las mismas que habían estado ausentes durante la Revolución"[232]. Más allá de meras abstracciones, por lo tanto, es el trasunto de la postulación de la personalidad individual (reconocida realmente, claro, a la clase burguesa) en cuanto verdadero valor ético universal y supremo, anterior tanto a toda forma de Sociedad como de organización del poder estatal establecida a fin de garantizar la convivencia social: "sobre este modelo se

[229] Vicente SANTAMARÍA PAREDES, *Curso de Derecho..., op. cit.,* pp. 175-176.

[230] Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais..., op. cit.,* p. 27, quien recuerda la matriz iusnaturalista de las codificaciones del siglo XIX, rasgo caracterizador tan resaltado por Franz Wieacker.

[231] María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales..., op. cit.,* pp. 87-88.

[232] Gioele SOLARI, citado por María Venegas Grau, *Derechos fundamentales..., op. cit.,* p. 87, así con las explicaciones de esta al efecto en pp. 86-88.

construye el sujeto del Código Civil, a partir de unos principios que se traducen en la necesaria exclusión de toda una parte de la sociedad, los no-propietarios, las <<víctimas de la igualdad de Derecho>>"[233].

Las codificaciones, por demás, suponían una "ideología de la legislación civil", expresada mediante el mito ilumista del Legislador inteligente y omnisciente capaz de regular detalladamente todo, e incluso de manera anticipada, de modo completo, claro y coherente; ideología, la de la completud (y supuestamente ausencia de lagunas, así como carencia de antinomias), cuya lógica relacional daría lugar a un sistema extraordinariamente articulado y muy minucioso de reglas escritas capaces de contemplar la totalidad de las instituciones posibles[234]. Pues bien, significaría ello que el problema de la eficacia directa de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídico privadas, no podía plantearse, claro está, como problema específico, ni venir siquiera a ser objeto de preocupación jurídica, y lo contrario hubiera sido disfuncional para el sistema. Trascendiendo, las constituciones liberales, mayoritariamente flexibles, permanecieron básicamente sin llegar a poseer eficacia vinculante frente al Legislador ordinario, y no solo carecían de fuerza para provocar o programar futuras modificaciones dentro del ámbito del Derecho Privado, sino que tampoco eran capaces de desempeñar una función protectora de este sector del ordenamiento jurídico. Efectivamente, constituían esencialmente documentos de acentuada naturaleza política, carentes de fuerza normativa suficiente a fin de garantizar la conservación de lo existente o para impulsar la conformación del futuro en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas.

[233] María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales…, op. cit.,* p. 88.

[234] Paolo GROSSI, *L`Europa del diritto*, Laterza Editore, Roma–Bari, 2007, p. 137.

Como ha resumido Pietro RESCIGNO, la norma habitual durante el siglo XIX, consistió en reflejar constitucionalmente los Derechos, y remitir el haz de facultades integrante de su contenido a los códigos[235]. Si bien, la aludida función de garantía tampoco era estrictamente necesaria, pues los principios básicos del Derecho Privado no podían correr peligro alguno[236]; respecto de lo que entendemos, hay ya al menos, un poco de exageración.

A consecuencia de esta situación, y como auténtico baluarte de la libertad burguesa, aparecía el Derecho Privado libre del Estado, que pasaba a ocupar el centro del ordenamiento, hasta el extremo de ser considerado constitutivo de este tipo de Sociedad, de tal modo que llegó a estimarse la inexistencia de "Sociedad burguesa alguna sin derecho privado"[237]. Mediante estas breves precisiones, puede perfectamente vislumbrarse cómo este sector del ordenamiento ostentaba incluso la primacía material frente al Derecho Constitucional, de carácter este, para aquellos momentos, puramente instrumental[238], mientras que, en cuanto sistema de delimitación de los ámbitos y contornos de la libertad y protección de la propiedad, al menos parcialmente, las normas iusprivadas asumían la función correspondiente a la que vemos

[235] Pietro RESCIGNO, "Voz: Propietá (Diritto privato)", en *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVII, Dott. Antonino Giuffrè, Milano, 1988, pp. 54 y ss.

[236] Eugênio FACCHINI NETO, "Reflexões histórico–evolutivas…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 55.

[237] Dieter GRIMM, *Constitucionalismo…*, *op. cit.*, p. 100, donde acentúa que "puede decirse, incluso, que la sociedad burguesa se constituye en primer lugar en el derecho privado".

[238] Para esta supremacía del Derecho Privado, Volkmar GÖTZ, "Die Verwirklichung der Grundrechte durch die Gerichte im Zivilrecht", en *Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte: Göttinger Kolloquium*, edición de Wolfgang Heyde / Christian Starck, C.H. Beck Verlag, München, 1990, p. 41. También Dieter GRIMM, "Grundrechte und Privatrecht in der Bürgerlichen…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 195.

desempeñar ahora a los Derechos Fundamentales[239]. Por su parte, el Derecho Público, era considerado el Derecho de la limitación y de la libertad "individual jurídicamente institucionalizada"[240]. Expresado de otro modo, la función del Derecho Público concretaba su tarea "esencialmente en la protección de las instituciones jurídico–privadas"[241].

Justamente por esta razón, el régimen jurídico de la autonomía privada propio de la ideología liberal–burguesa, tenía sus límites técnico-

[239] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional…, op. cit.*, pp. 38-39.

[240] Martin KRIELE, *Introducción a Teoría del Estado*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 336. No obstante, ya a finales del siglo XIX preconizaría por su parte de Otto VON GIERKE el giro que entendía iba a producirse en el siglo XX, conforme a los expresivos términos que siguen: "nosotros incluimos en el fin del Derecho Público la libertad, en el del Derecho Privado, la comunidad" (…) "¡en nuestro Derecho Público debe soplar el aire iusnaturalista de la libertad, y en nuestro Derecho Privado se debe filtrar una gota de aceite social!", *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Julius Springer Verlag, Berlin, 1889, pp. 10 y 13, respectivamente.

[241] Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, en el importante artículo "Autonomía económica y codificación española", en *Centenario del Código de Comercio*, Vol. I, Ministerio de Justicia-Centro de publicaciones, Madrid, 1986, especialmente pp. 65 y ss; ideas en buena medida compartidas por Luis A. VELASCO SAMPEDRO, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2017, en su "presentación" a *Código de Comercio de 30 de mayo 1829*, redactado a partir del proyecto debido al jurista gaditano Pedro Sainz de Andino, en desarrollo del artículo 258 de la Constitución de Cádiz, y siendo redactado con el objetivo de "dar al comercio un sistema de legislación uniforme, completo y fundado sobre los principios inalterables de la justicia y las reglas seguras de la conveniencia del mismo comercio". Más ampliamente sobre la cuestión, el trabajo de Jesús RUBIO GARCÍA–MINA, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950. Valoraciones altas sobre el afrancesado Código de Comercio español, pueden encontrarse numerosas, ejemplificativamente Emilio LANGLE RUBIO–Jesús RUBIO GARCÍA–MINA, *Manual de Derecho mercantil español*, Tomo I, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1950, pp. 202 y ss.; Jesús RUBIO GARCÍA–MINA, *Introducción al Derecho mercantil*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1969, p. 328; Ángel ROJO Y FERNÁNDEZ–RIO, "José Bonaparte (1808-1813) y la legislación mercantil e industrial española", en *Revista de Derecho mercantil*, 1977, p. 121. No obstante el afrancesamiento reseñado, escribiría Justino F. DUQUE DOMÍNGUEZ, acerca del "recuerdo de la buena acogida que su antecesor, el Código de Comercio de 1829, tuvo en la doctrina francesa, cuyos máximos oficiantes le dedicaron los consabidos elogios (…) El Código de Comercio de 1829, fue valorado por un jurisconsulto tan influyente como PARDESSUS, como un código «mucho más perfecto que todos que todos los que han salido a la luz hasta ahora». El autor de esta obra, generalmente alabada, Pedro Sainz de Andino (…) no sólo se había limitado a «aprovecharse de los Códigos de las demás naciones», sino que ha «hecho mucho más», incorporando reglas que no existían en los modelos consultados, o mejorando las que ya se habían consagrado en otros países", "El Código de Comercio de 1885 en el marco de la codificación mercantil de su época", en *Centenario del Código de Comercio*, Vol. I, Ministerio de Justicia-Centro de publicaciones, Madrid, 1986, p. 90.

jurídicos fijados por medio de la Ley elaborada al dictado de esta clase social claramente disociada del resto, y los "Derechos del ciudadano" pasarán entonces a servir de medios de protección de los "Derechos de hombre" con la consiguiente quiebra de su legalidad original y universal inmanente, mientras por su parte la vida política terminará convirtiéndose en el instrumento de conservación de la Sociedad civil, bajo el dominio de la clase social dominante[242]. Por consiguiente, de acuerdo a la concepción liberal clásica, los Derechos Fundamentales aparecen caracterizados como normas públicas positivizadas en los textos constitucionales, de garantía de la esfera privada de los individuos contra las acciones abusivas de los poderes públicos, impidiendo la acumulación de poder en manos de estos (el Gobierno que mejor gobierna es el que gobierna menos, llegaría a teorizar Thomas JEFFERSON[243]), a cuyo objeto son dotados de reducidas competencias organizativas, y la relación jurídica fundamental queda expresada por medio de la correspondencia de acusado carácter individualista y vertical: individuo *versus* Estado.

De este modo, partiendo de la "generalidad de la ley, la igualdad material ante la misma y la autonomía privada, es desde donde se procedió a la organización jurídica de las relaciones entre

[242] Fábio Konder COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 10ª ed., Saravia Editora, São Paulo, 2015, p. 128.

[243] Enlazando con la opinión de Thomas HOBBES, pues nos parece claro que, en la medida considerara este al Estado meramente un mal necesario, a sostener exclusivamente para hacer de freno frente a los instintos perversos del hombre, no podía esperarse del *Leviathan* el surgimiento de capacidad alguna con la finalidad de promover el bienestar general y la desactivación de los conflictos. Es por ello que desaprobara el excesivo intervencionismo del poder estatal, como escribiera, así *The Leviathan* (1651), y con carácter previo, por lo que nosotros sabemos, en *Die Cive* (1642). Muy diversos han sido los autores encargados de insistir acerca de la influencia más o menos directa o indirecta del autor en el liberalismo europeo continental, por todos Stephen HOLMES, *Passions and Constraint*: *On the Theory of Liberal Democray*, University of Chicago Press, Chicago, 1995, pp. 69 y ss, entre otros momentos. Aunque nosotros seguimos adscritos a la tesis más convencional defensora de tratarse de un teórico al servicio del absolutismo.

particulares"[244]. En fin, a modo de recordatorio, es bien conocida la clásica división debida a Benjamin CONSTANT, entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos; la primera consistiría en la libertad democrática, es decir, la libertad de participar colectiva y directamente cara a la formación de la voluntad del Estado y en orden a la instauración de un único e indiferenciado poder del pueblo. Por su parte, la segunda, sería la libertad liberal, o lo que es idéntico, aquella que solo resulta posible previa restricción del poder correspondiente al gobierno y sometiendo su ejercicio a rígidos procedimientos, con la finalidad de garantizar a los ciudadanos, además de la seguridad, una esfera de autonomía privada, condiciones indispensables para el libre desarrollo de su personalidad en la esfera ética, así como también en la económica[245].

---

[244] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo…", *loc. cit.,* en *op. cit.*, pp. 267.

[245] Benjamin CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, discurso pronunciado en el Athénée Royal de París, en 1819, poco antes de resultar electo en primera vuelta para la Cámara de los diputados (ahora en versión castellana, por ejemplo, *Sobre la libertad en los antiguos y en los modernos*, Tecnos, Madrid, 2002), pensador muy influido por la tradición constitucional anglosajona, lo que ha de tenerse siempre presente para la lectura de sus obras. Véase asimismo, al efecto, Nicola MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1998, p. 255. Por su parte, Eugênio FACCHINI NETO, destacaría que Benjamin Constant, el famoso político y publicista francés, escribiría sobre la libertad ya pasado el fermento revolucionario, concretamente durante el período de la restauración monárquica, cuando los intereses de la burguesía estaban recogidos por la legislación napoleónica, consistiendo para el autor la libertad de los modernos en la posibilidad del individuo decidir libremente, sin intervención alguna estatal, todos los asuntos que consideraran al respecto; esto es, de tomar soberanamente todas las decisiones concernientes a su vida privada. En definitiva, si la libertad de los antiguos permitía que el ciudadano interviniera en el espacio público, la libertad de los modernos significaba el libre movimiento en el espacio (económico) privado, de lo que se colige el endiosamiento de la autonomía privada y de su consocietaria, en el campo negocial, libertad contractual, "Reflexões histórico–evolutivas…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 43. Constituye una importante obra de referencia para acercarse al pensamiento de Benjamin Constant, la de Stefano DE LUCA, *Alle originini del liberalismo contemporaneo. Il pensiero di Benjamin Constant tra il Termidoro e l'Impero*, Marco Editore, Lungro di Cosenza, 2003, respecto del que destaca, entre otros aspectos, la degeneración del concepto de voluntad general roussoniano, por su empeño en identificarlo con el consenso.

1.3. Los Derechos Fundamentales y sus nuevas funciones, a partir del inicio de la etapa histórica correspondiente al Estado Democrático y Social.

1.3.1. El Estado Liberal de Derecho entra en crisis definitiva: principales causas de la misma.

A la concepción individualista de los Derechos Fundamentales propia del monoclase e individualista modelo social liberal–burgués, lógicamente, le resulta imposible contemplar de forma pasiva los complejos y vertiginosos cambios llevados a cabo en la realidad política y social, tanto desde la vertiente expansiva como desde la perspectiva material[246]. El modelo liberal basado en la filosofía abstencionista del Estado, que instituía la igualdad formal y mantenía una actitud de indiferencia frente a las demandas tendentes a alcanzar la igualdad material, entra en crisis por razones estructurales, una vez generalizada en la consciencia de amplios y diversos sectores de la población sobre su condición de marginalidad e indigencia dentro de la unitariedad de la Sociedad burguesa (indudablemente más ilusoria que real[247]), que sedimentara, a la postre, un cuadro de exclusión, miseria y opresión social[248]. Y es que, las reivindicaciones de libertad, como recuerda Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, de las que se sirvieran los revolucionarios "para derrocar al absolutismo monárquico fueron restringidas una vez

[246] Para esta vinculación de los Derechos Fundamentales con la realidad política y social, por todos, Hermann HELLER, "Grundrechte und Grundpflicten", en *Gesammelte Schriften*, Band, II, *Recht, Staat, Macht*, edición de Martin Drath / Gerhart Niemeyer / Otto Stammer / Fritz Borinski, (redacción de Christoph Müller), Verlag A. W. Sijthoff, Leiden, 1971, pp. 281 y ss: "formas de la vida social que han penetrado la realidad cultural, política y económica".

[247] Esa unitariedad lo mismo que la pretendida tajante separación entre Sociedad y Estado, nunca existieron como realidad vital, dirá Roman HERZOG, *Allgemeine Staatslehre*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1971, pp. 13-14.

[248] Daniel SARMENTO, "A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoría", en *Arquivos de direitos humanos*, Vol. IV, edición de Ricardo Lobo Torres / Celso Duvivier de Albunquerque Mello, Renovar Editora, Rio de Janeiro, 2002, p. 64.

consolidada la Revolución burguesa; y en consecuencia la práctica de las libertades fue limitada"[249].

Cierto, la libertad individual y la concurrencia económica entre sujetos sociales iguales con plena libertad de negociación y contratación, actividad exclusivamente regulada por medio de las reglas y las relaciones del mercado, así como el principio de la autonomía privada, no habían conducido a la mejor de las sociedades posibles, sino a una realidad plagada de injusticias y desigualdades materiales, y, de igual modo, la tesis de que la libertad de mercado se iba a desarrollar dentro y entre los estados, sufrió una quiebra desde sus inicios; de ese modo, nunca se pudo demostrar si la misma hubiera constituido un vínculo impeditivo frente al Estado en defensa de la libertad económica y consigo la política, pero, a lo que se vio, no parecía tener bases muy sólidas. De este modo, la circunstancia histórica arrojó la experiencia de que el mercado fue dependiente de la política y se topó con frecuencia ante la necesidad de intervenir, no precisamente en beneficio de las clases sociales más débiles. Señaladamente, la libertad contractual entre empresarios y trabajadores, arrojó como resultado una fuerte explotación social de la clase obrera, así como el hacinamiento urbano del sector de la población carente de medios de subsistencia[250], lo que reducía a las masas humanas a un nivel degradante de su dignidad, y abriría la cuestión social en términos de afectar a las mismas bases de la Sociedad civil.

Estas lamentables condiciones de vida sufridas por las clases subalternas, ponen de manifiesto la ruptura real entre la idílica imagen proyectada de la situación jurídico–política, propia de un ordenamiento

[249] Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, "El tríptico liberal y la globalización", en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 20, 2017.

[250] Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho…, op. cit.*, pp. 160-161.

fundamentado en "los derechos y libertades formales del individuo, y el orden económico regulado jurídicamente a través del principio del individualismo propietario y de la libertad de contratación"[251]. Ello le hace rememorar a Nelson SALDANHA los excesos del capitalismo que terminarían por desnaturalizar la libertad, y darían oportunidad al reputado interrogante formulado por Pierre Joseph PROUDHON: "*Où est la liberté du non propietaire*?[252].

Pues bien, dentro de este convulso contexto social, a partir ya de las actuaciones proletarias de 1830 y 1840, queda patente, según valora Pedro DE VEGA, que las "desigualdades y egoísmo sociales, lejos de traducirse en beneficios públicos y a través de la competencia social, lo que generan realmente son injusticias y desigualdades cada vez mayores. Es entonces cuando la concepción liberal burguesa sufrirá una conmoción notable (…) La imagen de la sociedad como un todo homogéneo donde existen intereses comunes, se sustituye por una versión hobbesiana de confrontación y lucha de intereses irreconciliables"[253]. La oleada revolucionaria europea de 1848 (Francia, Suiza, Austria, Hungría, Alemania e Italia, dieron vida a la conocida como la Primavera de los Pueblos), permitió en diversos países la formación de escenarios en los cuales la clase trabajadora intervino a través de protestas y motines incluso junto a la pequeña burguesía liberal, frente a los intereses de la alta burguesía que acaparaba los resortes del poder.

En Francia, particularmente, esgrimió sus demandas respecto de una ampliación de los derechos y libertades conquistados durante

[251] José Luis MONEREO PÉREZ, *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999, p. 96.

[252] Nelson SALDANHA, citado Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 31.

[253] Pedro DE VEGA GARCÍA, "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social", en *Derecho y economía en el Estado Social*, edición de Javier Corcuera Atienza / Miguel Ángel García Herrera, Tecnos, Madrid, 1988, p. 123.

la Convención Nacional de 1793: sufragio universal masculino, democracia, asistencia social a los desfavorecidos, derecho al trabajo, libre sindicación, derecho de asociación etc, centrándose especialmente el debate en el reconocimiento del Derecho al trabajo, incorporado por el artículo 13 de la Constitución, además de las referencias contenidas en el preámbulo de la Constitución de 4 noviembre de 1848. Todo lo cual, daría lugar también, a la elección el 10 de diciembre de 1848, como primer presidente de la República francesa por sufragio universal masculino, en la persona de Luis Napoleón Bonaparte, el conocido como príncipe–presidente.

De hecho, pues, los planteamientos liberales recibieron una oposición temprana, como terminamos de ver, y, por ejemplo, en el propio año 1848 se redacta el Manifiesto Comunista, representativo de una crítica *a radice* del régimen liberal burgués, y asimismo consistiría en un acicate para el surgimiento de nuevas ideologías, conforme a las cuales, los trabajadores tendrían el capital reconocimiento de derechos, convirtiéndose el pueblo teóricamente en titular de la soberanía política[254].

Porque, evoca Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, el Estado Liberal burgués condujo a la desigualdad no solo necesariamente fundamentada en "la posesión, sino que, con su estabilización y agudización, llevó también al antagonismo clasista de la sociedad, y con ello a una nueva falta de libertad, ahora social, sobre la base de la igualdad jurídica"; y, más concretamente, "L. von Stein y K. Marx fueron los primeros en comprender plenamente este movimiento en su dialéctica histórica"[255]. Claro es, hasta convertirse en un "Estado de desiguales por definición y

[254] Fábio Konder COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos…*, p. 186.

[255] Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 35.

por sustancia", con independencia de que, desde el plano formal, "todos fuesen proclamados iguales ante la ley"[256]. Por ello, el Estado liberal del XIX, para todas las latitudes fue desarrollado como un "Estado oligárquico, en el que la participación en el proceso político estaba condicionada por la propiedad de bienes raíces y en el que la gestión directa estaba en manos de individuos procedentes de la clase terrateniente"[257]; situación sociológica que halla su correspondencia en la situación de las clases trabajadoras en posición claramente deficiente, siendo la española una de las peor paradas del entorno.

En sentido propio, las constituidas organizaciones de masas y los movimientos socialistas, pasaron a rechazar y combatir con particular fuerza el modelo sociopolítico liberal, donde los poderes públicos nunca tuvieron la preocupación por establecer las condiciones materiales favorables para amplias capas de la población, de modo que posibilitaran el ejercicio efectivo por las mismas de los derechos y libertades enunciados constitucionalmente. La nueva situación social, cierto es, si bien no apareciera como una "consecuencia exclusiva de la revolución industrial, simplemente fue acentuada por ella"[258].

Así constatadas las cosas, fundamentalmente desde finales del siglo XIX, ofrece evidentes muestras de presencia el creciente protagonismo de la cuestión social. Y, de manera paulatina, bajo la presión de la incipiente democracia de masas, la Sociedad comienza a fragmentarse en grupos antagónicos, destruye la preconizada armonía liberal (en realidad nunca lograda), y produce la ruptura entre Derecho y Sociedad civil por medio de la irrupción de una lucha entre preferencias diversas; el tantas veces

[256] Luis VILLACORTA MANCEBO, "Igualdad y Estado Liberal…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 40.

[257] Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho…, op. cit.*, p. 289. Igualmente destaca este carácter fuertemente oligárquico del Estado liberal, en cuanto atribuía todo el poder político a una sola clase social, Massimo Severo GIANNINI, *Diritto Pubblico dell`Economia*, Il Mulino Società Editrice, Milano, 1993, p. 34.

[258] Dieter GRIMM, *Constitucionalismo…, op. cit.*, p. 162.

mencionado rompimiento de equilibrios, pero, ¿dónde estaban?[259]. Y son estas determinantes divergencias existentes entre las identidades colectivas, las encargadas de proyectar sus antagonismos tan resueltamente, de modo que algunas doctrinas y teorías pondrían de relieve el abismo albergado por una Sociedad escindida en clases radicalmente antagónicas e históricamente identificadas, competidoras entre sí con fuerza, de una parte, salida de la necesidad. Resumido con Gregorio CÁMARA VILLAR, por referencia a una de la etapas de la vida de Fernando de los Ríos Urruti, fue la época en la que surgieron los agudos cambios y tensiones a los que hubo de dar repuesta también el Derecho Constitucional, estando como estaba sometido al condicionamiento de un periodo marcadamente convulso social y políticamente que afectaba críticamente a la raíz del establecido Estado Liberal; situación de tensión enunciadora de su superación mediante un progresivo proceso de democratización, asociado al desarrollo del pluralismo y a la necesidad de articular normativamente la resolución de los conflictos en el plano institucional y constitucional, empujados a ello como consecuencia de la entrada en la escena política de sectores distintos de la burguesía y el correspondiente cambio del principio de soberanía así como el aumento de la atmósfera de tensión social[260].

1.3.2. Hacia una nueva fuente de legitimidad del poder y de los Derechos: expresada a través de la máxima síntesis a lograr.

Desde una reconstrucción de conjunto, señala Antonio–Enrique PÉREZ LUÑO que, durante el Estado monoclase del siglo XIX, el

[259] Puede verse acerca de la ruptura de equilibrios prexistentes y las consecuencias sociales derivadas, así, como en específico para la evolución histórica de los Derechos, Gerhard OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, 2ª ed. (1ª ed. de 1968), Duncker & Humblot, Berlin, 1978.

[260] Gregorio CÁMARA VILLAR, "Semblanza de Fernando de los Ríos", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, p. 563.

proletariado va adquiriendo protagonismo histórico, y es a medida avanza el proceso de industrialización, el momento en el que se desarrolla una conciencia de clase, reivindicándose derechos de participación, económicos y sociales, al lado de las clásicas libertades individuales fruto de la revolución liberal burguesa[261]. Por ello, en términos del precitado autor, resulta factible recordar cómo las fuertes luchas sociales, fueron las encargadas de poner de relieve "que la finalidad ética del Estado cifrada en la emancipación, requería completar el catálogo de los derechos individuales con el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales"; consecuentemente, tales "derechos se irán abriendo paso con la consiguiente decantación del Estado liberal de Derecho hacia el Estado Social de Derecho", lo cual llega avanzado el segundo decenio del siglo XX[262]. Tránsito llevado a cabo de forma decidida en Inglaterra, sobre una amplia base social de liberales y laboristas[263], y referido un poco más tarde a Alemania, no sin

[261] Antonio–Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 38 y ss.

[262] Antonio–Enrique PÉREZ LUÑO, "Derechos Humanos y Constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?, en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio–Enrique Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 36.

[263] Inglaterra reconoce el Derecho de actuación colectiva de los trabajadores en el año 1824, la *Trade Union Acta* legaliza los sindicatos obreros en 1871, y en 1875 se derogan las *Master and Servant Acts*, impeditivas de facto del ejercicio del Derecho de huelga. Respecto del contrato laboral, nos encontramos con leyes inglesas desde el año 1802 hasta 1878, relativas al establecimiento de restricciones de la libertad contractual a efectos de mejora de las condiciones laborales en materia de horarios o descanso semanal, además de otras cuestiones. El año 1905 fueron reformadas las leyes de carácter laboral siendo, sobresaliendo la *Royal Commision on Poor Laws and Relief of Distress* que proponía la creación de un sistema de seguridad social y sirviera luego de base a la *National Insurance Act* de 1911. En fin, entre 1884 y 1894 se extiende a Inglaterra y Gales el sufragio universal masculino.

Respecto de Alemania, aunque ya avanzado el siglo XIX, la denominada política paternalista del canciller Bismarck (el padre nutricio del socialismo alemán, apodado por sus detractores), con el propósito de frenar al movimiento obrero, incorporó una serie conquistas sociales, tales como las relativas a la seguridad de los trabajadores frente a los accidentes de trabajo, la creación de un sistema de cajas de enfermedad o la incapacidad de los trabajadores por razones de edad o de invalidez. En 1883 se aprueba la ley del seguro de enfermedad; en 1884 la ley indemnización por accidentes laborales, y en 1889 se creó el primer sistema seguridad social de jubilación a partir de las cotizaciones pagadas por partes iguales por empresarios y obreros, además de una

importantes tensiones, partiendo de la fuerte burocracia asentada por Bismarck. En el resto se llega a hacer una transición más débil, con diversidad evolutiva, confusa y vacilante, de lo que nuestro intento de evolución, marcado por un acusado retraso legislativo en el plano socio–laboral producto de la inmadurez del sistema político, constituye un elocuente ejemplo, favorecido asimismo por un débil y desarticulado movimiento obrero; eso sí, este último apuntaba numerosas variantes ideológicas y pluralidad de modos y formas de presión.

Efectivamente, el siglo XIX había dejado patente cómo los Derechos Fundamentales de defensa fueron incapaces de dar satisfacción a los intereses materiales e incluso ideales, de las clases trabajadoras, y, en tal sentido, Konrad HESSE recuerda que, durante la vigencia del Estado Liberal, los grupos sociales ya "habían desarrollado sus antagonismos fuera y por debajo del firme orden estatal", mientras en el Estado Social "dirigen sus aspiraciones al poder político y a su centro, el Estado gobernante y administrador"[264]. Un tipo de Estado, que constantemente va ampliando sus funciones, salpicado de conflictos no fácilmente reconducibles a unidad, y que obedece, fundamentalmente, a una causa:

participación del propio Estado a su costa, y abarcaba a los autónomos si era su deseo. En 1891 se establece mediante ley la jornada laboral máxima, la prohibición del trabajo nocturno para mujeres y niños y el descanso dominical obligatorio; ese mismo año fue establecido el primer impuesto progresivo sobre la renta. En 1895 fue aprobada la intervención del Estado en la educación primaria y secundaria.

Por contraste, en España, fue creado algo más tarde, en el año 1903, el Instituto de Reformas Sociales, como organismo encargado de impulsar la reforma social española, cuya presidencia ocupó a su inicio el leonés Gumersindo de Azcárate y Menéndez, cargo en el que destacar por su energía y competencia. Los objetivos planteados fueron realmente ambiciosos y socialmente avanzados: preparar la legislación sobre el trabajo, en su más amplio sentido y cuidar de su ejercicio, organizando para ello los necesarios servicios de inspección y estadística; o, favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la mejora y bienestar de la clase trabajadora. Sin embargo, tales loables pretensiones, abocaron al absoluto fracaso, en buena medida debido a la presión e impaciencia de las organizaciones obreras, pues no estaban por esperar al resultado de diagnósticos considerados lentos frente a lo acuciante de sus problemas, ni tampoco los ideales progresistas recibieron la comprensión de la conciencia pública.

[264] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 11.

la presencia del pluralismo, con el consiguiente tránsito a la dimensión más articulada de la libertad en el intento de garantizar y limitar las posiciones jurídicas individuales, resultado de la multiplicidad de tendencias diversas[265]. Entre nosotros, es Antonio CÁNOVAS DEL CASTILLO, quien seis años antes de su asesinato (1891)[266], practicando un liberalismo doctrinario, postula la necesidad del proteccionismo económico y la intervención del Estado como protagonista de la vida social, al tiempo que defiende la plena libertad de capitales en el seno del contradictorio y escasamente desarrollado capitalismo español.

En sentido propio, la Sociedad civil ofreció al Estado su legitimidad democrática de forma progresiva a medida avanzaba el proceso de la sustitución del sufragio censitario por el sufragio universal, y, cada vez en superior medida, participaba de la legitimación y el ejercicio del poder, pasándose del Estado monoclase liberal hasta enlazar con el Estado pluriclase democrático. De esta suerte, la libertad individual no solo requiere ahora protección contra los poderes públicos, sino también contra los más fuertes en el ámbito de la Sociedad, esto es, los detentadores "de poder social y económico, ya que es en esta esfera donde las libertades se encuentran particularmente amenazadas"[267]. Y es que el modelo de Sociedad propio del liberalismo, arrancaba de la convicción conforme a la cual cuanto mayor libertad y dignidad tuviese el individuo, tanto más garantizada le quedaba una esfera inmune al poder

[265] Así, por ejemplo, Vezio CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1952, especialmente pp. 19 y ss.

[266] Antonio CÁNOVAS DEL CASTILLO, *De cómo he venido yo a ser doctrinalmente proteccionista* (Imprenta de Fortanet, 1891), Nabu Press, Charteston-South Corolina, 2011, seis años antes de morir asesinado en atentado terrorista el pragmático político español, y aparecido el mismo año en que se publica la *Encíclica Rerum Novarum*, que recoge la posibilidad de crear sindicatos al menos de naturaleza confesional; aspecto consultado en William J. CALLAHAM, *La Iglesia Católica en España (1875-2000)*, Crítica, Barcelona, 2002.

[267] Ingo Wolfgang SARLET, *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*, 12ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2015, p. 378.

del Estado a fin de poder libremente configurar su existencia en la misma; forma de articular las cosas que, con el Estado Social, pierde validez, pues "bajo las condiciones de la sociedad moderna el individuo depende de las prestaciones del Estado"[268].

Por consiguiente, limitándonos ahora a sus rasgos esenciales, el Estado Social y Democrático como nueva realidad histórica, va a ser el resultado de la "disputa y colaboración de distintas fuerzas sociales", y cobra auténtica virtualidad por medio de "la integración y la organización", en tanto los Derechos Fundamentales constituyen los "fundamentos institucionales en la legitimación del Estado y del proceso político libre y abierto"[269], surgiendo históricamente, como es usual, de las correspondientes y especiales situaciones "de deseo de seguridad o de peligro acuciante"[270].

La ideología de la libertad y la igualdad (formal) de los sujetos individuales ante esa Ley general y abstracta, debido a la descarada limitación del público políticamente activo, acabó siendo desenmascarada por la acumulación y concentración de capital, generadora de mayores desequilibrios entre los contratantes, pues, de acuerdo a lo expresado, el principio democrático no tuvo realización alguna durante el Estado Liberal. Recordemos y tengamos en cuenta, que la cualidad de ciudadano políticamente activo (libertad política), simplemente era reconocida a unos pocos, y, por demás, al lado de las autoridades electivas (sufragio restringido), encontramos al Soberano(co) exhibiendo su condición de

---

[268] Ernst BENDA, "Dignidad humana y Derechos de la personalidad", en *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans–Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Instituto Vasco de Administración Pública–Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 118.

[269] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho…, op. cit.*, pp. 174-175.

[270] Por todos Ulrich SCHEUNER, "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinien und Rahmen der Staatstätigkeit", en *Die öffentliche Verwaltung*, 1971, p. 509.

autoridad no electa[271]. La libertad liberal burguesa se integraba, básicamente, por la libertad de propiedad, la libertad contractual y la libertad comercial e industrial, todas ellas a mejor disfrute de la clase que las detentaba. No en vano extraería en 1934 Carl SCHMITT dos postulados de síntesis de las constituciones liberales, que se repetían miméticamente para todas ellas: de una parte, el que denominara principio de distribución, de acuerdo con el cual, en línea teórica, la libertad del individuo es un bien anterior al Estado, prima facie ilimitada, o bien, considerado desde la otra cara de la monedad, el poder estatal de injerencia en los ámbitos individuales de libertad, *ab initio* es limitado por los propios derechos de libertad; en segundo lugar, se halla presente un principio de organización, cuya funcionalidad no es otra distinta de la de garantizar el ejercicio del principio de distribución, a cuya finalidad el poder estatal es dividido en tramos de competencias atribuidas a distintos órganos de la organización, para lo cual es establecida la separación y coordinación entre los poderes[272].

El Estado liberal-burgués, responde a un principio ideológico fundamental consistente en el mantenimiento del *statu quo* social, pretendiendo inicialmente su autocontención, excepto frente a las amenazas para la seguridad interior y externo; luego, las cosas no marcharían así más que como mera hipótesis teórica, porque sus intervenciones fueron constantes y represoras de toda acción política de carácter transformador, inmediatamente enmarcada dentro del ámbito del riesgo para la seguridad y colocada de inmediato fuera del terreno de la legalidad[273]. Referente al diálogo para la obtención de consenso, se

[271] Aldacy Rachid COUTINHO, "A autonomía privada: em busca da defesa dos Direitos fundamentais dos trabalhadores", en *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, 3ª ed., edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 169.

[272] Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución…, op. cit.*, p. 147.

[273] Paulo BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8ª ed., Saravia Editora, São Paulo, 2007, pp. 32 y ss, entre otros momentos.

convierte en la expresión de la lesión del sujeto económicamente más débil, toda vez el contrato, conforme a una concepción "puramente voluntarista y patrimonialista, al ejercer su función económica, no opera la distribución y tampoco garantiza a todos el acceso a los bienes, sino que permite la producción con extracción de plusvalía, mediante la explotación del trabajo destinado a asegurar el lucro a unos pocos"; por lo tanto, la plasmación "de la afirmación y realización del individuo pasó a ser mecanismo de opresión"[274]. De acá, la fuerte reivindicación del derecho al trabajo, conceptuado como libertad a la existencia, que, liberado del carácter abstracto y vacío de sentido propio de los Derechos Fundamentales liberales, pasa a integrarse en una concepción desde la cual recibe la naturaleza de derecho natural y medio que posibilita la integración de la cuarta clase hasta ahora señaladamente antagonista dentro de las estructuras sociales.

En la señalada tesitura, el injusto orden socio–político generado por el abstencionismo propio del Estado Liberal, provoca la rebelión de las clases más desfavorecidas dentro de la pluralidad existente de las mismas, las cuales, como hemos señalado, se organizan y persiguen alcanzar el control del poder político, o cuando menos, reivindican de los poderes públicos una intervención efectiva al objeto de llevar a cabo la transformación radical de las estructuras sociales: la libertad del pueblo exige el ejercicio del poder, no su mera limitación[275]. Y es que, como bien ha sido expresado, la ideología liberal pone en inmediata conexión al individuo con el Estado, pero, a decir verdad, se trata de un contacto "peligrosamente revolucionario, porque los hombres creerán poseer en la mera técnica jurídica el medio y la capacidad de realizar transformaciones ilimitadas de su régimen político", lo que daría sus

[274] Aldacy Rachid COUTINHO, "A autonomía privada: em busca da defesa…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 169.

[275] Michel TROPER, *Por una teoría jurídica del Estado*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 103.

bruces con la fuerza de las realidades sociales ante las cuales hubieron de llegar a constantes adaptaciones y compromisos[276]. La misma nítida separación entre espacio público y privado, sin puntos de interferencia, al que nosotros nos hemos referido, instituyó un modelo meramente ideal que jamás cobró vida realmente en los términos descritos teóricamente. Es más, para aquellos períodos de liberalismo económico más acentuado, el Estado continuó manteniendo siempre una cierta injerencia en las relaciones de Derecho Privado, ya fuese mediante la orientación del mercado a través de la imposición fiscal o las barreras arancelarias, ora sucediera por medio del ejercicio de un cierto control sobre las cláusulas contractuales, dada la acuñación de conceptos genéricos y poco determinados, tales como orden público, buenas costumbres y demás[277]. Se ha mantenido en ocasiones algo que refleja el cambio, aunque la afirmación en su primera parte no sea exacta. As, para el liberalismo, ña preocupación habría sido la extensión del poder gubernamental, mientras la ideología democrático-social pondría el acento en quién lo detenta[278].

Por ello, comprendemos mal la afirmación vertida por Javier PÉREZ ROYO en otro momento, cuando valora que si bien el Estado Liberal supuso un "proceso de liberación de la sociedad civil de las ataduras del antiguo régimen", ello no ocurre respecto del Estado Social, por el contrario, pues el proceso "es más el inverso"; el Estado Social viene referido "a la sociedad civil totalmente liberada y que se mueve según sus propias leyes", ahora no era cuestión "de eliminar los obstáculos heredados de la organización social y política anterior, sino de responder a las exigencias generadas por el propio desarrollo de la sociedad nueva,

[276] Guido DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Laterza Editori, Bari, 1925, p. 27.

[277] Así, por ejemplo, Guido ALPA, *Introduzione allo studio critico privato*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1994, pp. 7 y ss.

[278] Antônio Carlos WOLKMER, "Ideologia, estado e direito", en *Revista dos Tribunais*, 1989, p. 95.

de la sociedad civil"[279]; cuando, realmente, como venimos diciendo, el Estado Liberal ni fue nunca ni se preocupó lógicamente por ser, una organización portadora de justicia material: la justicia y la racionalidad social, debían entenderse como algo inmanente a la Sociedad civil, cuyo orden socio-económico estaba fundado en la absoluta primacía de una esfera privada autónoma[280]. Y es que, según ha puesto de relieve Luigi FERRAJOLI, la historia del constitucionalismo es "social y política, dado que ninguno de estos derechos cayó del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo"[281].

Sin perjuicio de todo lo apuntado con anterioridad, la tendencia general fue la percibida tempranamente por Hermann HELLER, y sus elocuentes afirmaciones acerca de la idea liberal defensora del "Estado de Derecho en el sentido de que el Estado ha de limitarse a mantener el Derecho", desde la bien considerada comprensión de que "el Derecho mismo se origina por contratos libres entre los particulares", con lo cual, "el Poder público no puede obligar a nadie a contratar, ni tampoco deberá intervenir en el contenido de los contratos"[282].

---

[279] Javier PÉREZ ROYO, "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, p. 162.

[280] Hans-Peter BULL, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2ª ed., Athenäum Verlag, Kronberg/Ts. 1977, pp. 20 y ss.

[281] Luigi FERRAJOLI, "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* edición del autor, Trota, Madrid, 2001, p. 40.

[282] Hermann HELLER, *Las ideas políticas…, op. cit.*, p. 105.

1.3.3. El desenlace final de la crisis del Estado Liberal: la vía de transformación en Estado Democrático y Social.

1.3.3.1. El nuevo modelo de relación Estado–Sociedad: coimplicación entre ambos.

Esos convulsos movimientos reivindicativos aludidos, implicarían el abandono del modelo liberal, porque el pluralismo y la democratización política consiguiente[283], rompen la hegemonía parlamentaria absoluta de la burguesía a través de las organizaciones de masas, abriendo brecha, desde el plano político, para la reivindicación de las necesidades de los estratos más menesterosos de la población. Como hemos dicho, las promesas de la Sociedad liberal en cuanto a la justicia social, la legalidad igual, la seguridad y la solidaridad, para el campesinado, para el mundo obrero, en fin, para los *sans-colottes*, no fueron concretizadas[284].

Surge entonces como reacción el regreso del Estado intervencionista, bajo el prototipo de Estado del Bienestar Social, ya que la correspondiente incursión del poder público hasta los ámbitos entonces dejados a cargo de la autorregulación social, implica la asunción por el Estado de un conjunto de nuevas atribuciones y acrecienta la importancia de la actividad garante y prestacional de los poderes estatales cara a la ordenación de la vida social y económica. Como veremos luego un poco más detalladamente, la evolución del Estado Liberal hacia un Estado Democrático y Social, implicaría la exigencia por el individuo, adicionalmente a "la libertad personal unas condiciones materiales de ejercicio para hacer realmente efectivas las

[283] La determinante importancia del afianzamiento y desarrollo del principio democrático para la evolución de los Derechos Fundamentales, la subraya especialmente por ejemplo Antonio BALDASSARRE, "I diritti fondamentali nell`ordinamente costituzionale italiano", en *Scritti in onore di Alberto Predieri*, AA.VV., Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1996, pp. 63 y ss.

[284] Paulo BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao..., op. cit.*, pp. 39 y ss.

libertades (seguridad social, educación, etc.), que obligan a los poderes públicos a desarrollar una labor de prestación"[285].

De entrada, con el claudicar del modelo de organización política propio del liberalismo basado en la despolitización y la privatización de la economía (sistema articulado jurídicamente, y no consistente en el smithiano "orden natural autorregulado"), y ante la necesidad de alcanzar una nueva estabilidad organizativa, es a partir de cómo logra alzarse este inédito tipo histórico de Estado Democrático y Social, constituido desde la base de una Constitución auténticamente normativa, vinculante para el poder público[286]. La nueva situación

[285] Marc CARRILLO LÓPEZ, "Una nueva fase en la constitucionalización de los derechos en la V República", en *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 34-35, 2008, p. 55.

[286] Para la "*Geschichte*" del "*Sozialstaat*", Helmut RIDDER, *Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschafien im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,* Gustav Fischer Verlag, Stuttgart, 1960; Gerhard A. RITTER, "Entstehung und Entwicklung des Sozialstaates in vergleichender Perspektive", en *Historische Zeitschrift*, Band 243, 1986, pp. 1-90, y sobre el concepto y nombre pp. 7-11. En esta última página reconoce la paternidad de la denominación a Lorenz Von Stein (1850 y 1876), aun cuando lo fuera desde la perspectiva liberal-conservadora; y fija sus antecedentes más remotos en la Constitución francesa de 1793, donde hacen su aparición, salvadas las distancias, los Derechos Sociales, por lo que se ha hablado así de "democracia social"; asimismo, por ejemplo, Bodo PIEROTH, "Grundlegend zur…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 573; y Albert M. SOBOUL, *La Revolución Francesa. Principios ideológicos y protagonistas colectivos*, Crítica, Barcelona, 1987, pp. 304 y ss, 414 y ss. Si bien, documenta igualmente el autor primeramente citado, que corresponde al acentuadamente socialdemócrata Hermann Heller la aplicación del nombre para referirse al tipo histórico de Estado que emerge con la salida de la crisis del Estado Liberal burgués y su derrumbe, acuñado por vez primera en *Rechsstaat oder Diktatur*? (1929). También un buen resumen es el de Dieter SUHR, "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit", en *Der Staat*, Band. 9, 1970, pp. 78 y ss.

La lectura crítica, tomada también en perspectiva histórico-jurídica, ha sido hecha fundamentalmente por Wolfgang ABENDROTIH, por ejemplo entre sus muchos trabajos sobre el tema, "Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (1954)", en *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, edición de Ernst Forsthoff, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Verlag, Darmstadt, 1968, pp. 114 y ss, especialmente pp. 119, 126, 127, 142; también planteó inicialmente el desborde por la izquierda, aun cuando después modulara mucho su posición, Hans Peter IPSEN, al interpretar el principio del Estado Social a modo de mandato dirigido por el constituyente, conforme al cual, relativo al estatuto de la propiedad, significaba una "novedosa y diferente configuración del imperio de la propiedad, que podía conducir hasta una nueva distribución de la misma", "Ungeschriebenes Verfassungsrecht. Enteignung und Sozialisierung", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Band. 10, 1952, p. 75. La perspectiva contraria, la hallamos en Ernst FORSTHOFF, "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates (1954)", en *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*,

caracterizada por la interrelación Estado-Sociedad, origina inicialmente una dirección de la Sociedad llevada a cabo por la organización estatal[287].

Paulo BONAVIDES, ha visto muy oportunamente el surgimiento de una serie de condiciones propicias favorecedoras del cambio del tipo histórico de organización, tales como el abandono del liberalismo dogmático producido por razones tanto de la transformación de la estructura económica, con motivo principalmente de la nueva dimensión adquirida por la empresa, la cual, debido a los procesos de concentración de capital y al progreso técnico, adquiere ahora dimensiones transnacionales y lleva aparejado el cambio del modelo de propiedad individual o familiar en buena parte de las mismas, unido a la propia mutación de la estructura social, ante la presión de las masas sociales reivindicando con fuerza tanto el derecho al trabajo como los derechos de esas propias clase trabajadoras respecto de las condiciones del mismo, de providencia y sociales con carácter general, lo que conllevaría forzosamente también, transformaciones profundas del *statu quo* jurídico[288].

Habitualmente, viene atribuyéndose a la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución de Querétano de 5 de febrero de 1917, la primera sistematización de Derechos sociales del hombre, coexistentes con un régimen capitalista; Derechos que mostrarían

Wissenschaftliche Buchgesellschaft Verlag, Darmstadt, 1968, pp. 165 y ss, p. 179, donde plantearía como problema central la cuestión del carácter jurídico del principio, a fin de centrar el debate en la cuestión de si Estado Social podía ser realmente considerado un componente de Derecho Constitucional, ofreciendo una solución desde la que se apostaba por la incompatibilidad del Estado de Derecho con el Estado Social en el plano constitucional; sin embargo, admitiría la eficacia de la cláusula en el nivel infraconstitucional, esto es, para la legislación y, fundamentalmente, en relación con la administración.

[287] Guillermo ESCOBAR ROCA, "Comentario del libro de José Esteve Pardo: La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis, 2013", en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, Vol. VI, 2013, p. 260.

[288] Paulo BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao..., op. cit.*, pp. 186 y ss.

pronto el prestarse poco al objeto de una reducción jurídica fácil, puesto que ofrecerían por su naturaleza serios obstáculos para hacerles entrar en la Constitución dotados de aplicabilidad directa e inmediata como derechos subjetivos. A la misma época histórica pertenece la Constitución de Weimar, de 11 de agosto de 1919, a la que más propiamente se considera la promotora del Estado Social, por ello es conocida como la primera Constitución social. La nueva constitución, por primera vez cuenta con 57 artículos relacionados con los Derechos Fundamentales que deben ser protegidos por el Estado (artículos 109 a 165), pero orientados en una dirección bastante diferente, básicamente hacia la Sociedad y no hacia el individuo, así como numerosas disposiciones referidas a los derechos sociales, aunque a un nivel muy general y abstracto, entre los que se incluye el de la asistencia pública a la salud, y números enunciados referidos a otras materia, de derecho administrativo, civil, penal etc[289]; observándose una intensa preocupación por lograr la reconciliación del Estado con la Sociedad. Porque, al finalizar la primera guerra mundial, como ha expuesto Manuel GARCÍA-PELAYO, habían quebrado los presupuestos históricos en los

[289] Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band, III/1, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, C.H. Beck, München, 1988, pp. 1416 y ss. Véase asimismo las interesantes reflexiones debidas a Friedrich Karl FROMME, *Von der Weimarer der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz. Die verfassungspolitischen Folgerungen des Parlamentarischen Rates aus Weimarer Republik und ... zum Staats- und Verwaltungsrecht; TSSV 50*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1999, al resumir, precisamente, los límites reales o presuntos de la Constitución de Weimar, que tuvieran una función importante durante la elaboración de la *Grundgesetz*, mientras los representados por los propios elementos de continuidad, fueron desplazados a un segundo plano. Así, ha sido evidente el cambio de valoración experimentada en particular por los Derechos Fundamentales, sea en el plano jurídico sea en el simbólico. Simbólicamente, en Weimar fueron colocados al final de la Constitución, mientras en Bonn se hizo al inicio. En el plano jurídico, carecía Weimar de un precepto como el artículo 1.3 de la *Grundgesetz*, que refuerza su garantía. Sin embargo, José Alfonso DA SILVA, reclama para la *Constituição Brasileira* de 1824, la primacía "no mundo", en positivar y subjetivar Derechos individuales y Sociales, y añade desde su punto de vista, ello es previo a la Constitución belga de 1831, *Curso de direito constitucional positivo* (desde 1976) 39ª ed., São Paulo, 2016. La independencia de Bélgica se produce en 1930; la Constitución es de 7 de febrero de 1930. Y claro, la Constitución brasileña de 1824, semi–rígida, del Imperio de Brasil, efectivamente, tiene carácter moderador, pero no deja de ser también una carta otorgada y lejana, por lo tanto, de la soberanía popular.

que se habían apoyado las Declaraciones de derechos norteamericanas y francesas, y las que las siguieron durante algo más de un siglo, las cuales no se hallaban ya en situación de superar exitosamente un examen crítico; a juicio del autor, los supuestos en los cuales se habían basado eran fundamentalmente tres: a) la antinomia separadora entre Sociedad y Estado; b) la doctrina del orden natural; c) la doctrina de los Derechos naturales. Sin embargo, tales postulados plenamente vigentes en el pensamiento de finales del siglo XVIII, se habían debilitado progresivamente, y a partir de 1918 puede decirse que habían periclitado, o cuando menos mostraban tal debilidad que resultaban incapaces para poder reconstruir sobre ellos el orden jurídico derribado, o cuando menos dejado maltrecho por la primera contienda mundial. Particularmente, el viejo antagonismo entre Estado y Sociedad, que conllevara la tajante separación entre la vida pública y la privada y había constituido uno de los fundamentos esenciales a fin de postular la necesidad de una proclamación de unos derechos eternos e inalienables, a la altura del año 1918 estaba completamente fuera de contexto. El individuo de este momento histórico, resultaba más necesitado de ayuda a cargo del Estado que medroso frente a la intromisión de este en la esfera estrictamente privada de su vida[290]. Las constituciones austriaca y checa de 1920, se incorporarían asimismo al modelo de constitución normativa. La Constitución española de 1931, también ha sido enmarcada por la doctrina como prototipo de constitución integrada en el constitucionalismo social, cuyo artículo primero dispusiera: "España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y Justicia"; rasgo que se evidencia esencialmente a través de la dimensión social de la libertad expresada por el Título III en su Capítulo II: "Familia, economía y cultura", y los Derechos de corte social allí consagrados.

[290] Manuel GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, *Manual de Derecho constitucional…, op. cit.*, pp. 126 y ss.

Resulta de interés recordar que en el mismo año de 1919, el 11 de abril, fue creada la Organización Internacional del Trabajo, organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales. Para lograr su creación tuvieron gran protagonismo los sindicatos, al ser portavoces de los trabajadores, quienes reclamaban la implementación de los derechos sociales asistenciales. En esta misma época, enero de 1918, aparece la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, que, pese a su pretensión de extender y fijar los principios de un nuevo Estado libertador, no alcanzaría la universalidad esperada. No obstante, este período de entreguerras, merecería en uno de los resúmenes más claros desde el plano del análisis constitucional, a cargo de la doctrina científica francesa: "Al terminar la guerra, el parlamentarismo democrático está en su cumbre: las monarquías se hunden, la república parlamentaria triunfa. Pero pronto la crisis estalla y una ola de antiparlamentarismo se expande. La fe en las virtudes de la democracia parlamentaria desaparece. Un cierto número de fórmulas, todas ellas negaciones más o menos acentuadas de la democracia clásica, son lanzadas con éxito y seducen a numerosos espíritus que esperan de ellas la renovación política"[291].

Truncadas las expectativas constitucionales casi en toda Europa a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, el principio del Estado Social reaparece en el constitucionalismo pluralista-normativo de la segunda postguerra, en Alemania a través de las constituciones de Baden-Würtemberg, artículo 23.1[292]; de Bayern, artículo 3.1[293]; de

[291] Joseph BARTHELEMY-Paul DUEZ, *Traité de Droit Constitutionnel,* Librairie Dalloz Éditeur, Paris, 1933, p. 231.

[292] Artículo 23.1: "El Estado federal de Baden-Würtemberg, es un Estado de Derecho, Republicano, Democrático y Social.

Bremen, artículo 65[294]; de Hamburgo, artículo 3.1[295]. Constituciones que coinciden en el tiempo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, que emplea el concepto de derechos humanos, para hace referencia a los innatos a la persona, a aquellos de los cuales dispone todo ser humano por su propia condición, entre los cuales se incluyen una serie de Derechos que, estrechamente vinculados a la Dignidad humana, comportaban obligaciones de hacer y el implemento de prestaciones a cargo de los poderes estatales. Al año siguiente, los artículos 20 y el 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn[296], emplean el calificativo de "social" para referirse al Estado, a partir de lo cual, la literatura jurídica de este país, sostendría de modo casi unánime, que el principio de Estado Social era uno de los principios estructurales fundamentales a los que debía responder el orden constitucional de la República Federal de Alemania en general, así como el de los *Länder* en particular. Con ello se consagraría lo que, en palabras de alguno de los comentaristas de la *Grundgesetz*, constituía simultáneamente una de las formulaciones más esenciales de la Constitución[297], y, de otro lado, el principio político y jurídico-constitucional más polémico de todo el panorama político de la República Federal de Alemania; principio, cuya interpretación y concreción, por lo que al contenido se refiere, depararía

[293] Artículo 3.1: "Baviera es un Estado de Derecho, cultural y social. Su objetivo es el bien común".

[294] Artículo 65: "La ciudad hanseática de Bremen se compromete con la democracia, la justicia social, la libertad, la protección del medio ambiente, la paz, y la aproximación de los pueblos".

[295] Artículo 3.1: "La ciudad libre hanseática de Hamburgo, es un Estado de Derecho, Democrático y Social".

[296] Artículo 20.1 "La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social".
Artículo 28.1: "El orden constitucional de los *Länder* debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social".

[297] Roman HERZOG, "Artikel 20", en *Grundgesetz Kommentar*, edición de Theodor Maunz / Günter Dürig, 1ª ed. C. H. Beck, München, 1958.

las superiores dificultades a la hora de interpretar la Constitución y, de modo particular, al hacerse por el máximo intérprete de la misma[298]. Y artículos como el 1.1 y el 2 de la Constitución italiana[299]; o el artículo primero de las constituciones francesas de 1946 y de la de 1958[300]; en fin, el artículo 2 de la Constitución portuguesa[301], se valoran asimismo como declarativos del Estado Social. Prosiguiendo esta línea, expresará nuestro Tribunal Constitucional que la Constitución, "al establecer en su art. 1.1 la norma que configura al Estado como social y democrático de Derecho, está afirmando un principio que se ajusta a una realidad propia del mundo occidental de nuestra época y que transciende a todo el orden jurídico (…) La configuración del Estado como social de Derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de

[298] Como ha venido a reconocer Hans-Jürgen PAPIER "Grundrechte und Sozialordnung", en *Handbuch der Grundrechte in Deutschland*, *Allgemeine Lehren* I, edición de Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 253 y ss. Más optimista, tanto respecto de las posibilidades hermenéuticas como relativo a los resultados logrados, Hans F. ZACHER, "Sozialstaat. Das große Paradoxon, die endlose Komplexität und die Illusion der Eindeutigkeit und der Endlichkeit", en *Leitgedanken des Rechts: Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*, Band. I, *Staat und Verfassung*, edición de Hanno Kube / Rudolf Mellinghoff / Gerd Morgenthaler / Ulrich Palm / Thomas Puhl / Christian Seiler, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2013, pp. 285 y ss.

[299] Artículo 1.1: "Italia es una República democrática fundada en el trabajo".
Artículo 2: "La república reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social".
Artículo 3: 1. "Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.
2. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden economico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

[300] Artículo 1: "Francia es una República indivisible, laica, democrática y social, que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias".

[301] Artículo 2: "La República Portuguesa es un Estado de derecho democrático, basado en la soberanía popular, en el pluralismo de expresión y organización política democráticas, en el respeto y en garantía de los derechos y libertades fundamentales y en la separación e interdependencia de poderes, que tiene como objetivo la realización de la democracia económica, social y cultural, así como la profundización de la democracia participativa".

interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad"[302].

De entrada, a partir del reconocimiento del pluralismo, el Estado de derecho se transforma en Estado democrático constitucional, porque establece una conexión indisoluble con el principio del ejercicio del poder a cargo del pueblo. Establecida la democracia, corresponde a esta ofrecer respuestas a interrogantes suscitados acerca de las formas a través de las cuales va a desarrollarse el poder y su ejercicio en el marco de la Sociedad, mientras el Estado de Derecho centra su ocupación respecto a la normatividad real, eficaz, acerca de los contenidos, los límites y los procedimientos para el ejercicio del citado poder estatal e incluso social. Pero, como al mismo tiempo emergiera el Estado de carácter Social, los poderes públicos deben ocuparse sobre todo de los servicios sociales, mientras que el propio Estado ha de avenirse a prestar protección a los ciudadanos con el fin de paliar "las carencias sobrevenidas del propio Estado de Derecho"[303], principalmente por lo referido a las partes más débiles de las relaciones sociales, trascendiendo así completamente la lógica individualista propia del liberalismo. La totalidad de los órganos e instituciones estatales, se convierten ahora en permanentes garantes de las condiciones materiales de vida del ciudadano y canalizadores de las demandas sociales, exigiéndoseles llevar a cabo una política de predominio del bienestar, y la cada vez más profunda elaboración del contenido de los Derechos Fundamentales como baluartes de la persona[304], si ese Estado aspira de manera creíble a ser un Estado social, justo y equilibrador. La garantía del cumplimiento de estos fines viene

[302] STC 18/1984, de 7 de febrero.

[303] Massimo Severo GIANNINI, *El Poder Público: estados y administraciones públicas,* Cívitas, Madrid, 1991, p. 119.

[304] Peter BADURA, "Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland", en *Der Staat*, Band. 14, 1975, pp. 32 y 45 y ss.

exigida por la incorporación del principio estructural del Estado Social (artículo 1.1 de la C.E.); cláusula que no queda limitada al reconocimiento de un derecho subjetivo exigible, sino que determina las tareas de la organización estatal y exige de los poderes públicos desde la garantía de medios dignos de subsistencia para los seres humanos pongamos por caso, hasta la orientación de los fines del Estado obligados a respetar por este y a cumplir tales metas. Los Derechos, no solo actúan solo ahora como un programa para la acción estatal, sino también como guía, directivas, e impulsos, también para la interpretación y aplicación de las leyes[305]. Incluso en casos supuestos extremos, el Tribunal Federal Constitucional alemán ha deducido un derecho subjetivo de la Dignidad humana realizando su conexión sistemática con el principio del Estado social, como por ejemplo, cuando se abordó la cuestión del aseguramiento de un mínimo de subsistencia digno o de garantizar la asistencia sanitaria para los supuestos de enfermedades mortales irreversibles[306].

De este modo, va a forjarse un modelo social partiendo de la premisa del primado de lo público, traduciéndose en el aumento de la intervención estatal con la finalidad de regular coactivamente el comportamiento de los individuos y de los grupos infraestatales, esto es, recorriendo el camino inverso al seguido por el ejemplo precedente emancipatorio de la Sociedad civil respecto del poder estatal, y declinando también, en buena lid, la tesis liberal clásica de "los límites a la acción del Estado"[307]. La intervención en la vida económica a cargo de los poderes públicos, conlleva recíprocamente la intervención de "las actividades económicas privadas en las decisiones estatales", y hace que

[305] Peter BADURA, *Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 4ª. ed., C. H. Beck, München, 2003, pp. 262 y ss

[306] BVerfGE 115, 25.

[307] Eugênio FACCHINI NETO, "Reflexões histórico–evolutivas…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 45.

la "injerencia del Estado se transforme en intervención sobre el Estado (…) y que la distinción entre lo público y lo privado ceda ante lo que se denomina <<complejo público–privado>>"[308]. Se construiría así, para expresarlo con el filósofo social Claus OFFE, una estructura organizativa que juzga irreversible, toda vez, su desarticulación conllevaría prescindir del sistema democrático, e implicaría cambios sociales dramáticos de rumbo imprevisible, pero todo hace intuir el surgimiento pata tal supuesto de un escenario dominado por el conflicto y la crisis social aguda[309].

Resumiendo con Klaus STERN, la pretensión del Estado Social no se dirgía como principal objetivo a la transformación radical de los principios de constitución económica de la sociedad, más pretendía consolidar un tipo específico de organización política equidistante tanto del Estado capitalista liberal clásico cómo de los Estados fascistas o de la Europa oriental, vale decir, era la respuesta de largo alcance de una constitución estatal a los problemas de una sociedad de masas, pluralista, articulada en base a una división del trabajo técnico-industrial y respuesta que se mantiene equidistante tanto del principio del *laissez-faire, laissez-aller,* como de los conceptos del Estado totalitario nacionalista o socialista. No se trata del triunfo de una restauración burguesa, sino de un equilibrio razonable entre el liberalismo excesivo y el colectivismo de procedencia socialista o comunista, que tienda al logro

[308] Manuel GARCÍA–PELAYO Y ALONSO, *Las transformaciones del…*, *op. cit.*, p. 75. Más recientemente, José Joaquím GOMES CANOTILHO, ha propuesto una visión hermenéutica distinta, al considerar que el Estado de Direito, bajo la inflexión del constitucionalismo contemporáneo, importaría la caracterización como un Estado Constitucional, un Estado Democrático, y un Estado Social, y, principalmente, ello culmina en un Estado de Justicia en cuanto Estado de los Derechos Fundamentales, pudiendo concebirse la inserción de la principiológica constitucional en esta última dimensión, *Estado de direito*, Fundação Mário Soares, Lisboa, 1999, *passim*.

[309] Claus OFFE, *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 141-142.

de un orden social justo[310]. Y, por lo referido a Manuel GARCÍA-PELAYO, no obstante reconocer las dificultades interpretativas frente a las que nos sitúa la cláusula de lo Social, unida a la idea del Estado Democrático de Derecho, estima que el principio de distribución ha desempeñado desde siempre una función concepto clave dentro de la estructura y función del Estado, aun cuando vayan mutando sus modalidades y contenido; y si puede afirmarse la carencia de organización estatal ante una ausencia de distribución del poder entre gobernantes y gobernados, con el Estado Social, podemos de igual modo sostener que, respecto del orden económico y social, procede la distribución de recursos económicos nacionales en recursos fiscales y relativo a los recursos a disposición de las personas[311]. E, incluso, un punto más ambiciosos se muestran determinados autores al postular la necesaria "activación" de los Derechos Fundamentales dentro del Estado Social prestacional, toda vez representa ello "un objetivo constitucional en el sentido de que todos los ciudadanos deben tener necesariamente las mismas oportunidades básicas para conseguir una vida digna y para desarrollarse personalmente", porque, "los derechos fundamentales no son solo derechos negativos, sino normas positivas de competencia, siendo por ello por lo que se ha llegado a una política básica de derechos sociales estatales"[312]. Derechos, respecto de cuyos fundamentos normativos, se ha destacado vienen constituidos por el respecto de la Dignidad humana y el principio de igualdad[313]. En fin, un esfuerzo de interpretación integradora al que quizá se ha prestado inferior atención a

---

310 Klaus STERN, citado por Javier Pérez Royo, "La doctrina del Tribunal Constitucional…", *loc. cit., en op. cit.*, pp. 163-164.

311 Manuel GARCÍA–PELAYO Y ALONSO, *Las transformaciones del…, op. cit.*, p. 34.

312 Así, a modo de ejemplo, Peter HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 208.

313 Beatriz GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Cívitas, Madrid, 2002, p. 31

la merecida, es el debido a Martin KRIELE, al proponer la vivencia del Estado Constitucional democrático y sus instituciones a través de la garantía de los derechos humanos cívicos y políticos, en cuanto, de un lado, condición indispensable para el respeto de la Dignidad humana y que supone la disponibilidad al menos de unos recursos materiales mínimos; de otro, ello constituiría la base indispensable al efecto de cualquier tipo de lucha democrática por alcanzar un ordenamiento jurídico y económico que tenga en cuenta y realice los derechos económicos, sociales y culturales[314].

Como es sabido, la jurisprudencia constitucional alemana abordó inicialmente con suma cautela la hermenéutica del principio estructural de lo social, de tal modo que no pasó en una primera etapa de considerarle una cláusula habilitante. Luego, paulatinamente y de modo lento, al lado del establecimiento de considerables límites y cautelas abrió la puerta a su comprensión como cláusula vinculante; semejantes cortapisas han impedido el reconocimiento de un deber del Estado a efectos de paliar cualquier necesidad o la adopción de cualquier medida que pueda entenderse favorable a algún derecho o principio directivo, aunque se halle constitucionalmente recogido, y, ello, por entender que podría poner en peligro al mismo Estado de Derecho, ante el bloqueo del ordenamiento jurídico si se admitiera que todo ciudadano está facultado para reivindicar del Estado una determinada prestación, apoyándose en la constitucionalización de un principio rector de la política social favorecedor de sus intereses. Tocante a nuestro Tribunal Constitucional, sin comprometerse tampoco excesivamente, sí ha hecho declaraciones aparentemente vistosas, como cuando declara que "La configuración del Estado como social de Derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el

[314] Martín KRIELE, *Liberación e Ilustración. Defensa de los Derechos Humanos*, Herder, Barcelona, 1982, p. 69.

Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado[315].

1.3.3.2. Repercusiones para la libertad social organizada.

1.3.3.2.1. Ampliación de funciones, y ámbito del principio de libertad social.

Todo lo anterior, justamente, tiene rápido reflejo mediante una inmediata transformación del significado de los Derechos Fundamentales de libertad, siendo también causa de la incorporación de nuevos Derechos de naturaleza social, tal como se hiciera por vez primera por medio de la mentada Constitución de Weimar de 1919[316], "resultado natural" de las mutaciones habidas en la relación entre el Estado y la Sociedad civil[317], pasando a descubrirse ahora el carácter de los Derechos como paradigma y verdadero factor de integración de la vida estatal y social. La concepción clásica de la libertad frente al Estado comenzó a considerarse insuficiente, de ahí que la modificación de la función primaria tuviera su origen una vez descubierta la deficiencia de la caracterización tradicional de los Derechos Fundamentales como derechos de defensa frente a las injerencias injustificadas en sus ámbitos de protección por parte del poder público[318].

---

315 STC 18/1984, de 7 de febrero.

316 Si bien, podemos hoy dar por cierta la tesis de que los Derechos Sociales durante la República de Weimar no pasaron a adquirir la naturaleza de auténticos derechos subjetivos, por todos Bodo PIEROTH, "Grundlegend zur…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 568 y ss, especialmente p. 577.

317 Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.*, pp. 15-16.

318 Gertrude LÜBBE–WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte – Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 1988, p. 21.

Desde luego, la ampliación de las funciones de los Derechos Fundamentales, con el propósito de permitir su efectiva realización, caracteriza el paso de una concepción genuinamente formal de la libertad a una material[319]. De esta manera, la relación Estado–ciudadano ya no queda limitada a la relación entre el potencial agredido frente al agresor, sino que el poder público debe procurar establecer las premisas de la libertad, vale decir, sin necesidad de proyectarla inicialmente frente a alguien[320]. Por consiguiente, la cristalización del Estado Social pone de manifiesto, para declararlo con Peter HÄBERLE, "como una exigencia de la idea de libertad", su carácter material[321], pues la libertad individual carece de toda virtualidad si el individuo permanece ayuno de los medios materiales que le proporcionen desarrollar una existencia digna; cuestión material a la que obviamente era incapaz de ofrecer respuesta la vieja concepción liberal burguesa del Estado formal de Derecho. Por consiguiente, el Estado Social es el corolario del proceso de democratización de la organización estatal, y de ello deriva que "el Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social, en la medida que debe atender y dar respuesta a las demandas de todos los sectores de la sociedad y no exclusivamente a las de una parte de la misma"[322], pues en el plano dogmático, la fundamental consecuencia va a mostrarse la introducción de la "novedad de la dimensión del interés"

[319] Dieter GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp Verlag, 2ª ed., Frankfurt am Main, 1994, p. 234.

[320] Dieter GRIMM, "Grundrechte und soziales Wirklichkeit", en *Grundrechte und soziales Wirklichkeit*, edición de Winfried Hassemer / Wolfgang Hoffmann–Riem / Jutta Limbach, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 1982, p. 59.

[321] Peter HÄBERLE, *El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 135.

[322] Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho…, op. cit.*, p. 145.

público[323]; amén de abrir la controversia perenne vinculada a la rectitud material o justicia social como meta. Pero, para este contexto, cobra especial virtualidad la cláusula del Estado de Derecho, actuante en su función limitadora del poder estatal, del que ya hemos reconocido se halla legitimado democráticamente por la mayoría del pueblo[324], si bien, resulta conveniente y necesario la tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades públicas, mediante el sometimiento de la administración al principio de legalidad y el auxilio de una jurisdicción sometida exclusivamente a la Ley y al Derecho, independiente y libre de compromisos con las mayoría gubernamentales temporales. E importará, desde luego, la realización de los Derechos sociales, vale resumidamente decir, aquellos encargados de garantizar el acceso del ciudadano a los bienes económicos, sociales y culturales relativos al bienestar personal y las condiciones materiales de vida[325]. Claro está, aunque en ello no podemos detenernos, la problemática de la eficacia jurídica de estos Derechos aún perdura, porque, tal como muy gráficamente sintetizara José Joaquím GOMES CANOTILHO, concurre en ellos la paradoja de que los estatistas entonan cánticos acerca de su bondad cuando se hallan fuera de sus fronteras y, sin embargo, predican lo malos que se han vuelto una vez son incorporados dentro de las fronteras constitucionales

[323] Massimo Severo GIANNINI, *El Poder Público…*, *op. cit.*, p. 45.

[324] En este sentido, cabe destacar una reciente sentencia debida a la jurisdicción constitucional alemana, BVerfG, Sentencia del 17 de diciembre de 2013 - 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, a través de la cual se estableció que la garantía de la tutela judicial efectiva del artículo 19 inciso 4 LF, desplegaba su vigencia desde una fase tan temprana, al objeto de que fuera capaz de prevenir definiciones anticipadas y se abriera la posibilidad realista de una evaluación objetiva. La doctrina científica considera que la misma constituye un hito importante en dirección hacia una mayor participación ciudadana conducente a la mejora de los niveles de aceptación de las decisiones del Poder Ejecutivo. La sentencia documenta, adicionalmente, la conexión entre Democracia y Estado de Derecho, y considera que el ejercicio democrático del gobierno requiere las restricciones impuestas por el Derecho; a su vez, este ha de actuar con flexibilidad ante los cambios sociales, a los cuales debe responder a conciencia y con sensibilidad para mantener y asegurar la aceptación de las decisiones jurídicas en un contexto social de opiniones en permanente cambio.

[325] Jorge REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2017, p. 340.

estatales, a lo cual va unido la carga de vaguedad metodológica, imprecisionismo e indeterminación referido a su tratamiento científico; ante ello, habla en términos caricaturescos de *fuzzysmo* o metodología *fuzzy*, censura fuerte lanzada a los juristas cuyo significado, básicamente, hace referencia a los supuestos en los que los mismos no saben tratar la temática suscitada para el abordaje de los complejos problemas suscitados por los Derechos económicos, sociales y culturales[326]. De cualquier modo, nuestro Tribunal Constitucional, tiene declarado que la interacción entre Estado y Sociedad propia de este tipo histórico de Estado, conlleva muy diversas consecuencias para "el mundo del Derecho, de las cuales aquí sólo puede aludirse a las que interesan a los efectos de la mejor comprensión y solución del caso planteado. El reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social -reflejado en diversos preceptos de la Constitución- conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de una transcendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos -especialmente de los de contenido patrimonial, como el de propiedad- y al cumplimiento de determinados deberes -como los tributarios-"[327].

El paso subsiguiente, desde el funcionamiento práctico, viene de la mano del aumento de la dependencia del individuo respecto de las actuaciones provenientes de la acción estatal, particularmente facultada para "intervenir ampliamente" sobre la Sociedad, dando cumplido desempeño de los mandatos tendentes a "garantizar los derechos sociales" impuestos por las constituciones europeas "aprobadas en el tramo central de este siglo"[328]; y que terminan por dar el giro del

[326] José Joaquím GOMES CANOTHILHO, "Metodología 'fuzzy' y 'camaleones normativos' en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Derechos y Libertades*: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 3, núm. 6, 1998, pp. 35 y ss.

[327] STC 18/1984, de 7 de febrero.

[328] José ESTEVE PARDO, "La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria", en *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012, p. 13.

concepto de libertad formal propio del Estado Liberal–burgués de Derecho al de libertad social vinculante, característica del Estado de Derecho Social[329]. El Estado Social pretende la corrección de "las desigualdades de hecho, única forma posible de hacer al propio tiempo efectiva, de permitir, la generalización de la libertad", por lo tanto, "los Derechos sociales no se muestran en momento alguno antagónicos, ni siquiera indiferentes, frente a la idea de libertad"[330]. Nuestro Tribunal Constitucional, ya en una sentencia de 1981, respaldaría la realización fundamentalmente del valor igualdad por medio del Legislador, de tal modo que incluso "el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley", es cierto, pero agregaría de inmediato la ausencia de prohibición asimismo para el Legislador a fin de que pueda contemplar "la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra"[331]. De hecho, sin embargo, lo decisivo para la realización del Estado Social de Derecho, viene considerándose que es la obligación de otorgar garantía y patrocinar la "realización de los derechos fundamentales", mandato, en virtud del cual, el poder público no permanece limitado exclusivamente a la adopción de las oportunas e inevitables "decisiones estatales, sino que se influye en su orientación"[332], habida cuenta el Estado Social orientaría desde el inicio

[329] Peter BADURA, "Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine verwirklichung im Recht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, especialmente pp. 18 y ss.

[330] Luis VILLACORTA MANCEBO, "Dialéctica Estado Social-Derechos Sociales: la Ley Fundamental de Bonn como parámetro", en *Problemas actuales del Estado social y democrático de derecho*, AA.VV., Secretariado de publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 1985, p. 75.

[331] STC 27/1981, de 10 de noviembre.

[332] Ernst BENDA, "El Estado social de Derecho", en *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans–Jochen Vogel / Konrad Hesse /

su destino en la moderna Sociedad pluralista a la potenciación "al máximo de la libertad y de la igualdad, mediante su actuación en las diversas esferas de la vida pública"[333]. En definitiva, como han venido señalando las jurisprudencias constitucionales de los Estados Democráticos, incluida la nuestra, el principio estructural del Estado Social, lejos de suponer una mera declaración retórica, tiene consecuencias jurídico-constitucionales trascendentes, toda vez constituye una norma de inmediata y directa aplicación conformando un criterio hermenéutico fundamental del orden político y social constitucionalmente establecido, dotado de indudable fuerza expansiva.

Con el desarrollo de la nueva forma de organización, queda abandonado el optimismo injustificado de cuño liberal, aceptándose que todos los poderes públicos son susceptibles de desconocer la propia esencia del hombre, siendo preciso, por ello, propulsar garantías de los Derechos en todos los frentes[334], porque la libertad individual resulta vana ilusión sin un mínimo de igualdad social, y esta última, si es impuesta mediante sacrificios de los Derechos civiles y políticos, "acaba engendrando, muy rápidamente, nuevos privilegios económicos y sociales"[335].

Wolfgang Heyde, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública–Marcial Pons, 2001, p. 491.

[333] Luis VILLACORTA MANCEBO, "Dialéctica Estado Social-Derechos Sociales…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 76.

[334] Günter DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 81, 1956, p. 118.

[335] Fábio Konder COMPARATO, *A Afirmación Histórica…., op. cit.*, p. 305.

El Estado Social debe extender su actividad planificadora, directiva y protectora hasta los confines de aquellos ámbitos que permanecían a cargo de la autorregulación y dirección social. Ahora bien, es susceptible observar que, al mismo tiempo, ese amplio desenvolvimiento de la actividad pública, genera un movimiento de signo contrario, conducente a la prolongación de los cometidos de la Sociedad, llegando por esta a la actuación, incluso, dentro de perímetros sociales considerados tradicionalmente reservados a la regulación y decisión estatal. Nos encontramos, de esta suerte, ante el entrecruzamiento de la Sociedad y el Estado; fenómeno de interrelación o de "interpenetración" entre ambos que da lugar al "correlativo desdibujamiento de sus fronteras respectivas"[336]. O frente a la también calificada por Konrad HESSE, "metamorfosis" del Estado moderno en Estado Social, para el que la libertad de los ciudadanos no radica exclusivamente "en una liberación de la intervención estatal", sino que la configuración de la propia existencia personal con libertad y autonomía necesita, en superior medida, de "una serie de condiciones que no están a disposición del individuo", respecto de las cuales, para la mejor de las hipótesis, este solo dispone parcialmente, y, con frecuencia, "ni tan siquiera eso"[337].

El alcance y el mantenimiento de las aludidas condiciones existenciales materiales, constituye coetáneamente una albúmina tarea de la organización estatal de carácter social, para cual ha de intervenir forzosamente en la economía, incluso hasta llegar a ser el poder público "quien planifica, guía y configura, esto es, el Estado de la procura

[336] Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho…, op. cit.*, pp. 164-165.

[337] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 94.

existencial y del aseguramiento social"[338]. No obstante, un matiz de la mano de nuestro Tribunal Constitucional, cuando ha reconocido la existencia de fines sociales, susceptibles de ser considerados "de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución"; previamente, la misma sentencia rechaza el completo "sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores de ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama"[339].

1.3.3.2.2. La integración comunitaria de la persona, por obra del nuevo modelo de organización política.

Surgido entonces a modo de alternativa frente a la crisis del Estado Liberal, conlleva la filosofía inspiradora del Estado Social el abandono de la concepción individualista del primero como "idea–directriz" de este último[340], conjuntamente con una profundización en el ideal democrático y una acusada sensibilidad ante las nuevas necesidades y problemas del individuo. Precisamente, en razón de realizaciones de esta naturaleza logradas, la jurisprudencia constitucional española ha confirmado la irreversibilidad de las conquistas sociales conseguidas[341], aspecto sobre el cual volveremos. En este reintegrado contexto social, y con prístino

[338] *Ibídem.*, p. 94. Sin duda una contribución teórica de relevancia para romper el hielo a fin de caminar hacia el Estado intervencionista en lo económico, fue el libro de John Maynard KEYNES, aparecido en 1936, con el título *The General Theory of Employment, Interest and Money* , Cambridge University Press, Cambridge.

[339] STC 22/1984, de 17 de febrero.

[340] BVerfGE 2, 380, 403, citada por Ernst BENDA, "El Estado social…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, 1996, p. 492.

[341] STC 81/1982, de 21 de diciembre.

repudio de la tesis individualista urdida por el liberalismo, es impedido ahora al individuo conducirse socialmente a la manera de un sujeto aislado, soberano, autónomo y autosuficiente[342]; lo ha de hacer entonces, obvio es, como persona referida y vinculada a la comunidad. Y, de este modo, por la propia naturaleza de las cosas, la persona se encuentra inmersa en un complejo de relaciones sociales que la une a otros individuos y a otras organizaciones, pero dotada, al mismo tiempo, de suficiente independencia y con la capacidad adecuada, al objeto de ordenar su vida particular y supeditada a la "propia responsabilidad"[343].

Trasluciéndose, al fin al cabo, a la totalidad de efectos, la desavenencia con la "concepción liberal tradicional, que ponía al interés

[342] Lo procesos revolucionarios burgueses, al suprimir la dominación social fundada en la propiedad de la tierra, al destruir los estamentos y abolir las corporaciones, quebraron el solidarismo desigual y forzado propio de estos entes, con lo cual, terminaron por reducir la Sociedad civil a una colección de individuos abstractos, perfectamente aislados unos de otros en su egoísmo, estableciendo un concepto de libertad fundamentado con carácter exclusivo en la voluntad individual; en este sentido, Fábio Konder COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos…, op. cit.*, p. 128; y también Hans–Peter SCHNEIDER, "Grundrechte und Verfassungsdirektiven", en *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I, *Entwicklung und Grundlagen*, edición de Detlef Merten / Hans–Jürgen Papier, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, pp. 707 y ss.

[343] Werner MAIHOFER, "Principios de una democracia en libertad", en *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans–Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública–Marcial Pons, 1996, p. 279, quien, con cita de la BVerfGE 4, 15, (2039, describe la imagen del hombre recogida por la Ley Fundamental de Bonn, en el sentido de que esta no se corresponde a la "un individuo aislado y soberano; antes bien, la Ley Fundamental ha decantado la tensión individuo–comunidad en el sentido del referimiento y la vinculación de la persona a la comunidad, sin con ello afectar a su valor propio, *ibídem* p. 279. Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán anteriormente precitada, declara en la misma línea de principios que: "La imagen del hombre plasmada en la Ley fundamental no es la un individuo soberano en sí mismo; más bien ha decidido resolver la polaridad individuo–comunidad refiriendo y vinculando la persona a esa comunidad, sin que por ello aquella vea menoscabada su sustantividad"; y más ampliamente desarrolla estas ideas en Estado de Derecho y Dignidad humana, Editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008. Clásico acerca del tema, Johann Gottlieb FICHTE: *"*El hombre está destinado a vivir en sociedad, debe vivir en sociedad, no será un hombre completo y caerá en contradicción consigo mismo si vive aislado*"*, citado por Manuel Riobó González, *Fichte filósofo de la intersubjetividad*, Herder, Barcelona, 1988, p. 31.

del hombre aislado en el centro de su concepción moral"[344]. Lo previo, bien se conjuga con la idea certera de que la persona "vive, se desarrolla y se convierte en ella misma, únicamente en y por la Sociedad", pues "fuera de la Sociedad no hay salvación para el individuo"[345], toda vez, expresado diestramente desde la perspectiva intelectual a cargo de por Franz WIEACKER, el nuevo *pathos* social es el de la solidaridad, podemos decir, el principio de la responsabilidad individual no abandonada exclusivamente al cargo de los poderes estatales "sino también de la propia sociedad y de cada uno de sus miembros individuales, por la existencia social (y lo mismo cada vez más por el bienestar) de cada uno de los otros miembros de la sociedad"[346]. Manifestado mediante términos similares, de igual modo que la comunidad inserta claramente en los Derechos Fundamentales al ciudadano "moralmente vinculado, para asegurarse de que actúe en beneficio de la comunidad", por su parte este, "tiene interés en verse remitido a la ley moral que rige en la comunidad, pues esta le ofrece la vía libre para el desarrollo de su personalidad"[347].

A partir de esta táctica social, descubrimos que la persona humana soberana no permanece apartadamente aislada en posición de antagonía frente al Estado como pretendiera *prima facie* la teoría liberal, sino "con referencia y vinculación a la comunidad, a la que, sin embargo, se le reconoce un valor propio e intangible"[348], y pasa a la situación, contrariamente a lo esbozado por el liberalismo, en el centro de todo

[344] Guillermo ESCOBAR ROCA, *La ordenación constitucional…, op. cit.*, p. 93.

[345] Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l`autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l`étude critique de l`individualisme juridique*, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1912, p. 321.

[346] Franz WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, Fundação Calouste Gulbenkian Editora, Lisboa, 1980, p. 718.

[347] Peter HÄBERLE, *El contenido esencial de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, pp. 29-30.

[348] Ernst BENDA, "El Estado social…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 538.

"orden y actividad estatal", revalidando que el fin del Estado "es solo el hombre"; todo lo cual viene a suponer que la organización estatal deviene el "mero medio para el fin que constituye el hombre"[349]. Estamos así ante un nuevo paradigma, basado en la firme convicción de que, conforme a los términos que venimos repitiendo, la libertad del hombre únicamente es viable desenvuelta en Sociedad, y ello personifica el logro de su autonomía merced y por mediación del resto de los hombres[350]. Consecuentemente, si es tarea de los Derechos Fundamentales crear y sostener al menos las elementales condiciones para la persona a fin de asegurarla una "vida en libertad y la dignidad humana", correlativamente revela su evidencia que, en la actualidad, tal objetivo únicamente podrá lograrse una vez "la libertad de la vida en sociedad resulte garantizada en igual medida que la libertad individual"[351].

De otra parte, y por añadidura, además del Estado–Administración, muestran actualmente en la existencia social un conglomerado de corporaciones de Derecho Privado, aumentando día tras día, que acometen la ejecución, para numerosas oportunidades, de cometidos propicios a la finalidad de satisfacer intereses generales, licuándose por esta vía la diferencia entre entes de naturaleza pública y aquellos de esencia o carácter privado. Esto es, germinan ahora una diversidad de establecimientos y organismos que perfectamente podemos posicionar en una cenefa mediada entre lo público y lo privado[352]. Efectivamente, en el

---

[349] Werner MAIHOFER, "Principios de una democracia…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 278.

[350] Dieter SUHR, "Freiheit durch Geselligkeit – Institut, Teilhabe, Verfahren und Organisation im systematischen Raster eines neuen Paradigmas", en *Europäische Grundrechte–Zeitschrift*, 1984, p. 534.

[351] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 89.

[352] Según entiende Maria João ESTORNINHO, en supuesto alguno la Administración Pública puede dejar de estar sujeta a su propio régimen jurídico de vinculación a los Derechos Fundamentales una vez que mantiene siempre carácter público y nunca se transforma en persona privada, sea en las circunstancias que sean, y lo mismo cuando emplea las formas más flexibles de actuación de carácter jurídico privado. En este sentido, la autora considera que, cuanto más generalizada sea la actividad

administrativa de Derecho Privado, con superior frecuencia surgirán acciones propicias de cara a eventuales atropellos a los Derechos Fundamentales de los ciudadanos. En consecuencia, aceptar que la Administración Pública está menos vinculada a los Derechos Fundamentales en los supuestos en que actúa bajo el régimen de Derecho Privado, es una peligrosa puerta abierta a la tentación de escoger las formas de organización y de actuación jurídico–privadas y su empleo como subterfugio para escapar a las vinculaciones y controles a los que la actividad administrativa normalmente está sujeta. Asimismo, refiere diversos aspectos y potenciales "ventajas" a tener en consideración a la hora de adoptar por la Administración la decisión de someterse al régimen jurídico privado, de entre los que, a su juicio, merecen destacarse: a) la descentralización y superior autonomía de los entes privados; b) inferior permeabilidad a la influencia político-partidaria; la liberación de las reglas de organización de Derecho Público; c) la posibilidad de adopción de procesos de decisión y actuación más flexibles, menos burocratizados, más ágiles, eficientes y transparentes; d) la sujeción a principios de la economía de mercado y de concurrencia competitiva; e) la mayor simplificación de los procesos de contratación de personal. En todo caso, para la autora, la Administración pública y las actividades que tiene a su cargo, justifican el mantenimiento de un régimen jurídico público, siempre que la aplicación del mismo contribuya a la efectiva promoción y garantía de los Derechos Fundamentales y valores constitucionales, *A fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina Editora, Coimbra, 1999, pp. 59 y ss. En prácticamente idéntico sentido se manifiesta, entre otras, Maria Sylvia ZANELLA, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, 2ª. ed., Atlas Editora, São Paulo, 2001, pp. 56. En nuestro foro jurídico, adelantó alguna de estas posiciones el buen artículo de José Manuel SALA ARQUER, "Huida al Derecho privado y huida del Derecho"*, Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75, 1992, pp. 399 y ss.

Sin perjuicio de todo lo apuntado hasta ahora, la cuestión está siendo objeto de un amplio debate en la literatura jurídica alemana, del que queremos dejar constancia mediante un muy breve muestreo. Ciertamente, Christian CALLIESS ha puesto de relieve la falta de concordancia que ello supone para la relación entre normatividad constitucional y facticidad, y los riesgos no pequeños que se corren a partir de una alta privatización del interés general, además de las repercusiones que implica para el principio democrático desde el plano de la legitimidad, en cuanto principio organizador de la totalidad del sistema constitucional; porque, esta pretendida optimización de recursos ¿conduce a la obligada yuxtaposición de la libertad e igualdad democráticas realizadas en el ámbito público?, "Die umweltrechtliche Verbandsklage nach der Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes – Tendenzen zu einer «Privatisierung des Gemeinwohls» im Verwaltungsrecht?", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, pp. 97 y ss, especialmente p. 100. En el mismo sentido, y con términos más desarrollados por tratarse de un libro, se postula Sebastian UNGER, quien sitúa la problemática en el curso del cambio profundo de la realidad constitucional a través de la internacionalización y la particularización, entrando en la discusión acerca de cómo afectan estas cuestiones al principio constitucional central de la democracia y cómo este reacciona, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie – Normstruktur und Norminhalt des grundgesetzlichen Demokratieprinzips*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, particularmente pp. 278 y ss. También en el mismo orden de ideas, suscita el asunto más recientemente Niels PETERSEN*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle – Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, entre otros momentos, p. 31. Para el contexto de la elaboración teórica, a la espera y en favor del entendimiento de una democracia substancial comunitaria, se interroga por estos aspectos Uwe VOLKMANN, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 248 y ss.

Estado Social y Democrático de Derecho, la consolidación del aval de la Dignidad de la persona persiste como fin supremo a conquistar por la organización política, y, enlazando con este que es su propio fundamento, se alza imprescindible el establecimiento de la garantía de un eficaz sistema de Derechos Fundamentales[353]. Al propio tiempo, la Dignidad de la persona viene obligada a la salvaguarda de la idiosincrasia del ciudadano respectivo, pero, verdaderamente, comprende a todos los individuos por igual, atendida la medida que ha quedado más arriba consolidada, al modo de seres entreverados en el seno comunitario y apoderados, en términos semejantes, del rumbo comunitario[354].

1.3.4. La forma de abordar la cuestión de los Derechos Fundamentales por las constituciones del Estado Social y Democrático.

De hecho, el Estado Social y la garantía de la libertad se hallan permanentemente en "íntima relación el uno con la otra"[355], y los valores

El Tribunal Constitucional español, al referirse a la interacción entre Estado y Sociedad, propia del Estado Social, reconoce que la misma "produce consecuencias muy diversas en el mundo del Derecho", y, por lo referido al ámbito de la organización, "la interpenetración entre Estado y Sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de Entidades de carácter social en cuanto a su actividad presenta un interés público relevante", pero "La interacción Estado-Sociedad y la interpenetración de lo público y lo privado, transciende como hemos señalado al campo de lo organizativo y de la calificación de los entes. La función ordenadora de la Sociedad puede conseguirse de muy diversas formas, que siempre han de moverse dentro del marco de la Constitución (…) Lo que sí interesa señalar es el reconocimiento constitucional de entes asociativos o fundacionales, de carácter social, y con relevancia pública. Esta relevancia pública no conduce, sin embargo, necesariamente a su publificación, sino que es propio del Estado social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general", según STC 18/1984, de 7 de febrero.

353 Bodo PIEROTH, "Grundlegend zur…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 570-571.

354 Thomas VESTING, "Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 214.

355 Peter HÄBERLE, *El contenido esencial de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 19, entre otros momentos.

dominantes ya no son amenazados por el Estado, o al menos no solo, sino fundamentalmente por la Sociedad y sus estructuras injustas. Frente a tal situación, el Estado aparece bajo la forma de aliado y protector de los nuevos valores, de tal suerte que el Estado–enemigo cede el paso al Estado–amigo, el Estado–temor al Estado–confianza y el Estado–hostilidad al Estado–seguridad, teorizado por múltiples autores incluso desde precomprensiones diferenciadas. Lo anterior, aboca forzosamente a que el modelo constitucional propio del Estado Social tienda a la transformación del supremo orden normativo en un pacto de garantía social; dicho con otras palabras, en una especie de seguro por medio del cual el Estado administra la Sociedad[356], seguro que alcanza a la comprensión de necesidades y deseos, de expectativas y salvaguarda de un orden pluralista de valores, a efectos de cuya integración unitaria carece de una técnica capaz de lograr precisión e infalibilidad, de modo que solo podrá hacer aportes estabilizadores y prospectivos, generadores de unidad socio-política y eficacia gradual, a través de la reflexibilidad racional-textual y la comunicación socio-lingüística.

Así, las constituciones del Estado Social, "rígidas" desde la perspectiva de su modificación (ello es importante), al incorporar los Derechos sociales en conjunción de los ya previamente reconocidos Derechos individuales (libertad, seguridad, propiedad etc.), al tiempo que una serie de tareas y fines estatales, imponen la nueva dimensión y contenido material a la estructura socio–estatal. De esta suerte, dejan de ser solamente estatutos de lo político, sin eficacia vinculante para el Legislador, singularizándose ahora por incorporar los fundamentos de la comunidad organizada o poder de la Sociedad políticamente conformada, esto es, patrocinando verdaderos programas de carácter promocional y

[356] Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 31ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2016, p. 380.

dirigente, votados para el futuro[357]. Por ello, problemas esenciales a resolver por la Constitución del Estado Democrático y Social, son los referidos a la fundamentación del orden jurídico de la comunidad y la preservación de la unidad política. Así, la Ley constitucional establece la medida, la dirección y los procesos de organización jurídica comunitaria, y asume un sentido inédito "particularmente cargado de significado", al configurar no solo el orden jurídico de las funciones estales, sino, asimismo, la "determinación fundamental de los valores de la vida social"[358]; valores de carácter impositivo luego de su concretización finalista a través de la legislación[359]. Esto es, le corresponde la tarea de trazar líneas de dirección política, en tanto una Constitución programática hace más transparente la vinculación teleológica de los órganos de dirección política.

Por consiguiente, en sí mismo considerado, para el Estado de Derecho del constitucionalismo social, persiste el sistema de garantías de Derechos Fundamentales y Libertades que relativizan la facultad de dominio de los poderes públicos, de modo que el poder estatal, objeto necesariamente de control, las presupone, pero operan ahora

---

[357] Incluso en un autor de precomprensión conservadora como es Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, puede leerse que los Derechos Fundamentales sociales encuentran su justificación, "ciertamente, no como contra–principio frente a los derechos fundamentales de libertad, sino a partir del propio principio del aseguramiento de la libertad", porque "si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización", *Escritos sobre derechos…". loc. cit.* en *op.cit.*, 1993, p. 74.

[358] Gustavo ZAGREBELSKY, *Società–Stato–Costituzione. Lezioni di dottrina dello Stato*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1988, p. 15.

[359] Una concretización de carácter finalista del orden de valores de nuestro ordenamiento, esencialmente, a través del desarrollo del sistema del Derechos y Libertades que impuso muy pronto, como ya vimos, la STC 18/1981, de 8 de junio. Y aún previo, la temprana STC 3/1981, de 2 de febrero, dictó jurisprudencia posteriormente reiterada, acerca de que los valores obtienen eficacia y precisan su alcance jurídico en los casos concretos, por medio de la aplicación de las normas reguladoras de los Derechos y Libertades constitucionalmente reconocidos.

eficazmente[360]. La existencia de Derechos Fundamentales y su integridad, es el precio a sufragar por el Estado a fin del ejercicio legítimo de su poder, y el principio fundamentador de la propia legitimidad de ese poder detentado por la organización[361]. Pero, al establecer, además de la organización política, las metas, programas y directrices para la actividad a desarrollar por el poder público dentro del dominio social, económico y cultural, acaban por ser denominadas, ya lo hemos dicho, constituciones programáticas[362]. Consecuentemente, no solo establecen barreras y regulan procedimientos sino que incorporan también, expresa Dieter GRIMM, objetivos definidos e implementan los correspondientes parámetros de actuación a fin de lograr los mismos, debiéndose adentrar mucho más en la realidad social de lo que lo hicieran sus predecesoras liberales[363]. La pragmaticidad, según expresión de Paulo BONAVIDES, propia de las constituciones liberales se viene completamente abajo, con el paso ya visto durante el período de entreguerras, del Estado-legislación (*Gesetgebunstaat*) del modelo clásico liberal, al Estado-Constitución (*Verfassungstaat*) propio del Estado Constitucional[364]. Desde la

[360] Jorge REIS NOVAIS, *Direitos Sociais- Teoria Jurídica dos Direitos…*, *op. cit.*, *passim*; por lo referido a los Derechos sociales, son los Derechos Fundamentales que garantizan el acceso del individuo a bienes económicos, sociales y culturales relacionados con el bienestar y las condiciones materiales de vida, y señala las dificultades para identificar su núcleo esencial, pp. 340 y ss.

[361] Matthias JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, pp. 49 y ss.

[362] Recuerda José Luis CASCAJO CASTRO, que la STC 37/1994, de 10 de febrero, entre otras, ha "aludido a la necesidad de preservar el núcleo intangible que hace reconocible a los derechos sociales o a las directrices de política social, extendiendo la garantía normativa del contenido esencial", "Derechos sociales", en *Derecho Sociales y Principios Rectores*, edición de José Luis Cascajo Castro / Manuel Terol Becerra / Antonio Domínguez Vila / Vicente Navarro Marchante, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 37.

[363] Dieter GRIMM, citado por Luis-Quintín Villacorta Mancebo, *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 69.

[364] Tipología recogida por Ernst-Rudolf HUBER, "Bedeutungswandel der Grundrechte", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 23, núm. 1, 1932, p. 12.

consideración de sus funciones sociales concretas, añade Peter BADURA, no solo establecen el límite, sino asimismo un mandato y la correspondiente directriz de cara a la realización del Estado Social, vale decir, atendido sea el orden jurídico material que este supone, la Constitución contiene un plan social que regula funciones mediante normas, y, por lo tanto, constituye un intento proyectivo de configurar el futuro político-social de un pueblo a través de la incorporación de ideas-guía y directrices que marquen el proceso político y la eficacia social del Estado[365]. Las normas formalmente constitucionales del pluralismo expresivo de distintas fuerzas políticas y sociales, diría Costantino MORTATI, presentan con carácter general fórmulas elásticas y plurivalentes, permisivas de interpretaciones y aplicaciones de modos diversos, pero entre estas no se da contradicción sino integración, toda vez la condicha Constitución en sentido formal es la expresión mediante reglas jurídicas escritas de la Constitución en sentido material, comprensiva del conjunto de fines y valores constitutivos del efectivo principio de unidad y permanencia del ordenamiento, convergencia de las bases institucionales de apoyo del Estado mismo[366].

Del modo que bien ha sido señalado en muy diversas oportunidades, la Constitución del Estado Social ha acogido tal principio estructural como norma definidora de las tareas públicas, constitutiva de la garantía de lo ya existente, y, simultáneamente, también de un programa o línea de dirección para el futuro; compromisos que han de ser continuamente renovados. Lo cual vendrá a significar que actualmente Constitución, dice Dieter GRIMM, abarca a "la Sociedad y al Estado, fundidos en un crisol que da sentido a los objetivos y al carácter colectivo de la acción estatal. La Constitución encarna anhelos y

[365] Peter BADURA, citado por Luis-Quintín Villacorta Mancebo, *El pleno sometimiento a la Constitución…, op. cit.*, p. 70.

[366] Costantino MORTATI, *La costituzione materiale,* Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 54.

aspiraciones que eleva su significado público y fortalecen su valor simbólico"[367].

En fin, las constituciones de nuestro tiempo histórico–concreto, puntualiza el mismo Gustavo ZAGREBELSKY, orientan su rumbo más allá de los confines del "momento constituyente", el cual queda fundamentalmente en manos del Legislador, si bien, claro es, desde la firme seguridad del pasado, desde sus premisas, o lo que es lo mismo, de la heredad de la "experiencia histórico–constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer". Por lo cual, inclusive, podríamos hacer hincapié acerca del hecho de que pretérito y porvenir traban ligazón encaminados hacia una dirección exclusiva, y, en cuanto "valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional del pasado y, por tanto, a una constante redefinición de los principios de convivencia constitucional"[368], respecto de cuyo manejo, el jurista, tiene también una peculiar responsabilidad. Efectivamente, bien sabemos que el modelo heredado de historicidad constitucional general no es socialmente almacenado como un pasado inerte, sino que hemos de emplearlo al servicio de la continua y exigida "reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro"[369], de manera

[367] Dieter GRIMM, *Sobre la identidad del Derecho Público*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 30-31.

[368] Gustavo ZAGREBELSKY, *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005, p. 91.

[369] *Ibídem.*, p. 91. La propensión al futuro, postula Gustavo ZAGREBELSKY, "es la esencia de la constitución, y la naturaleza particular de sus normas es el mejor testimonio. Quien en nombre de los orígenes, esto es, de la fidelidad a una constitución inerte, entiende que cualquier nueva exigencia constitucional debe manifestarse no a través de renovadas respuestas a los nuevos interrogantes, sino solamente a través de reformas, con el objetivo de que se garanticen de esa manera la separación de poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia como la importancia de la duración en la vida constitucional. Es decir, desconoce la función de la constitución", "Jueces constitucionales", en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007, p. 98. Y ya expuso Rudolf SMEND, que la Constitución no es solamente norma sino también realidad integradora,

que, bajo ese vínculo necesario y permanente proceso, penetra lo moderno a través de la norma y la caracteriza. La Constitución es un orden fundamental "abierto" históricamente acuñado, evidentemente, pero orientado siempre y "susceptible de cambios en un futuro", simultáneamente expresivo de "los límites de ordenación constitucional y condición de un proceso político libre y abierto"[370]; dicho en términos similares, el dinamismo constitucional a impulsos esencialmente del pluralismo, garantiza que la Constitución "sea letra viva" con capacidad de adaptación "a las necesidades y exigencias de la vida social"[371], referidas a hora a una Sociedad hipercompleja en la cual resulta necesario y obligado conciliar diversos valores, incluso los heterogéneos y los conflictuales, garantizando su coexistencia en pacífica armonía. Por ello se apresuró nuestro Tribunal Constitucional a señalar muy pronto la forzosidad de comprender la Constitución a modo de "marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo (…) las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar es programa previo"[372]. Y completando un poco más esta jurisprudencia constitucional, también se ha atribuido la facultad al Legislador

realidad que no consiste en un momento estático y tranquilo de la vida estatal, sino en una constante y permanente renovación, y, por consiguiente, no se agota con el acto constituyente, sino que, en cierto modo, este se renueva en cada momento, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot Verlag, München–Leipzig, 1928. Igualmente, la visión de la Constitución como modelo para la Comunidad política orientado al futuro puede verse en Hans–Peter SCHNEIDER, *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 49.

[370] Hans-Peter SCHNEIDER, "Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional", en *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, AA.VV., Tecnos, Madrid, 1987, p. 75.

[371] Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, "Interpretación de la Constitución y órganos del Estado", en *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, AA.VV., Tecnos, Madrid, 1987, p. 33.

[372] STC 11/1981, de 8 de abril.

ordinario, "representante en cada momento histórico de la soberanía popular", a los efectos de establecer "una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que sean más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y el límite genérico del art. 53"[373] (contenido esencial).

Una Constitución pluralista, es de justicia reconocer, no se limita "simplemente la representación de algo ya decidido y consensuado sino territorio de pugna con lo impensado del derecho. Su interpretación no consiste en entender de forma más acabada lo que ya dice, sino en la posibilidad de provocar un viraje para que hable de otra manera", es "ante todo principio de interpelación", porque "no es norma de cierre es apertura"[374]; si bien constituye también el límite último de actuación o de esa apertura, cierre que habrá de echarse "únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos"[375]. Mientras ese choque no se produzca, en su tarea de concretización de la Constitución, el Legislador puede moverse libremente dentro de los límites máximos constitucionalmente fijados, a fin de "elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas", pues "las preferencias ideológicas y políticas son legítimas para el legislador"[376] .

El sentido normativo de la Constitución hemos de comprenderlo así prospectivamente orientado, esto es, encaminado a la apertura de vías hacia el futuro a desarrollar esencialmente por el Legislador, sin limitarse al perfeccionismo en el intento de captar y fijar el proceso histórico del

[373] STC 55/1996, de 28 de marzo.

[374] Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA, "La Constitución fundamento inquieto del Derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 55, 1999, pp. 196-197.

[375] STC 11/1981, de 8 de abril.

[376] STC 94/1998, de 4 de mayo.

presente[377], por lo que ha de adecuar permanentemente su sentido "a las circunstancias del tiempo histórico"[378].

Y, con arreglo a todo lo señalado en los párrafos previos, ha podido concluir nuestro Tribunal Constitucional por medio de una sentencia bastante reciente, que la Constitución es "«un «árbol vivo», –en expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo– que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3;

[377] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador –Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas-*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, pp. 150-153. En similares términos, Guillermo ESCOBAR ROCA, "Historia y Derechos Sociales", en *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, edición de Guillermo Escobar Roca, Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 92-93.

[378] STC 31/2010, de 28 de junio.

341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11). Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición"[379].

La Corte Suprema de Colombia muy gráficamente ha manifestado en este sentido, que las Constituciones no tienen su fin en sí mismas, por cuanto constituyen instrumentos para la realización de los valores que una comunidad considera estimables; de este modo, planteada una cuestión de constitucionalidad, el problema suscitado no es exclusivamente de formalidad legal, de validez lógica, sino esencialmente de justicia, de equidad, pues las normas jurídicas solo existen y sirven, en tanto permitan hacer vivos esos valores. De pretender realmente vivificar la Constitución, ello exige entender que la misma no solo está conformada por las normas positivas a cuyo través se expresa, sino asimismo por los principios implícitos en las mismas y por los valores enunciados como objetivo de su preceptiva; estas son instancias supra, aunque no extra constitucionales, a las cuales es necesario referir toda interpretación y explicación de las normas positivas, por lo que su

[379] STC 198/2012, de 6 de noviembre.

desconocimiento debe acarrear invalidez, inconstitucionalidad, pues todo lo contrario a Derecho, así como a un control de constitucionalidad que carezca de este enfoque, es incompleto y carece de eficacia[380].

1.3.5. Constitución del Estado Social, y rasgos básicos de la legislación concretizante de desarrollo.

Las constituciones del Estado Social también lo son del Estado Democrático, y Democracia es precisamente el conjunto de Derechos pertenecientes al ciudadano y ejercitados por este, completados por sus correspondientes deberes. Es un modo de relacionarse con los otros y con el poder, como fundamentos de la vida cotidiana, lo que constituye o construye una comunidad; pero es muy importante, como señala Gustavo ZAGREBELSKY, hablar de ejercicio, porque la Democracia no viene establecida y proyectada de una vez para todas y programada por los valores constitucionales: es una realidad viva, en continua transformación que se nutre sí de esos valores, pero que son continuamente actualizados a través de concretizaciones temporales, de ahí la importancia adquirida por la legislación de desarrollo de ese orden supremo de valores constitucionales[381]. Consecuentemente, sin perjuicio de que prosiga la organización del poder público y el elenco de Derechos y Libertades liberales –interpretados de conformidad con la teleología del Estado Social–, comparten estos el mismo espacio constitucional con los Derechos de la segunda generación, en cuanto verdaderos principios objetivos de la vida político–social, permitiendo o imponiendo intervenciones económicas, a la vez que modelando y remodelando instituciones públicas o privadas; teniendo en cuenta, desde luego, el

[380] Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia núm. 51, de 19 de mayo de 1988.

[381] Para esta concepción de la democracia vertida en el texto, puede verse en Gustavo ZAGREBELSKY–Giorgio NAPOLITANO, de entre la numerosas obras del primero, su reciente, *L' esercizio della democrazia*, Codice Edizioni, Torino, 2016.

cambio de significado de los Derechos Fundamental, convertidos ahora en principios estructurales básicos y directrices esenciales de la acción del Estado. Su ámbito de protección y configuración del orden social, adquiere concretización a partir de la toma en consideración de las "condiciones sociales dadas y, por consiguiente, un cambio de esas condiciones no puede quedar sin consecuencias respecto a ese ámbito de protección"[382].

De la concepción y caracteres de la Constitución brevemente descritos más arriba, dimana el condicionamiento e importancia de la legislación de desarrollo constitucional, que ha de ser de carácter promocional, y obligada a desmarcarse de la versión totalizante mono–sistema de las antiguas codificaciones decimonónicas, encarada la sistematización y redacción de estas a modo de auténticas constituciones de Derecho Privado[383]. La concepción liberal de la Ley caracterizada por las notas de generalidad y abstracción, de vigencia inicialmente indefinida y aplicable a todos los casos, tenía como fundamento, tal como se ha señalado[7], dos ideas esenciales relacionadas con la concepción del Estado de la época y la presunción de racionalidad; pero en el nuevo escenario del Estado Social la nueva legislación forzosamente debería ser distinta, ya no era suficiente que el Estado respetara y acatara la Ley, y que esta garantizara la certeza y seguridad precisadas para el desenvolvimiento del tráfico jurídico, tanto o más importante iba a ser el alcanzar a su través una mayor igualdad sustancial[384]. Tala modulación

[382] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho…, op. cit.*, p. 155.

[383] Regulaban así, las relaciones intersubjetivas inmunes a las intervenciones del Estado, y eran constitutivos de una especie de barrera frente a intervenciones estatales, principalmente en el área económica, regida por la autonomía privada y por la concepción individualista de la propiedad, teniendo naturalmente, como punto común, el tratarse de una concepción legalista y escritural del Derecho, Nelson SALDANHA, "Conceituações do Direito: tendencia privatizante e tendencia publicitante", en *Revista de Direito Público*, Vol. 81, 1987, p. 78.

[384] Manuel GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, *Las transformaciones del Estado…, op. cit.*, p. 62.

jurídica, implicará una decidida una intervención estatal a través de la legislación, lo que se implementó por medio de instituciones como el principio de legalidad material o la reserva de Ley: el Estado Social de Derecho supuso una explosión normativa de diversa naturaleza hasta llegar a admitirse la licitud constitucional de leyes singulares o de caso único, destinadas a la resolución de problemas específicos[385].

A su vez, adquiere la propia legislación estructura fragmentaria (e incluso, frecuentemente, lenguaje sectorial, fijando objetivos a alcanzar), constituida por leyes de "tramos", en consonancia a un polisistema legislativo de carácter estatutario, adoptándose microsistemas que gravitan al lado de los códigos[386]. Es decir, ahora es estimada "extravagante" la vieja filosofía legiferante inspiradora de las referidas codificaciones, que, representando en el pasado histórico el punto central del ordenamiento jurídico–privado, pretendían disciplinar la totalidad de las relaciones jurídicas del sujeto abstracto bajo la égida del principio de autonomía de la voluntad[387]. Esos microsistemas legislativos y la correspondiente desintegración del bloque normativo de Derecho Privado, se inscriben en el fenómeno de la descodificación, que supone la retirada de tales cuerpos legislativos de materias enteras, y está umbilicalmente unido al tratamiento constitucional de los institutos más relevantes de Derecho Privado, parte de cuya regulación legal pretende la concretización de principios y valores constitucionales, estableciendo una

[385] *Ibídem...*, p. 62.

[386] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador...*, *op. cit.*, pp. 150 y ss. Asimismo, en términos similares, Eugênio FACCHINI NETO, "Reflexões histórico–evolutivas...", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 46.

[387] Eugênio FACCHINI NETO, *ibídem...*, pp. 46 y 51, para quien hemos pasado a un polisistema o plurisistema, característico de la "era de los estatutos".

nueva *ratio* para la regularización jurídica de determinadas relaciones de naturaleza privada[388].

Una de las tareas primordiales de la Constitución es la de edificar normativamente la organización estatal, o sea, la determinación vinculante de competencias, formas y procesos del ejercicio del poder, y conexionada con esta función, se asimila la de racionalización y límite de los poderes públicos constituidos, quienes, en virtud del principio de constitucionalidad, quedan todos ellos sometidos a la Constitución (artículo 9.1 de la C.E.), incluido el Legislador, quien ve ahora sometidos sus actos y la producción de sus normas a control de constitucionalidad[389]. El Tribunal Constitucional español ha dejado claramente sentado al efecto, que le corresponde a él, dado su carácter de "intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidos por aquél"[390]. A esto hemos de añadir, de conformidad con lo apuntado también más arriba, que la Constitución como Ley fundamental de la *res publica* constituida, tiende a reflejar la interdependencia del Estado y de la Sociedad, siendo simultáneamente una Constitución estatal y una Constitución social, pues el constitucionalismo contemporáneo ha transformado a la *Norma*

[388] Natalino IRTI, *L`età della decodificazione*, 4ª ed., Dott. Antonino Giuffè, Milano, 1999, *passim.*

[389] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador…, op. cit.*, pp. 150-153. Conforme expresa Luigi FERRAJOLI, se ha producido la afirmación del principio de estricta legalidad o de legalidad sustancial, esto es, el sometimiento "también de la ley a vínculos ya no solo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones", *Los fundamentos de los derechos…", op. cit.*, p. 53.

[390] STC 76/1983, de 5 de agosto.

Normarum en "el ordenamiento jurídico fundamental de la Sociedad, y no solo del Estado"[391].

El resultado, ya lo hemos venido enunciando, una vez emulsionada la rígida separación delineada por la doctrina liberal entre Estado y Sociedad, arroja a favor del primero un aumento de sus competencias de intervención, con la finalidad, básicamente, de ser un actor fuerte en orden al control del proceso económico, con deliberado objeto de detraer recursos capaces de financiar sus programas de acción y distribución social. Pero, al propio tiempo, y desde este último ámbito social, el propio principio democrático ha favorecido una dinámica, sobre manera en los últimos decenios, al cabo de la cual, no solo disponemos de una gruesa Administración Pública dotada de amplios poderes como elemento de configuración de la acción estatal, sino que han proliferado organizaciones y corporaciones sociales participantes, asimismo hemos reflejado, de manera intensa, en el aludido proceso de configuración de la acción desenvuelta por los poderes públicos.

Estas propiedades claramente direccionan hacia el papel activamente conformador de la Constitución como norma y tarea permanente a desenvolver fundamentalmente por el Legislador en primer lugar: el modelo social subyacente al complejo normativo–constitucional (cualquiera que sea el tipo democrático de sistema político–económico elegido) debe tornarse transparente y solidario. Lo anterior presupone una dimensión mixta, "constitucional–constituyente", de orden político y programa de acción, a desarrollar legislativamente para una "comunidad abierta, también en las formas mediatizadas más finas del proceso público–pluralista de la política y la praxis diaria, especialmente en la

[391] Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito…, op. cit.*, p. 603. En idénticos términos de "programa normativo del Estado y de la sociedad" hablará José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador…, op. cit.*, p. 165.

realización de los derechos fundamentales"[392]. Pronto Tribunal Constitucional español mostró su inclinación hacia esa dirección, con motivo de la sentencia sobre el Derecho de huelga, pues en el momento de proceder a establecer su concepto con carácter general, dentro del contexto de nuestro sistema jurídico, sostuvo de modo expreso que el Derecho había sido introducido por el texto constitucional español "como un elemento de realización de la *democracia social y* del principio de igualdad", y, con base en ello, al ser esa la teleología del constituyente, desde un punto de vista político, ello debería conducir a la aceptación de una concepción más amplia y generosa del derecho de huelga que la mantenida por el Legislador. Si bien, por tratarse manifestación de tal opción política legislativa, siempre que se mantenga dentro de los límites constitucionales, resulta incontrolable desde un punto de vista jurídico por parte del Tribunal Constitucional, el único que legítimamente puede llevar a cabo. Fijada esta postura respetuosa de autocontrol, a cargo del Tribunal Constitucional, analizaría de manera más precisa la configuración realizada por el constituyente acerca del Derecho de huelga, pasando a definirla como un Derecho constitucional de naturaleza subjetiva, caracteres ambos extraídos en conexión inmediata con el principio de Estado Social, principio que, "entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se encuentra el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado Social no puede

[392] Peter HÄBERLE, *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996, p. 33.

excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales"[393].

Luego, en muy diversas oportunidades ha señalado que el deber de protección derivado "de los derechos fundamentales se proyecta en primer término y señaladamente sobre el legislativo, ya que, al recibir de ellos "impulsos y líneas directivas" encauzadores de su actividad legiferante (STC 53/1985, fundamento jurídico 4.), ha de encargarse de conformar *ab initio todos* los sectores del ordenamiento en consonancia con los mismos", pero, sin hacer abstracción o "infravalorar el alcance de esta obligación cuando se impone a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva (art. 117.3 C.E.)[394].

De la trascendente significación adquirida por los Derechos Fundamentales en el orden constitucional, deduce también nuestro Tribunal Constitucional la facultad de imposición a los poderes públicos "del deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivizados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que repute a tal fin necesarias"[395]. Por consiguiente, viene reconocido al Legislador un margen suficientemente ancho para el desarrollo de su tarea concretizante de los Derechos Fundamentales, pues, desde el respeto de los valores y principios constitucionales, puede optar por muy variadas soluciones atendiendo a criterios exclusivamente políticos, y dependiendo de cuál sea la orientación de la mayoría parlamentaria que aprueba la ley correspondiente, con lo cual, ha de admitirse la legitimidad de opciones legislativas plurales a los efectos de regular cada materia, no

[393] STC 11/1981, de 8 de abril.

[394] ATC 382/1996, de 18 de diciembre.

[395] STC 129/1989, de 17 de julio.

correspondiendo "al Tribunal Constitucional enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles (entre otras muchas STC 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5), puesto que debemos respetar las opciones legislativas siempre que las mismas se ajusten al texto constitucional"[396].

Lo más expresivo de esta evolución, es pues, la dinámica de cambio seguido por el conjunto de Derechos Fundamentales en su afirmación histórica y procesual, tendente a garantizador la libertad humana (también a esto se puede llamar historicidad) atendiendo a un doble sentido: a) positivo, respecto de su realización efectiva y apertura de nuevos horizontes; b) negativo, de prevención o eliminación de los ataques sufridos por la misma.

1.3.6. Transformaciones esenciales afectantes a los Derechos Fundamentales con la llegada del tipo histórico Estado–Social.

1.3.6.1. La garantía de la libertad material, y formal, en particular al servicio del libre desarrollo de la personalidad: a tal fin asimismo, el Derecho Público (Constitucional) adquiere la primacía.

Evidentemente, un proceso social transformador del calado del descrito, era incuestionable que iba a influenciar de forma decisiva en el componente de los Derechos Fundamentales y del Derecho Público con carácter general, ajustadamente a la proporción en cual hace sobresalir la garantía de la igualdad material para el escenario de las relaciones ciudadano–Estado.

De entrada, el Derecho Público adquiere primacía incuestionable sobre el Derecho Privado, claro está, no solo por la paulatina restricción que en el ámbito de este último experimenta el principio de autonomía de la voluntad de los particulares, más bien, la verdadera limitación

[396] STC 198/2012, de 6 de noviembre.

proviene principalmente de la concretización de los principios constitucionales de Dignidad de la persona humana y de solidaridad social[397], modelados precisamente a través del orden de valores supremo integrante del contenido material de los Derechos Fundamentales. En este sentido, el principio estructural del Estado Social, expresaría Hans F. ZACHER, revela su eficacia, entre otros momentos, a través del mandato de actuar dirigido a los órganos del Estado con objeto de que la acción de los poderes públicos vaya orientada hacia la desaparición de los antagonismos y las desigualdades socioeconómicas, lo cual, devendrá una tarea encaminada a contrarrestar las carencias de Derechos Fundamentales generadas en y por la Sociedad[398]. Por eso estuvo en condiciones de afirmar previamente Gerhard LEIBHOLZ, que la igualdad material hace libres a quienes la libertad formal del Estado Liberal burgués, paradójicamente, hiciera súbditos[399].

Paradigmático resulta en esta dirección el artículo 9.2 de nuestra vigente Constitución, dada su naturaleza de mandato imperativo dirigido a todos los poderes públicos, con la finalidad de que encaminen sus actuaciones al logro de la libertad e igualdad reales y efectivas, propias de un Estado autocalificado como Social, y a realizar materialmente por los citados poderes; lo que evidentemente deberá orientar toda concretización de la normas iusfundamentales. Entre otros momentos, en una sentencia de mayo de 1982, nuestro Tribunal Constitucional señala que el principio de Estado social y democrático de Derecho recogido por

[397] Eugênio FACCHINI NETO, "Reflexões histórico–evolutivas…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 46.

[398] Hans F. ZACHER, "Das soziale Staatsziel", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, Band. II, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1994, pp. 659 y ss.

[399] Gerhard LEIBHOLZ, "Die freiheitliche und egalitäre Komponente im modernen Parteienstaat", en *Führung und Bildung in der Heutigen Welt. Festschrift für Ministerpräsident Kurt Georg Kiesinger. Hrsg. zu seinem 60. Geburtstag am 6. April 1964*, edición de Karl Heinrich Lübke / Theodor Heuss / Ludwig Erhard / Konrad Adenauer, Deutsche Verlags–Anstalt, Stuttgart, 1964, pp. 258 y ss.

el artículo 1.1 de la C.E., desarrolla potencialidad informadora sobre "una serie de disposiciones como el mandato del artículo 9.2 (...) y el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, cuyo «reconocimiento, respeto y protección» informarán «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», según dice el art. 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes (...) Entre tales principios se encuentra el del art. 50, que ordena a los poderes públicos garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, «la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad», y que debe considerarse criterio de interpretación preferente en el presente caso. El principio de igualdad ha de interpretarse, por tanto, en el sentido más favorable a la realización de este objetivo [de suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad], lo que significa un especial rigor a la hora de considerar justificada una desigualdad en este terreno»"[400].

Y, si constatada la carencia de igualdad tampoco existe libertad material, real, el Tribunal Constitucional español interpretó en el año 1983, incluso la aceptación para determinados supuestos de un mínimo de desigualdad formal si ello beneficia la igualdad material, por las propias exigencias de un Estado Democrático y Social, justificantes de determinadas desigualdades contenidas en el Derecho Laboral respecto de empresarios y trabajadores a partir del principio estructural del Estado Social: "Estas ideas encuentran expresa consagración en el artículo 9.2 de la CE cuando impone a los poderes públicos la obligación de <promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas>,

[400] STC 19/1982, de 5 de mayo.

pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de derecho, por lo que, en definitiva, se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador"[401].

En fin, también ha buscado apoyo el Tribunal Constitucional español arrancando del artículo 9.2 de la C.E. para orientar la igualdad material, al juzgar constituye un mandado vinculante para toda acción desarrollada por "los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social"[402], e incide y modula lo dispuesto por artículo 14 de la C.E., de tal modo que impide la posibilidad de reputar "discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial"[403].

La teoría de los Derechos Fundamentales propia del Estado Social de Derecho, parte así de la constatación acerca de que la garantía jurídica abstracta de las Libertades, va a resultarnos insuficiente para asegurar, en la inmensa mayoría de los casos, una libertad material y efectiva para todos los ciudadanos[404]. Surgirían entonces nuevas

[401] STC 3/1983, de 25 de enero, y 14/1983, de 28 de febrero.

[402] STC 39/1986, de 31 de marzo.

[403] 216/1991, de 14 de noviembre.

[404] Wolfgang RÜFNER, "Leistungsrechte", en *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, edición de Detlef Merten / Hans–Jürgen Papier, Band. II, C.F. Müller

perspectivas cara a la comprensión de los Derechos Fundamentales, "provocadas por el cambio, presente y futuro, de las condiciones de la libertad humana"[405]. Destapada la ficción conforme a la cual era vinculado el disfrute de la Libertad en la esfera social a la positivización del principio de igualdad jurídico–formal, la función de la primera se centrará ahora con objeto de superar la dicotomía existente entre la libertad–igualdad formal y la libertad–igualdad material; y al mismo tiempo implica la penetración en el Derecho Constitucional positivo de una racionalidad axiológica y sustantiva[406]. Si pretendemos la no permanencia de la cláusula jurídica del Estado Social reducida a una simple fórmula vacía de contenido, quiere ello decir que este tipo histórico de Estado desautoriza una organización social de la cual nos sea posible eliminar el mandato de igualdad real[407]. Porque, a diferencia del viejo y desigualitario Estado Liberal, el Estado Social de Derecho –material– no está inicialmente orientado hacia la consecución de la libertad, sino más bien al logro de la igualdad sustancial (material)[408]. De esta suerte, la libertad del individuo no es tan solo, actualmente, una cuestión del "ser humano frente a las intervenciones estatales", de ahí que la conformación libre y autónoma de la vida dependa, en gran medida, de condiciones materiales solo parcialmente disponibles a cargo del individuo, y, para buena parte de las ocasiones, ni siquiera eso.

Verlag, Heidelberg, 2006, pp. 695-696. Asimismo, Andreas HARATSCH, *Die Geschichte der Menschenrechte*, 4ª ed., Universitätsverlag Potsdam, Postdam, 2012, pp. 52 y ss.

[405] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho…, op. cit.*, p. 152.

[406] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas para la construcción de…*", loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 268-269.

[407] BVerfGE 12, 354, 367, citada por Luis VILLACORTA MANCEBO, *Principio de igualdad y Estado. Apuntes para una relación sistemática*, SPUC, Santander, 2006, p. 97.

[408] Luis VILLACORTA MANCEBO, *Principio de igualdad y Estado…, op. cit.*, especialmente pp. 93 y ss.

Producir y mantener estas situaciones es, en esencia, una tarea inherente al Estado[409], vale resumir, un cometido que ha de esforzarse por realizar, mediante la asignación de la máxima efectividad de los Derechos Fundamentales, a modo de presupuesto indispensable para la existencia de una libertad real[410]. Por consiguiente, si las Libertades fundamentales han de ser, actualmente, bastante más y algo distinto de "libertades sin probabilidad de realización, su contenido viene a suponer también algo más que una simple veda contra las intervenciones del Estado: deben consistir en derechos a prestaciones sociales"[411].

Desde luego, toda vez asumen numerosas y nuevas responsabilidades, los poderes estatales obligatoriamente involucran su modo de acción, incluido el Poder legislativo, como injerencias enérgicas cara a la ordenación de las relaciones sociales. Ordenación social a ajustar, en la mayor medida posible, al orden objetivo de valores supremos establecido por la Constitución normativa, de la que son parte, y fundamento último de validez de todas las restantes normas del ordenamiento[412].

---

[409] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho…, op. cit.*, p. 152.

[410] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 95.

[411] Hans–Peter SCHNEIDER, *Democracia y…, op. cit.*, p. 144.

[412] Expresa Luigi FERRAJOLI el cambio de paradigma producido, lo que obliga a reformular radicalmente la concepción de la democracia que ya no podrá ser definida en términos puramente formales y procedimentales, esto es, como conjunto de reglas de quién decide (el pueblo) y a través de qué procedimientos se decide (la regla de la mayoría), sino que debe incluir también una referencia a la dimensión sustantiva, o dicho en otros términos, a la indagación de qué cosa es lo que se decide. Y advierte, asimismo, acerca de que no cabe la adopción de decisiones que vayan en contra de la Constitución, y que existe, de facto, una "esfera de lo indecidible", vale decir, sustraída a la discreción de las mayorías, que delimita, de una parte, aquello sobre lo que "no se puede decidir", concretamente, sobre los derechos de libertad amparados por prohibiciones de lesión, y, de otra parte, aquello sobre lo que "no se puede no decidir", en otras palabras, sobre los derechos sociales a los que corresponden obligaciones de prestación a cargo de los poderes públicos, *Los fundamentos de los derechos…, op. cit.*, p. 18.

Porque, efectivamente, a partir de una realidad socio–política por completo diferente y de muy superior complejidad, es donde consiguientemente va a surgir un sistema de Derechos Fundamentales más complejo, diferenciado y trascendente para el ciudadano, llegando al extremo de incorporar artículos como el 10.1 de la Constitución española, que hace de los preceptos constitucionales iusfundamentales uno de los fundamentos "del orden político y de la paz social", además de recordar su carácter inviolable. Disposición normativa, referente a la cual, adicionalmente al reconocimiento expreso de la doble dimensión de los Derechos Fundamentales, ha de hacerse notar que garantiza asimismo la libertad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad, lo cual comporta, atendido sea un sentido más concreto, la posibilidad de elegir fines y medios para llevar a cabo la autodeterminación personal que es ahora el fin en sí mismo y no la autonomía privada o medio al servicio del fin; e igualmente compromete la asunción de las consecuencias del éxito o fracaso de su ejercicio natural, esto es, también implica la responsabilidad individual[413].

De este modo, a tenor de lo formulado más arriba, se llega a la inversión de la jerarquía jurídica liberal, y el Derecho Público sitúa ahora su posición por encima del Derecho Privado. Con lo cual, de acuerdo con lo recordado por Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, lo que para el constituyente español significaba la definición de nuestro Estado como Social (artículo 1.1 de la C.E.), lo hallamos "explicitado formalmente" por medio del artículo 9.2 de la propia Constitución, que contiene el principio de promoción de la igualdad efectiva de los individuos y de los grupos en los que este se integra, y de conformidad con el cual, el citado poder originario ha prescrito más explícitamente que "corresponde a los

[413] Thomas VESTING, "Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 21.

poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"[414]. Precepto, el del 9.2, respecto del cual, entre otras referencias que vamos a hacer más adelante, ha sostenido el Tribunal Constitucional que, como consideración de principio, puede incluso imponer la producción "de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia Norma Fundamental"[415].

Así las cosas, el Tribunal Constitucional español ha echado mano del artículo 9.2 de la C.E. a fin postular la igualdad sustancial, y para ello ha arrancado afirmando "que «la igualdad que el artículo 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico -inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho- no solo se traduce en la de carácter formal contemplada en el artículo 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el artículo 9.2, que »obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva» (STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5). Dicho de otro modo, el artículo 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible

[414] Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho…, op. cit.*, p. 228.

[415] STC 19/1988, de 16 de febrero.

la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material. La incorporación de esa perspectiva es propia de la caracterización del Estado como social y democrático de Derecho con la que se abre el articulado de nuestra Constitución y que trasciende a todo el orden jurídico (STC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 4). Una caracterización a la que se debe reconocer pleno sentido y virtualidad en la interpretación del alcance de los diversos preceptos constitucionales, habida cuenta de que, como hemos afirmado, «la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su artículo 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles» (STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3)"[416].

Lo previo señalado implica de nuevo, a mayor abundamiento, la superación de la concepción tradicional de los Derechos Fundamentales frente al Estado, correspondiendo al Legislador la promoción activa de las Libertades Públicas de modo general, sin perjuicio de la tutela específica que incumbe al poder judicial, extrayéndose como primera consecuencia la de que el Legislador viene compelido "a instrumentar cauces técnicos necesarios para hacer eficaces los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares"[417]. Y, adicionalmente, el artículo 40.2 de la *Norma Normarum* española, responsabiliza a los poderes públicos de la

[416] STC 12/2008, de 29 de enero.

[417] Antonio–Luis MARTÍNEZ–PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86.

promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico, la distribución equitativa de la renta y el pleno empleo.

1.3.6.2. El Estado Social y la irreversibilidad de las conquistas sociales adquiridas: algunas referencias asimismo a la "jurisprudencia constitucional dictada durante la crisis".

En una sentencia del año 1982, nuestro Tribunal Constitucional, después de reconocer la falta aún de un análisis "abstracto y general", declararía la obligación de comprender "que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas"[418]. Por lo tanto, si bien es abundante la jurisprudencia encargada de recordar el amplio margen de actuación a disposición del Legislador en orden a restringir, revisar e incluso suprimir beneficios sociales legalmente reconocidos en desarrollo de los Derechos sociales constitucionalizados, en sentencias como la citada prontamente dictada, llama su atención para recordarle que su facultad de disposición no tiene carácter ilimitado, y, de modo particular, le exige para poder privar a los trabajadores de conquistas sociales logradas, la existencia de razones suficientes, lo cual ha sido interpretado en el sentido de que la restricción venga impuesta por razonables motivos económicos y presupuestarios, alejada de cualquier tacha de arbitrariedad o discriminación, y sea asimismo adoptada conforme a parámetros de proporcionalidad. Incluso con carácter previo, había enfatizado el Tribunal que la defensa a ultranza de los derechos adquiridos ni casaba con la filosofía de la Constitución ni respondía a exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo 1.1 de la C.E.[419].

[418] STC 81/1982, de 21 de diciembre.

[419] STC 27/1981, de 20 de julio; jurisprudencia reiterada, entre otras, por la STC 222/1992, de 11 de diciembre.

De todas formas, en otros pasajes de la misma sentencia precitada de 1982, halla apoyo para encontrar la respuesta a partir del propio artículo 9.2, por su "amplitud de contenido" y potencialidad interpretativa, estableciendo las correspondientes concordancias prácticas, y al cual ha calificado, como hemos visto, de "mandato de sustantivación de la igualdad formal"[420], para mantener en situaciones de normalidad la irreversibilidad de conquistas sociales previamente adquiridas, mediante el mecanismo a utilizar para el restablecimiento de la igualdad, "pues, como ya expusimos más arriba, puede privarse a la

[420] Precepto que, al margen de cuantas matizaciones quieran hacerse, supone básicamente una recepción normativa del artículo 3.2 de la Constitución italiana, sobre el que vamos a realizar un pequeño bosquejo. Así, la doctrina constitucional ha sido bastante pacífica respecto a su naturaleza y alcance. De este modo, ha venido considerando que si bien el artículo 3.1, al afirmar la igualdad de todos los ciudadanos frente a la Ley, asumía la clásica formulación del principio de igualdad desde un plano formal, el número 2, contenía un mandato dirigido esencialmente al Legislador (y generalmente mediante la imputación de recursos económicos) objeto de su implicación activa orientada a una pluralidad de direcciones, con la finalidad de ir eliminando las desigualdades de hecho. Asimismo, ha entendido que el precepto, recibe concreciones y se complementa mediante otras disposiciones constitucionales reguladoras de Derechos sociales: derechos de los trabajadores, previsión social, derecho a la salud; derecho a la educación. Ahora bien, destacada esta general coincidencia, buena parte de la doctrina constitucional italiana, se muestra bastante insatisfecha relativo a las potencialidades que hubiera cabido esperar del artículo 3.2 C.I., porque, al margen de algún pronunciamiento con fundamento en él de superior tonalidad, con carácter general, considera ha venido desempeñando una función meramente instrumental respecto del artículo 3.1 de la Constitución, así resumía Manlio MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2ª ed., Vol. 2, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 58. No obstante, hay sentencias de la Corte Costituzionale en las que se subraya el vínculo entre el principio de solidaridad establecido por el artículo 2 de la Constitución, y el principio de igualdad material del artículo 3.2 de la C.I., caso, por ejemplo, de la sentencia núm. 155/2002. Y, entre otras, asimismo ha sido objeto de comprensión como garante de la igualdad material, para lo que citamos por todas, la reciente la sentencia de la Corte, núm. 10 de 2016, donde puede leerse: "El art. 3 de la Constitución ha sido objeto de una infracción en su vertiente de la violación del principio de igualdad material que causa un perjuicio evidente al disfrute de derechos debido a la falta de funcionamiento de los servicios en cuestión. Dicho perfil de garantía presenta un carácter fundamental en la tabla de valores constitucionales"; cuyo contenido subraya la potencialidad expansiva del mandato de igualdad material contenido en el precepto, y al cual otorga además del desempeño de otras funciones, la de actuar como un límite insoslayable que ninguna actuación legislativa debe franquear, mediante intentos de disminuir las prestaciones necesarias para la satisfacción de los Derechos sociales. El parámetro constitucional derivado, ha sido aplicado bajo diversos perfiles conceptuales: igualdad en sentido estricto, racionalidad y coherencia, proporcionalidad y solidaridad.

mujer de la condición privilegiada que en un momento anterior se le concedió o puede ampliarse el contenido de los derechos del varón para que llegue a poseer el mismo alcance. Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los arts. 9.2 y 35 de la Constitución de promover la condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores"[421].

[421] STC 81/1982, de 21 de diciembre; reiterada jurisprudencia, entre otras, por la STC 98/1983, de 15 de noviembre.

Jurisprudencia matizada en materia de pensiones, cierto es, por medio de la STC 134/1987, de 21 de julio, de la cual estimamos oportuno, extractar un amplio párrafo: "El TCT cuestiona desde este punto de vista, tanto el tope inicial de las pensiones como la no actualización de las superiores a ese tope ya causadas. Según el TCT, el art. 51 de la Ley 44/1983 seria contrario al principio de «irregresividad» de la Seguridad Social que, en su opinión, consagra nuestra Norma suprema e incluso Convenios internacionales como la Carta Social Europea. Para resolver los casos planteados no es necesario entrar a discutir en un plano abstracto y general el significado de ese principio ni en qué medida podría considerarse incorporado a nuestra Constitución. Si se prescinde de formulaciones genéricas, lo que resulta del Texto constitucional es fundamentalmente lo que recogen sus arts. 41 y 50 antes citados. El primero de esos preceptos garantiza, en lo que aquí interesa, el mantenimiento por los Poderes Públicos de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones suficientes para situaciones de necesidad. El segundo establece que los Poderes Públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica a los ciudadanos de la tercera edad. De ninguno de estos preceptos puede deducirse, como parece hacer el TCT, que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual. El art. 41, aparte de garantizar un régimen de Seguridad Social pública, asegura la cobertura suficiente para situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (...) Respecto al art. 50, el concepto de «pensión adecuada» no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe

Enjuiciando así el artículo 41 de la C.E., declararía el Tribunal Constitucional, la imposición de una obligación a los poderes públicos por medio de la cual habrán de proceder al establecimiento o mantenimiento de un sistema de protección homologable a los rasgos técnicos propios "de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador (STC 32/1981, fundamento jurídico 3º), de tal suerte que ha de ser preservado "en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar" (STC 26/1987, fundamento jurídico 4º, y 76/1988, fundamento jurídico 4º)"; precepto constitucional

tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. Lo mismo cabe decir de la garantía de actualización periódica, que no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones. Esa valoración, con independencia de que se estime más o menos acertada en cada caso, no puede prescindir del deber de solidaridad entre todos los ciudadanos y, en el supuesto que nos ocupa, debe recordarse una vez más que las pensiones limitadas se encuentran entre las más altas de las que reconoce nuestro sistema de Seguridad Social. Ni cabe aducir, que, dado que esas pensiones proporcionalmente altas son pocas, su limitación tiene poca influencia en las finanzas públicas y en poco o nada beneficia a los pensionistas más modestos. Tal razonamiento supone, con su simple enunciado, la negación misma del principio de solidaridad, una de cuyas exigencias esenciales es, precisamente, el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios. Así, ciertas declaraciones constitucionales, como el de ser España un Estado social y democrático de Derecho que propugna entre otros valores superiores de su ordenamiento la justicia (art. 1.1) o el deber de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (art. 40.1), lejos de apoyar las tesis sustentadas por el TCT pueden ser invocados precisamente en su contra cuando se mantienen y actualizan las pensiones más bajas y se limitan las más altas en atención, como se ha dicho, a los recursos limitados que a todos ellos pueden dedicarse".

garante de un núcleo de opciones constitucionales que operan a modo de auténtico límite para el Legislador a la hora de concretizar su contenido[422]. Asimismo, rechazaría la obligatoriedad de un sistema de prestaciones exclusivamente basado en el equilibrio cuota-prestación, recordando cómo ya había señalado previamente "(STC 103/1983, de 22 de noviembre), la Seguridad Social se ha convertido en una función del Estado (fundamento jurídico 3.°) (…) el mandato contenido en el art. 41 de la Constitución dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias (fundamento jurídico 4.°) (…) El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que éste se configure como un régimen legal, en que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados (…) por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca (…) La Constitución, pues, establece como finalidad de la Seguridad Social la reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad, mediante asistencia o prestaciones sociales suficientes, suficiencia que se predica también específicamente de las pensiones (art. 50), situaciones que habrán de ser determinadas y apreciadas, sin duda, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las

[422] STC 37/1994, de 10 de febrero.

necesidades del momento"; reconoce, pues, la libertad de disponibilidad del Legislador con la finalidad de modular la acción protectora del sistema, atendiendo a las "circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel"[423].

En el mismo año 1987, una nueva interpretación de los artículos 41 y 50 de la C.E., recordaría la obligatoriedad para los poderes públicos de configurar el sistema de seguridad social más adecuado, al objeto de alcanzar los fines constitucionalmente previstos dentro de las posibilidades realmente existentes[424], pero sin llegar a pronunciarse sobre la cuestión de la irreversibilidad de las conquistas sociales que pudieran eventualmente derivarse en relación a la cuestión.

E, insistiendo sobre la exégesis del artículo 41 de la C.E., en similar línea, dirá nuestro Tribunal Constitucional, el precepto implica para el Legislador la regulación a fin de restablecer, previa valoración de las necesidades sociales, el nivel y las condiciones de las prestaciones a satisfacer, teniendo en cuenta las necesidades del momento, vale decir, le corresponde como tarea la determinación del "grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales y articular técnicamente los sistemas de protección destinados a su cobertura, estableciendo, en particular y por lo que se refiere al caso ahora analizado, el efecto que, para el mantenimiento del derecho a una prestación asistencial como el subsidio por desempleo, deba atribuirse a

[423] STC 65/1987, de 21 de mayo; jurisprudencia repetida, básicamente, por la STC 37/1994, de 10 de febrero (donde dice que su garantía no es equivale al mantenimiento incólume del régimen establecido), y por la STC 128/2009, de 1 de junio. En la sentencia de 1987, calificaría a la Seguridad social como una garantía institucional establecida por la Constitución. Calificación esta última que vuelve a realizar por medio de la STC 37/1994, de 10 de febrero, según la cual, el derecho a la seguridad social del artículo 41 de la C.E. establece "en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga imprescindible para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible para el legislador, de tal suerte que ha de ser preservado en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar".

[424] STC 189/1987, de 24 de noviembre.

la obtención por el perceptor de rentas en cuantía superior a un límite establecido con base, precisamente, en criterios vinculados a la definición misma del estado de necesidad", atendiendo siempre a las "circunstancias económicas" y valorando la disponibilidad económico del momento, de carácter imperativo "para la propia viabilidad y eficacia" del Derecho reconocido[425]. Las medidas regresivas no son imposibles de adoptar con carácter absoluto a través de leyes como la de presupuestos, ahora bien, la misma jurisprudencia constitucional ha impuesto, al objeto de salvar la legitimidad de las mismas, que la pertinente medida debe suponer una reducción de gastos o guardar relación directa con la habilitaciones de gastos o con los criterios de política económica general en los cuales los presupuestos hallan su fundamento[426]; sin embargo, no son posible para los supuestos que impliquen regresión pero afecten a derechos carentes de las características previas.

En el año 1989, señalaría que los valores constitucionales justificativos de "la inembargabilidad (…) se encuentran en el respeto a la dignidad humana, configurado como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social en el art. 10.1 de la Constitución al cual repugna (…) que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores éstos que, unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de Seguridad Social, están constitucionalmente consagrados en los arts. 39, 41, 43 y 47 de la Constitución, y obligan a los poderes públicos, no solo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción

[425] SSTC 65/1987, de 21 de mayo; 65/1990, de 5 de abril.

[426] STC 74/2011, de 19 de mayo.

normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, a cuyo fin resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna", dicho lo cual acerca de la legitimidad de la inembargabilidad de bienes y derechos, consideraría necesario el examen de la norma cuestionada en el caso, al efecto de verificar si cumplía la regla de proporcionalidad "de los sacrificios, de obligada observancia en toda limitación de un derecho fundamental (SSTC 26/1981 y 37/1989)", a cuyos efectos era necesario su desenvolvimiento dentro de "los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios y no los sobrepasen de manera tal que se extienda su inmunidad frente a la acción ejecutiva de los acreedores en cuantía que resulte excedente a ese mínimo vital, pues en este caso se estará sacrificando el derecho fundamental de los acreedores a hacer efectivo el crédito judicialmente reconocido más allá de lo que exige la protección de los valores constitucionales que legítima la limitación de este derecho", y que la fijación del nivel personal económico de subsistencia correspondiente a las personas "corresponde determinarlo al legislador dentro del margen razonable de libertad que es necesario reconocerle cuando se trata de concretar un concepto indeterminado o cláusula general que es preciso coordinar con los límites que exige el respeto debido a los derechos fundamentales y, en tal sentido, la norma de inembargabilidad de las pensiones de la S.S., sin limitación cuantitativa alguna, se moverá, normalmente, dentro de ese margen, puesto que, en la mayoría de los casos, el importe económico de dichas pensiones es de tan reducida cuantía, que difícilmente alcanzará para satisfacer las más elementales necesidades de los pensionistas"; en fin, sostendría que de producirse un sacrificio desproporcionado, la norma autorizante resultará "inconstitucional en cuanto limita un derecho fundamental más allá de toda justificación constitucional, pero

ello sólo es posible establecerlo en el supuesto de que el legislador haya concretado cuál es el ingreso económico que considera imprescindible proteger para garantizar la subsistencia económica"[427].

Si damos un salto temporal, podemos a referirnos a una sentencia del año 2006, citada en otro contexto, porque hace una detallada clarificación respecto a la restricción de derechos, distinguiendo si estos están o no consolidados al efecto de poder aplicar una disposición de carácter restrictivo; dice así nuestro Alto Tribunal condensando jurisprudencia previa: "la prohibición de retroactividad de las disposiciones (…) restrictivas de derechos individuales, prevista en el art. 9.3 CE, ha sido tratado repetidas veces por este Tribunal Constitucional en una jurisprudencia que ha venido a matizar dichos fundamento y alcance (…) y conviene recordar que hemos dicho que la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.2 CE (por todas, SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 3, y 126/1987, de 16 de julio, FJ 11) y que dicha regla de irretroactividad no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo, sino que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona (por todas, STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3). Por otra parte, lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los

[427] STC 113/1989, de 22 de junio. Y parecida jurisprudencia hallamos en dos sentencias del mismo año, las SSTC 134/1989, de 19 de julio, y 140/1989, de 20 de julio. Al año siguiente, manifestó a través de la STC 97/1990, de 24 de mayo, interpretando el artículo 50 de la Constitución en un asunto también de materia de pensiones, que debían ser las adecuadas, pero recordando al mismo tiempo, que el concepto "pensión adecuada", no se ha de considerar de modo aislado "atendiendo a cada pensión singular", pues ha de tenerse presente "el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento", y, en fin, sin olvidar que el Estado "trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales".

derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir (por todas, SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3, y 97/1990, de 24 de mayo, FJ 4). El precepto constitucional, de este modo, no permitiría vigencias retroactivas que produzcan resultados restrictivos o limitaciones de los derechos que se habían obtenido en base a una legislación anterior (STC 97/1990, de 24 de mayo, FJ 5), aunque, sin embargo, la eficacia y protección del derecho individual -nazca de una relación pública o de una privada- dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), o 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9], de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas [por todas, STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b)].

Resulta relevante, igualmente, para el caso que nos ocupa, recordar que hemos establecido (por todas, SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11, y 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11) una distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley, y ya consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia. En el primer supuesto -retroactividad auténtica- la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo -retroactividad impropia- la licitud o ilicitud de

la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso"[428].

Bastante cercana asimismo temporalmente, hallamos la declaración del Tribunal Constitucional por medio de la cual da una especie de toque de atención al Legislador, a quien no discute en ningún momento el amplio margen del que dispone a fin de apreciar la necesidad de revisar, restringir o derogar prestaciones sociales alcanzadas bajo la tutela de Derechos constitucionales sociales, pero, reconocido lo previo, le advierte asimismo acerca de que este aludido marco tiene límites, toda vez, cualquier decisión de corte restrictivo de conquistas previas, requiere una motivación suficiente y una actuación no arbitraria, ni de carácter discriminatorio o desproporcionado. Recordará el Alto Tribunal español, cómo por medio de su artículo 41, la Norma Fundamental constitucionalizaría la evolución experimentada por "los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como «una función del Estado», rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 3; 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras). b) El art. 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer —o mantener— un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios

[428] STC 112/2006, de 5 de abril.

constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador» (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), de tal suerte que ha de ser preservado «en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4; y 76/1988, de 26 de abril, FJ 4). c) Salvada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras)"[429].

Aún hay pronunciamientos posteriores de nuestro Tribunal Constitucional respecto de los artículos 41 y 50 de la C.E., concluyendo su no restricción al establecimiento de un único sistema prestacional fundamentado en idénticos principios, ni confinados a la regulación de los mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho; pues la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir una homogeneidad deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones arrancan de distintos sistemas o regímenes, disponente cada uno de regulación propia, no constituye un imperativo jurídico el tratamiento identitario, ni de no hacerse, vulnera el principio de igualdad[430].

Siguiendo esta orientación de máximo de garante del ámbito de protección de los Derechos Fundamentales, y procurando apurar las posibilidades ofrecidas por el mismo, nuestro Tribunal Constitucional ha resaltado la legitimidad de las acciones positivas en favor del logro de la igualdad: "las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras

[429] STC 128/2009, de 1 de junio.

[430] STC 75/2011, de 19 de mayo.

que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos, o con la población trabajadora en general) no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes. Es claro que tal diferencia de trato o actividad protectora (que aparece reconocida en las normas internacionales al respecto; así el art. 4.1 de la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, establece que «la adopción por los Estados partes de medidas especiales, de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas (estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato») solo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto: pero, si el supuesto de hecho, esto es, la práctica social discriminatoria, es patente, la consecuencia correctora (esto es, la diferencia de trato) vendrá constitucionalmente justificada"[431]; así como la aceptación de la discriminación directa o indirecta, por influencia del derecho de la Unión, acogiéndose creemos que por vez primera la discriminación indirecta en 1991, doctrina actualmente vigente, conforme a la cual, la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 CE, contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio

[431] STC 128/1987, de 16 de julio, marcando un verdadero hito en la historia de la jurisprudencia constitucional española sobre acciones positivas, Fernando REY MARTÍNEZ, "El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", en *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, AA.VV., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 71.

que comprende la discriminación directa, esto es, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, pero asimismo la indirecta, concretada en el tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que deriva, en atención a las diversas condiciones fácticas entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo[432].

En un Auto dictado por el Tribunal Constitucional del 2012, levantaría la suspensión de la vigencia de determinados preceptos del Decreto del Gobierno Vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, concretamente, aquellos que permitían prestar asistencia sanitaria a determinadas personas excluidas por el Decreto ley 16/2012, entre las que se comprendían los inmigrantes irregulares, empleando el razonamiento que sigue. Inicialmente, sostendría el Auto Tribunal la procedencia de realizar "la ponderación que es propia de este incidente cautelar. Esa ponderación exige colocar de un lado el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud, y de otro el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE. Esa contraposición también tiene proyecciones individuales puesto que la garantía del derecho a la salud no sólo tiene una dimensión general asociada a la idea de salvaguarda de la salud pública, sino una dimensión particular conectada con la afectación del derecho a la salud individual", para, a partir de ahí, concluir estimando que a tenor de "la concreción de los perjuicios derivados del levantamiento o del mantenimiento de la suspensión efectuada por las partes, así como la importancia de los intereses en juego, y apreciando este Tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas

[432] STC 145/1991, de 1 de julio; y luego, por ejemplo, SSTC 269/1994, de 3 de octubre; 3/2007, de 15 de enero.

afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado, entendemos que se justifica el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita"[433].

Sin embargo, al año siguiente, mantuvo la suspensión de la decisión del Gobierno vasco consistente en abonar a sus empleados públicos la paga extraordinaria de Navidad de 2012, sin entrar a discutir el fondo del asunto, toda vez entendiera "la eficacia de la medida, tanto en el plano material de contribuir a la reducción del déficit público del año 2012 como en el de la credibilidad internacional de España como nación que cumple sus compromisos financieros se revela como de suficiente entidad como para justificar el mantenimiento de la medida hasta la decisión final del presente proceso, de forma prevalente a los intereses particulares que aduce la Comunidad Autónoma del país Vasco. En efecto, el levantamiento de la medida de suspensión tendría efectos desfavorables desde el punto de vista de la necesaria coherencia de la política económica del Estado, que exige un carácter unitario y uniforme para la consecución de sus objetivos, evitándose con su mantenimiento la consecuencia extravagante de generar situaciones de desigualdad a favor de los empleados del denominado "sector público vasco" con respecto al resto de los empleados públicos de las diferentes Administraciones del Estado" [434].

[433] ATC 235/2012, de 13 de diciembre.

[434] ATC 86/2013, de 24 de abril.

A través de una sentencia de marzo de 2013, mediante decisión de cierta relevancia, declararía la inconstitucionalidad y nulidad del método de cálculo previsto por la Ley General de la Seguridad Social, según el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, conforme a la redacción dada a través del Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad plantea por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En esta última, se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad del inciso inicial de la letra *a)* de la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, por posible vulneración del art. 14 de la Constitución, pues de conformidad con la misma los trabajadores contratados a tiempo parcial, "para acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización".

Efectivamente, la garantía de los Derechos Fundamentales de carácter social, según la *ratio* de la sentencia, introduce cortapisas ante un empleo indiscriminado de la contratación laboral a tiempo parcial, lo que se había consolidado durante el largo período de la crisis económica, con la finalidad de evitar situaciones discriminatorias para el trabajador, porque el método de cálculo fijado había sido cuestionado unos meses antes por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de noviembre de 2012, en la cual califica como discriminatorio el tratamiento dado por la legislación española a los trabajadores contratados a tiempo parcial. El Tribunal Constitucional incorporaría a

su argumentario el criterio establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno, relativa a la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social y su relación con la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo derivada del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo concerniente a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, la cual, como decimos, debió ejercer importante influencia respecto de la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional español. E, incluso previamente, la sentencia del TJUE referida al caso Bruno y Pettini, de 10 de junio de 2010, había sostenido que el Derecho de la Unión se opone a toda norma nacional, mediante la cual, se excluyan para trabajadores a tiempo parcial los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida a fin de adquirir un derecho a pensión de jubilación, a menos que tal diferencia de trato esté justificada por razones objetivas.

Según la sentencia del TJUE de 2012: "el artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a la normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada". Pues bien, la Ley General de la Seguridad Social, seguía manteniendo una diferencia de tratamiento en el cálculo de los períodos cotizados entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, injustificable para las exigencias del carácter contributivo del sistema de pensiones cuando el trabajo a tiempo parcial no sea un episodio más o menos excepcional en la vida laboral del trabajador y cuando la jornada habitual del mismo no resulte muy elevada, la aplicación del criterio de proporcionalidad

seguirá, a pesar de la regla correctora, constituyendo un obstáculo desproporcionado para su acceso a la pensión de jubilación".

Por ello, estimará nuestro Tribunal Constitucional, que del mismo modo a lo sostenido por "la STC 253/2004 de 22 de diciembre, se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el periodo de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de los trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen períodos de cotización elevados (…) lo que carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo, o no resultar idónea para el logro de tal objetivo; en otras palabras, la norma da lugar a discriminación indirecta al no estar justificada objetivamente ni ser proporcionada al objetivo perseguido (…) las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los periodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Por ello, la norma cuestionada vulnera el art. 14 de la Constitución, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo"[435].

Mediante dos sentencias de 2014, nuestro Alto Tribunal, enfrentándose a la cuestión de las tasas y recetas médicas, reconocería la existencia de un núcleo mínimo intocable por el Legislador, al que denominara "prestación básica", derivado de su fijación por la cartera común del sistema nacional de Salud; y, según estima, los diversos

[435] STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013; jurisprudencia repetida entre otras por las SSTC 116 y 117/2013, de 20 de mayo.

derechos constitucionales (para el caso, el derecho a la salud) tienen un núcleo mínimo inviolable, inatacable incluso frente al Legislador, sea estatal ora autonómico, denominado contenido esencial, para los derechos referidos por el artículo 53.2 de la C.E., o bien mínimo vital, tocante a los derechos comprendidos en los artículos 39 y ss, de la C.E.[436].

A través de una sentencia de mayo de 2015, el Tribunal Constitucional admitiría la legitimidad del Estado a fin de asumir e imponer de modo excluyente la solución de un problema social o económico como expresión de las bases de la planificación económica, hasta incluso cerrar con ello el paso a las Comunidades Autónomas, impidiendo al efecto que puedan establecer estas sus propias y respectivas medidas, incluso para el ámbito de las materias de competencia exclusiva autonómica, caso de la vivienda[437].

Pudiera quizá concluirse, que, a juicio de nuestro Tribunal Constitucional, únicamente las conquistas sociales contenidas en el texto constitucional, serían las afectadas por el principio de irreversibilidad, colocándose fuera del poder de disposición propio del

[436] SSTC 71/2014, de 6 de mayo, y 85/2014, de 29 mayo. Jurisprudencia que recuerda a la dictada ya hace unos años por la Corte Costituzionale italiana, al declarar, mediante su sentencia núm. 304 de 1994, por lo referido al derecho a tratamiento sanitario derivado de la Constitución italiana, que los criterios de eficiencia y economía que pueda tomar en cuenta el Legislador han de estar limitados por el núcleo esencial del derecho a la salud vinculado a la dignidad de la persona humana.

[437] STC 93/2015, de 14 de mayo: "el Estado define con esta doble medida la extensión de la intervención pública de protección de personas en situación de vulnerabilidad que considera compatible con el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario y, a la vez, para evitar que el equilibrio que juzga oportuno se quiebre, impide que las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias propias adopten disposiciones que, con este mismo propósito de tutela, afecten de un modo más intenso a dicho mercado. En conclusión, las medidas estatales reseñadas, en tanto que determinan de un modo homogéneo para todo el Estado los sacrificios que se imponen a los acreedores hipotecarios para aliviar la situación de sus deudores, concurren de un modo principal a regular el mercado hipotecario en su conjunto y, al tratarse este de un subsector decisivo dentro del sector financiero, inciden directa y significativamente sobre la actividad económica general".

Legislador, pues en el resto no quedaría vinculado este a su propia regulación, si bien, la vuelta hacia atrás está necesitada de razones justificativas, tal como hemos visto[438].

Por cierto, a mano viene, que la intangibilidad de los derechos (lógicamente más beneficiosos) conseguidos por los trabajadores, y, como consecuencia, su indisponibilidad unilateral a cargo del empresario, algo confirmado por el Tribunal Supremo español hace un decenio (entre otros momentos), recordaba como precedente primero de su reconocimiento para nuestro Estado, su propia jurisprudencia datada por la sentencia de 20 de abril de 1951[439]. El mismo Tribunal Supremo, a efectos del reconocimiento de su existencia y mantenimiento, requiere que se haya adquirido, disfrutado y consolidado la medida beneficiosa, así como su incorporación al nexo contractual mediante "un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho", además de entender necesario probar la voluntad de la parte empresarial "de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo"[440]. En fin, nuestro propio Tribunal Supremo anuló el año 2014, la decisión empresarial consistente en disminuir la retribución variable de los trabajadores, atendiendo a motivos de elemental justicia, por cuanto la "razonabilidad" resulta imposible de ser comprendida "en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella, sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo, excluyendo

[438] Caso de la limitación de la jornada laboral o las vacaciones periódicas retribuidas: art. 40.2. SSTC 134/1987, de 21 de julio: los Poderes Públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica a los ciudadanos de la tercera edad (artículos 41 y 50 CE.); algo que reproduce la 97/1990, de 24 de mayo, con irretroactividad de las pagas extraordinarias.

[439] STS de 25 de julio de 2007; evidentemente, en modo alguno pretendemos insinuar con ello que con la sentencia de 1951, se inicie nuestro Estado Social.

[440] Entre otras, STS de 31 de mayo de 1996.

en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse –incluso– a lo que se ha llamado «dumping» social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede –sin más y por elemental justicia– ser admisible en cualesquiera términos"[441].

A mayor abundamiento, y volviendo sobre el anteriormente considerado artículo 9.2 de la C.E., el Tribunal Constitucional le ha interpretado ocasionalmente de manera autónoma –las menos–, atribuyéndole el sentido de que por sí mismo "impone, sin duda, actuaciones positivas"[442]; habiendo rehusado la invocación del precepto con la pretensión de su empleo a fin de "limitar una función reguladora del Estado"[443]. No obstante lo anterior, más recientemente, el supremo gendarme de nuestros Derechos y Libertades Fundamentales, ha abierto de nuevo la vía con objeto de permitir una exégesis independiente del mandato, esto es, agrietando su doctrina inmediata previa, por medio de la aceptación de la posibilidad ejercer, a través de su contenido, el control de constitucionalidad de las normas con rango de Ley, enfocando la cuestión desde la óptica de estar ante la presencia, no en vano, de una norma expresiva de la voluntad del pueblo español respecto de lograr, trascendiendo la igualdad formal, la "igualdad sustantiva", por haber sido "consciente" acerca de que solo desde esta última "es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad"; y encuadrando el tema a considerar, dentro del "ámbito de libre disposición del legislador", legitimado constitucionalmente con "fundamento en el artículo 9.2 CE"[444]. Asimismo, ha concordado prácticamente el principio estructural del Estado Social (artículo 1.1 de la C.E.), con la prescripción

[441] STS de 27 de enero de 2014.

[442] Caso de las SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 27/1981, de 20 de julio.

[443] STC 210/1990, de 20 de diciembre.

[444] STC 12/2008, de 29 de enero.

de la promoción de la igualdad real y efectiva (artículo 9.2 de la C. E.); y con la disposición a favor de la suficiencia de las pensiones (artículo 50 de la C.E.), tocante a justificar la compatibilidad de la percepción de una pensión por vejez con otra de viudedad. Sin que nos quepa olvidar, en todo caso, la conexión de sentido del propio mandato enunciado por el artículo 9.2 del texto constitucional, y el objetivo que se espera alcanzar desde el mismo Preámbulo de este último texto supremo, atinente a la consecución de una "sociedad democrática avanzada".

Cabe recordar la más amplia conexión sistemática realizada por el Alto Tribunal español, a propósito de la materialización del modelo "de 'Estado social y democrático de derecho' que nuestra Constitución impone (art. 1.1)", lo que obliga a los poderes públicos a lograr el aseguramiento de una igualdad de los individuos "real y efectiva (art. 9.2 CE)", y, garantizar con ello "también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales» (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4)"[445].

Por su parte, el Tribunal Constitucional portugués, ha desarrollado una importante jurisprudencia acerca de la igualdad, muy relacionada con los duros años de crisis que ha soportado nuestro querido país vecino, y así, volvió a pronunciarse mediante sentencia (*Acórdão*) núm. 353/2012, de 5 de julio, sobre el principio de garantía de un mínimo de subsistencia, referido a la Ley de presupuestos para el año 2012[446]. Pues bien, el Tribunal Constitucional declararía la inconstitucionalidad de la

[445] STC 236/2007, de 7 de noviembre.

[446] Debe considerarse que el Tribunal Constitucional portugués, por no remontarnos más hacia atrás, había dictado un año antes, la importante sentencia núm. 396/2011, de 21 de septiembre, en esta oportunidad convalidando la constitucionalidad de la Ley de presupuestos de 2011 (*Ley do Orçamento do Estado para 2011*), por medio de la cual se establecieron recortes salariales en el sector público, rechazando la existencia de un Derecho Fundamental a la no reducción de salario, salvando un mínimo a garantizar y sin apreciar vulneración del principio de confianza legítima, ni del de proporcionalidad, ni tampoco del de igualdad.

medida de suspensión del pago de vacaciones de ferias y de Navidad solo a los que perciben remuneraciones y pensiones mediante fondos públicos, por violación del principio denominado de igualdad proporcional, al que considera constituye "*um princípio estruturante do Estado de Direito*": "la igualdad jurídica es siempre una igualdad proporcional, por lo que la desigualdad justificada por la diferencia de situaciones no es inmune a un juicio de proporcionalidad. La dimensión de la desigualdad de tratamiento tiene que ser proporcionada a las razones que justifican ese tratamiento desigual, no pudiendo revelarse excesiva". Previamente, había recordado de inmediato que las medidas no se incluían dentro del conjunto de imposiciones acordadas entre la República Portuguesa y las instituciones europeas (Comisión Europea y Banco Central Europeo), así como con el Fondo Monetario Internacional, y previstas en el programa de asistencia económica y financiera. Asimismo, en su fundamentación, el Tribunal Constitucional observó que la medida sometida a su apreciación, venía a acrecer a otras ya concernientes específicamente a aquel universo de personas, o sea, los trabajadores del sector público y los pensionistas. El paso siguiente de la fundamentación consistió, esencialmente, en observar que, en vez de procurar cumplir los límites del déficit público al que la República Portuguesa se vinculó con las entidades financiadoras a través de la contribución de todos los ciudadanos de acuerdo con sus capacidades, esto es, por medio de los impuestos, el Legislador preferiría actuar, sobre todo, por el lado de la dispensa, supeditando por un período de tres años el pago de los subsidios de ferias y de Navidad a los considerados.

El Tribunal Constitucional lusitano abordó de nuevo la cuestión por medio sentencia (*Acórdão*) núm. 187/2013, del 5 de abril, dictada acerca de normas que pretendían instaurar "medidas de austeridad" en el contexto de la crisis económico–financiera, y declaró inconstitucional la disposición que sometía a los subsidios concedidos

por razones de enfermedad o desempleo, a un "gravamen" del cinco o del seis por ciento.

Así, subrayaría como fundamento, que la Constitución asegura a los trabajadores, directamente, un derecho de asistencia material cuando involuntariamente se encuentren en situación de desempleo, y le encomienda al Legislador prever, en el sistema de la seguridad social, formas de asistencia material a los trabajadores en situación de enfermedad.

Merece la pena, pues, traer a colación esta ya famosa sentencia, comprendida dentro la doctrinalmente denominada "jurisprudencia de la crisis", a través de la cual declarara inconstitucionales, por discriminatorias, cuatro medidas contenidas en la Ley de presupuestos de 2013, con efectos retroactivos de 1 de enero, y referidas: a y b) la suspensión de la paga extra de verano a los funcionarios, y a los pensionistas; c y d) las ya citadas rebajas en el subsidio de desempleo y de enfermedad; previstas todas para su aplicación en 2013, con la finalidad de cuadrar las cuentas del Estado. El Tribunal Constitucional luso, aceptó que las medidas se amparaban en la necesidad de cumplir con el déficit presupuestario portugués, ahora bien, observaría cómo el esfuerzo a realizar con objeto de alcanzar tal finalidad, se hacía recaer solo en unos determinados colectivos, por lo que sufrían estos un injustificado trato diferenciado. El gendarme de la Constitución portuguesa, sintéticamente, además de esgrimir la fundamentación precitada, apoyó su decisión, valorando que la retirada de Derechos sociales prevista, violaba el principio de igualdad proporcional a la hora de afrontar sacrificios, y era constitutivo de discriminación, pues tal objetivo debería ser alcanzado a través de medidas de disminución de gasto y/o de aumento de ingresos que no se tradujeran en una repartición de sacrificios excesivamente diferenciada; toda vez ningún

ciudadano, por su situación económica, puede verse mermado de Derechos en necesidades tan básicas como la salud, la educación o las pagas extras, beneficios adquiridos como conquistas sociales históricas[447].

El Tribunal, vino a decir que el concepto jurídico "igualdad proporcional" debe ser comprendido a modo de concretización de la necesidad, impuesta por razones de naturaleza dogmática, de adaptar el principio de proporcionalidad a la estructura específica del juicio de igualdad, llegando a una especie de definición de la fórmula. En este sentido, manifestaría: "el principio de igualdad exige, a la par de la existencia de un fundamento material para la opción de diferenciar, que el tratamiento diferenciado así impuesto sea proporcionado. Si el princípio de igualdad debe permitir (o hasta requerir, en ciertos términos) que lo desigual sea desigualmente tratado, simultáneamente impone, que no sea irrespetuosa la medida de la diferencia. Todavía más, que el criterio subyacente a la diferenciación introducida sea, en sí mismo, constitucionalmente autorizado y racionalmente no infundado, la desigualdad justificada por la diferenciación de situaciones ni por eso se tornará «inmune a un juicio de proporcionalidad» (...) La desigualdad de tratamiento deberá, en cuanto a la medida en que surge impuesta, que sea proporcional, y la razón que justifica el tratamiento desigual —no podrá ser «excesiva», desde el punto de vista del designio proseguido—, en fin, que la medida de la diferencia verificada, ha de existir entre el

[447] Sentencia del Tribunal Constitucional portugués, núm. 187/2013, de 5 de abril; y las normas declaradas inconstitucionales de la Ley núm. 66-B/2012, fueron: Arts. 29º y 31º Suspensión del pago de retribución por vacaciones o equivalente a la función pública; Art. 77º Suspensión del pago de retribución por vacaciones o equivalente a los jubilados y pensionistas; Art. 117º Contribución sobre las prestaciones por enfermedad (6%) Contribución sobre las prestaciones por desempleo (5%). Sectores de la doctrina científica portuguesa, han mostrado su preocupación desde el punto de vista dogmático, porque que ambos *Acórdãos*, el núm. 353/2012, y el núm. 187/2013, no conciben la calificada igualdad proporcional, como un criterio de la densidad de control judicial desde la perspectiva del principio de igualdad, sino más bien como un parámetro jurídico-normativo, susceptible servir de fundamento para declarar la invalidez de una norma infraconstitucional; pueden verse las distintas posiciones en Jorge REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, Almedina Editora, Coimbra, 2014.

grupo de los destinatarios de la norma diferenciadora y el grupo de los que son excluidos de sus efectos o ámbito de aplicación".

Según el Alto Tribunal portugués, no asegura su Constitución "el derecho a un importe concreto en concepto de asistencia material, incluso en casos de desempleo, por lo que la irreductibilidad de los importes de las prestaciones no se incluye en el ámbito de protección del derecho a la asistencia material de los trabajadores en situación de desempleo y, con mayor razón, en el ámbito del derecho a la asistencia en caso de enfermedad", y así, "El cumplimiento del programa constitucional de protección de los ciudadanos, en los casos de enfermedad y desempleo, dependerá, en cada momento histórico, de factores financieros y materiales, siendo tarea del legislador definir el catálogo de las situaciones que carecen de protección y el contenido del derecho social correspondiente". Pero una vez expresado lo previo, consideró que la norma en causa, no vulneraba los Derechos sociales de los trabajadores a la asistencia material y de los ciudadanos a la protección en caso de enfermedad. Sin embargo, a la vista de la reducción efectuada, entendió posible la vulneración del derecho al mínimo para una existencia digna, argumentando : "en este caso, la norma objeto de análisis, al instituir el gravamen aplicable a los subsidios de enfermedad y de desempleo, no salvaguardó la posibilidad de la reducción del importe que resulta de que su aplicación determine el pago de prestaciones inferiores a aquel límite mínimo, no garantizando el grado de materialización del derecho que debería entenderse como el que corresponde, desde la propia perspectiva del Legislador, al mínimo de supervivencia del que no se puede privar al beneficiario".

No obstante, la sentencia admite la reversibilidad de los Derechos sociales y defiende la libertad de conformación del Legislador, si bien, también limita esta libertad, al recordarle que no puede ser omnímoda en

un Estado Social y Democrático de Derecho: "*não possa pôr-se em dúvida a reversibilidade dos direitos concretos e das expectativas subjetivamente alicerçadas, não pode deixar de reconhecer-se que haverá sempre de ressalvar, ainda que em situação de emergência económica, o núcleo essencial da existência mínima já efetivado pela legislação geral que regula o direito às prestações nas eventualidades de doença ou desemprego, pelo que poderá estar, também, aqui em causa o parâmetro constitucional da existência condigna*"[448].

[448] El Tribunal no declara la nulidad por violación de dicho mínimo existencial, sino por vulneración del principio de igualdad proporcional, y por falta de justificación por parte del Legislador de las medidas adoptadas. Esto es, si bien el Tribunal Constitucional acepta la reversibilidad de los derechos sociales y la libertad conformadora del Legislador, limita a la vez esta libertad, al señalar que la misma no puede ser omnímoda en un Estado social y democrático de Derecho.

Existen, por demás, una serie de sentencias posteriores del Alto Tribunal portugués, a las que, por su importancia, haremos una breve referencia a modo de dejar constancia. Así, la núm. 474/2013, del 29 de agosto, declararía la inconstitucionalidad del régimen de recalificación de los trabajadores en funciones públicas que preveía la rescisión contractual para los que estuvieran en situación de inactividad durante un año, por violación del principio de proporcionalidad y de confianza legítima. Una de las sentencias más importantes es la núm. 862/2013, de 19 de diciembre, que estimó inconstitucional, en procedimiento de fiscalización preventiva, la norma que, en nombre de la "convergencia" de las pensiones del sector público y del sector privado, llevaba a cabo la reducción del 10% de las pensiones de jubilación de funcionarios, jubilación e invalidez cuyo importe bruto excediese de 600 euros, y a una reducción del 10% de las pensiones de supervivencia cuyo importe fuese superior a 600 euros, con efectos inmediatos, y ello, por entender el Tribunal tal medida afectaba desproporcionalmente el principio constitucional de protección de la confianza legítima. La sentencia recordó que el Legislador disponía de un margen de maniobra para diseñar el contenido concreto o final del derecho a la pensión, y no recaía en él ninguna prohibición de modificarlas, pudiendo reducir, incluso, el importe de las mismas, a la vista de la evolución de las circunstancias económicas o sociales. Sin embargo, el abrupto recorte del importe de las pensiones que implicaban las modificaciones legislativas, se traducía en una vulneración del principio de la confianza de los pensionistas, toda vez la garantía del mantenimiento del importe de la pensión fue establecido en el momento de fijar la misma, habiendo dado el Legislador, hasta entonces, claros signos de que dicho importe se mantendría inalterable. El Tribunal Constitucional mencionó, además, la dificultad del grupo de personas en análisis para adaptarse al cambio de las circunstancias, debido al hecho de que dichas personas, por naturaleza, no estaban en activo. La núm. 413/2014, del 30 de mayo, consideraría inconstitucionales las medidas de reducción remuneratoria de los trabajadores de la función pública, de los préstamos de enfermedad y de desempleo, y de las pensiones de sobrevivencia previstas por el Presupuesto del Estado para 2014, en cuanto vulneradoras de la igualdad proporcional, pues imponían recortes salariales que alcanzaban a un universo restringido de personas.

La sentencia núm. 574/2014, del 14 de agosto: declara la inconstitucionalidad de parte de la normativa, Decreto 264/XII de la Asamblea de la República, mediante el que

Adicionalmente, ha llamado aún de nuevo la atención al Legislador, para aclararle que su discrecionalidad en materia de relación entre la competitividad económica y los Derechos Fundamentales de legítimo

se establecen reducciones remuneratorias en el sector público, al considerar vulnerado el principio de igualdad. En fin, la núm. 575/2014, de 14 de agosto, declararía inconstitucionales determinadas decisiones normativas referidas a regulaciones que afectaban a pensiones incluidas en el Decreto 262/XII, de la Asamblea de la República, al haberse producido una vulneración desproporcionada del principio de confianza legítima, y siendo insuficiente la justificación de las mismas por parte del Legislador.

La Sentencia núm. 141/2015, declaró la inconstitucionalidad, con fuerza obligatoria general, de las normas que exigían a ciudadanos portugueses, así como a los miembros de su unidad familiar, un período mínimo de un año de residencia legal en el territorio nacional para poder acceder a la renta social de inserción, que es una prestación destinada a asegurar, a quien no dispone de rentas suficientes, un mínimo para su subsistencia. Por lo que respecta a los ciudadanos de Estados Miembros de la UE, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de confirmar su estatuto privilegiado en el contexto de una sentencia sobre prestaciones sociales. Así, en la reciente Sentencia núm. 296/2015 afirmó que "adquiere, desde luego, especial relevancia en lo que respecta a estas categorías de ciudadanos, teniendo en cuenta que están vigentes, en el marco del derecho de la Unión, los principios de la no discriminación en razón de la nacionalidad y del trato nacional, y que el artículo 34, aptdo. 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea" prevé expresamente que "todas las personas que residan y se trasladen legalmente en el interior de la Unión tienen derecho a las prestaciones de la seguridad social y a las regalías sociales en los términos del derecho de la Unión y de las legislaciones y prácticas nacionales". Puesta en relación con lo dispuesto en el artículo 45, aptdo. 1, de la misma Carta, en los términos del cual "cualquier ciudadano de la Unión goza del derecho de circular y permanecer libremente en el territorio de los Estados Miembros", resulta evidente que esta categoría de ciudadanos extranjeros goza de un estatuto especial, tendencialmente equivalente al de los ciudadanos nacionales, teniendo en cuenta el marco jurídico-constitucional y el derecho primario de la Unión Europea".

La crítica de Jorge REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal..., op. cit.,* 2014, afirma que el Tribunal Constitucional portugués intenta conciliar dos posiciones imposibles, al garantizar, en la práctica, los Derechos sociales, pero con fundamento en la doctrina portuguesa tradicional, muy restrictiva en esta materia: "*o Tribunal Constitucional tem ensaiado nos últimos anos uma verdadeira tentativa de quadratura do círculo: na prática faz, em geral, um controlo intensivo das agressões legislativas aos direitos sociais, mas procede a esse tipo de controlo ao mesmo tempo que rejeita a natureza jusfundamental destes direitos. Ou seja, na sua jurisprudência mais recente, que não na história do Tribunal Constitucional, há, na prática, uma intenção clara de defesa dos direitos sociais, mas essa intenção é traída quando o Tribunal o pretende fazer recorrendo ao arsenal teórico da doutrina tradicional portuguesa dos direitos fundamentais. Então, no espaço aberto por tal contradijo, o Tribunal Constitucional acaba por dar involuntariamente alento teórico ao criticismo assente na acusação infundada de activismo judicial*". Asimismo, un buen análisis de la "jurisprudencia constitucional de la crisis", en ese contexto de 'flexibilización' de derechos laborales y grandes reducciones de las partidas de gasto social, es el de Ravi AFONSO PEREIRA, "Igualdade e proporcionalidade: un comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013, pp. 317 y ss.

ejercicio, no puede entenderla completamente libre, pues está obligado a justificar el motivo de los drásticos recortes en las cantidades destinadas a la prestación de los servicios sociales[449].

Por lo referido a Alemania, la doctrina científica, encabezada por Konrad HESSE, con la sana intención de reforzar el carácter social del Estado, hace unos decenios, partiendo del doble carácter de los Derechos Fundamentales, deducía que los mismos, además de garantizar a la persona un *status* para un ámbito concreto de su existencia, son también principios objetivos del ordenamiento jurídico del Estado, ante lo cual, la falta de realización de la primera, debilita la segunda dimensión, esto es, lo hace con el propio Estado y perjudica a la comunidad política globalmente considerada. A partir de ahí, esgrimió en el decenio de los años setenta la teoría de la irreversibilidad o *Nichtumkehrbarkeitstheorie*, y lo hizo de una forma muy prudente, constriñendo la garantía a la protección del núcleo esencial de los Derechos sociales ya garantizados; sin embargo, no prosperó el intento, ante el aluvión de opiniones que se echaron encima defendiendo la denominada reserva de lo posible (*Vorbehalt des Möglichem*), esto es, entendida no como instrumento justificador de ineficacia pública, sino como fijación de punto de lucha legal, abriendo la posibilidad de cobertura de demandas sociales, dependiendo estrictamente de los recursos económicos disponibles por el Estado[450], reserva para la garantía de un mínimo existencial cubriendo al menos, de no haber otra forma, la garantía de la Dignidad de la persona.

Ahora bien, en el propio ámbito doctrinal alemán, autores clásicos como Günter Dürig o Hans–Carl NIPPERDEY, por ejemplo, pusieron con

[449] Sentencia del Tribunal Constitucional portugués, núm. 188/2015.

[450] Luciano PAREJO ALFONSO, "El estado social administrativo: algunas reflexiones sobe la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos", en *Revista de Administración Pública*, 153, 2000, pp. 217 y ss, especialmente p. 225; autor al que le caben pocas dudas respecto de la inconstitucionalidad de toda Ley que tenga por finalidad la supresión o recorte de Derechos sociales previamente adquiridos, a menos se esgriman argumentos fuertes justificativos, y la restricción sea proporcionada.

suficiente nitidez de relieve que la Dignidad de la persona queda comprometida cuando la misma se ve obligada a subsistir bajo condiciones económicas degradantes a la condición de objeto, por cuanto no cabe aislar el contenido ético–valorativo de la Dignidad de la sustancia económica necesaria para toda realización de valores, no pudiendo subsistir la Dignidad personal con plena independencia de los bienes materiales, pues impone la existencia digna de personas. De ahí que estos autores hayan derivado de la Dignidad de la persona contemplada por el artículo 1.1 de la Constitución alemana en conexión con el derecho a la vida y el principio de Estado social, la obligación jurídica del Estado de garantizar un mínimo existencial, mandato de tutela del que deriva el correlativo derecho a un mínimo de bienes materiales para el disfrute de una vida digna. Postura esta que, como sabemos, ha hecho suya el Tribunal Constitucional alemán, habiéndolo declarado explícitamente en su sentencia de 9 de febrero de 2009.

De este modo, la precitada Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, ha conocido de la legislación federal que establecía el importe de una especie de renta mínima de subsistencia para las personas en situación de desempleo o quienes sin estarlo no ganan lo suficiente de acuerdo a baremos legalmente establecidos. Al controlar la constitucionalidad del establecimiento legislativo de esa renta, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha establecido que existe un Derecho Fundamental, no declarado hasta esa fecha por medio de su jurisprudencia previa, derivado del reconocimiento constitucional de la Dignidad humana (artículo 1 *Grundgesetz*) en su conexión con el principio del Estado social (artículo 20.1 *Grundgesetz*), concretado en la percepción de la aludida renta mínima o mínimo vital conforme a importes adecuados a un nivel de subsistencia digna. El Tribunal declaró así la inconstitucionalidad de la reforma de algunas disposiciones del Código de Protección Social, al entender que los métodos de cálculo establecidos respecto de algunas prestaciones sociales ordinarias

(alimentación, vestido etc) y las reducciones aplicadas a ciertos colectivos como menores y jóvenes, podía entenderse que vulneraban la garantía a un mínimo existencial o mínimo vital digno. Entendió, pues, que el nivel de las prestaciones para los niños y los adultos no podía entenderse que fuera manifiestamente inconstitucional y, por lo tanto, en determinadas circunstancias resultaría aceptable. Sin embargo, sí consideraría inconstitucional el método de cálculo de los importes de las prestaciones, toda vez el Legislador había fijado el nivel de las mismas a partir de meras estimaciones; y, por ello, incluso conminó al Legislador al objeto de que las volviera a calcular previo a la finalización del año 2010, con arreglo a criterios objetivos. El Tribunal mantuvo también que el Legislador había desatendido su obligación relativa a la observancia de un procedimiento transparente, al no mostrar de forma clara y accesible a los afectados cuáles habían sido realmente los parámetros empleados a fin de cuantificar el nivel de las prestaciones sociales. Y, el 14 de febrero del año 2012, una nueva sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, enjuiciando el caso a partir de la amplia discrecionalidad del Legislador en materia de Derechos sociales, pero sometida a los límites constitucionales, declararía que la remuneración de los profesores universitarios percibida de acuerdo con la escala de salario W 2 contenida en la normativa del Estado federado de Hesse resultaba inconstitucional pues infringía el principio de sustento, manutención o alimentación (*Alimentationsprinzip*), comprendido como el principio que establece la obligación estatal de cuidar del bienestar de los funcionarios públicos (profesores en el cao), derivada de la garantía institucional referida a la función pública y contenida en el artículo 33.5 de la Ley Fundamental de Bonn. Según la argumentación desarrollada, constituye un deber del empleador, el adecuado cuidado del bienestar del funcionario público así como el de su familia y mantenerlo de acuerdo a su rango, la responsabilidad de su puesto de trabajo y la importancia que tiene para la Sociedad en general la función pública desempeñada por el

mismo, circunstancias ponderadas con arreglo al desarrollo de la situación económica y financiera general y el nivel medio de vida. Y, unos meses más tarde, mediante la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 18 de julio de 2012, se declaró inconstitucional el valor de la prestación pecuniaria que se asignaba, mediante una ley específica, a los demandantes de asilo en Alemania, con el argumento de que la prestación no aseguraba el citado mínimo existencial o vital.

Muy sensible para con esta materia, la Corte Constitucional de Colombia ha declarado, incluso con carácter previo, que el Derecho Fundamental "al mínimo vital presenta una dimensión positiva y una negativa. La dimensión positiva de este derecho fundamental presupone que el Estado, y ocasionalmente los particulares, cuando se reúnen las condiciones de urgencia y otras señaladas en las leyes y en la jurisprudencia constitucional, están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano. Por su parte, respecto de la dimensión negativa, el derecho fundamental al mínimo vital se constituye en un límite o cota inferior que no puede ser traspasada por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna. Es por ello que instituciones como la inembargabilidad de parte del salario, la prohibición de la confiscación, la indisponibilidad de los derechos laborales o el amparo de pobreza, entre otros, constituyen ejemplos concretos del mencionado límite inferior que excluye ciertos recursos materiales de la competencia dispositiva del Estado o de otros particulares"[451].

[451] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-776 de 2003.

Por consiguiente, surgidas situaciones de crisis social, como la sorteada por los Estados occidentales al menos desde 2007, el Estado Social ha de mantenerse con los pies aún más pegados a la tierra y con suficiente frialdad de cabeza, como para poder desarrollar una política económica que integre sus decisiones en el modelo estructural de organización estatal constitucionalizada. Carece de toda lógica inmanente al mismo, y de todo atisbo de justicia, el abandono de tareas esenciales de naturaleza social, al menos hasta que vuelva la época de las vacas gruesas, justificándolo en aras del logro de un equilibrio presupuestario y de la propia dinámica de crecimiento económico, porque ello va a conducir a lo de siempre, a la ruptura de la cuerda por la parte más débil, y serán los más menesterosos y desvalidos los encargados de soportar el mayor grado de sacrificio e indignidad. Ciertamente, nuestro Tribunal Constitucional advirtió ya hace algún tiempo que los presupuestos de la legislación social y económica han de ser determinados y apreciados "teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador (...) regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento"[452].

Con todo, los poderes estatales están obligados en el desarrollo de las políticas públicas de carácter social, y, partiendo, de la realidad, a llevar a cabo la más prudente ponderación con ocasión de decidir proporcionalmente el grado de sacrificio a soportar entre los postulados

[452] STC 65/1987, de 21 de mayo.

encontrados y recordados en el punto anterior; operando mediante decisiones adecuadas, idóneas y necesarias, en un equilibrio medios fines regido por el principio de solidaridad, al objeto de racionalizar de la mejor manera posible la situación conflictual, y las crisis económicas durante las cuales son adoptadas[453].

[453] Con frecuencia, al objeto de fundamentar la irreversibilidad de las conquistas sociales adquiridas, se acude a la invocación del principio de progresividad, contenido en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en vigor desde 1976. Según establece el precepto: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"; esto es, demanda una progresiva realización y garantía de los Derechos sociales reconocidos por el Pacto. Los poderes públicos disponen de margen de apreciación en orden a la adopción de las pertinentes medidas, pero deben existir razones poderosas para prestar atención para poder privar a una persona de "las conquistas sociales ya conseguidas" (STC 81/1982, de 21 de diciembre), ponderando siempre con los principios y derechos que entren en la consideración, y atendiendo siempre a las "necesidades del momento", a las "circunstancias económicas" y a "las disponibilidades del momento" (SSTC 65/1990, de 5 de abril, y 128/2009, de 1 de junio). Refuerzan la idea de la excepcionalidad de irreversibilidad, lo dispuesto por el artículo 4 del Pacto: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática"; así como lo dispuesto en el artículo 5.1: "Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él".

Por otra parte, de entre las críticas vertidas frente a la reforma del artículo 135 de la C.E., en septiembre de 2011, elevando a rango constitucional el principio de estabilidad presupuestaria por si acaso no podía deducirse ya del texto constitucional, vamos a hacer una breve alusión a la que más contundencia ha mostrado o más conflictiva se presenta. Nos referimos a la centrada en el achacamiento a la disolución o el desmantelamiento del Estado social de Derecho por afectar a aspectos esenciales del mismo, tales como el contenido y alcance de los Derechos sociales, al establecerse un límite claro para el Estado en sus decisiones financieras fijado a través de la relación entre déficit presupuestario estructural y volumen de deuda pública en relación al producto interior bruto. Ciertamente, uno puede llegar hasta a intuir la profundidad de la crisis financiera y económica que se cierne desde 2007 sobre las economías de los Estados de la Unión Europea y la erosión de la base fiscal correspondiente, pero la adopción de medidas tales como la reforma considerada, priman claramente los principios de la sostenibilidad financiera del Estado Social y Democrático de Derecho, a costa de tensionar quizá excesivamente las aspiraciones normativas del Estado Social, y aún más, los presupuestos ideológicos en los que se apoya este modelo de Estado: principio democrático, solidaridad social, redistribución de la renta, principio de igualdad de oportunidades, en fin, garantía del mínimo vital. Reforma innecesaria,

porque, como bien ha sido puesto de relieve, existía ya habilitación previa para establecer límites al déficit y a la deuda pública, proporcionada por el Derecho de la Unión Europea, ya que, admitida la primacía del Derecho europeo, hacía ello como decimos innecesaria la reforma constitucional, según bien apunta Víctor FERRERES COMELLA, "La crisis del euro y la regla de oro: problemas constitucionales", en *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm. Extra 1, Barcelona, 2012, pp. 101-102; en similar sentido Enoch ALBERTÍ ROVIRA, respecto de la que califica como "reforma constitucional, realizada en un tiempo sorprendentemente", y de la que dice "introduce pocas novedades normativas sustantivas"; a su juicio, "con la única aunque importante excepción del principio de *prioridad absoluta* del pago de la deuda pública (art. 135.3, párrafo segundo) y, en otro plano, de la reserva de ley para la emisión de deuda pública por parte de las Comunidades Autónomas (art. 135.3, párrafo primero), la reforma del artículo 135 CE no supone prácticamente ninguna innovación respecto de la situación normativa preexistente", sin embargo, fundamentalmente eleva "a rango constitucional el principio de estabilidad presupuestaria, establecido hasta ahora en la legislación ordinaria, a la vez que incorpora también a la Constitución los límites de deuda y de déficit establecidos por la Unión Europea", con lo cual, toda vez otorga "valor constitucional a la obligación de estabilidad, refuerza la vinculación del conjunto de las Administraciones públicas a la misma y ofrece nuevos instrumentos para su control, especialmente en forma de recursos al Tribunal Constitucional", y, en fin, asimismo "constitucionaliza la normativa comunitaria europea, de modo que el control de los límites de la estabilidad presupuestaria establecidos por la UE corresponderá también al Tribunal Constitucional, asumiendo este un papel en relación con el Derecho comunitario que había rechazado expresamente, cual es el de convertir el Derecho comunitario en parámetro de constitucionalidad", pues, a partir de ahora, "en este campo, por remisión de la Constitución, los límites comunitarios de deuda y de déficit son también límites constitucionales, "El impacto de la crisis financiera en el estado autonómico español", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, p. 69.

Objetable es asimismo, por lo tanto, el haberla tramitado por el procedimiento abreviado de urgencia y lectura única, para cuya cuestión remitimos a la excelente síntesis de María Rosa RIPOLLÉS SERRANO, "La reforma constitucional de 2011: antecedentes, tramitación y el epílogo de la Ley Orgánica 2/2012", en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario,* núm. 27, 2013, pp. 77-93. En cuanto a la crítica de fondo, vamos a reproducir la medida y vertida por Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, al señalar cómo "en la confrontación que de forma inevitable se da entre la lógica del cálculo y de las ganancias de la globalización económica y la teoría de los valores que subyace a la lógica del Estado, las bases fundamentales de la mundialización no dudan en asumir la ideología del constitucionalismo bajo los postulados de la teoría de la Constitución en su aspecto formal. Buena prueba de ello puede ser el caso del constitucionalismo fiscal (sírvanos de ejemplo la reforma exprés, en agosto de 2011, del artículo 135 de la Constitución Española vigente) que desde la ideología de un neoliberalismo más que evidente, utiliza la norma suprema como garantía de una absoluta libertad de la sociedad, pero apela a sus fundamentos para que por medio de reformas o interpretaciones forzadas, que originan un auténtico quebrantamiento constitucional, se introduzcan entre las normas constitucionales disposiciones que hacen referencia al equilibrio presupuestario, a la presión fiscal, al gasto público…", "Retos del Derecho Constitucional ante la crisis de una Sociedad globalizada". *Trabajo de investigación se realiza en el marco del proyecto de investigación: CONFIGURACIÓN Y CONTINUIDAD DE LAS RESPUESTAS NORMATIVAS A LA CRISIS". Referencia DER2013-46600-P.Ministerio de Economía y Competitividad. Investigador principal Dr. D. Enrique ALVAREZ CONDE. Instituto de Derecho Público. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid,* que la autora ha tenido la amabilidad de dejarnos consultar, de ahí, nuestro agradecimiento.

Porque, en el sentido escrito entre nosotros, es posible que haya pasado el momento del "Estado Social radical", pero desde luego no el del "Estado social en sentido moderado", vale decir, el representado por un modelo de organización estatal cuyo cometido consiste en "realizar la integración social y por ello remediar los desequilibrios sociales y económicos. Un Estado Social perfecta y necesariamente compatible, como expresan las Constituciones alemana y española, con el Estado democrático de Derecho. En ese sentido, el Estado constitucional del presente difícilmente puede dejar de ser Estado social, pues cuando todos deciden a todos hay que integrar"[454]. De este modo, no hay por qué excluir *a radice* la ponderación de lo económicamente posible a fin de decidir, pero, de hacerlo, será necesario explicar "muy bien por qué no

[454] Manuel ARAGÓN REYES, "Un ejemplo sobre la dimensión estructural del Estado Social: Los Consejos Económicos y Sociales", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 1999, p. 111.

STC 19/1982, de 5 de mayo. La STC 17/1993, de 18 de enero, diría que "el derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, que el art. 25.2 de la C.E. reconoce a quienes se encuentran cumpliendo condena de prisión, son derechos que se insertan en los fines de reeducación y reinserción social a los que por exigencia constitucional deben orientarse las penas privativas de libertad y, en tal sentido, son derechos de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración (Penitenciaria) tenga en cada momento, no pudiendo, por tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata en el caso de que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos (AATC 226/1998 y 95/1989)".

Como bien es conocido, el Tribunal Constitucional español ha mantenido un criterio restrictivo STC 19/1982, de 5 de mayo. La STC 17/1993, de 18 de enero, diría que "el derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, que el art. 25.2 de la C.E. reconoce a quienes se encuentran cumpliendo condena de prisión, son derechos que se insertan en los fines de reeducación y reinserción social a los que por exigencia constitucional deben orientarse las penas privativas de libertad y, en tal sentido, son derechos de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración (Penitenciaria) tenga en cada momento, no pudiendo, por tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata en el caso de que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos (AATC 226/1998 y 95/1989)".

hay fondos y dónde se destinan los que hay", y, desde luego, es necesario proscribir "el recurso indiscriminado al argumento presupuestario"[455].

Consecuentemente, juzgamos más adecuada a tenor de la exigencia de justicia material propulsada por el principio estructural del Estado Social, la admisibilidad del principio de prohibición de retroceso o irregresividad de las conquistas sociales adquiridas, lo cual no significa deba de entenderse en sentido absoluto e indiferenciado, esto es, admitiendo excepcionalmente la vía de retroceso de existir circunstancias poderosas para su adopción, pero defendiendo el principio general en cuanto su estimación como principio constitucional idóneo, al objeto de reducir los impactos de la crisis económicas y financieras sobre los Derechos sociales, con el pensamiento siempre en los más necesitados de protección y, desde luego, desde la consideración de no rebasar una prohibición de protección insuficiente que podemos establecer en la disponibilidad de un mínimo existencial socio-cultural y la garantía de la igualdad de oportunidades. No alcanzamos a vislumbrar superior civilidad jurídica que la atención a estas necesidades esenciales para tiempos de contrabonanzas, frente a las cuales debería ceder la discrecionalidad del Legislador. Entre tanto, es doctrina de obligado acatamiento para todos los poderes públicos al venir emanada de la jurisprudencia constitucional, la deducción efectuada a partir del contenido comprensivo de un mandato constitucional de promoción de la igualdad efectiva, vale decir, "de sustantivación de la igualdad formal" recepcionado por el artículo 9.2 de nuestra Constitución, y "de la interpretación sistemática del conjunto de preceptos constitucionales que inciden en este ámbito, deriva la justificación constitucional de que los cauces e instrumentos establecidos por el legislador faciliten la participación de todos los ciudadanos, removiendo, cuando sea preciso,

[455] Guillermo ESCOBAR ROCA, "Los derechos fundamentales sociales…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 126.

los obstáculos de todo orden, tanto normativos como estrictamente fácticos, que la impidan o dificulten y promoviendo las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos. En este punto cabe añadir que la igualdad sustantiva no solo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos, sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía (…) el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material"[456].

Es cierto, la cuestión de la acción y protección social constituye materia compleja, reconoce nuestro Tribunal Constitucional, pero, como bien prosigue, asimismo estamos ante un tema absolutamente central para "un Estado Social (a la vista de los principios rectores de política social incluidos en el Capítulo tercero del Título I de la Constitución)", de manera que "las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos tal como sucede en particular con los entes locales, ni por parte de entidades privadas, que gozan además al respecto de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del art. 41 de la Constitución, ni tampoco por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado"[457]; como vemos,

[456] STC 12/2008, de 29 de enero. Idéntica jurisprudencia repite la STC 13/2009, de 19 de enero.

[457] STC 146/1986, de 25 de noviembre.

hace una llamada de carácter genérico para imbricar a todos los apelados por la sentencia cara a la satisfacción de las mismas. A todas las dificultades inherentes a la materia, para nada contribuye de ayuda el hecho de que la Constitución no defina el concepto de asistencia social, "noción técnica a la que la C.E. vincula todo un bloque material de competencias", ante lo cual, deberemos entenderla "remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente (…) Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual -con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección-, es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios"[458]. Puede aceptarse la argumentación bien intencionada cuando esgrime el concepto de la "reserva de lo posible", conectada con las capacidades económica, financiera y presupuestaria del Estado, pero es necesario su contundente rechazo, si se detecta la pretensión de cristalizar a su través una especie de cláusula pétrea tendente a la instrumentación de la misma como un límite frente a la efectividad de los Derechos sociales, que por demás, tienen también el carácter de elementos constitutivos del Estado Social[459]; e incluso desde sectores doctrinales entendidos de naturaleza fundamental, al considerar con buenas dosis de razón, que el sistema de Derechos Fundamentales

[458] STC 76/1986, de 9 de junio.

[459] En este sentido, Guillermo ESCOBAR ROCA, "Los derechos fundamentales sociales…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 111 y ss; subraya asimismo esperanzado, la doctrina de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, la cual entiende "que por vez primera en la jurisprudencia", reconoce "la «inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad y para la misma convivencia en sociedad»".

propio del Estado Social solo llegará a estar construido en su completud, cuando consiga integrar "en su seno, al mismo nivel que los demás, los derechos sociales", pues para la estructura constitucional, "tan importantes son unos como otros", y toda vez, una "distinta configuración (en su caso) de las garantías no puede hacer olvidar el dato esencial de que los derechos sociales derivan, tan directamente o más que los derechos liberales, de los principios constitucionales nucleares", e implican asimismo costes materiales[460]. En fin, estaríamos ante la

[460] Por todos en nuestra doctrina, Guillermo ESCOBAR ROCA, "Los derechos fundamentales sociales…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 121; asimismo, entre otras publicaciones del autor al efecto, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2005, especialmente, pp. 58 y ss; quien propone incluso como terminología más apropiada, la de Derechos Fundamentales Sociales, así como la necesidad de asumir el reto de enfrentarnos a la dificultad de la complejidad estructural que presentan la totalidad de los Derechos sociales, *ibidem*, p. 121. También para Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, en su defensa de la fundamentalidad de los Derechos Sociales, a va considerar que los Derechos Fundamentales "constituyen un sistema armónico", y "una unidad indisoluble", y está bien trabada la argumentación del autor, cuando rechaza, por inexistente, diferencias estructurales básicas "de los derechos sociales como derechos prestacionales que implican acción positiva del Estado y gastos, frente a los derechos individuales como derechos de libertad y gratuidad, todos los derechos exigen fuertes desembolsos a los estados, todos los derechos individuales requieren para su aseguramiento que el Estado desarrolle un sistema de orden público, de tribunales que administren justicia, lo que no es gratis, ya que constituyen bienes públicos financiados por el Estado. La protección de la integridad física y psíquica, del derecho a la honra y la vida privada, implican una infraestructura judicial, policial, que son financiados con recursos públicos. Lo mismo ocurre con el derecho de propiedad, el que requiere de diversas prestaciones públicas, resguardo policial, sistema jurisdiccional para asegurar y garantizar el derecho, la creación de registros de propiedad, entre otros aspectos, además del respeto por parte de terceros. Todos los derechos son complejos y tienen dimensiones individuales y colectivas, negativas y positivas, de abstención y de prestación", "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", en *Estudios Constitucionales*, Año 7, núm. 2, 2009, p. 155; a su vez, estima que el contenido mínimo de los Derechos Fundamentales Sociales, "está relacionado con el respeto a la dignidad del ser humano y a la consideración de un mínimo vital que se concreta en cada uno y todos los derechos económicos, sociales y culturales en cuanto satisfacción de necesidades materiales básicas de las personas, constituyendo el aseguramiento de la existencia material del ser humano un presupuesto básico del Estado constitucional democrático contemporáneo. Ello implica tanto acciones positivas por parte del Estado como prohibiciones de retrocesos injustificados de acciones previamente configuradas en el ordenamiento constitucional y legal, dentro de un contexto fáctico y normativo determinado, que reconoce el derecho de configuración del legislador en cuanto órgano de representación democrática, sujeto al control de constitucionalidad ejercido por la jurisdicción constitucional respectiva", *ibidem*, p. 193.

Acerca de los costes materiales de los Derechos, de interesante consulta resulta ser el libro de Stephen HOLMES–Cass S. SUNSTEIN, *El costo de los derechos. Por qué la*

posición más concordante con la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados el 25 de junio de 1993, donde se reconociera que todos

libertad depende de los impuestos, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011; si nos dicen, señalan los autores, cuánto dinero se gasta en su protección estaremos en condiciones de valorar "cuán protegido y garantizado está un derecho", lo que equivale a señalar cuánto invierte el Estado en los Derechos garantizados a nivel constitucional. Según bien mantienen, también los Derechos y las Libertades individuales dependen esencialmente de una acción estatal vigorosa, comprensiva de la realidad afectante también a todos los derechos liberales, pues la totalidad de derechos suponen costes económicos, y, como consecuencia, dependen de la acción gubernamental. Los autores sostienen frente a esta dicotomía, que verdaderamente todos los derechos cuando son lesionados requieren de una reparación, siendo este punto donde se muestra la evidencia de lo inadecuado de distinguir entre derechos positivos y negativos, pues, desde esta perspectiva y como la realidad confirma, todos los Derechos implican acciones positivas, en su conjunto exigen remedios materiales caso de ser vulnerados; en su totalidad: todos son costosos, porque presuponen una tarea eficaz de supervisión, costeada por los contribuyentes.

Más específicamente, los Derechos liberales clásicos dependen estrechamente de relaciones de orden y obediencia, y la creación de este marco regulador y del orden es costoso. Desde luego, las libertades privadas tienen importantes costos públicos, tal es el caso de: los derechos de propiedad, los derechos a la seguridad social, a la salud, a la libertad de expresión, a la libertad contractual, por mencionar algunos ejemplos. La libertad individual en su ejercicio real, está en estrecha dependencia entonces del esfuerzo conjunto de toda la Sociedad, y ello de una manera mucho más intensa respecto de cómo inicialmente pudiera estimarse. Son estos aludidos costos los que hacen imposible comprender a los Derechos como una cuestión de despliegue de efectos absolutos, de carácter entendido inflexible, por la sencilla razón de su dependencia a cargo del presupuesto público, de ahí su propuesta de abandono de las categorías distintivas derechos positivos/derechos negativos, pues es una falacia que no explica de ningún modo la realidad del presente. Fundamentalmente, es el poder público el encargado de realizar y desarrollar la inversión económica a efectos de llevarlos a la práctica, a fin de concretarlos, de dotar de efectividad a su ejercicio. Consecuentemente, sostendrán, el análisis de las condiciones fiscales propiciadoras de la efectividad de los Derechos, impone la asunción de una concepción mucho más amplia del concepto de bien público. Ahora bien, analizar la problemática de los costes, desborda el marco de su consideración como un problema presupuestario, comprende asimismo su relación con la transparencia y la responsabilidad democrática, respecto al proceso de asignación de recursos, e introduce en el debate un tanto sorpresivamente, dada la trayectoria de la obra, la problemática de la teoría moral, ante la necesidad de solventar asuntos referentes a la ética distributiva y, más trascendentalmente, de justicia distributiva. Un interrogante central para los autores, vinculado al orden de las aludidas prioridades del gasto público, nos sitúa ante realidad de qué derechos son los actualmente protegidos y con qué prioridad, permitiendo analizar si estos derechos tutelados son un reflejo de la influencia de grupos de poder dominante o atiende indiscriminadamente al principio del bienestar general. Volviendo a plantearse de nuevo, cómo es llevado a cabo el reparto o distribución del gasto público. El paso siguiente dado por los autores, no podía ser algo distinto de la corajuda defensa respecto de la inexcusable necesidad de que exista un control democrático fuerte tocante a las asignaciones presupuestarias, tanto en la protección como acerca de la exigibilidad de los Derechos. Y habrá de estarse pendientes a la deliberación democrática y por tanto pública, responsiva de qué derechos y de qué manera se protegen, decisiones que van de a estar sometidas a este tipo de examen y debate ciudadano, aunque esté encauzado por sus representantes.

los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.

Aun cuando haya una distancia considerable entre la elevación al carácter de Fundamentales de los Derechos Sociales y lo declarado pronto por el Tribunal Constitucional español acerca del alcance del artículo 53.3 de la C.E., resaltaría este que "el principio del Estado social y democrático de derecho del art. 1.1, que informa una serie de disposiciones como (...) el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, cuyo «reconocimiento, respeto y protección» informarán «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», según dice el art. 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes"[461]. Y más próxima en el tiempo, entre otros momentos, repetiría

[461] STC 19/1982, de 5 de mayo. La STC 17/1993, de 18 de enero, diría que "el derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, que el art. 25.2 de la C.E. reconoce a quienes se encuentran cumpliendo condena de prisión, son derechos que se insertan en los fines de reeducación y reinserción social a los que por exigencia constitucional deben orientarse las penas privativas de libertad y, en tal sentido, son derechos de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración (Penitenciaria) tenga en cada momento, no pudiendo, por tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata en el caso de que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos (AATC 226/1998 y 95/1989)".

Como bien se sabe, el Tribunal Constitucional español ha mantenido un criterio restrictivo tocante a la otorgación de naturaleza de Derechos Fundamentales y así, desde la STC 16/1981, de 18 de mayo, establecería la distinción entre Derechos Fundamentales y los reconocidos por la Sección 2ª, del Capítulo II integrado en el Título I, a los que denomina Derechos Constitucionales. Asimismo, la STC 5/1981, de 13 de febrero, restringiría el concepto de Derechos Fundamentales para los comprendidos en la Sección 1ª, del Capítulo II del Título I, vale decir, los requeridos para su desarrollo de Ley orgánica. Y en sentencias como la 56/1982, de 26 de julio, procede a identificar a los Derechos Fundamentales como aquellos susceptibles de protección mediante Recurso de amparo constitucional de acuerdo a lo establecido por el artículo 53.2 de la C.E. Tocante a las características esenciales que revisten los Derechos Fundamentales, es abundante la jurisprudencia constitucional que identifica estas con los parámetros la aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas, entre otras, SSTC 21/1981, de 15 de junio; 15/1982, de 23 de abril; 16/1982, de 28 de abril; 80/1982, de 20 de diciembre; 39/1983, de 16 de mayo; o 31/1994, de 31 de enero.

A su vez, extendería el ámbito anteriormente delimitado de fundamentalidad, la STC 46/1983, de 27 de mayo, al calificar como Derecho Fundamental a la Libertad de empresa, recogido por el artículo 38 de la C.E., comprendido dentro de la Sección 2ª, del

esta jurisprudencia con un muy leve matiz en el año 2000, al declarar: "La razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE"[462].

Sin embargo, en el año 2007, vuelve a una formulación más clásica, mostrando su deseo de dejar claro que carecen de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas, al establecer que si bien es rasgo caracterizador de los principios rectores el de informar "«la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», tienen, de acuerdo con su propio enunciado constitucional, una naturaleza muy diversa y, en todo caso, «solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen»"[463]. Incluso superior optimismo ha mostrado uno de nuestro autores, y ¡ojalá le asista la razón!, al escribir hace no muchos años lo que reproducimos: "Transcurridos treinta años desde la aprobación de la CE de 1978, el desarrollo constante de los principios rectores de la política social y económica representa un impresionante acervo

Capítulo II del Título I: "el art. 38 de la C.E. es ciertamente un derecho fundamental"; para de inmediato matizar: "pero no goza de la protección del recurso de amparo al sobrepasar los concretos límites a que se contrae el art. 53.2 fijando su ámbito material", con lo cual, rompe por partida doble los criterios anteriormente reflejados.

Y en la STC 112/2006, de 5 de abril, podemos leer: "Tres son, por tanto, los derechos fundamentales en juego: la libertad de empresa (art. 38 CE); el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE); y el derecho a transmitir y recibir libremente información [art. 20.1 d) CE]".

[462] STC 95/2000, de 10 de abril.

[463] STC 247/2007, de 12 de diciembre.

normativo que por sí solo desafía la idea del anómalo estatuto constitucional de unos derechos formulados como principios rectores y que solo llegan a serlo en la medida y con las condiciones que el legislador establezca"[464].

1.3.6.3. Mantenimiento y superación del postulado de origen liberal de los Derechos Fundamentales, comprendidos ahora como derechos de defensa y derechos a prestación.

Asentado el principio de constitucionalidad, el Estado Social ha procurado apartase de la función tradicional clásica de mero garante de los Derechos Fundamentales, desde el abandono del entendimiento formal de estos característico de la etapa Liberal, para pasar a asumir la responsabilidad, tarea y competencia de ser el promotor de esos mismos Derechos, impidiendo que queden reducidos a meras fórmulas hueras. De este modo, se dota a los titulares de posiciones iusfundamentales de condiciones materiales que posibiliten su ejercicio, a los efectos de poder ser disfrutados por todos, convirtiéndose este modelo de Estado en el poder público "que planifica, guía y modela, el Estado de la procura existencial y de la seguridad y justicia social"[465]. Esta actividad configuradora y concesionaria de los poderes estatales, arranca del presupuesto jurídico objetivo de los Derechos Fundamentales, y se

[464] Miguel REVENGA SÁNCHEZ, "Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)", en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 21, 2009, p. 104. Por el contrario ve un problema jurídico-interpretativo "insoluble" referido a la cuestión y el acecho del peligro de un "activismo judicial" trastocador del "Estado de Derecho mutándolo en un Estado judicial", Francisco J. BASTIDA FREIJEDO, "La interpretación de los derechos fundamentales", en *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, edición del mismo autor y otros, Tecnos, Madrid, 2005, p. 76.

[465] Luis VILLACORTA MANCEBO, *Reserva de Ley…, op. cit.*, pp. 113-114.

destina ahora a lograr la igualdad en el sentido de coordinación social justa, y de alcanzar la libertad real[466].

Por consiguiente, repudiando la exclusividad de la perspectiva negativa clásica asentada durante el mundo liberal del siglo XIX, esta es envidada a resultas del surgimiento de cambios sociales radicales, lo cual constituye una cuestión de protección por la vía de intervenciones del poder público, pero, simultáneamente, también de una eficacia social amplia, orientada a la prevalencia de los intereses generales sobre los intereses individuales o de grupo. Y, así, escamados frente a la decepción, por la falta de logros, de la tesis liberal que enunciaba pretender la consecución del bien común, cual saldo instantáneo a obtener partiendo de la libre concurrencia de las fuerzas sociales y de los individuos, al Estado Social le son ahora exigidas, de su autoridad constitucionalmente democrática, medidas directivas y de planeamiento económico y social, así como una intervención directa y dirigente en la economía, con objeto de articular un sistema lo más completo factible de prestaciones para los diversos ámbitos de la vida social[467].

De esa realidad emerge opuesta, y al lado de la propia concepción de Derechos de defensa propios de la aludida concepción liberal clásica[468], una nueva categoría de Derechos designados como Derechos a

---

[466] Precisa muy bien Ernst BENDA, está en consonancia con el "postulado del Estado social reconocer la forzosa limitación de la libertad y asumir las consecuencias", porque es "consecuencia ineludible del mandato del Estado social hacer posible una compensación adecuada de intereses, que nunca puede significar libertad absoluta, sino tan solo garantía de un espacio suficiente de libertad para cada cual", "El Estado social…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 544-545.

[467] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador…, op. cit.,* pp. 364-365.

[468] Apunta José Joaquím GOMES CANOTILHO, que actualmente los Derechos Fundamentales "cumplen la función de derechos de defensa de los ciudadanos desde una doble perspectiva: a) constituyen, en el plano jurídico–objetivo, normas de competencia negativa para los poderes públicos, prohibiendo fundamentalmente las injerencias de estos en la esfera individual; b) implican, en un plano jurídico subjetivo, el poder de ejercer positivamente derechos fundamentales (libertad positiva) y de exigir

prestaciones desde una perspectiva estricta. Los cuales reciben esta derniera denominación, porque no basta con la abstención de intervenir por parte del Estado infiriendo lesiones en los ámbitos que protegen, implican también conminaciones del individuo y de los grupos a "hacer algo" como exigencia frente al Estado, dada su condición de titular de "una competencia para su imposición" a los poderes públicos[469]. Expresada la distinción de acuerdo a los términos empleados por el mismo Robert ALEXY: "la estructura de los derechos de protección difiere en un aspecto fundamental de la de los derechos de defensa. Los derechos de defensa son prohibiciones de destruir, de perjudicar etc. Los derechos de protección son mandatos de proteger, apoyar etc. Cuando existe una prohibición de destruir o perjudicar algo, entonces está prohibido cualquier acto de destrucción o perjuicio. En cambio, cuando hay un mandato de proteger o apoyar algo, no cualquier acto de protección o apoyo es exigido (…) Por tanto, los derechos de protección tienen una estructura alternativa o disyuntiva, y los de defensa una estructura conjuntiva"[470].

---

omisiones de los poderes públicos, de forma que se eviten agresiones lesivas por parte de los mismos", *Direito Constitucional e Teoria…, op. cit.*, p. 552.

[469] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, pp. 256 y 482 y ss. No obstante, Robert ALEXY habla en sentido más amplio de Derechos Fundamentales de prestación, que subdivide en: 1) Derechos a protección; 2º) Derechos a organización y procedimiento; 3º) Derechos a prestaciones en sentido estricto (derechos fundamentales sociales). Por tanto, los derechos a prestaciones se encuadran entre los derechos de la segunda dimensión, e implican que corresponde al Estado la tarea de colocar a disposición de los individuos los medios materiales e implementar las condiciones fácticas que posibiliten el efectivo ejercicio de las libertades fundamentales. De este modo, los derechos fundamentales a prestaciones objetivan, en último análisis, la garantía no solo de la libertad-autonomía (libertad ante el Estado), sino también la libertad por intermedio del Estado, partiendo de la premisa de que el individuo, en lo que concierne a la conquista y mantenimiento de su libertad, depende en gran medida de una postura activa de los poderes públicos, Ingo Wolfgang SARLET, *A eficacia dos Direitos Fundamentais…, op. cit.,* pp. 184-185.

[470] Robert ALEXY, "Sobre los Derechos constitucionales a prestación", en *Derechos sociales y ponderación*, edición de Robert Alexy, 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 54-55. El Derecho de prestación tiene por objeto, dice Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, "no un deber de abstención de hacer algo, lo que es propio de un derecho de libertad. El objeto de un derecho de prestación es el mandato

Con similares argumentos a los previos, dirá José Joaquím GOMES CANOTILHO que la fuerza dirigente y determinante de los derechos a prestaciones invierte, obviamente, el objetivo clásico de la pretensión jurídica de defensa fundada en un derecho subjetivo; y así, de una pretensión de omisión a cargo de los poderes públicos (derecho a exigir que el Estado se abstenga de interferir en los Derechos, Libertades y garantías) se transita hacia una prohibición de omisión o derecho de exigir que el Estado intervenga activamente en el sentido de asegurar prestaciones determinadas a los ciudadanos[471]. Como consecuencia, desde el punto de vista formal, lo pertinente para el caso de los derechos de defensa comprendidos desde la perspectiva de sentido clásica, estriba en una omisión de los poderes públicos, vale decir, en autolimitaciones estatales; mientras lo que afecta de modo determinante a los derechos de prestación, es, de ordinario, una actuación positiva a cargo del Estado.

Desde la perspectiva material, los derechos de defensa aseguran al individuo una esfera libre de intervención de los poderes públicos, de lo que se sigue, indudablemente, que los "Derechos fundamentales son, en primera línea, Derechos que buscan proteger la esfera de libertad del individuo; son Derechos del ciudadano contra el Estado"[472]. Los derechos de prestación, comprendidos asimismo y necesariamente desde la

constitucional que impone al poder público (o en su caso a un particular) el deber de hacer algo; y, en sentido estricto, de hacer algo consistente en prestar un servicio o poner a disposición del titular del derecho un bien distinto, obviamente, a la reparación de la lesión causada por la violación del deber de abstención contenido en un derecho de libertad", "Objeto y contenido de los derechos fundamentales", en *Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, edición de Francisco J. Bastida Freijedo y otros, Tecnos, Madrid, 2004, p. 112.

[471] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador…, op. cit.*, pp. 364-365.

[472] BVerfGE 7, 198, (204 y ss), citada en este contexto por Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 112.

vertiente material, son aquellos Derechos Fundamentales en virtud de cuyas consecuencias y con independencia de lo establecido por el orden jurídico, ya sea infraconstitucional, ya sea de las actuaciones estatales anteriores, siempre vienen a consistir en prestaciones a realizar de cara a materializar "una actuación estatal positiva, que puede ser la expedición de una ley por parte del Parlamento, un acto administrativo o una actuación fáctica"[473]. A su vez, también pueden consistir en derechos de prestación derivados, caracterizados por tratarse de derechos de igualdad dentro del ámbito prestacional, toda vez que otorgan pretensiones para "participar en el disfrute de instituciones ya existentes o a gozar de prestaciones que se han garantizado ya a otros individuos que se encuentran en la misma situación"; y, de otra parte, derechos de prestación originarios, que no reclaman parangón alguno y se condensan en la obtención de algo existente, al margen, por descontado, "de que otros también hayan podido recibir ese algo"[474].

1.3.6.4. La transformación de la relación individuo–Estado: a modo de corolario, la libertad por el Estado.

De todo lo anterior, emerge a modo de corolario, que la relación jurídica fundamental entre individuo y Estado no desaparece, sino que se transforma, toda vez los derechos a prestaciones lo son a través del Estado (acciones positivas del Estado), pero no pueden ser comprendidos ni articulados a modo de enfrentamiento al mismo poder estatal, porque ahora es amigo de los Derechos, o debe.

Esto es, el Estado Social de Derecho, en lugar de tratar solo de garantizar "la libertad ante el Estado", conviene al mismo tiempo la

[473] Martin BOROWSKI, *La estructura de los..., op. cit.*, p. 114.

[474] Martin BOROWSKI, *La estructura de los..., op. cit.*, pp. 118-119.

consecución de "la libertad en el Estado y mediante el Estado"[475]. Si la libertad ha de ser real para todos, podremos sí exigir, en sentido lato, la realización efectiva de los Derechos Fundamentales "a través del Estado: el Estado no se muestra simplemente como un enemigo potencial de la libertad, sino que se convierte en su protector"[476]. Ciertamente, debemos acentuarlo, la función aludida no se encuentra liberada de riesgos, toda vez que un ilimitado ensanche de la "responsabilidad y actividades del Estado que desemboque en la omnicompresiva procura, planificación y configuración estatal, anularía toda configuración existencial autorresponsable"[477].

En esencia, podemos estimar la generalidad de los derechos normalmente designados como Derechos económicos, sociales y culturales[478], cuyo contenido y comprensión material, sostiene Guillermo ESCOBAR ROCA, "consiste, sobre todo, en prestaciones (o, más exactamente, en obligaciones de prestar)", las cuales, se mire como se mire, "pueden ser muchas o pocas y ni podemos pedir lo imposible a la Constitución ni podemos renunciar a fijar contenidos exigentes"[479].

---

[475] Hartmut MAURER, *Derecho Administrativo. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, 157. En este sentido, recuerda el autor la BVerfGE 40, 237, (249), de acuerdo con la cual, "la privación de una prestación pública, en determinadas circunstancias, puede afectar al ciudadano de un modo no menos grave que una injerencia en su libertad y propiedad".

[476] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho…, op. cit.*, p. 153.

[477] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 95.

[478] Antonio–Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos…, op. cit.*, pp. 38 y ss.

[479] Guillermo ESCOBAR ROCA, "Introducción", en *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, edición de Guillermo Escobar Roca, Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 71. Mantuvo Giorgio LOMBARDI que no serían las características estructurales las diferenciadoras entre los Derechos de libertad y los Derechos sociales, sino las modalidades de tutela y los mecanismos de garantía. Según prosigue, ambos serían derechos individuales, como ambos también podrían ser, conforme al caso, derechos colectivos. Tanto unos como otros podrían incidir en las relaciones jurídicas con intervención de un ente público, así como en las relaciones jurídicas exclusivamente entre particulares, "Diritti di libertà e diritti sociali", en *Politica del Diritto*, año XXX, núm. 1, pp. 7 y ss.

Autor, para quien, dado un ordenamiento como el nuestro, coronado por la Constitución normativa (exigible judicialmente de forma directa, incluso frente al Legislador), que recibe la consideración de norma suprema e incorpora elementos de transformación, así como a través del propio desarrollo constitucional, "cabe concluir que los derechos sociales son auténticos Derechos fundamentales"[480].

1.3.7. El sistema de Derechos Fundamentales propio del constitucionalismo social: elementos esenciales a modo de provisional recapitulación.

Como consecuencia con todo lo manifestado, a partir de una realidad socio–política completamente diferente y de muy superior complejidad[481], respecto de la que hemos hecho toma de conciencia, hace su asomo un sistema material de Derechos Fundamentales también más complejo, diferenciado y de alcance trascendental para el ciudadano, hasta el extremo de que, volvemos a recordar, el artículo 10.1 de la Constitución española fundamenta en ellos (aunque no solo en ellos) "el orden político y la paz social"; artículo que, además de contemplar expresamente el doble carácter de los Derechos Fundamentales, acata de idéntica manera la libertad de las personas o el libre desarrollo de la personalidad, lo cual va a comportar tanto la posibilidad de elegir fines y

[480] Puede verse, en este sentido, entre otras aportaciones del autor, Guillermo ESCOBAR ROCA, "Algunos problemas del Derecho a la salud a la luz de la Teoría general de los Derechos fundamentales", en *Derecho Sociales y Principios Rectores*, edición de José Luis Cascajo Castro / Manuel Terol Becerra / Antonio Domínguez Vila / Vicente Navarro Marchante, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 564 y ss. En la misma línea y de provecha lectura, la aportación en idéntica obra colectiva de Fernando REY MARTÍNEZ, "Derribando falacias sobre derechos sociales", quien expresa lapidariamente que "sin derechos sociales no hay democracia ni libertad, sino un simple trampantojo", pp. 633 y ss.

[481] Acerca del significado y funcionalidad de la "complejidad" como "palabra clave" para definir la actual realidad sociopolítica, y las consecuencias derivadas para el individuo de este modelo complejo en el que habitamos merece destacarse la aportación de Pietro BARCELLONA, *Diritto senza società: dal disincanto alla indifferenza*, Edizioni Dedalo, Bari, 2003, pp. 130 y ss.

medios para llevar a cabo la autodeterminación individual, como la asunción de las consecuencias del éxito o fracaso de su ejercicio natural, esto es, la responsabilidad por la acción[482].

A partir de la previa comprensión del paradigma que rige y se sobrepone, emerge igualmente la configuración de una nueva dialéctica de reivindicación y prestación[483], tendente a concretizar el alargamiento solidario de los Derechos y Libertades[484]. No basta ya con su exclusiva proclamación formal, toda vez la Constitución es fuente directa e inmediata de los Derechos Fundamentales, en el bien entendido sentido de que "no son los derechos fundamentales los que se mueven en el ámbito de la ley, sino la ley la que se mueve en el ámbito de los Derechos Fundamentales"[485]; y los mismos, propugnemos lo que propugnemos al respecto, se configuran al modo de "un poder jurídico definido", que el Legislador "no puede alterar en su contenido"[486]. Es acertado afirmar, tal como lo hace Friedrich MÜLLER, al mantener: "el Legislador no puede moverse libremente dentro del recinto amparado por los Derechos Fundamentales", pues no le corresponde a él "definir constitutivamente el contenido de un Derecho Fundamental, antes al contrario, de la riqueza

---

[482] A conclusiones análogas llega Hanns–Rudolf LIPPHARDT, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 149 y ss.

[483] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 59.

[484] Para la importancia del principio de la solidaridad en las sociedades contemporáneas, acentuando la solidaridad entre los trabajadores, puede verse Francesco Paolo CASAVOLA, "Dalla propietà alla solidarietà: appunti per una riflessione in tema di diritti individuali e sociali", en *I Diritti Umani*, edición del mismo autor, Cedam Editore, Padova, 1997, especialmente p. 34. Asimismo, el cambio de concepción, desde una ética individual de la voluntad y la libertad a una ética social de la responsabilidad en los términos propugnados por Franz WIEACKER, es recordado por Konrad Hesse, *Derecho Constitucional…, op. cit.*, p. 73.

[485] Herbert KRÜGER, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1950, p. 12.

[486] Ignacio DE OTTO Y PARDO, "La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en *Derechos fundamentales y Constitución*, edición del autor y de Lorenzo Martín Retortillo, Cívitas, Madrid, 1988, p. 155.

normativa de este provienen limitaciones de contenido a su arbitro legislativo"[487]. Todo lo cual no impide, en realidad, proceder a efectuar restricciones de Derechos Fundamentales, de su ámbito protegido, para aquellos supuestos de conflictos o colisiones de los mismos que, como evidencia la práctica, con extremada facilidad surgen en el contexto de la vida social, pero una vez resuelto el conflicto, el contenido del Derecho queda exento de afectación alguna, y también, obvio es, su ámbito de protección.

Constituye opinión cuasi–pacífica, por lo tanto, que no estamos ante el actual sistema de Derechos Fundamentales enfrentado a un conjunto de deberes abstractos de abstención negativa sistemáticamente determinante de la esencia de los Derechos Fundamentales liberales, sino, en desquite, frente a la obligación, por parte del Estado, de crear e implementar las vías concretas de acceso a esos Derechos, que pueden ser llevadas a cabo, obvio es, ya sea mediante acciones positivas o través de acciones negativas[488]; directamente ejercitables por sus titulares incluso aunque nos hallemos ante hipótesis en las que no se haya producido aún su concretización legislativa[489].

La interpretación de los Derechos Fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho como elementos de decisión en la vida social –naturalmente incluidos los de segunda dimensión, y siguientes– generación–, halla su fundamento en el aspecto de que la disposición de las condiciones materiales suficientes con la finalidad del ejercicio de la libertad material, se garantizarían, asimismo, "en los derechos

[487] Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 211.

[488] Hanns–Rudolf LIPPHARDT, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 149 y ss.

[489] Así de trasparente y enérgica se mostró ya la primera jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, mediante resoluciones dictadas durante los primeros meses de su actividad: SSTC 3/1981, de 2 de febrero; 18/1981, de 8 de junio o 21/1981, de 15 de junio, entre otras.

fundamentales, que, por lo tanto, no solo contienen derechos de defensa frente al Estado, sino también derechos a prestaciones[490]. Derechos que, toda vez ocupan un lugar central, preferente y supremo en el ordenamiento jurídico estatal, estructuran de modo pleno y concreto el Estado Social y Democrático de Derecho a quien dan vida en la práctica, y al irradiar sus efectos a todo el orden infraconstitucional, imponen la adecuación e interpretación del mismo a la luz de los valores materiales que incorpora su contenido[491]. Y, dando un paso más, se ha sostenido, a diferencia de lo que ocurre con el Legislador ordinario y con las elecciones gubernamentales, que la legitimidad de este tipo de Estado no reside en el consenso de la mayoría sino en un valor superior y más importante, como es la igualdad de todos respecto de las "libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea, en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos precisamente contra las leyes y actos de gobierno expresados por mayorías contingentes"[492].

Siguiendo esta dirección, el Tribunal Constitucional español extrae de los Derechos Fundamentales el deber negativo para los órganos estatales de abstenerse de "lesionar la esfera individual o institucional protegida" por los primeros, pero asimismo deduce la responsabilidad de naturaleza positiva de contribuir a dotar de "efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano"[493]. La interdependencia entre los

[490] Hans J. ZACHER, "Das soziale…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 659 y ss. En términos muy aproximados Christian STARCK, "Constitución, Jurisdicción constitucional e Interpretación constitucional", en *La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, edición de Francisco Fernández Segado, Dykinson, Madrid, 2003, p. 1175.

[491] Según abundante jurisprudencia bastante pronta de nuestro supremo intérprete constitucional, por ejemplo, las SSTC 48/1982, de 14 de julio, o 10/1986, de 24 de enero.

[492] Luigi FERRAJOLI, "Lo Stato di diritto fra passato e futuro", en *Lo Stato di diritto – Storia, teoria, critica*, edición de Pietro Costa / Danilo Zolo, Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano, 2002, pp. 375-376.

[493] STC 53/1985, de 11 de abril.

Derechos Fundamentales y el principio del Estado Social para la autodeterminación humana, es tremendamente irrebatible a juicio de autores como Peter HÄBERLE, y en tal sentido, este autor oportunamente argumenta que si no se hallara el individuo, atendidas sean razones de naturaleza material, "en situación para ejercitar de hecho su libertad, esta tendría ya solo un significado formal", es decir, "quedaría en el papel"[494]; o manifestado por medio de otras palabras, la doctrina del Estado Social reconoce que "la libertad jurídica y la libertad de participación política se vacían de contenido sin las posibilidades fácticas para ejercerlas"[495]. En esta misma línea de ideas, el Tribunal Constitucional Federal alemán, lo ha expresado con idéntico lenguaje, al proclamar que "el derecho de libertad no tendría valor alguno sin los presupuestos fácticos para poder hacer uso de él"[496], por lo cual, el Estado Social ha de orientar su acción al establecimiento y garantía de la justicia social y a la eliminación de las situaciones sociales de menesterosidad[497]. Incluso un filósofo ortodoxamente liberal, caso de John RAWLS, dejaría constancia acerca de que el principio primero comprende "los derechos y libertades iguales para todos", pudiendo ir precedido "de un principio que anteceda su formulación, mediante el cual se exija que las necesidades básicas de los ciudadanos sean satisfechas, cuando menos en la medida en que su satisfacción resulte necesaria para que los ciudadanos entiendan y puedan ejercer fructíferamente esos derechos y esas libertades"[498]. Y desde una precomprensión no

[494] Peter HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los Derechos…, op. cit.*, p. 18. En similares términos, Konrad HESSE, *Escritos de Derecho…, op. cit.*, pp. 127 y ss.

[495] Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 390.

[496] La BVerfGE 33, 303, (331), y diversas decisiones del Tribunal Constitucional Federal han reconocido el status constitucional de garantía estatal al "mínimo existencial", por ejemplo: BVerfGE 40, 121, (133), o BVerfGE 78, 104, (153).

[497] Enst BENDA, "El Estado social…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 525.

[498] John RAWLS, *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

excesivamente distante, reconocería Ronald DWORKIN, son cartas de triunfos, y están en condiciones de impedir determinadas medidas o políticas adoptadas desde la perspectiva de su exigibilidad en favor de los objetivos sociales o colectivos, postura que adquiere mayor rotundidad cuando el Estado ha de respetar la Dignidad e igualdad de los ciudadanos[499].

1.3.8. Los Derechos Fundamentales en el contexto de la acusada interrelación Sociedad–Estado: los riesgos para los mismos.

Dentro de un orden constitucional libre, democrático y abierto, la configuración de los Derechos Fundamentales vinculada al resultado de la realización por los poderes públicos del conjunto de tareas programadas constitucionalmente, conduce a la Sociedad y al Estado a la abolición, de facto, de la separación dual estricta entre ambos propugnada por el liberalismo. El abandono de ese aislamiento ha contribuido eficazmente a establecer un renovado marco de interrelación entre ambos, que tiene actualmente trazos diferenciados e hilados a la "luz del crecimiento recíproco de la Sociedad y el Estado (...) porque en el actual Estado social y democrático, la vida social no es posible sin una atención asistencial y una planificación amplia del Estado, y, a su vez, el Estado se constituye en sinergia con la Sociedad, originándose una pluralidad de dependencias y de influencias recíprocas"[500].

A lo anterior contribuyen de modo decisivo los Derechos Fundamentales "inviolables" constitucionalmente reconocidos, fundamentos también del orden político y de la paz social (artículo 10.1 de la C.E.), que adquieren una significación positiva, activadora; son directrices, guía y criterio para toda la legislación referida al ámbito vital

[499] Ronald DWORKIN, "Rights as Trumps", en *Theories of Rights*, edición de Jeremy Waldron, Oxford University Press, Oxford, 1984, pp. 153 y ss.

[500] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho..., op. cit.*, pp. 120-123.

amparado por el Derecho Fundamental en cuestión[501], con objeto de permitir conciliadamente su pacífico ejercicio material y el "libre desarrollo de la personalidad" (artículo 10.1 de la C.E.) que tales Derechos garantizan. Dicho esto, venimos obligados a asumir que la influencia socializante de los derechos a prestaciones transforma inexorablemente al ciudadano, antes titular individual y aislado de Derechos, en elemento socialmente inserto y definitivamente componente de una comunidad reivindicadora de nuevas esferas de libertad[502], en el marco de la cual los intereses individuales o de grupo hacen referencia al bien de la generalidad, pero sin menoscabo, por descontado, de las posiciones particulares[503].

En la circunstancia de esa nueva fase histórica, punto de vista que terminamos de apuntar, era difícil de imaginar y de sostener, la continuidad de la rígida dicotomía liberal entre Estado y Sociedad, así como la frontera separadora entre lo público y lo privado que de ella derivaba[504].

Una vez consumado el recorrido del Estado Liberal al Estado Social, es claro que la rigurosa bifurcación prototípicamente liberal entre el Estado y la Sociedad cedería por completo, de conformidad con el nuevo esquema de relaciones previamente recordado[505]. El ámbito de lo público

---

501 Hans D. JARASS, "Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 120, 1995, pp. 345 y ss.

502 José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 1993, p. 592.

503 Ernst BENDA, "El Estado social…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 524.

504 Señalaría así Gerhard LEIBHOLZ: en la medida que "tanto el Estado como la sociedad están constituidos por la misma agrupación de individuos, no es ya posible hablar, en el sentido comúnmente aceptado antes, de una división entre sociedad y Estado", *Problemas fundamentales de la Democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, p. 112.

505 Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales…*, *op. cit.*, p. 12.

se acrecienta permanentemente y desborda en términos acusados el primitivo marco de las competencias garantes de la seguridad interna y externa, limitado al desarrollo de cuyas tareas se pretendía retener al Estado de conformidad con las teorías políticas pertenecientes a la atmósfera intelectual del liberalismo.

En virtud del abandono por inservible del modelo de relaciones previo, Estado y Sociedad comenzarán nuevamente a acercarse a través de muy diversas vías[506]. La Sociedad pasa a advertir en la organización estatal la presencia de un poder activo y eventualmente aliado, con el objetivo de dotar de efectividad a los Derechos Fundamentales. Por su lado, el individuo, como ente social, empieza también su acometida para la procura del poder público, con objeto de la defensa de esos Derechos también contra las vulneraciones que provengan de otros ciudadanos o poderes sociales, porque cobra plena conciencia acerca de la necesidad de proteger la libertad "como unidad: no ha de ser solo una libertad que faculta, sino también una protección frente a los daños sociales"[507].

1.3.9. Las consecuencias: una especie de paso franco en favor de la *Drittwirkung der Grundrechte*, por la propia naturaleza evolutiva de las cosas.

1.3.9.1. El llamamiento a Estado y Sociedad, en orden a contribuir al logro de la eficacia intersubjetiva de los Derechos Fundamentales.

De acuerdo con la concepción esbozada fundamentalmente en el punto anterior, se generaliza en la conciencia colectiva la idea de que el respeto a los Derechos de todos los miembros de la Sociedad tiene que ver no solamente con los poderes públicos, sino también con todos los poderes sociales y económicos actuantes en el seno de esa Sociedad y, en

[506] Pedro Carlos BACELAR DE VASCONCELOS, *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*, 2ª ed., Cosmos Editora, Lisboa, 1999, p. 30.

[507] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho…, op. cit.*, p. 153.

último término, con las obligaciones sociales de los ciudadanos para consigo mismos. Hay entendimiento respecto de que la actividad del Estado no se concreta, necesariamente, en la mera abstención, sino también, cuando sea necesario, en una acción destinada a impedir que la libre actuación de los individuos y de los poderes sociales pueda llegar a crear coacciones incompatibles con la autodeterminación de otros individuos y de otras fuerzas de carácter no estatal.

Consecuentemente, tanto el Estado Social como la Sociedad que le resulta correspondiente, serán llamados a realizar la tarea de dotar de efectividad no solo a los Derechos individuales sino también a los sociales, requeridos, en mayor medida que los primeros, de actuaciones estatales dirigidas a "realizar el programa contenido en ellos"[508]; todo lo cual, pone de realce la forzosidad irrevocable de la interdependencia entre ambos, en aras de lograr la justicia social para una época de acelerados cambios en todos los órdenes, a los que deberán constantemente adaptarse[509]. La concepción de Estado Social y Democrático, entre otras significaciones incluye "la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de población socialmente dependientes"[510].

Pues bien, la gradual deconstrucción del modelo liberal de separación entre Sociedad y Estado que hemos visto, impondría esa hasta entonces inédita disposición, una vez transcurrido el momento de consolidación del Estado Social, de las relaciones jurídicas iusfundamentales, principalmente de las intersubjetivas: al lado del modelo liberal clásico individuo–Estado, se transita, necesariamente, a considerar la relación individuo–individuo. Un modelo constitucional, al

[508] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 98.

[509] Luis VILLACORTA MANCEBO, *Principio de igualdad y Estado…, op. cit.*, pp. 93 y ss. Asimismo, Guillermo ESCOBAR ROCA, "El Estado…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 369.

[510] STC 11/1981, 8 de abril.

modo esbozado por Peter HÄBERLE, que no solo estructura en sentido estricto la organización estatal, "sino también la publicidad, y compone la sociedad, que incorpora inmediatamente los ámbitos de lo privado, no puede hacer esto solo de forma pasiva" convirtiendo "a las fuerzas sociales y privadas como objetos. Tiene que incorporar estas también activamente: como sujetos"[511].

1.3.9.2. El carácter indisponible adquirido por la *Drittwirkung*, desde la teoría de los Derechos Fundamentales del Estado Social.

Verdaderamente, con la llegada del Estado Social, asistimos por de pronto a la alteración de superior trascendencia operada a lo largo de la historia de la afirmación de los Derechos Fundamentales, germinando a partir de la misma, la obligatoriedad de estos también en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas. Para determinados autores, en este sentido, la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas acometidas entre particulares, crea las más trascendentales repercusiones causadas por la irrupción de "la teoría del Estado Social en el ámbito de los derechos fundamentales", pues, a tenor "de dicha eficacia, el Estado adquiere el deber de proteger las libertades de los particulares de la influencia de los grupos de intereses o poderes privados que componen la sociedad"[512].

Así las cosas, es incuestionable que el audaz entrecruzamiento Estado–Sociedad apremia de manera inexcusable a reconsiderar nuevamente la función, el significado y la posición de los Derechos

[511] Peter HÄBERLE, *Retos actuales del Estado…*, *op. cit.*, pp. 30-31.

[512] Pedro DE VEGA GARCÍA, citado por Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 393.

Fundamentales en el cúmulo de la estructura socio–estatal[513], y significa una mutación concluyente de la misma naturaleza de los Derechos. Una vez asentada su definición en términos de orden objetivo de valores supremos para las normas iusfundamentales, al flanco de una vertiente subjetiva de defensa ante los poderes estatales, ha resultado de obligado reconocimiento el carácter de principios objetivos supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto, que despliegan eficacia irradiante a la totalidad de los sectores jurídicos, incluido el Derecho Privado, por lo que no solo se les debe inferir orientados hacia a los poderes estatales sino también hacia los sujetos privados. Los Derechos Fundamentales abandonan la concepción liberal de puros límites al ejercicio del poder público, vale decir, de garantías negativas de las utilidades individuales que se consideraran legítimas, pasando a su conversión asimismo en un orden objetivo de valores materiales, esenciales para la convivencia social, y en fines canalizadores de la actividad positiva promocional a cargo de los poderes estatales[514].

Atendiendo a su condición de conformar un acervo de valores materiales o decisiones axiológicas básicas de la Sociedad, los Derechos Fundamentales coadyuvan con superior extensión y calado, a la hechura de la totalidad del orden jurídico infraconstitucional, incluidas las relaciones intersubjetivas[515]. No olvidemos, en concordancia con lo que hemos afirmado, cómo el orden constitucional se convierte en un orden constitucional jurídico, precisamente, a través de la vigencia y despliegue de la eficacia de los Derechos Fundamentales[516].

---

513 Ernst FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 250.

514 José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 218.

515 Antonio–Enrique PÉREZ LUÑO, *Los Derechos…, op. cit.*, p. 21.

516 BVerfGE, 62, 32, (36-37).

Resulta fácil advertir, pues, la auténtica revolución dogmática que la superación de los vetustos e inservibles planteamientos de la teoría liberal produjo para la dogmática de los Derechos Fundamentales, y cara a la realización de los mismos en su vertiente democrático–pluralista, rescatando para los mismos la función social a desarrollar[517]. Así las cosas, las sugerencias a realizar de transformación de la dogmática de los Derechos Fundamentales, inquieren el dictamen a cargo de los poderes públicos de una política pluralista iusfundamental, que acoja los diversos modos conforme estos pueden ser vulnerados, auxiliada por una argumentación e interpretación jurídicas, abiertas a la "creatividad del tiempo"[518]. Sin lugar a duda alguna, las mutaciones sociales, que reconocerán lozanos Derechos Fundamentales, traerán consigo nuevas reivindicaciones de apoyo público en orden a su ejercicio, y convergirán, lógicamente, para la formación de un Estado de Derecho más democrático, donde Sociedad y Estado constitucional no puedan ser comprendidos por más tiempo como entes antagonistas o paralelos, sino como aliados fuertes en la brega permanente por dotar de efectividad plena a los Derechos y Libertades fundamentales, aceptándose el principio de que su vulneración podrá proceder de cualquier dirección, sea pública o privada.

En congruencia con lo expresado *ut supra*, una vez que la marcha de socialización producida en las sociedades coetáneas ha venido a evidenciar, que de modo alguno se estuvo ante sociedades de ciudadanos libres e iguales, de conformidad con las tesis liberales, en su momento

---

517 Peter HÄBERLE, *Retos actuales del Estado…, op. cit.*, p. 33. Y el artículo 33.2 de la Constitución española, establece expresamente la función social como límite nada menos que para el Derecho de propiedad, como fuera recordado, entre otras, por la STC 111/1983, de 2 de diciembre.

518 Thomas VESTING, "Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 15.

impuestas, ambicionadas de crear por medio de una mera aseveración jurídica, igualmente es puesta de relieve la exigencia de extender la protección de los Derechos Fundamentales también a las relaciones intersubjetivas[519]. Derechos que son la articulación jurídica más concreta del principio de Dignidad humana[520], constitutivo del "*minimun* invulnerable" obligado a garantizar para todo estatuto jurídico de los Derechos Fundamentales[521].

Para los momentos actuales, los Derechos Fundamentales, de ninguna manera pueden proseguir manteniendo la consideración de "criterios vigentes exclusivamente en las relaciones entre el Estado y los individuos"[522]. Porque, consumado el tránsito del modelo liberal clásico al modelo político, social y cultural de matriz social, las esferas de libertad jurídico–fundamentalmente garantizadas por el sistema de Derechos Fundamentales, incluyen disposiciones normativas expresión de un sistema de valores materiales que resultan forzosamente obligatorias para la Sociedad civil, dado la medida en la cual dimanan de la misma, y corresponde al Estado su reapropiación para cualquier tipo de relaciones iusfundamentales, sean las mismas de naturaleza jurídico–pública o resulten de carácter jurídico–privado. Impídese con ello la restauración hacia atrás (tipo cangrejal), que se nos presenta, por parte de no pocos, con aires renovados de un nuevo ideal social; siendo así, como ya hemos subrayado varias veces, los riegos y equívocos de las perspectivas liberales que ahora el neoliberalismo pretende rescatar en lo

519 José João NUNES ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas a os Direitos fundamentais*, Editora Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1990, pp. 21 y ss.

520 STC 113/1995, de 6 de julio.

521 STC 57/1994, de 28 de febrero.

522 Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG, "Derechos fundamentales, poder político y poderes sociales", en AA.VV, *Direitos humanos: a promesa do século XXI*, Editora Elsa Portucalense, Universidade Portucalense, Porto, 1997, p. 201.

fundamental, para la articulación de sus propios postulados e intereses, al contrario de las apariencias de objetividad científica y avances sociales que tratan de vendernos los planteamientos así defendidos[523].

[523] Puede verse a tal efecto, Eibe H. RIEDEL, "Kapitel IV Solidarität", en *Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar*, 4ª ed., edición de Jürgen Meyer / Norbert Bernsdorff, Nomos Verlag, Baden–Baden, 2014, dónde se extienden a la construcción de un modelo normativo integrado de Europa social; repitiendo algunas ideas puestas de manifiesto hace ya algunos años en Eibe H. RIEDEL, *Theorie der Menschenrechtsstandards: Funktion, Wirkungsweise und Begründung wirtschaftlicher und sozialer Menschenrechte mit exemplarischer ... auf Arbeit in verschiedenen Rechtsordnungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986.

CAPÍTULO SEGUNDO

Perspectivas acerca del estado actual de la cuestión

CAPÍTULO SEGUNDO.

Perspectivas acerca del estado actual de la cuestión.

2.1. Cuestiones terminológicas.

2.1.1. *Drittwirkung der Grundrechte u Horizontalwirkung.*

Por lo referido a la búsqueda y fijación de los términos correctos a los efectos de referirnos a la problemática[1], el concepto de *Drittwirkung der Grundrechte* –efecto frente a terceros de los Derechos Fundamentales– comenzó por utilizarse en 1954 en Alemania por Hans–Peter IPSEN[2]. Se pretendía con él destacar la presencia de nuevos destinatarios de los Derechos Fundamentales más allá de la tradicional vinculación estatal[3], esto es, para referirse a la eficacia de las disposiciones iusfundamentales en las relaciones jurídicas privadas[4]. Sin

[1] La inseguridad, incluso confusión, terminológica registrada en la materia, estima Wolfgang SARLET, no es propiamente irrelevante, "Neoconstitucionalismo e influencia dos Direitos fundamentais nom direito privado: algumas notas sobre a evolução brasilera", en *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, 3ª ed., edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 22.

[2] Hans–Peter IPSEN, "Gleichheit", en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis del Grundrechte,* Band II, *Die Freiheistsrechte in Deutschland*, edición de Franz L. Neumann / Hans–Carl Nipperdey / Ulrich Scheuner, Duncker und Humblot, Berlin, 1954, p. 143.

[3] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 90.

[4] Ingo von MÜNCH, "*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania", en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, edición de Pablo Salvador Coderch, Cívitas, Madrid, 1997, p. 28.

embargo, autores como Hans–Carl NIPPERDEY, han manifestado su propensión contraria al empleo del término por su imprecisión, toda vez los Derechos Fundamentales, en su sentido clásico y más estricto de derechos públicos subjetivos, solamente están dirigidos contra el Estado, por lo que sería más correcto hablar de efecto absoluto de ciertos Derechos Fundamentales; en todo caso, es la terminología más empleada incluso por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

Más tarde se utilizó la expresión *Horizontalwirkung der Grundrechte*[5] que tiene el significado de eficacia horizontal, distinto, pues, del de eficacia vertical propio de la relación individuo/Estado, precisamente para resaltar un segundo ámbito de eficacia de los Derechos Fundamentales donde se producen las relaciones jurídicas entre individuos y entes privados entre sí. Pero también ha sido criticada esta denominación de eficacia horizontal[6], en el sentido de que no admite ser considerada como plenamente acertada, y ello debido a no producirse siempre en las relaciones jurídicas entre particulares una situación horizontal de paridad, presentándose por el contrario importantes diferencias tocante a lo referido a la posición de los sujetos en el establecimiento de sus relaciones privadas, observándose que con suma frecuencia una de las partes ostenta mayores poderes que la otra, por lo que la relación asume también el carácter de relación vertical[7].

[5] Por ejemplo, Herbert BETHGE, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen,* Franz Vahlen, München, 1977, p. 19; pero también se ha empleado, en otros, por Peter SALADIN, Jörg Paul MÜLLER o Robert ALEXY. Y con posterioridad por Heinz-Gerd SUELMANN, *Die Horizontalwirkunk des Art* 3 II *GG*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994.

[6] Término del que dice Ingo Wolfgang SARLET, merece ser tomado con reserva, prefiriendo el de vinculación de los particulares a los Derechos fundamentales, porque presume tendencial igualdad, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", en *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, pp. 110 y 113 respectivamente.

[7] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los derechos fundamentales…, op. cit.*, p. 91. La relación entre una persona o entidad, dice Juan María BILBAO UBILLOS, "que ejerce

Justamente, los problemas de verdad relevantes en materia de los efectos de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas se presentan en múltiples ocasiones asociados a situaciones caracterizadas por posiciones de supra/infra ordenación, aconteciendo paradigmáticamente en el caso de las relaciones laborales[8]. Y, por consiguiente, a nadie puede sorprender que la génesis y "el desarrollo más fecundo de la teoría de la *Drittwirkung* haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales", especial receptividad que dista de ser casual, antes bien resulta comprensible "por la nota de subordinación intrínseca al cumplimiento de la prestación por el trabajador[9].

2.1.2. Otras denominaciones empleadas.

Asimismo, ha sido criticada el empleo de la expresión eficacia en relación a terceros, toda vez que la misma parece luego comprometida con una concepción de los Derechos fundamentales, según la cual, estos no tendrían como destinatarios a las personas jurídicas privadas, que, sin embargo, también son terceros. De otra parte, ha merecido asimismo críticas la tesis de la eficacia externa por entender que en rigor no se trata de saber si existe una eficacia externa[10], en el sentido de que los particulares estarán obligados a una actitud negativa de respeto de los derechos de otros ciudadanos, limitando su autonomía privada a través de la imposición de un deber general de respeto por los derechos de los

una autoridad privada y quien está sometido a ella no es precisamente horizontal", "¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?", en *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 266.

[8] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 114.

[9] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan…?", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 265.

[10] Joaquim DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o principio da liberdade contratual*, Almedina Editora, Coimbra, 1999, pp. 135 y ss.

otros; la eficacia entre particulares sería algo más, pues lo que trata de determinar es si los Derechos Fundamentales resultan asimismo eficaces en las propias relaciones jurídicas intersubjetivas[11].

Más tarde, resaltan Ingo Von MÜNCH y Klaus STERN, el término *Drittwirkung* fue ocasionalmente sustituido por las expresiones "privatización de los Derechos Fundamentales", "eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas privadas" (*Privatrechtsverhältniss*), en el "tráfico jurídico privado" o "de derecho privado" (*privatrechtliche Verkehr*), o "en las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado" (*in den Beziehungen der Privatrechtssubjekte untereinander*); pero, a juicio de los autores, la denominación *Drittwirkung* debe ser evitada, pues no obstante su eficacia en la relaciones privadas, los Derechos Fundamentales continúan formando parte integrante del Derecho Constitucional[12]. En cuanto a Ingo Wolfgang SARLET, considera imprecisas denominaciones que reconoce habituales como eficacia horizontal, *Drittwirkung* o eficacia externa o en relación a terceros y cuestiona el término genérico eficacia privada, e incluso el de incidencia de los Derechos Fundamentales para las relaciones privadas. A su juicio, no está siendo delimitada con estos términos la eficacia que ejercen los Derechos Fundamentales sobre las relaciones jurídicas mantenidas entre los actores privados, y alcanza también a la influencia de la normativa constitucional sobre los actos de los agentes estatales, toda vez entiende preferible las nociones de validez y eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, por traducir más precisa y fidelignamente la dimensión específica del

[11] Guilherme MACHADO DRAY, *O principio da igualdades no Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 141. En términos similares, esa misma crítica es hecha a la denominación eficacia externa por José Joaquím GOMES CANOTILHO–Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anatada*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1983, p. 147.

[12] Ingo von MÜNCH, "*Drittwirkung* de derechos fundamentales…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 32; Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band. III/1, *Allgemeine Lehren der Grundrechte,* C.H. Beck Verlag, München, 1988, pp. 1513 y ss.

problema[13]. Y, mediante términos parecidos, con los que expresamos nuestra coincidencia, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO apostará por la denominación: "eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares"[14]. Por lo referido al ámbito anglosajón, es frecuente tratar la cuestión bajo el epígrafe "privatización de los Derechos humanos"[15].

Walter LEISNER ha propuesto términos más aparentemente neutros, como *Geltung der Grundrechte im Privatrecht*[16]; Klaus STERN, propondrá *Geltung der Grundrechte im Privatrechtsordung*[17]; y Jörn IPSEN, se refiere a *Hineinwirken de Grundrechte in das Privatrecht*[18]; pero son denominaciones que aún no han cuajado.

Con todo, asisten asimismo buenas razones a Alexei JULIO ESTRADA, cuando pone de relieve que, ante la ausencia de una terminología unificadora, es preferible emplear indistintamente las diferentes acepciones, de acuerdo con la cuestión que se quiera destacar en el caso concreto objeto en cada momento de análisis[19].

---

[13] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 113-115; "Neoconstitucionalismo e influencia dos Direitos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 23-24. En similares términos José Alfonso DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed., Revista dos Tribunais Editora, Sao Pãulo, 1982, pp. 48 y ss.

[14] Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 22.

[15] Así, Andrew CLAPHAN, *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1983.

[16] Walter LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1960, p. 305.

[17] Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…, op. cit.*, pp. 1513 y ss.

[18] Jörn IPSEN, *Staatsrecht* II, *Grundrechte*, 10ª ed., Franz Vahlen Verlag, München, 2007.

[19] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los derechos fundamentales…, op. cit.*, p. 91. En similares términos, Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2004, p. 10.

2.2. Vigencia, validez, eficacia, aplicabilidad, vinculación de la norma jurídica iusfundamental en las relaciones intersubjetivas.

La cuestión de la vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales, es planteada en ocasiones como un problema de vigencia de las normas de Derechos Fundamentales, otras veces como un problema de validez, en fin, como un problema de eficacia e incluso de aplicabilidad de dichas normas. A su vez, determinadas autores (casi seguro la mayoría) emplean indistintamente uno u otros términos, y hay también sectores doctrinales que cierran terminológicamente la cuestión optando exclusivamente por uno de los conceptos.

La vigencia de la norma jurídica es aquella propiedad en virtud de la cual esta resulta exigible u obligatoria en un determinado espacio y a partir de un determinado momento temporal cual es el de su entrada en vigor, con la consecuencia de que, a partir de esa fecha, todos aquellos a quienes va dirigida (destinatarios) deben adoptar comportamientos de acuerdo con lo por ella previsto. La vigencia de la norma es empíricamente verificable por su regular sanción, promulgación, publicación o requisito esencial para su existencia y orden de entrada en vigor o carencia de vigencia de las disposiciones no publicadas, orden susceptible de ser fijado específicamente por la propia norma o entendida la misma de modo general aplicable a través de lo establecido por la cláusula general para todas las normas jurídicas del sistema positivo, supletorio de la ausencia de orden concreta cronológica de entrada en vigor, y fijada para nuestro ordenamiento a cargo del Código Civil, por medio de su artículo 2.1: "Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el <<Boletín Oficial del Estado>>, si en ellas no se dispone otra cosa"; momento a partir del cual la norma se dice es realmente existente al pasar a formar parte del ordenamiento jurídico, lo

que hasta entonces era desde su aprobación una existencia *in fieri* porque carecía del elemento de pertenencia al sistema.

Distinta de la vigencia es la validez (*Geltung*) de la norma jurídica, vale decir, aquella propiedad normativa referida a la conformidad o compatibilidad con las normas de jerarquía superior insertas en el mismo ordenamiento jurídico a incorporarse y que la condicionan, esto es, trae causa necesaria de la precedente jerárquicamente, por ser quien en definitiva la crea o fija las condiciones para ello[20]. Como consecuencia, una norma será válida cuando el proceso de su producción haya respetado las normas procedimentales y sustanciales que disciplinan el ejercicio del poder del órgano de creación jurídica. Ello, a su vez, da lugar a distinguir entre compatibilidad formal y compatibilidad material con la norma superior, y, a su vez, origina la conocida dicotomía validez formal y validez material. La validez formal hace referencia a las competencias orgánica y procedimental, referidas a la creación e inserción de la norma en un ordenamiento jurídico positivo (cumplimiento de los requisitos de pertenencia), esto es, a su emanación de la autoridad a la cual el ordenamiento atribuye tales competencias y determina el procedimiento de producción normativa, dejando al margen ahora su "mayor o menor acierto intrínseco"[21]. La validez material expresa la no contradicción sustancial de la norma jurídica con las normas superiores jerárquicamente pertenecientes a ese ordenamiento jurídico positivo, esto es, relativa al contenido de las mismas o en congruencia efectivamente con el sistema normativo[22]; o dicho con términos hartianos, la norma es válida cuando cumple con las condiciones impuestas por la regla de reconocimiento referida a normas vigentes. Es lo que actualmente

[20] Ricardo GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, 2ª ed., Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1998, pp. 128-129.

[21] Luis RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho*, 8ª ed., Porrúa, México, 1990, p. 30.

[22] Luis RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio…, op. cit.*, p. 238.

podemos denominar validez intrínseca, o adhesión a los fines y valores del orden jurídico en el cual se inserta y dan precisamente sentido a este, posibilitando su justificación; en definitiva, es resistente ante el juicio de validez material para decirlo con Bruno CELANO[23], que prevalece frente al componente o verificación de la regularidad de los actos de su creación. Porque el orden social es puesto por el Derecho, cierto, pero este, "antes de ser norma, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es sobre todo organización, estructura", y es determinantemente, "posición misma de la Sociedad en la que se desarrolla, y que precisamente el Derecho constituye como unidad, como ente con sustantividad propia"[24].

El concepto de validez jurídica inicialmente "no es graduable", toda vez "una norma vale o no vale jurídicamente"[25], salvo excepción a la que vamos a referirnos. De este modo, según la teoría jurídica de la validez, cada norma remite a su imposición por parte de una autoridad autorizada por normas de rango jerárquico superior, y expresa la relación de pertenencia de esa norma al ordenamiento jurídico positivo, en el que es la Norma Fundamental o hipotética la encargada de fundamentar la validez del propio ordenamiento pero cuya validez no es jurídica sino lógica, y es supuesta no deducida[26]; como consecuencia, el ordenamiento

[23] Puede verse Bruno CELANO, *Dos estudios sobre la costumbre,* Fontamara, México, 2000.

[24] Santi ROMANO, *L`ordinamento giuridico (1917)*, Sansoni Editore, Firenze, 1946, p. 22, porque, para el autor, la Ley no es nunca "como comúnmente se cree, el comienzo del Derecho, es, por el contrario, algo que se añade y se une a un derecho preexistente (en el supuesto de que haya lagunas), o simplemente, una modificación que el mismo Derecho sufre".

[25] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 88.

[26] Por todos Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2ª ed., Franz Deuticke Verlag, Wien, 1960, especialmente pp. 200 y ss, con lo cual, la "racionalidad más depurada del formalismo jurídico es constitutivamente aporética", pues resulta "tentador decir que la norma fundamental de Kelsen quisiera ser la gran solución al problema de la validez pero es la gran aporía: la *Grundnorm* como *Grundaporie*", Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA, "Aporías del Derecho", en *Anuario de*

jurídico no es válido propiamente, suponemos que es válido o, dicho de otro modo, aceptamos su validez como hipótesis lógica trascendental, como punto de partida, y no es una norma constitucional sino metaconstitucional, sin la cual, la propia Constitución (o al menos la primera) no podría considerarse válida[27].

La presunción de validez de la norma jurídica es la consecuencia de la distinción entre las condiciones de validez y las condiciones jurídico-positivas de invalidez. Ahora bien, aun cuando todo sistema jurídico impone condiciones para la validez de sus normas, por razones de seguridad jurídica, también puede negar efecto invalidatorio al incumplimiento de algunas de esas condiciones, y estamos entonces ante el denominado por Adolf MERKL cálculo del error, nombre empleado para justificar que algunos sistemas positivos decidan sopesar las condiciones de validez normativa y adquieran la convicción de resultar conveniente la desconsideración del incumplimiento de algunas de menor importancia, lo cual no va a llevar aparejada la invalidez del acto normativo afectado; dicho de otro modo, si el sistema positivo niega efectos invalidantes al incumplimiento de una condición de validez, entonces tal incumplimiento no es causa de invalidez, pero cuando el sistema no dice nada al respecto, frente a este silencio del derecho positivo, el fenómeno normativo de la invalidez aparece siempre de omitirse alguna condición

Filosofía del Derecho, núm. 16, 1999, p. 68; esto es, como ya había adelantado el autor, es en "la hipótesis de la norma fundamental, en donde la validez jurídica se asoma al vacío o a la sociología", "Razón jurídica y razón contractual (El contrato social como técnica de pensamiento)", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 64, 1989, p. 282.

[27] El fundamento de la validez de una norma jurídica para la Ciencia del Derecho, escribiría Ignacio DE OTTO Y PARDO, "ha de encontrarse en otra norma jurídica superior a ella, lo que significa que en algún momento llegaremos a una norma que está en la cúspide del ordenamiento y que ya no puede encontrar su fundamento en ninguna otra superior a ella. La fundamentación de la validez y superioridad de esa norma ya no puede hacerse a partir del derecho positivo y, en consecuencia, no es una cuestión propia de un saber que tenga por objeto precisamente ese derecho positivo. Para ese saber la validez del ordenamiento en su conjunto es algo que hay que dar por supuesto o presupuesto, pues lo que interesa es su ser, su contenido, no el fundamento meta-jurídico sobre el que se apoya", *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 25-26.

de validez de las normas, de entre la establecidas por el sistema jurídico[28]. De cualquier modo, el juicio de validez es un problema de interpretación normativa, está condicionada por esta; y, desde luego, los actos inválidos pero eficaces tienen capacidad para producir efectos precarios, destinados a su eliminación o declaración de invalidez a cargo del sujeto o del órgano propuesto por el ordenamiento al respecto.

En los ordenamientos dotados de Constitución rígida, mantiene Luigi FERRAJOLI, para poder considerar una norma jurídica válida además de vigente, es insuficiente su emanación de conformidad a "las formas predispuestas para su producción", pues requiere asimismo de su contenido sustancial, el respeto de "los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución"[29]. Por su parte, la validez normativa significa para Karl LARENZ la "determinabilidad o vinculatoriedad de una exigencia de conducta o de una pauta por la que la conducta humana tiene que ser medida" [30]. Referente a Martin BOROWSKI, ha recordado muy adecuadamente los tres criterios que, básicamente, son seguidos al objeto de determinar la validez del Derecho, esto es, la eficacia social, la expedición de normas de acuerdo con el orden jurídico, y, si no se trata de un concepto positivista del Derecho, la corrección material; e incluso según también aclara, las normas no vinculantes pueden ser normas jurídicas, pero únicamente si logra

[28] Gabriele KUCSKO-STADLMAYER, "La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho", en *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*, edición de Robert Walter, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 169

[29] Luigi FERRAJOLI, "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2001, p. 53; que coincide así con la validez formal y validez material propuesta por Norberto BOBBIO: una norma es formalmente válida cuando ha sido producida por el sujeto competente según el procedimiento prescrito, y es materialmente válida cuando no está en conflicto con otra norma, *Contributi ad un Dizionario giuridico*, capítulo XV, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1994. A diferencia de Hans KELSEN, para quien, como se sabe, la validez es formal y basta que haya sido producida por el sujeto competente según el procedimiento prescrito.

[30] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 184.

evidenciarse la ausencia total "de sanción ante el incumplimiento de una norma, a causa del cumplimiento fáctico, y en esta medida contingente de la misma, no se contrapone a la aceptación de la validez social"[31].

Ahora bien, según asimismo se ha mantenido, si la validez es definible como la relación de conformidad formal y material de la norma jurídica con las normas jerárquicamente superiores, entonces la expresión validez de las normas de Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, resulta ser de utilización incorrecta. Y ello, porque las normas iusfundamentales son normas de status constitucional y, como consecuencia, tienen el máximo grado de jerarquía en el contexto del ordenamiento jurídico positivo, y no podría predicar de las mismas ni la validez ni la invalidez. Sin embargo, también ha sido considerado, por el contrario, que es la validez y no la eficacia la vincula al problema substantivo de extensión de los Derechos Fundamentales a la esfera de las relaciones jurídico-privadas[32]. La validez jurídica es un concepto que presupone siempre, efectivamente, un carácter relacional, de supra e infra ordenación, pero aquí, como para todas las normas constitucionales, falta el referente de una norma superior de la que deriven su validez, de ahí que algunos autores muestren su reticencia frente a la validez como atributo de la Constitución: "A Constituição, como norma ápice, não é válida ou inválida, mas legítima ou ilegítima" [33]

Por lo tocante a la cuestión de la eficacia (*Wirksamkeit*), es aquel predicado de la norma jurídica, distinto tanto de la vigencia como de la

[31] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 38.

[32] Es por ejemplo el caso de Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais....op. cit.*, pp. 9-10.

[33] Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR, "Legitimidade na Constituição de 1988", en *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacía*, edición de Tércio Sampaio Ferraz Junior, Atlas Editora, São Paulo, 1989, p. 20.

validez, y pretende dar cuenta de la capacidad técnica de la norma al efecto de producir los efectos jurídicos que le son propios para la satisfacción de unas necesidades sociales, "de acuerdo con las exigencias de unos valores" [34] . Por lo tanto, norma jurídica eficaz es aquella susceptible de ser aplicada porque es apta para la producción de los efectos técnico-jurídicos previstos desde el contenido de la propia norma. Hermann HELLER, aceptaría la distinción entre eficacia y validez, vale decir, ser y deber ser de la norma constitucional, caracteres ambos que debían estar lógicamente separados conceptualmente si bien estrechamente relacionados, y, consiguientemente, para el autor, en la realidad constitucional aparecen siempre el uno con el otro[35], viendo a entender por eficacia la capacidad de la norma para suscitar en los sujetos de derecho la obediencia a la misma, carente la cual la norma pierde sentido, pues si la norma genera únicamente la indiferencia de los destinatarios solo es propiamente norma desde el más puro constructo positivista. Algo a cual no llegaría ni siquiera el mismo Hans KELSEN, entendiendo la necesidad, manifestaría, de introducir un poco de metafísica, para admitir la eficacia como una especie de *condictio sine qua non* de la validez, aun cuando ello no sea desde el inicio. Respecto a Ingo Wolfgang SARLET, considera que la eficacia se traduce en la posibilidad de la norma de generar los efectos jurídicos que le son inherentes, situándola en el plano sustantivo y en el plano procesal, por lo cual, considera que este concepto es el más apto para ser aplicado dentro de nuestro ámbito[36]. También se ha hablado o distinguido entre eficacia jurídica y eficacia social. La eficacia jurídica, como hemos dicho, hace referencia a la propiedad técnica de producir efectos jurídicos; la

[34] Luis RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del..., op. cit.*, p. 45.

[35] Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, pp. 297 y ss.

[36] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado..., *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 115.

eficacia social comprende la observancia, esto es, la realización fáctica de la norma, y es lo habitualmente denominado efectividad de las normas jurídicas. Por lo tanto, la eficacia consiste en potencialidad técnico jurídica y, por ello, parece la denominación más clara y rigurosa a fin de explicar la vinculación de las normas de Derechos Fundamentales para los supuestos de las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares[37]; y la efectividad constituye la potencialidad ya consumada o materializada en resultados empíricamente comprobables. Ahora bien, es preciso recordar que según el modelo de vinculación elegido, la doctrina científica distingue la teoría de la eficacia directa y la teoría de la eficacia indirecta, y ha ido creando otras nuevas construcciones dogmáticas; volveremos lógicamente sobre ello. En fin, también pueden producirse actos normativos inválidos pero eficaces, por su capacidad de desplegar efectos precarios, destinados a desaparecer cuando se produzca la declaración de invalidez de la norma que les ha originado. Lo que no conviene es hacer depender la validez de la eficacia, tal como se mezcla en demasiados escritos posmodernos, porque si hacemos depender la validez de criterios de eficacia, la norma sería válida y obedecida solo cuando se la está prestando obediencia, y terminaremos por desplazar el fenómeno de lo jurídico de lo prescriptivo a lo descriptivo.

Aunque menos difundido, también ha sido utilizado el término aplicabilidad de la norma jurídica, y ello, con un significado similar al de eficacia. Asimismo, hay quien distingue eficacia de aplicabilidad. Otros autores, sin embargo, entienden la aplicabilidad como uno de los significados del concepto eficacia, por cuanto el término eficacia de la norma jurídica es utilizado al menos en tres sentidos: a) eficacia para

[37] Sin embargo, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE entiende que el término eficacia no es el más adecuado a emplear, una vez lo que está en causa es un problema de validez material y no de eficacia procesal, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2010, p. 233.

significar la capacidad de producir efectos jurídicos; b) eficacia entendida como aplicabilidad, en el sentido de que una norma puede o debe ser aplicada; c) eficacia detonante de la peculiar fuerza normativa desplegada con arreglo a su posición en la jerarquía del ordenamiento jurídico[38]. Inclusive, hay quien considera que aplicabilidad es la cualidad de lo que es aplicable, y la norma constitucional solo es aplicable conforme a la medida en que es capaz de producir efectos jurídicos, y dentro de los límites de esa capacidad; resultando una norma solo aplicable en la medida que resulta ser eficaz, con lo cual, la eficacia sería el presupuesto de la aplicabilidad[39]. Por lo tanto, aludir a la eficacia directa, quiere decir que la norma produce efectos (directos) en las relaciones jurídicas entre particulares, o dicho de otro modo, se lleva a cabo la aplicación (aplicabilidad) directa de la norma de Derecho Fundamental, lo cual equivale a poner en práctica su contenido regulativo. Sin embargo, consideradas las cosas desde la perspectiva de la teoría indirecta, de acuerdo con la cual los efectos van a ser producidos a través de una reinterpretación del Derecho infraconstitucional especial o casi básicamente del Derecho Privado, no hay propiamente una auténtica aplicación de la norma de Derecho Fundamental a las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares; esto es, no se niega *ab initio* la eficacia de las normas de Derechos Fundamentales, ni su producción de efectos para las relaciones entre particulares, tan solo queda descartada la aplicación directa de esas normas a este tipo de relaciones intersubjetivas.

Volviendo por dónde comenzamos, tocante a la vinculación, el término viene utilizado expresamente por el artículo 53.1 de la C.E., y claramente se deduce su equiparación a una declaración de la naturaleza de norma atribuible a la Constitución. De este modo ha sido interpretado

[38] Ricardo GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, 2ª ed., Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1998, pp. 132-133.

[39] José Alfonso DA SILVA, *Aplicabilidade das normas*..., *op. cit.*, p. 17.

en algunas oportunidades por nuestro Tribunal Constitucional; entre cuyos supuestos, es detectado el momento en el cual el supremo intérprete de la Constitución manifiesta: "Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1 donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución», sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 de la C.E., no puede caber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos». Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial, implican que esos derechos ya existen, con carácter vinculante para todos los poderes públicos entre los cuales se insertan obviamente «los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial» (art. 117 de la C.E.), desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional"[40]. Según podemos observar, el Tribunal Constitucional atribuye significado equivalente a los términos conceptuales: "sujeción" (art. 9.1), "vinculación" o "vinculatoriedad" (art. 53.1), y carácter o valor normativo de la Constitución.

[40] STC 80/1982, de 20 de diciembre.

2.3. Relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares, relaciones jurídicas establecidas entre ciudadanos, relaciones jurídicas privadas, relaciones jurídicas interprivadas, relaciones jurídicas *inter privatos*, relaciones jurídicas de Derecho privado, relaciones inter individuales, relaciones intersubjetivas, relaciones jurídicas en el orden jurídico–civil....

Modernamente, va calando en mayor medida la expresión "relaciones jurídicas establecidas (desarrolladas) entre particulares", al extenderse la idea de que es la más completa para describir sea la relación entre personas físicas, sea entre personas jurídicas, sea entre una persona física y una persona jurídica. El resto de las expresiones, además de excesivamente genéricas, parecen a sectores doctrinales algo más insuficientes para referirse a las relaciones jurídicas en las cuales intervienen personas jurídicas privadas; aun cuando en algunos casos, no estamos tan seguro de ello (algunas denominaciones, queremos decir).

2.4. Unidireccionalidad y bidireccionalidad de los Derechos Fundamentales.

Como bien ha destacado la literatura jurídica, la problemática acerca de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares, es un problema que no puede plantearse por referencia a todos los Derechos[41]. Efectivamente, hay Derechos Fundamentales respecto de los cuales, en buena lógica, se afirma tienen carácter unidireccional, significando con ello que vinculan exclusivamente a los poderes públicos, es el caso, entre otros, de los derechos de nacionalidad y de los derechos políticos. Por el contrario, cuando se habla de eficacia de los Derechos Fundamentales en las

[41] Por todos, Ingo von MÜNCH, "*Drittwirkung* de derechos fundamentales…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 27.

relaciones jurídicas establecidas entre particulares, pretende expresarse el carácter bidireccional de esos Derechos, por cuanto vinculan los mismos tanto a los poderes públicos como a los sujetos privados.

2.5. Cuestiones materiales y cuestiones procesales.

2.5.1. Ideas previas.

La eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desenvueltas entre particulares, presenta dos vertientes distintas, si bien a lo sumo han podido considerarse complementarias y conexas, nos referimos a la problemática sustantiva y a la problemática procesal. No obstante, seguramente es acertado el planteamiento de Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ cuando considera que nos hallamos ante "dos problemas relativamente distintos", aun cuando no siempre han sido "separados con claridad"[42].

La cuestión substantiva o jurídico-material se pregunta por la fundamentación constitucional de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares. La cuestión procesal hace referencia a la determinación de cuáles serían los procedimientos idóneos para canalizar la eficacia de los Derechos Fundamentales para los supuestos de relaciones jurídicas desarrolladas entre sujetos privados. Por nuestra parte, como ya anticipamos, en el presente trabajo dedicaremos la atención exclusivamente a la problemática sustantiva o material de fondo, aunque realicemos una breve mención a la cuestión procesal.

[42] Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4ª ed., Cívitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, p. 141.

2.5.2. La cuestión sustantiva en el ordenamiento positivo español.

2.5.2.1. Naturaleza de la cuestión.

Por lo concerniente a la Constitución española, no ofrece argumentos textuales definitivos para considerar eficaces los Derechos Fundamentales en lo tocante a las relaciones jurídicas entre particulares. Ciertamente, ha sido recordado que el artículo 53.1 de la C.E. reconoce de modo expreso que los Derechos Fundamentales "vinculan a todos los poderes públicos", pero carece, sin embargo, de referencia alguna respecto a idéntica vinculación por parte de los particulares; y el Tribunal Constitucional, de entrada, ha sostenido que los Derechos y Libertades Fundamentales son "origen inmediato de derechos y obligaciones"[43]. Asimismo, el supremo intérprete constitucional, viene poniendo de relieve que el artículo 9.1 de la C.E. declara un principio vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, si bien de forma distinta, pues mientras los ciudadanos tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (artículos 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos vienen obligados adicionalmente al cumplimiento con un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo conformidad a la Constitución[44]. En fin, también ha declarado que la Constitución, "lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos"[45]. Ante ello, el

[43] STC 254/1993, de 20 de julio.

[44] STC 101/1983, de 18 de noviembre.

[45] STC 16/1982, de 28 de abril.

texto constitucional, apunta Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "proporciona puntos de apoyo a unos y otros"[46], mientras por su parte la jurisprudencia constitucional tampoco "parece guiarse por un criterio claro y constante, sino por consideraciones de justicia material"[47], ante lo cual, nuestro Tribunal Constitucional "estima que ciertos derechos fundamentales, al menos en determinadas situaciones, merecen protección frente a particulares"[48].

La situación jurisprudencial descrita, le ha conducido a Alexei JULIO ESTRADA a valorar como situación de "manifiesta anarquía doctrinal en la que se mueven sus fallos", así como también a calificar de auténticamente indeterminada la elección realizada, según los casos, "entre eficacia inmediata, eficacia mediata y deber de protección"[49]. Pero lo que es aún más de lamentar, a consecuencia del "escaso desarrollo doctrinal de la problemática por la judicatura española", tal situación nos ha conducido a una muy limitada aplicación de los Derechos Fundamentales en el contexto de las relaciones jurídicas entre particulares, esencialmente reducida a "las relaciones laborales y a los casos típicos de protección de los derechos al honor y a la intimidad"[50]. Ahora bien, al apostar por un mayor desarrollo jurisprudencial, no olvida el autor la necesaria cautela que el mismo ha de tener, al objeto de no distorsionar ni el principio de separación de poderes ni la división de competencias entre los distintos órganos estatales, "específicamente en lo

[46] Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 143.

[47] *Ibídem.*, p. 143.

[48] *Ibídem.*, p. 143
.

[49] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre…, op. cit.*, p. 207.

[50] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre…, op. cit.*, p. 208.

que respecta a las relaciones entre el juez constitucional y el legislador, y entre la jurisdicción ordinaria y el juez constitucional"[51].

Pues bien, de acuerdo con lo expresado, la problemática que tenemos planteada es esencialmente de carácter sustantivo, y la respuesta fundamentalmente va a depender de "la posición filosófico-política que se mantenga acerca de la naturaleza del Estado democrático de derecho –esto es, del grado de liberalismo político que se sustente– y sobre todo, de la visión de la Constitución que se adopte"[52]. Más adelante hace referencia el autor precitado en la última nota, a la Constitución abierta como aquella que "contiene simplemente las reglas del juego de una sociedad democrática", para distinguirla de la Constitución como "código genético del ordenamiento", esto es, aquella encargada de recoger "un programa de configuración de la sociedad, por lo que las principales decisiones colectivas quedan de alguna manera predeterminadas por ella"; y, a partir de estas premisas, concluye estimando que según vamos alejándonos de la idea de Constitución abierta, para irnos contrariamente acercando a la defensa de la Constitución como código genético del ordenamiento, "va resultando progresivamente más fácil justificar mayores niveles de eficacia horizontal de los derechos fundamentales"[53].

De conformidad a tal sentido, cabe recordar, como ha sido sustentado, que mantener la eficacia incluso inmediata *prima facie* de los Derechos Fundamentales para el tráfico jurídico privado, es una consecuencia perfectamente extraíble a partir del efecto jurídico concreto de las particulares normas de reconocimiento de los respectivos Derechos, sin resultar obstáculo para ello la ausencia o la insuficiencia de una regulación jurídica de carácter general, pues serán las peculiaridades de cada Derecho Fundamental y de su ámbito de

[51] *Ibídem.*, p. 208.

[52] Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 142.

[53] *Ibídem.*, p. 143.

protección, junto con las circunstancias del caso concreto, y en la observancia de los métodos de interpretación y solución de conflictos entre Derechos, tales como el principio de proporcionalidad y el de concordancia práctica, todos los aspecto que van a estar en condiciones de ofrecer una solución constitucionalmente adecuada[54]. Lo dejamos ya apuntado, a ello podemos añadir que, la defensa *prima facie* de una eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para el caso de las relaciones jurídicas entre particulares, no tiene porqué entenderse sinónimo de una eficacia fuerte y absoluta sujeta a la lógica del todo o nada, sino de una eficacia y vinculación flexible y gradual, entendida a modo de lograr la máxima eficacia de cada Derecho Fundamental, regida por la ponderación y la aplicación consiguiente del principio de proporcionalidad[55].

2.5.2.2. Los enunciados de Derecho Constitucional positivo dan más razones que quitan, desde una concretización propia del Estado Social, en favor del reconocimiento de la *Drittwirkung der Grundrechte*.

Los Derechos Fundamentales, para la teoría de la eficacia inmediata de los mismos en las relaciones intersubjetivas, según expresa una apretada síntesis realizada entre nosotros, dada su doble vertiente subjetiva y objetiva, constituyen el fundamento de la totalidad del "ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por eso, las normas de Derechos Fundamentales contenidas en la Constitución generan, conforme a su naturaleza y tenor literal,

[54] Wilson STEINMETZ, "Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoría dos imperativos de tutela", en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, núm. 5, 2005, pp. 212 y ss.

[55] Wilson STEINMETZ, "Direitos fundamentais e relações entre…, *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 215. Asimismo, Ingo Wolfgang SARLET, "Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 28-29.

derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto los poderes públicos como a los sujetos privados ciudadanos"[56].

Ciertamente, de los enunciados constitucionales incorporados por los artículos 9.1 de la C.E. y 53.1 de la C.E. que fundamentan la vinculación inmediata o directa de los poderes públicos a los Derechos Fundamentales, se deduce, de entrada, un mandamiento de optimización o de la máxima eficacia posible de los citados Derechos[57]. Defender que de los citados preceptos constitucionales no es posible extraer una argumentación favorable a favor de la vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales, podrá únicamente mantenerse de acogernos a la teoría liberal de los Derechos negativos de defensa y la consideración clásica de estos como límites de injerencia frente al poder estatal. Pero la dogmática jurídica tiene que dar cuenta y ser adecuada al tiempo, esto es, queda siempre "abierta a la creatividad del tiempo y, por ello, resultar capaz de procesar institucionalmente el cambio social"[58]. De cualquier modo, también es cierto que de la literalidad aislada de ambos preceptos no se deriva un argumento fuerte o definitivo a favor de la eficacia directa de los Derechos Fundamentales para el tráfico jurídico privado[59].

---

[56] Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, p. 215.

[57] En este sentido Ingo Wolfgang SARLET, *A eficacia dos Direitos Fundamentais. Una Teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*, 12ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2015, pp. 120 y ss. Entre nosotros, Cristóbal MOLINA NAVARRETE, ve en la conexión sistemática de estos dos preceptos base suficiente para la defensa de la teoría de la eficacia inmediata para nuestro Derecho, "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. (El paradigma de la «Drittwirkung» laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional), en *Revista del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 3, 1991, p. 75.

[58] Thomas VESTING, "Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus. Elemente und Perspektiven einer pluralen Theorie der Grundrechte", en *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, edición de Christoph Grabenwarter / Stefan Hammer / Alexander Pelzl / Eva Schulev-Steindl / Ewald Wiederin, R. Boorberg, Dresden, 1994, p. 16.

Ahora bien, si prescindimos de la interpretación literal, es también muy claro que la Constitución normativa del Estado Social y Democrático de Derecho (principio estructural recogido por el artículo 1.1 de la C.E.), al prescribir textualmente que las normas de Derechos Fundamentales tienen aplicación directa, quiere expresar que las disposiciones iusfundamentales son una categoría de derechos con fuerza especial y, por lo tanto, atendiendo a esta fuerza irresistible de la que están dotados por su incorporación a la Norma fundamental y suprema del ordenamiento, deben ser considerados con la máxima cautela y singular protección. La Constitución del Estado Social (artículo 1.1 de la C.E.) es una estructura fundamental que pretende normar no solamente la organización del poder y las relaciones entre el Estado y los individuos, sino hacerlo también en ámbitos fundamentales de la vida social, esto es, ocuparse asimismo de las relaciones sociales en sentido amplio, a fin de que la libertad e igualdad de los ciudadanos y los grupos sean reales y efectivas (artículo 9.2 de la C.E.), dentro del contexto de un ordenamiento que proclama como valores superiores del mismo a través de su artículo primero la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Como consecuencia, no puede reducirse la consideración de las vulneraciones o meros desconocimientos de la libertad e igualdad a los poderes públicos, ha de extenderse también, lógicamente, a las vulneraciones procedentes de los poderes sociales. Por si ello fuera poco, que evidentemente no lo es, el artículo 10.1 de la C.E., al constitucionalizar por cierto el doble carácter de los Derechos Fundamentales con su referencia expresa a la dimensión objetiva, hace de los mismos uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Y, al reconocer el carácter constitutivo y legitimador de los Derechos Fundamentales, imponiendo al Estado la

[59] Así parece entenderlo por referencia al artículo 9.1 de la Constitución española, Javier JIMÉNEZ CAMPO, "Prólogo", en *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 23.

obligación de hacerles efectivos para la totalidad del ordenamiento, deduce de ello acertadamente Cristóbal MOLINA NAVARRETE la extensión de esos fundamentos y de los Derechos Fundamentales que los desarrollan, inevitablemente, a las relaciones jurídicas desarrolladas entre sujetos privados[60]. Conforme a estos postulados, como hemos afirmado, no solo los poderes públicos incluido el Legislador, sino también los sujetos privados son potenciales enemigos de los Derechos Fundamentales, y ante esta situación descrita, tomarse con seriedad los Derechos Fundamentales en el contexto de una Constitución que tiene pretensión de vigencia, y quiere normar, en ámbitos esenciales, las relaciones sociales, permite rechazar la tesis de acuerdo con la cual las normas de Derechos Fundamentales no serían eficaces para las relaciones jurídicas concordadas entre sujetos privados. Porque, si seguimos lo expresado por Gustavo ZAGREBELSKY, allí donde la estructura de la norma constitucional resulta suficientemente completa "para poder valer como regla para casos concretos, debe ser utilizada por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, ya sean los jueces, la administración pública o los particulares. La Constitución es una fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento, en todo tipo de relaciones en que puedan entrar. Hoy, la Constitución se dirige también, directamente, a las relaciones entre los individuos y a las relaciones sociales. Por eso, las normas constitucionales pueden ser invocadas, cuando sea posible, como reglas, por ejemplo, para las relaciones familiares, en las relaciones en las empresas, en las asociaciones, y así por el estilo"[61].

[60] Cristóbal MOLINA NAVARRETE, "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 81, partidario incluso de extender la eficacia inmediata de los Derechos económicos y sociales a las relaciones entre sujetos privados, por ser en el contexto de las mismas donde adquieren su verdadera dimensión, *ibidem*, p. 78.

[61] Gustavo ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale* I, Giuseppe Giappichelli, Torino, 1991, p. 105.

En este sentido, apelando al significado conceptual general de los Derechos Fundamentales, estima Javier BALLARÍN IRIBARREN, la inexistencia "de argumento válido partiendo de la génesis referente al citado concepto, capaz de obligarnos "a considerar que, en principio, se tienen solo frente a los poderes públicos, que solo para estos nazcan de ellos limitaciones en su actuar"[62]. Y uno de los primeros autores dentro de nuestra doctrina científica, apuntados a la defensa de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico privado sería Pedro DE VEGA, mediante su atinada descalificación a radice de la tesis de la eficacia mediata: "basta constatar que ni las «cláusulas generales» pueden convertirse tan fácilmente en un potencial y enigmático sistema de derechos sin trastocar su significado, ni tiene sentido solo a través de la legislación ordinaria la eficacia de los valores y derechos constitucionales (…) se desvirtúa el entendimiento de las «cláusulas generales» al pensar que su contenido puede nutrirse con los derechos fundamentales, habida cuenta que no se tratan de normas en blanco, susceptibles de remisión a otro tipo de normas o conceptos jurídicos, sino que a lo que hacen referencia es a supuestos y principios sociales incapaces de cristalizar en normas"[63].

A Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO dice bastarle la interpretación sistemática del artículo 53.1 de la C.E., para avalar "la extensión del carácter vinculatorio de los derechos fundamentales no solo a los poderes públicos sino también a todos los ciudadanos"[64]. Y favorable también a

[62] Javier BALLARÍN IRIBARREN, "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 24, 1988, p. 288.

[63] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales)", en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio-Enrique Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 270.

una eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en nuestro ordenamiento, es la postura mantenida por Guillermo ESCOBAR ROCA con similares argumentos [65], aunque en otros momentos inflexiona ponderadamente sobre la función desempeñada al efecto por la Dignidad humana[66]. Muy parecida es asimismo la argumentación de Francisco J. BASTIDA FREIJEDO y Enrique ÁLVAREZ CONDE, argumentando ahora a partir del artículo 9.1 de la C.E. Para el primero, toda vez "la Constitución vincula a todos, poderes públicos y ciudadanos (art. 9.1 CE) la eficacia de los derechos es no solo vertical, sino también horizontal, entre particulares (STC 18/1984, FJ 6º)"; mientras en opinión del segundo, la Constitución vincula, "aunque con distinta intensidad, a todas las personas y entes (art. 9.1. CE), incluyendo a los poderes privados, los cuales, por otra parte, justifican su existencia y actividad bajo el manto constitucional", y, precisamente, mediante la aplicación directa con esta extensión "se incrementará el proceso de autoidentificación de la propia Constitución"[67]. Coinciden tales autores precitados, básicamente, con la propuesta hecha para su país por el

[64] Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos..., op. cit.*, p. 67. Luis PRIETO SANCHÍS, llega a la misma conclusión argumentando a contrario, al entender: "la circunstancia de que en el apartado primero (del artículo 53 de la CE) se diga que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, omitiendo cualquier referencia a los sujetos privados, no tiene... ningún efecto excluyente en relación con los particulares", *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 211.

A resultados disimiles, a partir también de la interpretación aislada del artículo 53.1 de la C.E., llega Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Autonomía privada y derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 46, Fascículo 1, 1993, pp. 60-61.

[65] Guillermo ESCOBAR ROCA, *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 98.

[66] Guillermo ESCOBAR ROCA, "La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, pp. 227 y ss.

[67] Francisco J. BASTIDA FREIJEDO, "La interpretación de los derechos fundamentales", en *Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, edición de Francisco J. Bastida Freijedo y otros, Tecnos, Madrid, 2004, p. 78; Enrique ÁLVAREZ CONDE, "El Derecho Constitucional de la crisis", en *Revista de Derecho Político*, núm. 88, 2013, pp. 117-118.

iuslaboralista brasileño José Alfonso DALLEGRAVE NETO, quien parte de la crítica acerca de la rigurosa interpretación literal de las normas, como algo ya pasado y propio del positivismo científico de los siglos XVIII y XX, bajo la larvada defensa de otros intereses en nombre de la seguridad jurídica; vivimos ahora un momento histórico-concreto, en el cual los principios y valores estampados constitucionalmente y esparcidos luego por la legislación, vinculan a todo operador jurídico; es un tiempo en el que la exégesis sistemática es preferible a la gramática, por lo que en este supuesto, es de aceptar la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales, principalmente, por razones de su conexión con el principio de Dignidad humana como principio fundamental del ordenamiento, y aceptando la mitigación de adoptarse tal modelo, atendiendo a un criterio de ponderación de los Derechos con el principio de autonomía privada, y sin que jamás sean violados los parámetros axiológicos cumbres de la Constitución, especialmente el mencionado principio de la Dignidad de la persona humana[68]. Igualmente inclinados en favor de la eficacia inmediata parecen decantarse Clemente AUGER LIÑAN y Xavier O`CALLAGHAN MUÑOZ[69].

La postura de Gregorio CÁMARA VILLAR es asimismo favorable a la eficacia directa de los Derechos Fundamentales en el terreno de las relaciones jurídicas entre particulares, por imperativos de las cláusulas democrática y social que conllevan la existencia de una constitución normativa plena y vinculante para todo tipo de relaciones jurídicas. Pero

[68] José Alfonso DALLEGRAVE NETO, *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, 5ª ed., LTr Editora, São Paulo, 2014, pp. 141 y ss.

[69] Clemente AUGER LIÑAN, "El principio de tutela judicial efectiva en las relaciones privadas", en *Constitución y relaciones privadas*, edición de Xavier O`Callaghan Muñoz, Consejo General del Poder Judicial-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, pp. 55-78; O`CALLAGHAN MUÑOZ, reconoce que la incidencia de la Constitución en el Derecho civil y es esencial asimismo en el proceso de constitucionalización de los principios generales del Derecho, entre otras afirmaciones del autor que apuntarían en la dirección estimada, "Panorámica de la incidencia de la Constitución española en el Derecho Privado", en *Constitución y relaciones privadas*, edición de Xavier O`Callaghan Muñoz, Consejo General del Poder Judicial-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, p. 45.

llega a esa conclusión "sin violencia alguna", a través de una conexión sistemática de los siguientes preceptos constitucionales: artículos 1.1, 9.1, 9.2, 10.1, 53.1 y 53.1[70]. En Alemania, no son pocos los autores que derivan del artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn, la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, pues según Albert BLECKMANN, el citado artículo obedece a la pretensión de evitar las discusiones que se desarrollaron durante la República de Weimar acerca del significado y alcance de los Derechos Fundamentales, afirmando ahora enfáticamente su carácter vinculante frente a todos los poderes públicos a título de derecho directamente aplicable, pero ello no excluye a los particulares como destinatarios de los Derechos Fundamentales, y su inclusión iría más en consonancia con la posición mantenida por el Tribunal Constitucional Federal alemán, acerca de la obligación de interpretar la Constitución del modo más favorable en aras de dotar de la máxima efectividad a los Derechos Fundamentales[71]. Mediante parecidos términos, y desde la consideración del propio artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn y disposiciones similares, considera Ingo Wolfgang SARLET, que no habría base para "sustentar lo insustentable", esto es, la imposibilidad de una vinculación de los particulares, en el sentido de una aplicación directa a las relaciones jurídico-privadas, por el simple hecho de que por el precepto solo se ha previsto la vinculación de los poderes públicos[72].

---

[70] Gregorio CÁMARA VILLAR, "El sistema de los derechos y libertades fundamentales en la Constitución española", en *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, 5ª ed., edición de Francisco Balaguer Callejón y otros, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 63-64.

[71] A modo de ejemplo, Albert BLECKMANN, "Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, Band. 103, núm. 19, 1 de octubre de 1988, pp. 942; en similares términos en Albert BLECKMANN, *Staatsrecht* II *Die Grundrechte*, 4ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 1997, pp. 228-229, y de ello refiere, no puede extraerse la conclusión de que se pretendiera apartar a los ciudadanos de una vinculación a los Derechos Fundamentales.

[72] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 152.

Posición contradictoria es la apuntada por Jesús García Torres-Antonio Jiménez–Blanco, poco amigos nos parecen de la *Drittwirkung* a decir verdad, pues si bien parten de la aceptación global acerca de que, ciertamente, la *Drittwirkung* resulta consustancial a la concepción del Estado Social de Derecho, de inmediato vierten el jarro de agua fría, por entender, no se sabe muy bien por qué después de su afirmación previa, la invocación de este argumento carente de verdadero peso jurídico, sin buscar más elementos para "echar a la romana", con la que ellos pesan los de naturaleza jurídica, porque el del Estado Social ¡es tan liviano![73].

El problema de fondo radica, por consiguiente, en el hecho de situarnos ante una más de las tamañas contradicciones del constitucionalismo del Estado Social, pues establece para este punto un modelo de protección propio del ideario liberal, sin advertir que no guarda proporción alguna ni con la progresiva importancia adquirida por los poderes privados, ni con la evolución doctrinal experimentada por los Derechos Fundamentales[74].

De otra parte, al considerar a los Derechos Fundamentales como expresión de un orden de valores, no podemos por menos de traer a la cita a uno de los autores más críticos con la categoría de los valores objetivos o sistema de valores, como es el caso de Ernst FORSTHOFF, y ello, por la conclusión a la que llega: una vez declarados los Derechos Fundamentales "como valores, no resulta comprensible que únicamente sean oponibles frente al aparato estatal y en cambio al individuo no le afecten. Tal y como en su día argumentara Nipperdey, artífice de la teoría de la eficacia frente a terceros (…) Es un hecho que el efecto frente a

[73] Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cívitas, Madrid, 1986, pp. 100-101.

[74] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 267 y ss.

terceros, constituye un ejemplo de lo más expresivo sobre lo que sucede en el caso de trasladar el concepto de valor a las normas jurídicas, y en especial a las constitucionales"[75].

A su vez, también se ha mantenido entre nosotros que nadie niega en serio actualmente la relevancia de la Constitución sobre "las normas de Derecho privado ni en su aplicación judicial, ni en la necesidad de una concordancia práctica entre las normas sobre derechos fundamentales y el Derecho privado o de conciliar el alcance de los distintos derechos fundamentales cuando se produce una colisión entre ellos en el ámbito de una relación privada negocial o extranegocial"[76]. Y reconocerían igualmente Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ BLANCO, que la Constitución española carece de precepto constitucional alguno "del que pueda afirmarse que proclama, con carácter general y de forma lo suficientemente recognoscible como para engendrar un acuerdo general, la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales"[77], si bien, admiten la inexistencia de preceptos que nieguen tal eficacia, situación de indefinición constitucional, ante la cual, es el Tribunal Constitucional "quien, en definitiva, está en disposición de pronunciar la palabra definitiva sobre la extensión de los derechos

[75] Ernst FORSTHOFF, *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 383-384.

[76] Josep FERRER I RIBA-Pablo SALVADOR CODERCH, "Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*", en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, edición de Pablo Salvador Coderch, Cívitas, Madrid, 1997, p. 99. Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO–María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, defienden que cabe plantearse "la admisión de la aplicabilidad directa de la prohibición de discriminación entre privados", pues tal posibilidad "vendría avalada por argumentos de peso, incluso para aquellos que como regla general niegan la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales", *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 268. Por su parte, Fernando REY MARTÍNEZ sostiene: "En cuanto derecho subjetivo fundamental, la prohibición de no discriminación tiene efecto inmediato (y no solo mediato a través de la ley o de conceptos jurídicos generales como <<orden público>> o <<buenas costumbres>>) en el tráfico jurídico privado", *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 66.

[77] Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales…, op. cit.*, p. 48.

fundamentales en las relaciones entre particulares"[78], siempre que los enunciados de las disposiciones de Derechos Fundamentales integren en su contenido auténticos derechos subjetivos[79]. Todo ello, teniendo en cuenta que para los autores la *Drittwirkung* "no es el resultado de un proceso interpretativo normal, sino la elección de un horizonte hermenéutico"[80]. E insiste acerca del papel preponderante del Tribunal Constitucional respecto del tema de la *Drittwirkung* Jesús GARCÍA TORRES, ante lo cual, los órganos de la jurisdicción ordinaria estarían limitados a reconocer la eficacia de los Derechos Fundamentales para los casos de relaciones jurídicas entre particulares, exclusivamente dentro de aquellos ámbitos en los cuales "de forma clara, el constituyente, el legislador o el Tribunal Constitucional lo hayan hecho posible y en la estricta medida en que lo hayan hecho posible"[81].

Nuestro Tribunal Constitucional subraya la posición central de los Derechos Fundamentales como sistema de valores previo a la Constitución, al que el Tribunal atribuye alcance universal: "los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar nuestro ordenamiento jurídico"[82]. En el año 1982, y ante la

[78] Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales..., op. cit.*, p. 56.

[79] *Ibídem.*, p. 56.

[80] Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales..., op. cit.*, p. 142.

[81] Jesús GARCÍA TORRES, "Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales", en *Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. II, AA.VV., Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, Madrid, 1988, p. 1057, quien mantiene que el reconocimiento de la eficacia de los Derechos Fundamentales corresponde exclusivamente al Legislador y al Tribunal Constitucional, pero en ningún caso debe hacerlo la jurisdicción ordinaria, lo cual, como se sabe, ha sido desatendido por ya abundante jurisprudencia constitucional.

inacción aún del Legislador, por lo referido a la concretización del Derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, declarará nuestro supremo intérprete constitucional, que el de tratarse de un Derecho necesitado "para su desarrollo y plena eficacia" de "la *interpositio legislatoris*", su exigibilidad no está condicionada al momento de su desarrollo por el Legislador, "de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales", pues tal como reiteradamente ha venido señalando "este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata"[83].

Los Derechos Fundamentales existen, no alberga así duda alguna el Tribunal Constitucional, "con carácter vinculante para todos los poderes públicos (...) desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional"[84]. En otros momentos, ha sostenido igualmente que los Derechos Fundamentales "son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10.1 de la Constitución, fundamento del orden político y de la paz

[82] STC 21/1981, de 15 de junio.

[83] STC 15/1982, de 23 de abril.

[84] STC 80/1982, de 20 de diciembre.

social, uno de ellos. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución se deduce no solamente la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales los impulsos y las líneas directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa"[85].

De la dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales, extraerá el Tribunal Constitucional la conclusión acerca de su carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, y cómo al tiempo "se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política (STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 4º). La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que repute a tal fin necesarias"[86]. O también señalará que la constitucionalización de los Derechos no es el mero enunciado formal "de un principio hasta ahora no explicitado, sino la

[85] STC 53/1985, de 11 de abril.

[86] STC 129/1989, de 17 de junio.

plena positivización de un derecho, a partir de la cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios"[87].

Apuntando una línea que no resultaría incompatible con la eficacia inmediata, sostiene que los Derechos y Libertades Fundamentales implican el "origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos", y tienen "aplicabilidad inmediata", principio general que solo conocerá como excepciones "aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable" a los supuestos concernidos[88].

Asimismo, ha añadido varias veces la conveniencia de recordar siempre "que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como los poderes públicos (...) están sujetos a ella. Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales"[89]. De ningún modo cabe olvidar, declarará, en fin, el Alto Tribunal español, "la eficacia directa e inmediata que la Constitución tiene como norma suprema del ordenamiento jurídico, sin necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador ordinario en lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas, entre los que indudablemente se encuentra el art. 14"[90].

A su vez, la ya citada sentencia de 1985, recogería también la declaración acerca del Derecho a la objeción de conciencia (referido a los

[87] STC 56/1982, de 26 de julio.

[88] SSTC 15/1982, de 23 de abril; 254/1993, de 20 de julio.

[89] STC 16/1982, de 28 de abril.

[90] STC 81/1982, de 21 de diciembre.

profesionales médicos) "que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales"[91]. Jurisprudencia esta última que después de referirse como precedente a la STC 53/1985, repetiría recientemente para los profesionales farmacéutico [92] . Todo lo cual, además de constituir innegables argumentos favorables a la extensión de la eficacia de los Derechos Fundamentales hasta la comprensión del ámbito correspondiente a las relaciones intersubjetivas, por lo relativo a los últimos pronunciamientos citados, parecen orientar la brújula en dirección a la eficacia inmediata, sin bien consideraremos otros más adelante.

2.5.3. La dificultad añadida al esclarecimiento del modelo español, a lo que contribuye el empeño en mantener la regulación procesal establecida en la LOTC de 1979.

2.5.3.1. Aproximación a la problemática procesal jurídico-positiva.

Tocante a la problemática procesal, las dudas surgen en nuestro Derecho positivo a la vista de lo dispuesto por el artículo 41.2 de la LOTC –luego concretado por los artículos 42 a 44–, donde al desarrollar el artículo 53.2 de la C.E., disponen como previsión general que el Recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, de conformidad a los términos establecidos por la Ley Orgánica, frente a violaciones de los Derechos Fundamentales "originadas por disposiciones, actos

[91] STC 53/1985, de 11 de abril; repitiendo jurisprudencia acerca de la objeción, entre otras de la precitada STC 15/1982, de 23 de abril, en este último caso, objeción de conciencia al servicio militar.

[92] STC 145/2015, de 25 de junio.

jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes"; ante lo cual, desde la estricta literalidad, las vulneraciones de los Derechos Fundamentales a cargo de la acción imputable a sujetos particulares deberían ser enjuiciadas por medio de los jueces y tribunales ordinarios, y no cabría inicialmente la interposición del Recurso de amparo frente a violaciones de esos Derechos, como decimos, por parte de los sujetos privados para ningún supuesto[93]; seguramente por recepción normativa de lo dispuesto en la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (artículo 90.1), pero allí trayendo causa forzada de lo establecido por el artículo 90.1 de la Ley Fundamental de Bonn, encargada ya de operar la restricción a las vulneraciones iusfundamentales cometidas por el poder público..

Pero el Tribunal Constitucional ha extendido la protección mediante el amparo constitucional de los Derechos Fundamentales frente a vulneraciones que tienen su origen en relaciones intersubjetivas, como veremos con un poco más de calma, y este reconocimiento es fácilmente observable con perfecta claridad a través de la lectura de sentencias como, por ejemplo, la STC 18/1984, de 7 de febrero, en las que es superada incluso la teoría de la eficacia mediata; aun cuando deba salvar siempre el obstáculo procesal incorporado por la LOTC.

[93] En este sentido se manifestaría tempranamente Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal constitucional*, Cívitas, Madrid, 1980, p. 306. Y, entre otros, un poco más tarde en la misma dirección apuntarían José Luis CASCAJO CASTRO–Vicente GIMENO SENDRA, al mantener que solo pueden hacerse valer las vulneraciones de los Derechos Fundamentales "dimanantes de los poderes públicos, pues, en definitiva, el recurso de amparo está concebido para proteger al ciudadano de las infracciones que contra tales derechos pueda cometer el Estado; frente a los demás, el particular tiene ya expedita la vía de los tribunales ordinarios", *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 113. Asimismo, recuerda Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, el "lugar central" que ocupa el Recurso de amparo "dentro del sistema de garantías de los derechos fundamentales", hasta el extremo de que según cierta corriente doctrinal "aquellos derechos que no son susceptibles de protección por vía de amparo no serían genuinos derechos fundamentales", *Sistema de Derechos…, op. cit.* p. 141.

Consecuentemente, la literalidad del artículo 41.2 de la LOTC, ha sido un óbice irrelevante para los defensores de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, pues han sorteado la dificultad de dos modos: "bien afirmando que existe una laguna en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que podría ser colmada por vía jurisprudencial (eficacia directa); bien sosteniendo que, dado el carácter subsidiario del recurso de amparo, habrá siempre una resolución judicial previa que no haya satisfecho la demanda de protección del derecho fundamental que se considera vulnerado, de manera que cabrá dirigirse contra aquella como modo indirecto de solicitar el amparo del Tribunal Constitucional frente a un particular (eficacia indirecta)"[94]. El Tribunal, con la finalizar de realizar la extensión para el control de las lesiones iusfundamentales inicialmente cometidas por los particulares, ha recurrido a "una exégesis forzada" del artículo 44 de su propia Ley, "el único resquicio posible" con la finalidad de abordar esta clase de conflicto entre Derecho, pero pagando "un precio" a considerar[95]. No obstante, por lo referido al propio Tribunal Constitucional, también podemos decir, con carácter general, que falta aún su adhesión clara a alguna de las dos clases de eficacia de los Derechos Fundamentales para los supuestos de relaciones intersubjetivas. Sin embargo, tampoco parece haber encontrado "obstáculos insuperables cuando ha creído oportuno conocer de recursos de amparo formulados contra particulares", desde muy temprana jurisprudencia, circunstancialmente lo ha llevado a término "justificándose mediante el argumento de la eficacia indirecta, si bien en otras ocasiones simplemente ha obviado el problema, adoptando de manera tácita el argumento de la eficacia directa. Véanse, entre otras, las SSTC 18/1984, 47/1985, 170/1987, 177/1988, etc"[96].

[94] *Ibídem.*, p. 141.

[95] Clemente AUGER LIÑAN, "El principio de tutela judicial…", en *op. cit.,* pp. 70-71.

[96] Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 142.

De cualquier modo, algunos autores entienden más bien que nuestro Tribunal Constitucional viene decantando preferentemente su jurisprudencia a favor de la tesis de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para el tráfico jurídico privado; sin embargo, ello le valido a alguno la dura crítica de Alexei JULIO ESTRADA que reproducimos: "Un erróneo entendimiento de la doctrina –al asociar la dimensión objetiva como sinónimo de la eficacia mediata– ha llevado a Bilbao Ubillos a sostener que, si bien <<el Tribunal Constitucional ha reconocido la dimensión objetiva de los derechos fundamentales (…) y también el efecto irradiación de estos derechos al momento de interpretar las normas infraconstitucionales, sean estas de derecho público o privado (…) no lo ha hecho, en mi opinión, como si se tratase de un efecto específico distinto del que puede predicarse de todos y cada uno de los enunciados constitucionales, con arreglo al principio de interpretación conforme a la Constitución de nuestro ordenamiento>>"[97], debido una vez más, a su juicio, "a la intención del autor de justificar una pretendida eficacia directa de los derechos fundamentales practicada por el Tribunal Constitucional español, y que en consecuencia sería diametralmente opuesta a la práctica del BVerfG"[98]. De esta suerte, por nuestra parte, entendemos de superior concordancia con la jurisprudencia constitucional española la toma de postura del mismo Alexei JULIO ESTRADA, cuando considera que, independientemente de declaraciones jurisprudenciales aisladas decantadas hacia una u otra teoría, no resulta factible concluir "de ningún modo", valorando que por la jurisprudencia

[97] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre…, op. cit.*, p. 185.

[98] *Ibídem.*, p. 185, nota núm. 41.

constitucional española se haya configurado argumentación sólida alguna "a favor de la eficacia directa o indirecta"[99].

2.5.3.2. Una regulación a contario del espíritu constitucional.

El propio autor precitado Alexei JULIO ESTRADA, ha visto muy bien que uno de los problemas fundamentales causantes de esta indeterminación reseñada, cabe señalar, resulta ser una manifestación "más de lo intrincado que resulta el problema de la *Drittwirkung* en España, en donde, incluso en mayor medida que en Alemania, los problemas procesales influyen decisivamente en las cuestiones doctrinales". Al haber sorteado la jurisprudencia los obstáculos introducidos desde el contenido del artículo 44.1.b de la LOTC, a través de la tesis de la imputación al órgano judicial de la lesión, la vulneración "que tiene su origen en la relación *inter privatos*", termina por incorporar "un elemento perturbador que varía sustancialmente la configuración inicial del problema", ante lo cual, gira todo "en torno a la vinculación de un poder público a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado"[100]. No obstante, a partir de su análisis del importante ATC 382/1996, de 18 de diciembre, sobre el que volveremos, considera zanjada la cuestión de los obstáculos procesales hechos patentes por el contenido del artículo 44.1.b de la LOTC, al observar que, a su juicio, es perfectamente comprobable lo bien que se adecúa "la figura del deber de

[99] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre..., op. cit.*, p. 188. En el mismo sentido, María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 171.

[100] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre..., op. cit.*, pp. 188-189.

protección con el manejo que le ha dado el juez constitucional español a la figura de la imputación judicial"[101].

Así las cosas, la admisión de la demanda de Amparo para tales supuestos, implica necesariamente aceptar que la pretensión originaria ha concluido transformándose en otra distinta, la cual, "se dirigirá ya contra un poder público (el poder judicial)", de tal modo que esta mediación de un poder público proporciona al Tribunal Constitucional la posibilidad real de pronunciar la última expresión, "en aquellos asuntos en los que la violación que se denuncia ha sido causada extrajudicialmente por un particular", y a través de un recurso técnico-jurídico "ingenioso", al órgano judicial se le termina imputando la vulneración perpetrada "originariamente en el seno de una relación jurídico-privada"[102]. Según documenta la doctrina, el artículo 44.1 de la LOTC al exigir que las violaciones de los derechos y libertades, susceptibles de amparo constitucional, hayan de originarse de modo "inmediato y directo en un acto u omisión del órgano judicial", complica las cosas aún en superior medida[103].

Incluso, con carácter previo a la consolidación de la línea de interpretación seguida por el Tribunal Constitucional, desde una posición que apunta a la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para

[101] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre..., op. cit.*, p. 193.

[102] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares…?", *loc. cit.* en *op. cit.* p. 281. En el mismo sentido Alexei JULIO ESTRADA, "Los Tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los Derechos fundamentales", en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, edición de Miguel Carbonell, Trota-Instituto de investigaciones jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, p. 128.

[103] Y, por si fuera poco, como advirtió Germán FERNÁNDEZ FARRERES, el apartado b) del mismo artículo 44.1 se refiere a "que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo directo e inmediato a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional", citado por Alexei Julio Estrada, "Los Tribunales constitucionales y la eficacia…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 127, nota núm. 20.

las relaciones jurídico-privadas, Manuel PALOMEQUE LÓPEZ consideraría que la regulación del Recurso de amparo constitucional por la LOTC, al dejar fuera de la cobertura del mismo las vulneraciones de Derechos Fundamentales cometidas por sujetos privados, ofrecía una reglamentación legal contraria al espíritu de la Constitución[104]. Y le asistía buena dosis de razón, pues como bien ha sido observado, la construcción a la que ha recurrido el Tribunal Constitucional, esencialmente dicho, no encuentra correspondencia ni con "la eficacia mediata ni a la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares"[105]; cabalmente, a la postre, el fundamento de la pretensión termina siendo el "deber de un poder público –la jurisdicción ordinaria en este caso–" de proteger los Derechos Fundamentales, mientras la esencia de la *Drittwirkung* halla su lugar en la obligación de un particular de respetar los Derechos de otro sujeto privado dentro del contexto de las relaciones jurídicas que mantienen entre sí[106]. Por su parte, Clemente AUGER LIÑAN, refiriéndose ahora a la LOTC, lo hará críticamente al valorar estamos ante la presencia de "una solución incoherente, carente de rigor técnico o teórico, que no encaja, ni con calzador, en el esquema previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional"[107].

Por último, dos consideraciones finales con apoyo en la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional posterior a la reforma de 2007 de la LOTC, concretamente en un pronunciamiento de 2009. En primer lugar, el Alto Tribunal ha señalado que después de la precitada reforma, "la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública

[104] Manuel PALOMEQUE LÓPEZ, *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Cívitas, Madrid, 1983, pp. 88-90.

[105] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre…, op. cit.*, p. 189, entre otros momentos.

[106] *Ibídem.*, p. 189.

[107] Clemente AUGER LIÑAN, "El principio de tutela judicial…", en *op. cit.,* p. 71.

tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso (…) es imprescindible, además, su «especial trascendencia constitucional« (…) [art. 50.1 b) LOTC]. El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales. De esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), (…) culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTC)" ; pero, más adelante, abre una puerta de esperanza para el reparo de lesiones iusfundamentales causantes de lesiones graves de los recurrentes, por entender reconducibles tales a supuestos a su comprensión dentro del concepto genérico de la especial trascendencia constitucional[108].

2.5.3.3. La forma de superación de la problemática procesal por la jurisprudencia constitucional más detenidamente considerada.

2.5.3.3.1. Articulación expansiva más específicamente la fórmula jurídica superadora.

Inicialmente, a partir de la regulación legal del Recurso de amparo conforme a lo dispuesto por los artículos 41 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, parecía detectarse una precomprensión contraría al reconocimiento de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas. Y así parecía entenderlo una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional español. El propio Tribunal Constitucional daba la impresión de compartir este criterio a partir de uno de sus pronunciamientos, concretamente, a propósito de uno de los derechos del artículo 27 de la Constitución, al mantener: "Se

[108] STC 155/2009, de 25 de junio.

trata, sin embargo, como en principio ocurre respecto de los demás derechos y libertades garantizados por la Constitución, de una libertad frente al Estado o, más generalmente, frente a los poderes públicos"[109]. Por el contrario, el voto particular a la sentencia formulado por el magistrado D. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, apunta adecuadamente con claridad a la pluralidad de direcciones a las que se dirigen los Derechos Fundamentales en el constitucionalismo democrático: "Los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución y que constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero (vide artículos 1.1, 9.2, 10.1 y 53 de la Constitución)".

Sin embargo, entendemos, en el seno del Tribunal Constitucional, de inmediato fueron conscientes respecto de que la tesis tradicional propia del liberalismo, de acuerdo con la cual, los Derechos Fundamentales resultaban únicamente eficaces para las relaciones jurídicas verticales ciudadano-Estado, por la propia naturaleza de las cosas, había sido abatida a través de una batería argumentativa de amplio espectro, hasta ser desplazada con cierta facilidad mediante la acción de la teoría iusfundamental democrática, postulando como alternativa el reconocimiento de la eficacia de los mismos frente a terceros (*Drittwirkung*), para las relaciones intersubjetivas sobre manera cuando las posiciones de los sujetos son constitutivamente asimétricas. De ahí que no pueda resultar chocante la superior aceptación de la tesis en una rama jurídica, cual es la del Derecho del Trabajo, construida partiendo del presupuesto de relaciones estructuralmente caracterizadas por la desigualdad de poder entre las partes, con la consecuencia de la consiguiente necesidad de compensar dicha desigualdad a través de diversos mecanismos institucionales. De esta forma, la jurisprudencia del

[109] STC 5/1981 de 13 de febrero de 1981.

Tribunal Constitucional giraría de inmediato su posición, y ha ido dotando de eficacia a determinados Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares. De hecho la inmediata sentencia a la anterior, aunque reparte argumentos divergentes y has contradictorios, en algunas de sus afirmaciones parece estar aceptando la eficacia de los Derechos Fundamentales tocante a las relaciones intersubjetivas[110].

Ahora bien, de forma clara, sí aceptaría ya el mismo año 1981 la aplicación de la *Drittwirkung* para el caso de las relaciones jurídicas laborales, al declarar la nulidad radical, a partir de lo establecido por el artículo 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de una serie de despidos cuya finalidad era impedir se decía el ejercicio de la libertad sindical de otros tantos trabajadores. Vamos a tratar aquí los argumentos esenciales de esta importante declaración: "La cuestión para nosotros es reconocer el derecho o libertad pública y adoptar, dentro de lo previsto en el artículo 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las medidas precisas para restablecer a los demandantes en la integridad de su derecho. Pues bien, se cumple dicho objetivo afirmando que la nulidad (del despido) es radical y, por ello, comporta necesariamente la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la reintegración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de los derechos adquiridos. La naturaleza de la obligación de readmisión y los medios de coercibilidad de la misma y el tratamiento, en su caso, de los medios sustitutorios de la restitución *in natura*, son, por lo demás, materias que justificarán pronunciamientos ejecutorios en su tiempo -y por el cauce previsto para la ejecución-, más que no reclaman ahora pronunciamientos previsores ante la eventualidad de obstáculos en la ejecución"[111]. Sentencia,

[110] STC 6/1981, de 16 de marzo.

mayoritariamente entendida por la doctrina, en el sentido de que el Tribunal Constitucional había aceptado al adoptar la decisión, la tesis de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en la relación intersubjetiva sometida a su examen, y supondría quizá también la toma del camino consistente en seguir una forma de valoración acerca de la aplicabilidad de la *Drittwirkung*, atendiendo supuesto a supuesto, con prestación de singular atención al contenido del Derecho Fundamental vulnerado, y desde la estima asimismo de la clase de sujeto privado causante de la lesión[112].

En enero de 1982, el Tribunal Constitucional hubo de enfrentarse a un tipo de acción que según hubiera considerado la sentencia previa era debida a un piquete coactivo (autores de una falta de coacciones leves prevista por el artículo 585, núm. 5, del Código Penal) con fines de boicot frente a terceros compradores, pues no se limitaron a protestar por el despido, sino que sus actuaciones tuvieron un signo coactivo tendente a alejar a los clientes del establecimiento y, por tanto, vulneradores de derechos y libertades ajenas de estos y del propio empresario. Inicialmente, el Alto Tribunal recuerda cómo, además de otras formalidades, "el art. 44.1 b) de la LOTC exige que «la violación de derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllos se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional». Es, por tanto, obligado para nosotros el partir de los hechos declarados probados por las Sentencias impugnadas, que a tal efecto han quedado transcritos en el antecedente quinto, lo que constituye un límite no aplicable en

[111] STC 38/1981, de 23 de noviembre.

[112] Fernando VALDÉS DAL-RÉ, "El modelo español de negociación colectiva de condiciones de trabajo", en *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, edición de Fernando Valdés Dal-Re, Instituto de la Mediana y Pequeña Empresa Industrial, Madrid, 1982, pp. 19 y ss.

ningún otro supuesto de recurso de amparo"; asimismo, para casos "como el presente en que se impugnan actos de órganos judiciales, la decisión que hemos de adoptar ha de circunscribirse a determinar si se han vulnerado o no derechos o libertades fundamentales susceptibles de amparo, y en su caso a preservar o restablecer estos derechos o libertades, sin que podamos formular consideración alguna sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales ajena a tales extremos"; en fin, su razonamiento fundamental para decidir, sería el siguiente: "ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (arts. 10 y 15 de la Constitución) que han de respetar no solo los poderes públicos, sino también los ciudadanos, de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la norma fundamental. Un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás, y aunque esta delimitación de esferas pueda ser de difícil concreción en cada caso"[113]; nótese la referencia clara a la *Drittwirkung* de estos Derechos Fundamentales.

Con todo, el Tribunal Constitucional español ha soslayado estas consideradas trabas procedimentales, a través de una interpretación jurisprudencial flexible y amplia, posibilitadora para "aquellas vulneraciones que, por proceder de acciones de simples particulares, no tendrían acceso al recurso de amparo, al imputarse las mismas a los órganos judiciales que, conociendo de las correspondientes demandas, no las estimaron y, por tanto, no las repararon, puedan encontrar también protección ante el TC"[114]. De este modo, en no pocos supuestos reprocha al órgano judicial, justamente, por no haber procedido a la corrección,

[113] STC 2/1982, de 29 de enero.

[114] Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la LOTC,* Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 161.

partiendo de "una perspectiva constitucional, la lesión causada en primer término por un sujeto privado, o, lo que es lo mismo, de haber confirmado esa lesión preexistente", queriendo expresar que, toda vez valorara conforme a Derecho, "legitima, la conducta presuntamente ilícita del particular, el tribunal ordinario viene a convalidar en cierto modo su actuación"[115].

Por lo tanto, al estar de acuerdo acerca del extremo de que "la resolución judicial objeto del recurso de amparo "se limita a dar por buena una conducta privada ilícita que ya había perturbado de hecho el legítimo ejercicio de un derecho fundamental, el origen inmediato y directo de la violación no puede estar en la decisión judicial"; es por ello que el Tribunal Constitucional ha aludido en ocasiones de modo expreso "al origen extrajudicial de la violación que se alega en el proceso constitucional de amparo", y de este modo parece admitir algo evidente: "que en estos casos el verdadero origen de la lesión que se denuncia está en la conducta del particular"[116]. No obstante, ciertamente, para el supuesto de vulneraciones de los Derechos Fundamentales que hallan su origen en las relaciones jurídicas desenvueltas entre particulares, sin haber resultado reparadas de modo conveniente a cargo de la jurisdicción ordinaria, el denominado "guardián natural de los derechos fundamentales"[117], pueden a través de una vía indirecta ser recurridas en amparo ante "el Tribunal Constitucional: imputando la violación del

[115] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares…?", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 281.

[116] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares…?", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 281-282. Crítica coincidente en lo básico con la formulada por Stefan OETER a la jurisprudencia constitucional alemana, por cuanto considera este autor imposible atribuir la lesión de los Derechos Fundamentales que arranca de un conflicto entre particulares a los tribunales ordinarios, a menos que se opte por recurrir para ello a la teoría del deber de protección a cargo del Estado, "«Drittwirkung» der Grundrechte und die Autonomie des Privatsrechts: Ein Beitrag zur funktionell-rechtlichen Dimension der Drittwirkungsdebatte", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 119, núm. 4, 1994, p. 537.

[117] STC 115/1987, de 7 de julio.

derecho fundamental a la sentencia judicial"[118]; esto es, lo reprochado al órgano judicial, en este particular tipo o modalidad de recursos, es la vulneración de algún Derecho Fundamental de los protegidos mediante el recurso de amparo constitucional, por no haber otorgado al Derecho o Derechos lesionados la tutela debida.

Así, los primeros casos en los que el Tribunal Constitucional admitió a trámite recursos de este tipo ni siquiera tomó precaución alguna por examinar los requisitos de procedibilidad a tenor de lo establecido por el artículo 44 de la LOTC, donde está contemplado que la vulneración traiga su origen inmediato de "un acto u omisión del órgano judicial", al objeto de plantearse si eran o no procedimentalmente viables, pasando directamente al estudio de la resolución impugnada, cual fuera el caso de las SSTC 38/1981; 21/1982 y 27/1982 [119] . Como consecuencia, por medio de la estimación de que la intervención del órgano judicial, dado consiste inequívocamente un "órgano del poder público, «transforma» el conflicto entre particulares en un conflicto entre estos y un poder público que está obligado a respetar los derechos fundamentales", superando de este modo, de hecho, la estricta configuración del recurso de amparo como un mecanismo de protección jurisdiccional únicamente procedente contra actos imputables a los poderes públicos (art. 41.2 LOTC)"[120]. No obstante, la famosa sentencia sobre la *Drittwirkung* dictada el año 1984, contiene un pasaje a veces pasado por alto, porque el Alto Tribunal deja caer en su fundamentación, que "a los solos efectos de la resolución del presente recurso, llegamos a la afirmación de que el acto impugnado no se encuadra entre los susceptibles de recurso de amparo de acuerdo con el art. 41.2 de la

[118] Alexei JULIO ESTRADA, "Los Tribunales constitucionales y la eficacia…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 127.

[119] Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *El recurso de amparo según…*, *op. cit.*, p. 161.

[120] *Ibídem.*, p. 161.

LOTC, al no provenir de un ente público ni ser imputable a la Administración del Estado, por no haberse dictado por delegación de la misma"[121].

2.5.3.3.2. Algunos pronunciamientos concretos adicionales de la jurisdicción constitucional española.

La Constitución española no realiza pronunciamiento alguno acerca de la legitimación pasiva de los particulares en el recurso de amparo constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional con fundamento en el artículo 9.1 de la C.E., considera que los Derechos Fundamentales y libertades públicas tienen una eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares, pues poseen un carácter *erga omnes* y, como consecuencia, su tutela en sede constitucional resulta posible cuando el órgano judicial ordinario ha consentido, por acción u omisión, con la lesión que un particular ha causado a otro.

Siguiendo la línea de lo afirmado, el Tribunal Constitucional español hizo referencia por primera vez explícitamente a la cuestión que estamos considerando, en el año 1982, del siguiente modo: "El primer punto que debemos abordar (…) en orden a determinar si la cuestión suscitada excede o no el ámbito del recurso (…) la Sala no puede compartir la afirmación de que el recurso no se dirige contra una resolución de un poder público (sino frente a actos de un particular)"[122].

[121] STC 18/1984, de 7 de febrero.

[122] STC 78/1982, de 20 de diciembre. Según Alexei JULIO ESTRADA, el Tribunal Constitucional se vio en la obligación de realizar esta consideración, porque las alegaciones formuladas por "el demandado en su escrito de oposición a la demanda de amparo no le dejaban otra opción", una vez en el mismo se afirmaba que "el amparo se solicita realmente no frente a actos judiciales, sino frente a actos de un particular lo que es ajeno al recurso de amparo", "Los Tribunales constitucionales y la eficacia entre…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 128, nota núm. 23.

Sin embargo, no sería hasta un año más tarde cuando nuestro Alto Tribunal procediera a la formulación definitiva de la tesis de la imputación judicial. Como planteamiento, señala el Tribunal, que se trata de deducir "si la decisión del Magistrado de Trabajo de no pronunciarse acerca de las discriminaciones alegadas por el actor ha producido una denegación de tutela jurisdiccional, que a su vez ha dejado sin protección el derecho a la libertad sindical del recurrente". Asimismo, declara la sentencia, frente a la pregunta del Ministerio Fiscal, interrogándose si desde el momento que "las presuntas violaciones de derechos fundamentales son debidas, como en el presente caso, a un particular, cabe recurso de amparo para su protección", porque al haberse procurado la rectificación por medio de la autoridad judicial "de los efectos de una lesión de tales derechos y la Sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia previo el análisis de los hechos denunciados, es la Sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión. Si, pues, al no haber dado respuesta la Sentencia impugnada a lo que la acción del demandante planteaba, el órgano que la dictó incurrió sin más, (…) en violación del art. 24.1, la circunstancia de que el derecho no atendido sea un derecho fundamental lleva consigo a su vez la conculcación del artículo que lo reconoce (aquí el 28.1) (…) Podemos así, otorgar el amparo en este punto porque el Juez no se pronunció sobre la supuesta infracción por la empresa del derecho de libertad sindical" [123]. Reconoce, pues, que si bien el acto del sujeto privado productor en el caso de la vulneración del Derecho Fundamental trae su origen de una relación jurídica establecida entre particulares, se requiere, sin embargo, la intervención de un poder público y la mediación de un acto estatal, para que tal vulneración pueda

[123] STC 55/1983, de 22 de junio.

ser objeto de reparación mediante el recurso de amparo, consideración de mediador otorgada a la sentencia judicial, la cual, por demás, al no haber restablecido las libertades conculcadas, pasará a constituir la causa última de la vulneración iusfundamental.

Orientándose por esta misma dirección, reiteró su pronunciamiento al año siguiente, si cabe, con superior claridad, al reconocer la configuración constitucional del el recurso de amparo con el carácter de remedio "subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales cuando los poderes políticos han violado tal deber", y tal vulneración puede acaecer "respecto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales a los que el Ordenamiento encomienda la tutela general de tales libertades y derechos (art. 41.1 de la LOTC), (…) debe recordarse que el Tribunal ha dictado ya sentencias en que ha admitido y fallado recursos de amparo contra resoluciones de órganos judiciales, cuando los actos sujetos al enjuiciamiento de los mismos provenían de particulares (…) la falta de tutela judicial efectiva a la que alude el Ministerio Fiscal no se ha producido, pues la falta de pronunciamiento sobre los problemas de legalidad no es imputable al órgano judicial, dado que los actores no han acudido a la vía judicial procedente; y en cuanto a los derechos fundamentales que los solicitantes del amparo entienden vulnerados, es lo cierto que la Sala de lo Contencioso de la Audiencia, aunque ello no fuera preceptivo al no haberse utilizado la vía judicial adecuada, se ha pronunciado en sentido negativo sobre la vulneración de tales derechos. La existencia de este pronunciamiento, justamente, es el único dato que nos permite entrar en el fondo del asunto"[124]. Esto es, fuera ahora de una relación laboral, se emplea de nuevo como argumento el artificio consistente en sostener que, para las hipótesis en las cuales un órgano

[124] STC 18/1984, de 7 de febrero.

judicial deja de reparar la violación de un Derecho Fundamental irrogada inicialmente por un sujeto privado, produce también él una lesión de ese Derecho Fundamental, que en ese caso sí puede y debe ser reparada mediante el recurso de amparo.

Al año siguiente afirmaría el Tribunal Constitucional no estar entonces en disposición ni ante la necesidad de acometer la tares de demarcar "hasta dónde alcanza la dimensión entre particulares de los derechos fundamentales y libertades públicas (…) pero es claro que el presente recurso no podría ni siquiera existir si en el caso no estuviera involucrado, además y después del Centro docente y su Profesora, algún poder público al cual se le pudiera atribuir la violación del derecho fundamental invocado"[125]. Anteriormente, esa misma anualidad, había dictado una sentencia, a nuestro modo de ver de interés y alcance. La argumentación de la decisión a dar en el caso, la valoraría el Alto Tribunal como de fácil respuesta, pues, por una parte, entiende "evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público", y, como consecuencia, habrán de considerarse "nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto". Rechaza de esa guisa la validez de estipulaciones contractuales incompatibles con el debido respeto y la eficacia de los Derechos Fundamentales, al asentir acerca de la nulidad de cláusulas de este tipo, vale decir, reconoce *prima facie* la eficacia de los Derechos Fundamentales en una relación intersubjetiva, incluso dejando entrever que esa eficacia pudiera hasta ser inmediata; sin embargo, matiza de inmediato el alcance de lo enunciado, rebatiendo la utilización por alguna de las partes contratantes de los Derechos o Libertades Fundamentales, como causa constitucional suficiente con la finalidad de imponer a la parte contraria las innovaciones "de la relación contractual que considere oportunas", lo

[125] STC 45/1985, de 26 de marzo.

cual le lleva a centrarse en "el contrato de trabajo que liga a la recurrente con la empresa en la que presta sus servicios", resaltando el hecho de no haberse operado denuncia alguna acerca de haber "cláusula o estipulación alguna, que, en sí misma o en la interpretación o aplicación que de ella se hace, pueda resultar lesiva para los derechos fundamentales de la recurrente"; por consiguiente, ve en la intención de esta, no la pretensión encaminada a "la anulación total o parcial del contrato, sino que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones que libremente aceptó y que considera ajustadas a derecho, de manera que no se extraiga de su incumplimiento la necesaria consecuencia del despido". Concluye así el Tribunal, evidenciarse con esto, unido "a toda la argumentación de la recurrente", la subyacente idea "de que un cambio puramente fáctico (el de sus ideas o creencias religiosas), en cuanto que es manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, provoca la modificación de los contratos por ella suscritos, cuyo cumplimiento solo será exigible, en la medida en que no sea incompatible con las obligaciones que su nueva confesión religiosa le impone, llevando así (…) el principio de la sujeción de todos a la Constitución (art. 9.1) a extremos inaceptables por contrarios a principios que, como el de seguridad jurídica, son también objeto de garantía constitucional (art. 9.3)"[126].

[126] STC 19/1985, de 13 de febrero. Es preciso tener en cuenta, cómo el Tribunal Constitucional, al menos desde el año 1983, ya había admitido la modulación a cargo de las relaciones contractuales del ejercicio los Derechos Fundamentales, y la necesidad de que este se haga de conformidad a las exigencias dimanantes de la buena fe: "La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el art. 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el art. 18.1, lo que discuten las partes y afirma el Ministerio Fiscal; pero al mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el art. 7 del Código Civil expresa con carácter general, al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», y que en el supuesto de examen tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona,

Y otros dos pronunciamientos del mismo año 1985, referidos a recursos planteados ante decisiones adoptadas por dos magistraturas de trabajo y luego confirmadas por el Tribunal Central de Trabajo y el Tribunal Supremo respectivamente, declarando el Alto Tribunal la improcedencia del acto de despido, con imposición al empleador del deber de readmisión, aun cuando anula las sentencias en lugar de pronunciarse a favor de su nulidad radical. Pero sí declara nulo el despido del que fue objeto la demandante con pronunciamiento de nulidad radical, con lo cual, parece estar reconociendo la infracción a cargo del particular empresario, o al menos también la de este; así dice la sentencia: "sin entrar a delimitar aquí hasta dónde alcanza la dimensión entre particulares de los derechos fundamentales y libertades públicas, esto es, la denominada eficacia respecto de terceros, es claro que el presente recurso no podría ni siquiera existir si en el caso no estuviera involucrado, además y después del Centro docente y su Profesora, algún poder público al cual se le pudiera atribuir la violación del derecho fundamental invocado, que en este caso es el de la libertad ideológica. Tal poder público, implicado en este caso, es el Magistrado de Trabajo y, en cuanto que confirmó su Sentencia, el TCT (…) los Jueces y Tribunales ordinarios están obligados por el art. 53.2 de la Constitución a la tutela de los derechos y libertades de los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución (…) Así las cosas, la Sentencia de la Magistratura no amparó a la demandante en su libertad ideológica. En efecto, el Magistrado, que apreció, como vimos que él mismo dijo, la falta de prueba de los hechos justificativos de un despido causalmente ideológico, no debió limitarse a declarar que el despido era simplemente nulo por no tener probada la causa expuesta en la carta, sino que, a falta de aquellos hechos probados, debió calificar como discriminatoria con arreglo al art. 17.1 de

junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión" (STC 120/1983, de 15 de diciembre); reiterada diversas veces.

la LET dicho despido, y, dada la íntima vinculación del art. 17.1 de la LET con el art. 16 de la Constitución por lo que hace al caso presente, debió amparar a la demandante en su libertad ideológica y declarar el despido nulo con nulidad radical por lesión de un derecho fundamental. La simple declaración de nulidad no basta, por varias razones: Primera, porque con ella el órgano judicial se queda en el plano de la legalidad sin adentrarse por el de la constitucionalidad al que aquélla (el art. 17.1 de la LET) le conduce; segunda, porque al pararse ahí, incumple con el deber de tutela que la Constitución le impone, ex art. 53.2; tercera, porque si tal actuación judicial bastara, sería facilísimo para cualquier empresario encubrir un despido en verdad discriminatorio (art. 17.1 de la LET) y contrario a algún derecho fundamental bajo la apariencia de un despido sin causa, por medio de un requerimiento o carta de despido que diera lugar a una declaración de despido nulo; cuarta, porque la declaración del despido nulo con nulidad radical, que es la que desde su demanda hasta el trámite de ejecución de sentencia ha pedido la demandante, implica la necesaria readmisión y no permite la indemnización sustitutoria que es posible en casos de despidos simplemente nulos. En conclusión: Establecido por el Magistrado que la parte demandada en el juicio por despido no probó los hechos por ella misma alegados en su carta de despido, que hubieran podido, de ser probados como ciertos, justificar un despido planteado como causalmente ideológico, debió amparar a la Profesora en su libertad ideológica (art. 16 de la C.E.), considerar el despido como discriminatorio en el sentido del art. 17.1 de la LET, como contrario a la citada libertad ideológica de la Profesora, y, en consecuencia, como nulo con nulidad radical, lo que comporta la readmisión con exclusión de indemnización sustitutoria. Al no decirlo así, la Sentencia del Magistrado de Trabajo, y tras ella la que la confirmó, lesionan el derecho del art. 16. 1 de la C. E. de la demandante y deben ser anuladas"[127].

[127] STC 47/1985, 27 de marzo.

En la segunda sentencia de la magistratura de trabajo confirmada por el Tribunal Supremo, de las consideradas, proseguiría abundado en la jurisprudencia de la asunción judicial, y se trata de una decisión asimismo de importante resonancia, por cuanto analizara un caso de despido luego considerado injustificado por haberse producido como consecuencia de la manifestación de ideas, revelando el Tribunal Constitucional en su fundamentación: "ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional". De otra parte, entendería el Tribunal ceñida la cuestión a ventilar "si los órganos judiciales prestaron o no el debido amparo al derecho fundamental del demandante [art. 20.1 a)]", valorando el órgano jurisdiccional que "la consideración por el Magistrado de la inexistencia de excesos en el ejercicio por el demandante de su libertad de expresión, al entender que los motivos invocados no eran constitutivos de la justa causa que la Empresa alegaba, ni de ninguna otra, no equivale a una mera declaración de inexistencia de causa laboral para despedir; su significado, desde una perspectiva constitucional, es el de dejar al descubierto una reacción contractual utilizada abusivamente. Si tal es el efecto que en el presente caso ha de deducirse de la probada falta de motivos para el despido, el Magistrado debió amparar al demandante en su libertad de expresión y declarar el despido nulo con nulidad radical, que es el tipo de ineficacia predicable de todos los despidos vulneradores o lesivos de un derecho fundamental, por las consecuencias que conlleva de obligada readmisión con exclusión de indemnización sustitutoria. Desvelada por el Magistrado la abusiva

utilización de la facultad empresarial de extinguir el contrato, la mera declaración de la improcedencia del despido ni cumple el deber de tutela que la Constitución impone al órgano judicial ex art. 53.2 C.E. ni repara la lesión sufrida al confirmar, por el juego de la indemnización sustitutoria de la readmisión, la eficacia extintiva de aquella facultad. Al no entenderlo así, las Sentencias de instancia y la del Tribunal Supremo que la confirmó, infringen el derecho del demandante a la libertad de expresión y han de ser anuladas"[128].

En fin, otra sentencia del año 1985, conduce a una declaración más clara del Tribunal Constitucional, reconociendo de modo expreso, dentro de la propia fundamentación, que lo dilucidado en el caso dentro del proceso constitucional de amparo accionado, realmente es la licitud o ilicitud constitucional de la actuación del particular que aparece como presunto autor de la violación inicial[129].

En dos actos de los años 1985 y 1986, el Tribunal Constitucional fue expeditivo y contundente al mantener en el año 1985 que inadmite el recurso, pues para el caso planteado por el particular recurrente, la actuación de la parte acusada de la vulneración iusfundamental, "fue la propia de un empresario sometido a la legislación laboral y sus actos, al igual que los de cualquier otro particular, efectuados como sujetos de relaciones interprivadas, no son en sí y por sí revisables por este Tribunal" [130]. Pero, como es evidente, está admitiendo (confirma) la producción de lesiones de Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, otra cosa es cómo pueden llegar esas lesiones a ser recurridas ante él. De igual forma, en 1986 el Tribunal afirmó: "El amparo constitucional se da contra los actos de los poderes públicos que

[128] STC 88/1985, de 19 de julio.

[129] STC 95/1985, de 29 de julio; algo repetido por STC 177/1988 de 10 de octubre.

[130] ATC 162/1985 de 6 de marzo.

lesionen los derechos fundamentales de los ciudadanos. Quiere ello decir que la eventual lesión del derecho al honor que los particulares puedan cometer es tema respecto del cual este Tribunal no tiene por qué pronunciarse. Tales lesiones dan origen a los diferentes medios de defensa que el ordenamiento jurídico reconoce y que se decidirá ante los tribunales ordinarios"[131]; luego, de nuevo está admitiendo la producción de lesiones iusfundamentales en el tráfico jurídico privado, sin aclarar tampoco si frente a esas violaciones el sujeto pasivo puede accionar inmediatamente o ha de hacerlo de modo mediato.

Una sentencia dictada en el año 1987, y valorada por sectores doctrinales como un supuesto reconocimiento de eficacia inmediata, lo cual nos ofrece aquí alguna duda, contiene una declaración continuista del Tribunal Constitucional, explicada como sigue: "lo realmente planteado por el recurrente ante los Tribunales del orden laboral fue que sus derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos por el art. 18.1 de la Constitución, no legitimaban al empresario para darle la citada orden y, por tanto, no se hallaba obligado a cumplirla, es la desprotección de tales derechos por las Sentencias impugnadas lo que se recurre en amparo para que a través de la declaración de nulidad se le restablezca en los derechos constitucionales que entiende vulnerados. Así planteado el recurso de amparo y de conformidad con la doctrina de este Tribunal contenida, entre otras, en las SSTC 78/1982, de 20 de diciembre; 55/1983, de 26 de junio, y 18/1984, de 7 de febrero, ha de examinarse si se ha producido o no la vulneración de aquellos derechos porque, en caso afirmativo, la falta de protección de los mismos por las Sentencias recurridas conduciría a su nulidad para que en las

[131] ATC 502/1986 de 11 de junio. En un sentido muy similar se han pronunciado diversas decisiones del Tribunal Constitucional, a modo de ejemplo: AATC 11/1982, de 10 de mayo; 169/1986, de 19 de febrero; 103/1987, de 28 de enero; 216/1988, de 15 de febrero; 526/1989, de 30 de octubre; 285/1991, de 16 de septiembre; 348/1992, de 25 de noviembre; o las SSTC 94/1983, de 14 de noviembre; 101/1989, de 5 de junio; 112/1989, de 19 de junio.

resoluciones judiciales se respetara el art. 18.1 de la C.E., sin entrar este Tribunal en la calificación del despido"[132].

En enero de 1988 dictaría sentencia el Tribunal Constitucional, en la que considera necesario iniciar su fundamentación jurídica aclarando el punto relativo cuál era, para el caso, "el acto del poder público (art. 41.2 de la LOTC) frente al que el recurso se formula", y ello, por haberse suscitado ya la cuestión en el trámite de alegaciones a cargo del Letrado del Estado, ante lo cual se permite observar, que "si bien la demanda se dice dirigida frente a la Sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 1986, el recurrente viene a imputar las violaciones de derechos que denuncia, con carácter inicial, al acto mismo de despido (...) y, antes aún, a las irregularidades que se habrían verificado, a decir del actor, en la sustanciación del procedimiento disciplinario que concluyó en aquella resolución de la relación laboral. Para el Letrado del Estado, sin embargo, esto que llama indeterminación de la demanda de amparo no impediría el examen, en cuanto al fondo, de la pretensión actora, pues este recurso, para la representación de la Administración, no se habría de entender formulado frente a las actuaciones, previas al proceso laboral, que llevaron al despido, ni frente al despido mismo, sino contra la resolución judicial que, según el demandante, no reparó las lesiones de derechos fundamentales entonces supuestamente verificadas, conclusión esta que se impondría a partir de la advertencia de que aquellas actuaciones del empleador (...) no fueron expresivas de potestad pública alguna, ejerciendo entonces la citada Subsecretaría, estrictamente, las facultades de orden jurídico-privado que, como empleador, le reconoce el ordenamiento laboral". Pues bien, para el Tribunal Constitucional, esta comprensión del componente esencial tocante a de la acción de amparo, "es, efectivamente, el correcto, correspondiéndose, por lo demás, con lo expuesto por el demandante en

[132] STC 170/1987, de 30 de octubre.

el encabezamiento y en la petición final de su demanda. El acto público aquí impugnado es la Sentencia dictada en casación por la Sala Sexta del Tribunal Supremo, resolución judicial a la que, de ser cierto lo aducido en la demanda, se habría de imputar la desprotección de los derechos fundamentales del recurrente, inicialmente vulnerados, en esta hipótesis, en el curso del expediente disciplinario laboral y en la decisión de despido a la que a su término se llegó, ello con independencia de que, según también se ha expuesto en los Antecedentes, a la misma Sala Sexta del Tribunal Supremo se le reprocha en la demanda unas pretendidas vulneraciones (del principio constitucional de igualdad y de lo que el recurrente llama «principio de proporcionalidad») que no serían ya reiterativas de las que se dicen sufridas extrajudicialmente. En cuanto a estas últimas, se debe recordar y aplicar al presente caso lo que ya dijera este Tribunal en su STC 47/1985, de 27 de marzo (FJ 5.°), esto es, que los órganos judiciales vienen obligados por el art. 53.2 de la Constitución a tutelar los derechos y libertades en dicha disposición reseñados, garantía jurisdiccional esta que, a falta de regulación procesal específica, se ha de dispensar, en asuntos como el actual, a través del procedimiento laboral y que, caso de denegarse indebidamente, puede dar lugar a la correspondiente acción de amparo constitucional". Ante ello, consideraría el Tribunal la necesidad de encauzar la acción, "por la vía del art. 44, no por la del art. 43, de la Ley Orgánica de este Tribunal", dando de nuevo la razón al Letrado del Estado, quien sostuviera que "la Subsecretaria del Ministerio de Justicia, que aquí adoptó la decisión de despedir, no ejerció, para ello, potestad de imperio alguna, sujeta como estuvo, estrictamente, al ordenamiento jurídico laboral y no ejercitando otras facultades, en consecuencia, que las comúnmente reconocidas por dicha normativa a todo empleador". De este modo, matiza el Alto Tribunal, no se trataba de descartar "que toda actuación bajo veste privada de los órganos y autoridades que dice el art. 43.1 de la LOTC sea insusceptible de impugnación en dicha vía (STC 35/1983, de 11 de mayo, fundamento

jurídico 3.°), sino, con más limitado alcance, de negar tal posibilidad en los casos, como el presente, en que los actos que se denuncian por originariamente lesivos de derechos amparables se hayan adoptado en el ejercicio de facultades dimanantes de una relación jurídico-privada y, como tales, sujetas positivamente al acto jurídico -al contrato, en este caso- del que, conforme a la Ley, proceden"[133].

Por exigencias técnico-procesales, según reproducirá otra sentencia del Tribunal Constitucional el mismo año 1988, el recurso de amparo solo resulta hacedero si, para el supuesto "de lesión de la libertad sindical por persona o entidad privada, media un acto judicial que no repare las lesiones supuestamente verificadas (o si media un acto de cualquier otro poder público reiterativo o no reparador de la lesión previa, si tal hipótesis de intervención de cualquier otro poder público que no sea el judicial se diera"[134].

Conforme a los mismos términos, y referente al ámbito laboral, aparece otro de los pronunciamientos considerados de mayor relevancia para esta cuestión y otras, a través de la sentencia de 10 de octubre de 1988, relativa a una denunciada discriminación referida a materia salarial con origen en un Convenio colectivo y cuya pretensión fue finalmente desestimada. Sin embargo, *ab initio*, admite el Tribunal la posibilidad de que los Convenios pueden lesionar los Derechos Fundamentales. Con carácter general, la sentencia es considerada quizá la más clara de nuestro Tribunal Constitucional, de entre las que se habría decantado por la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para el tráfico jurídico privado, y puede ser que les asista razón. La sentencia, de la cual vamos a hacer una larga transcripción dada su relevancia, realiza inicialmente una extensa declaración de principios referida a la relación entre el Convenio colectivo y el recurso

[133] STC 6/1988, de 21 de enero.

[134] STC 51/1988, de 22 de marzo.

constitucional de amparo, recordando jurisprudencia previa, de conformidad con la cual, el recurso citado y con carácter general, "no es un instrumento adecuado para pronunciarse sobre la licitud del Convenio colectivo, no solo por el reparto de funciones que la Constitución establece entre los órganos judiciales y la justicia constitucional, sino también porque el amparo solo puede promoverse en relación con actuaciones concretas de los poderes públicos -disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho- que vulneren los derechos fundamentales de los afectados, como se deduce de los arts. 41 y siguientes de la Ley Orgánica de este Tribunal, lo cual excluye necesariamente la posibilidad de que a través de esa vía procesal se inste un control abstracto y directo del Convenio colectivo". Ahora bien, de inmediato se cuida de dejar al Convenio colectivo completamente al margen del recurso de amparo, y expresa carecer de duda alguna acerca de que el Convenio e igualmente otros actos procedente de sujetos privados "a los que en principio, y sin perjuicio de las consideraciones que más adelante se efectúen, ha de asimilarse-, puede lesionar los derechos fundamentales, y (...) en ese momento se habrá cumplido la primera condición para impetrar el amparo. Es cierto, que ello no basta para acudir a este especial mecanismo de garantía, por las exigencias procesales que la Ley Orgánica de este Tribunal impone; pero también lo es que el afectado por esa lesión podrá acudir a los Tribunales ordinarios para que la reparen, y que, en el caso de que su demanda le sea denegada, podrá ejercitar la correspondiente acción de amparo, una vez cumplido el trámite previsto en el art. 44 de la citada Ley Orgánica (SSTC 6/1988, de 21 de enero, y 51/1988, de 22 de marzo). El recurso de amparo, en definitiva, no puede excluirse cuando se trata de reaccionar frente a actos de los poderes públicos que, pese a su eventual contradicción con la Constitución, apliquen un Convenio colectivo o le reconozcan validez en puntos que se opongan a esta (ATC 643/1986, de 23 de julio); no es dicho recurso, indudablemente, un remedio procesal

contra el Convenio, pero la legitimidad constitucional de este incide en la legitimidad del acto de los poderes públicos que formalmente se impugna (STC 95/1985, de 29 de julio)", por lo que la impugnación de la resolución judicial, es realmente "un paso obligado para plantear ante este Tribunal la discriminación que los demandantes dicen haber sufrido"[135].

Despejadas las previas incógnitas, entraría el Tribunal Constitucional a conocer el fondo del asunto, una vez reconocida la viabilidad procesal del recurso, admitiendo tanto la *Drittwirkung* como de nuevo la finta procesal, aunque previamente realiza importantes consideraciones referidas a la incardinación del Convenio colectivo en el terreno de las relaciones intersubjetivas y la trascendencia de ello para los Derechos Fundamentales así como para el principio de autonomía privada, mediante el reconocimiento del principio de igualdad por el (artículo 14 de la C.E.), más tarde reflejado, si bien con específicos matices, "en la propia legislación laboral (arts. 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores), no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos. No es ya que el principio de igualdad no se oponga a toda diferencia de trato, como en general ocurre. Ha de tenerse en cuenta también, como en otras ocasiones ha puesto de manifiesto este Tribunal, que en el ámbito de las relaciones privadas, en el que, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, el Convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y

[135] Acerca de la normatividad del Convenio colectivo, su inserción en el sistema jurídico, procedencia de una voluntad negocial y su relación más general con el principio de la autonomía de la voluntad, se ha consultado Juan ESCRIBANO GUTIÉRREZ, *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, pp. 49 y ss, y *passim*; Antonio MARTÍN VALVERDE–Fermín RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ–Joaquín GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 24ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 120 y ss.

deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica (…) El principio de autonomía colectiva implica ya una primera limitación, global y genérica, del principio de igualdad, en la medida en que da paso al establecimiento de regulaciones diferenciadas en razón de la empresa, del sector o de cualquier otro ámbito territorial y funcional apropiado y legitimo para la negociación de condiciones de trabajo. El Convenio colectivo es por definición una norma «sectorial», por lo que la diferenciación por sectores productivos es prácticamente inseparable de la noción de negociación colectiva (ATC 643/1986, de 23 de julio) (…) además, el derecho a la negociación colectiva lleva consigo que las partes puedan establecer, dentro del ámbito territorial y funcional correspondiente, y siempre dentro del marco legal y constitucional, las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas en razón de los respectivos intereses, pues solo así se hará efectiva la capacidad reconocida por la ley a trabajadores y empresarios", Desde toda esta precomprensión del asunto, declararía que, si bien de modo expreso el artículo 53.1 de la Constitución únicamente dispone "que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios", pues, de acuerdo a lo señalado por "la STC 18/1984 (FJ 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos". Y, seguidamente, incluso reconoce una relativa vinculación del Derecho Fundamental a igualdad "con ciertas matizaciones", en el seno de las relaciones intersubjetivas, mientras la autonomía de las partes está obligada a "respetar tanto el principio constitucional de no

discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 C.E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas"[136].

La línea que venimos viendo acerca de la asunción judicial, entre otras, es proseguida por una nueva sentencia del mismo año 1988, toda vez declararía que las características del recurso de amparo sometido a su enjuiciamiento, hacían preciso, previo a adentrarse en los interrogantes "de fondo que en él se plantean y como operación previa a efectos de delimitar el objeto y alcance del pronunciamiento de este Tribunal, examinar, por un lado, el acto frente al que se dirige, y, por otro, los derechos que se alegan como vulnerados y la titularidad de esos derechos. Por lo que se refiere al primer punto resulta, en una primera aproximación, que el atentado a la imagen y a la intimidad que se dicen vulnerados procedería, de manera inmediata y directa, de la producción y difusión de una cinta de vídeo por parte de una Empresa privada, la inicialmente demandada «Prographic, Sociedad Anónima». Si así fuera efectivamente, no cabría la utilización de la vía de amparo (aun admitiendo hipotéticamente la efectiva violación de los derechos aducidos), ya que esta vía procede únicamente frente a actuaciones de los poderes públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.2 LOTC. (…), *ha de tenerse en cuenta que, aun cuando la alegada lesión de derechos se originó por la actuación de terceros particulares, se pretendió, por la parte afectada, la corrección de los efectos de esa lesión acudiendo a los órganos jurisdiccionales; y si bien se obtuvo inicialmente de ellos el remedio solicitado, el curso de las diversas alzadas y recursos posibles en la vía judicial (en este caso, los recursos de apelación y casación) condujo*

[136] STC 177/1988, de 10 de octubre.

a que los Tribunales ordinarios concluyeran por desestimar la pretensión ante ellos deducida para que se remediara la lesión alegada, y en consecuencia, por mantener desprotegidos los derechos fundamentales que la parte recurrente estimaba violados. La Sentencia del Tribunal Supremo que ahora se impugna aparece, pues, como directamente relacionada (al restablecerla y mantener sus efectos) con una situación que la recurrente estima atentatoria a sus derechos; y por ello, y en cuanto los Jueces y Tribunales ordinarios están obligados por el artículo 53.2 CE a la tutela de los derechos y libertades de los artículos 14 a 29, así como el 30.2 CE, procede considerar que la Sentencia atacada en amparo ha dado lugar, en forma «inmediata y directa», como exige el artículo 44.1 LOTC, a la situación que la recurrente mantiene que vulnera sus derechos fundamentales. Por tanto, lo que procede examinar, como objeto del presente amparo, es si la Sentencia mencionada efectivamente atenta los derechos fundamentales que se alegan". De otra parte, la sentencia sigue la jurisprudencia constitucional que descarta la tesis, conforme a la cual, siempre y cuando a través de los órganos judiciales se lleve a cabo una vulneración de alguno de los Derechos Fundamentales referidos por el artículo 53.2 de la C.E., ello implicaría para todos los supuestos asimismo una violación de la tutela judicial efectiva contemplada por el artículo 24.1 de la Constitución española, de modo que la vulneración imputable al órgano judicial puede serlo por no haber restablecido mediante su sentencia cualquiera de los Derechos Fundamentales aludidos en el artículo 53.2 de la C.E[137].

[137] STC 231/1988, de 2 de diciembre.

Estima como precedentes de la jurisprudencia recogida en este último punto de la sentencia Juan María BILBAO UBILLOS, las SSTC 47/1985, 88/1985; 90/1985; 51/1988; y recuerda al propio tiempo que, sin embargo, se apartó de esta línea jurisprudencial de forma aislada la STC 18/1992, al sostener el Tribunal Constitucional que el Recurso de amparo debe limitarse a las "posibles vulneraciones de los derechos fundamentales inmediatamente imputables a la referida Sentencia, cosa que –ante la inexistencia de toda alusión expresa o tácita al artículo 24 de la Constitución– resulta a todas luces inviable", la referencia a todas estas cuestiones en *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 173-174.

La sentencia del Alto Tribunal español de junio de 1989, una de la habitualmente destacadas asimismo por la doctrina, desde el valor que le merece el contenido de los argumentos esgrimidos, dirá muy concentradamente en su argumentación: "La atribución a los Tribunales de Justicia de la tutela general de los derechos fundamentales (art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y el propósito de asegurar, frente a eventuales vulneraciones, la efectividad de los medios de reacción puestos por el ordenamiento a disposición de sus titulares, han conducido a este Tribunal, a través de una interpretación sistemática del art. 44.1 de su Ley Orgánica, al considerar abierta la vía del amparo constitucional para quienes no hayan obtenido de los órganos de la jurisdicción ordinaria la tutela de sus derechos fundamentales frente a lesiones padecidas en el ámbito de relaciones jurídicas constituidas en los distintos órdenes de la vida social, y, entre ellos, en el orden de las relaciones laborales, en el que también la omisión de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales del trabajador puede ser impugnada a través del proceso constitucional de amparo, como si fuese la resolución judicial la que incurriese en la vulneración de aquellos (STC 55/1983, de 22 de junio, fundamento jurídico 5.º)" [138]. Con lo cual, independientemente de la vulneración material cometida *ab initio* a cargo de un particular, el Tribunal realmente dice controlar la violación también de carácter material achacable al órgano judicial por no haber tutelado debidamente

El voto particular a la sentencia, firmado por los magistrados D. Fernando García-Mon y González-Regueral y D. Carlos de la Vega Benayas, contiene el siguiente escueto comentario: "la valoración constitucional que del caso hace la mayoría no deja de plantear otros problemas graves y delicados, entre los cuales el de las presuntas vulneraciones de supuestos derechos fundamentales entre particulares y el de su tratamiento y eficacia jurisdiccional (*Drittwirkung*)".

[138] STC 129/1989, de 17 de julio.

el Derecho Fundamental, admitiendo pro futuro que la acción judicial pueda ser por acción u omisión imputable a aquel órgano[139].

Dos sentencias de los años 1989 y 1991, parecían apuntar alguna "reacción", toda vez el Alto Tribunal español menta en ambas el origen extrajudicial de la lesión, pero finalmente mantiene que existir lesión iusfundamental debido a una violación "del artículo 28.1 de la Constitución, la misma habrá de imputarse a las resoluciones judiciales impugnadas, por no reparar, en su caso, una lesión previa de origen extrajudicial"[140].

Igualmente, una sentencia de 1990, manifiesta su expresa adscripción a la tesis de la asunción judicial, al declarar que para los supuestos de ejercitarse "una acción civil para protección del bien jurídico honor o intimidad frente al ejercicio del derecho reconocido en el artículo 20 CE, la decisión judicial ha de fundarse necesariamente en una determinada concepción de estos bienes y derechos y de su recíproca relación. Si esta concepción no es la constitucionalmente adecuada, la decisión judicial, como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva de uno u otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que debería otorgarle"[141].

Mediante sentencia de 1983 del Tribunal Constitucional, sostuvo que planteado un conflicto entre libertad de información y derecho al honor afectante a dos particulares, de acuerdo con su doctrina seguida en resoluciones anteriores, y sintetizada por la "STC 240/1992, en la que expresábamos al respecto que conviene recordar, ante todo, que la función de este Tribunal en los recursos de amparo interpuestos a

[139] Alexei JULIO ESTRADA, "Los Tribunales constitucionales y la eficacia entre…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 128.

[140] SSTC 171/1989, de 19 de octubre; y 137/1991, de 20 de junio.

[141] STC 171/1990 de 12 de noviembre.

consecuencia de un conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor consiste en dilucidar si la ponderación judicial de los derechos en presencia ha sido realizada de modo que se respete su correcta valoración y definición constitucional, para, de llegar a una conclusión afirmativa, confirmar la decisión judicial, o, en caso contrario, reputarla lesiva de uno y otro derecho fundamental (SSTC 171/1990, FJ 4º; 172/1990, FJ 6º; 40/1992, FJ 1º; 219/1992, FJ 2º). Partiendo de los hechos enjuiciados y declarados probados en las resoluciones judiciales impugnadas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 44.1 b) LOTC, ha de adentrarse, pues, este Tribunal, en la tarea de ponderar los derechos fundamentales en conflicto, función en la que no se encuentra vinculado a las valoraciones efectuadas por los órganos jurisdiccionales cuya decisión ha sido sometida a nuestro control, a fin de determinar si la restricción que se impone a un derecho, en este caso, el derecho a comunicar libremente la información de los demandantes de amparo, está o no constitucionalmente justificada por la limitación que, en caso contrario, sufriría el derecho de la otra parte, en concreto, el derecho al honor de la persona afectada por la información (SSTC 171/1990, FJ 4º; 40/1992, FJ 1º)"[142].

Al cierre del año 1994, mes de diciembre claro, el Tribunal Constitucional dicta una sentencia conceptualmente clara respecto del reconocimiento muy expresivamente de la *Drittwirkung* y la fundamentación de la misma, en cuanto proclama que "bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (art. 15 C.E.) que han de respetar no solo los poderes públicos, sino también los ciudadanos", basando tal obligatoriedad "de acuerdo con los arts. 9 y 10 de la Norma fundamental" (STC 2/1982)"[143].

[142] STC /1983, de mayo.

[143] STC 332/1994, de 19 de diciembre.

Según expuso el año 1995, el acceso al recurso de amparo se basa en la lesión indirecta de los Derechos Fundamentales causada por las resoluciones judiciales que no otorgaron la protección debida a tales derechos, y reconoce la eficacia de las disposiciones iusfundamentales en el seno de los partidos políticos, acerca de los cuales bien machaconamente dice constituyen sin duda alguna una variante específica del Derecho de asociación, poseedoras ciertamente como asociaciones una vez constituidas: "características, e incluso una naturaleza propias y específicas. Sin embargo, esta indudable especificidad no es incompatible con la constatación reiterada por este Tribunal desde la STC 3/1981 en el sentido de que «un partido político es una forma particular de asociación y el citado art. 22 no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base alguna en él para deducir tal exclusión». «Los partidos políticos se incluyen bajo la protección de este art. 22 cuyo contenido conforma también el núcleo básico del régimen constitucional de los partidos políticos» (STC 85/1986). De estas premisas se ha deducido, por ejemplo, que las condiciones exigibles para la creación de los partidos políticos son las mismas que el art. 22 requiere para todas las asociaciones y se ha añadido que «el hecho de que el art. 6 imponga a los partidos la condición, que no se impone a las asociaciones en general, de que su estructura interna y funcionamiento (deban) ser democráticos (...) no se deriva que los ciudadanos no puedan invocar el derecho general de asociación para constituirlos, y que no puedan acudir en amparo ante este Tribunal Constitucional, por la violación del art. 22 si entienden que se les vulnera tal derecho» (STC 3/1981). En suma, se ha dicho que las previsiones contenidas en los apartados 2 y siguientes del art. 22, en tanto que «garantía común» del derecho de asociación (STC 67/1985), son aplicables a todo tipo de asociaciones, incluidos los partidos políticos (...) los requisitos constitucionales específicamente previstos respecto de

los partidos políticos en preceptos de la Constitución situados fuera del art 22 -y en sus correspondientes concreciones legislativas-, integran también el contenido del derecho constitucional de asociación proclamado en el referido art. 22 C.E. El derecho de asociación consagrado genéricamente en el primer apartado de este precepto es un derecho que se concreta en los distintos tipos de asociaciones que libremente pueden crearse, por lo que el mero hecho de que la Constitución regule aspectos específicos de las mismas en otros preceptos no supone necesariamente la consagración de un derecho de asociación distinto"[144].

Por medio de otra sentencia del propio año 1995, el Tribunal Constitucional se muestra bastante proclive a un recogimiento más general de la eficacia de los Derecho Fundamentales para los supuestos de desenvolvimiento de intersubjetivas, al señalar como único objeto de tutela a cargo de la jurisdicción de amparo, los Derechos Fundamentales. De esta suerte, "el reconocimiento, acertado o no, de un determinado derecho fundamental o de un determinado alcance del mismo por parte de quien tiene competencia para ello, puede y de hecho suele tener repercusiones, incluso notables, sobre otros derechos u otros intereses legítimos de otros ciudadanos, o incluso sobre importantes intereses sociales o colectivos (STC 52/1987, FJ 3º; STC 148/1994, FJ 4º). Pues los efectos de los derechos fundamentales, incluso de los derechos de libertad, rara vez se circunscriben al estricto ámbito de la contraposición entre el poder público y el individuo aislado. Por el contrario, desde su mismo origen, la noción de los derechos, con su consiguiente pretensión de efectividad, supuso una alteración de las relaciones sociales, y no solo del simple modo de ejercicio del poder político". Hasta aquí, parece que tiene clara la vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales. A partir de este momento, inicia la argumentación

[144] STC 56/1995, 6 de marzo.

tendente a esclarecer a qué tipo de Derechos se ha de referir la lesión, al objeto de poder él conocer, en su caso, respecto de esas las posibles violaciones, dejando de nuevo claro que no serán otros distintos de los susceptibles de tutela mediante el recurso de amparo: "la cuestión es que, más allá de aquellos supuestos en los que dicha repercusión o dichos efectos no se erijan, por sí mismos, en supuestos de vulneración de otro derecho fundamental susceptible de amparo, tales consecuencias, tales repercusiones o efectos, no pueden ser invocados ante este Tribunal a través de un medio de impugnación, el recurso de amparo, que no ha sido concebido sino para corregir posibles vulneraciones de los derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el art. 53.2 C.E. Por tanto, mientras los posibles efectos del reconocimiento de un derecho sobre otros particulares no excedan los límites y el ámbito de lo que serían derechos legales e intereses legítimos, o incluso de los derechos constitucionales no susceptibles de amparo, su tutela se agota en la jurisdicción ordinaria. Esta última consideración es particularmente oportuna en un supuesto como el presente en el que no cabe desconocer que el reconocimiento por la jurisdicción ordinaria de un determinado alcance de la prohibición de discriminación por razón de sexo ha tenido directa repercusión sobre la pretensión que el ahora recurrente en amparo formuló en su día ante la jurisdicción civil"[145].

En el año 1996, se dictaría un auto importante por el Tribunal Constitucional, ratificando esta tesis y aclarando cuál era el alcance de su control respecto de la resolución emanada de la jurisdicción ordinaria. Diría así el Tribunal: "Vuelve, pues, una vez más, a plantearse ante nosotros una pretendida conculcación de derechos fundamentales suscitada originariamente en el seno de las relaciones entre particulares; circunstancia que, naturalmente, no impide en modo alguno el examen de la pretensión actora, por más que la Constitución, a efectos de su

[145] STC 114/1995, de 6 de julio.

garantía, no contemple expresamente la vinculación directa de los ciudadanos a los derechos y libertades (art. 53.1 C.E.), y que, en consonancia con ello, solo quepa la interposición del recurso de amparo frente a la actuación de los poderes públicos (art. 41.2 LOTC) (…) constitucionalmente se subraya su relevancia desde el momento en que el art. 53.2 C.E. explícita el deber específico de tutela de los derechos fundamentales que incumbe a los Jueces y Tribunales ordinarios. Consiguientemente, respecto de las relaciones entre particulares, y a los efectos del amparo constitucional, únicamente podrá estimarse vulnerado el derecho fundamental en liza cuando se constate que los órganos judiciales han incumplido o satisfecho indebidamente el tan reiterado deber de protección. Solo así, en verdad, resulta en estos supuestos transitable esa vía del amparo constitucional, toda vez que la Ley Orgánica de este Tribunal exige que la lesión del derecho tenga "su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial" (art. 44.1). En definitiva, lo que se recurre en amparo -y, en consecuencia, lo que debe ser objeto de control- no es, genuinamente, sino la falta de tutela de los derechos fundamentales por parte de las resoluciones judiciales impugnadas (por todas, SSTC 47/1985, FJ 5.; 88/1985, FJ 4.; 6/1988, FJ 1., y 231/1988, FJ 1.)" ; y al explicar el alcance del control efectuado, señala la improcedencia de revisar en tal sede "cualesquiera errores en que los órganos judiciales puedan incurrir al aplicar la legalidad ordinaria, dado que el amparo constitucional no se configura como una última instancia ni cumple una función casacional, sino, más propiamente, de enjuiciar si, al acometer dicha tarea, han valorado convenientemente el alcance y la eficacia de los derechos involucrados en el caso. Pues, de acuerdo con la recién aludida interacción, cuando se proceda a la interpretación de cualquier ámbito del Derecho, ha de partirse del entendimiento de que, más allá del tenor literal de las normas que lo integran, el mismo se halla materialmente conformado por los derechos fundamentales (…) A los Jueces y

Tribunales ordinarios corresponde, sin embargo, en línea de principio, un cierto margen de apreciación a este respecto (SSTC 120/1983, FFJJ 3. y 4. , y 41/1984, FJ 2.), puesto que, como es palmario, el deber de protección dimanante del contenido objetivo de los derechos fundamentales no presenta unos perfiles tan nítidos como para entender que el mismo únicamente pueda ser satisfecho, en cada caso, por una sola fórmula correcta de resolución de las específicas controversias. Por el contrario, a menudo, es posible cumplir de diversos modos con dicha obligación, todos ellos conformes a la Constitución, sin que este Tribunal, en tales supuestos, pueda desplazar la decisión del órgano judicial por la suya propia sobre la única base de estimar que es dable una más adecuada valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Antes bien, la función revisora de este Tribunal ha de concentrarse en los errores que, habiendo sido relevantes para fundamentar la decisión impugnada, se basan en una incorrecta concepción del derecho fundamental en juego, y señaladamente en aquellos que se asientan en una equivocada delimitación de su ámbito constitucionalmente protegido. Sobre esta premisa, el concreto alcance del control que cabe efectuar en la vía de amparo dependerá de la intensidad de la afectación que ocasione en el derecho fundamental la resolución recurrida. Pues cuanto más penetrante sea su incidencia en la esfera de libertad por el derecho delimitada, un mayor grado de fundamentación resultará exigible a la decisión judicial, ampliándose, de este modo, paralelamente, las posibilidades revisoras del Tribunal Constitucional”[146].

[146] ATC 382/1996, de 18 de diciembre; contenido precitado del auto, que sería repetido al año siguiente por medio del ATC 333/1997, de 13 de octubre: “respecto de las relaciones entre particulares, y a los efectos del amparo constitucional, únicamente podrá estimarse vulnerado el derecho fundamental en juego cuando se aprecie que los órganos judiciales han incumplido o satisfecho indebidamente el tan reiterado deber de protección. Sólo así, en verdad, resulta en estos supuestos accesible la vía del amparo constitucional, toda vez que la LOTC exige que la lesión del derecho tenga «su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial» (art. 44.1). En suma, apostillábamos en el ATC 382/1996, antes que la propia conducta de los particulares

Cruzando el umbral del siglo, el mes de abril del año 2000, insistiendo en la posición preeminente ocupada por los Derechos Fundamentales, reconoce patentemente la eventualidad de que los mismos sean vulnerados en el contexto de las relaciones inter privatos, particularmente por su propia naturaleza, para los supuestos de las relaciones laborales, conformadas a partir de delicados equilibrios y recíprocos límites dimanantes para ambas partes de la propia naturaleza del contrato de trabajo, e implican también restricciones de las facultades organizativas empresariales, señala la sentencia, por los Derechos Fundamentales pertenecientes a los trabajadores. Queda así el empleador obligado a respetar los Derechos Fundamentales del trabajador, recuerdo de la STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4. Y, según viene sosteniendo este Tribunal, añade, "desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales solo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, FJ 7, y 106/1996, FJ 4), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (SSTC 99/1994, FJ 7; 6/1995, FJ 3, y 136/1996, FJ 7). Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir, en ningún caso, a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 108/1989, de 8 de junio, 171/1989, de 19 de octubre, 123/1992, de 28 de septiembre, 134/1994, de 9 de mayo, y

perse, «lo que se recurre en amparo -y, en consecuencia, lo que debe ser objeto de control- no es, genuinamente, sino la falta de tutela de los derechos fundamentales por parte de las resoluciones judiciales impugnadas (por todas, SSTC 4771985, F.J. 5; 88/1985, fundamento jurídico 4.; 6/1988, fundamento jurídico 1, y 231/1988, fundamento jurídico 1.)»".

173/1994, de 7 de junio), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquel (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22). Por eso, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven «el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito —modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente— de su libertad constitucional» (STC 6/1988, de 21 de enero). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación solo se producirá «en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva» (STC 99/1994). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada (SSTC 20/1990, de 15 de febrero, 171/1990, de 12 de noviembre, y 240/1992, de 21 de diciembre, entre otras muchas), que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo (SSTC 170/1987, de 30 de octubre, 4/1996, de 16 de enero, 106/1996, 186/1996, de 25 de noviembre, y 1/1998, de 12 de enero, entre otras muchas). Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad"; resumiendo con la propia sentencia, a tenor de su misma doctrina, "resulta inaceptable, la premisa de la que parte la Sentencia impugnada en el sentido de que los trabajadores no pueden ejercer su derecho a la intimidad en la empresa, con excepción de determinados lugares (vestuarios, servicios y análogos). Esta tesis resulta refutada por la citada doctrina del Tribunal Constitucional (...), la celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la

privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, por más que el ejercicio de tales derechos en el seno de la organización productiva pueda admitir ciertas modulaciones o restricciones, siempre que esas modulaciones estén fundadas en razones de necesidad estricta debidamente justificadas por el empresario, y sin que haya razón suficiente para excluir *a priori* que puedan producirse eventuales lesiones del derecho a la intimidad de los trabajadores en los lugares donde se realiza la actividad laboral propiamente dicha. Ahora bien, toda vez la sentencia admite la inexistencia de regulación específica acerca de "la instalación y utilización de estos mecanismos de control y vigilancia consistentes en sistemas de captación de imágenes o grabación de sonidos dentro de los centros de trabajo", encomendando por ello a "los órganos jurisdiccionales (y, en último caso, este Tribunal)", la ponderación, "en caso de conflicto, en qué circunstancias puede considerarse legítimo su uso por parte del empresario, al amparo del poder de dirección que le reconoce el art. 20 L.E.T., atendiendo siempre al respeto de los derechos fundamentales del trabajador y muy especialmente al derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 C.E., teniendo siempre presente el principio de pro0porcionalidad", y toda vez la sentencia recurrida no lo ha hecho, razón por la cual es declara nula, otorgando amparo al recurrente, está admitiendo a nuestro modo de ver con claridad, la eficacia inmediata del derecho a la intimidad consagrado por el artículo 18.1 de la Constitución"[147].

[147] STC 98/2000, de 10 de abril.

La STC 101/2000, de 10 de abril, reitera "la prohibición de que el empresario utilice sus facultades organizativas y disciplinarias para sancionar el legítimo ejercicio por parte del trabajador de sus derechos fundamentales (por todas, SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 108/1989, de 8 de junio, 171/1989, de 19 de octubre, 123/1992, de 28 de septiembre, 134/1994, de 9 de mayo, 137/1994, de 7 de junio, 90/1997, de 6 de mayo) encuentra una aplicación específica en los supuestos en los que la extinción del contrato o el despido se configura como una represalia al previo ejercicio por parte del trabajador de acciones judiciales dirigidas a la reclamación de derechos laborales (…) un despido no ajustado a las causas y procedimientos establecidos en la legislación laboral, no necesariamente vulnera un derecho fundamental pero, esto dicho, no lo es menos

Al año siguiente, 2001, diría el Tribunal Constitucional, que de conformidad a reiterada jurisprudencia, el honor y la dignidad humana, han de ser respetados "tanto por los poderes públicos como por los ciudadanos de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 de la Constitución"[148].

A vueltas con la cuestión de la eficacia normativa del Convenio colectivo y sus efectos para los Derechos Fundamentales relativos a las relaciones jurídicas *inter privatos*, entre otras, encontramos una sentencia-recopilatorio (y recordatoria) de jurisprudencia, del año 2004. Inicia el Tribunal Constitucional el hilo argumental, negando nuevamente la adecuación del recurso de amparo como cauce procedimental, a los efectos de dictaminar acerca de "la licitud del convenio colectivo (SSTC 177/1988, de 10 de octubre, y 171/1989, de 19 de octubre). Lo que no implica, sin embargo, que las reglas creadas por el ejercicio de la negociación colectiva «queden totalmente al margen» y sean ajenas al recurso de amparo, en tanto que no cabe duda de que el convenio colectivo puede lesionar los derechos fundamentales, y de que en ese momento se habrá cumplido la primera condición para impetrar el amparo. Lo que sucede, no obstante, es que ello no basta para acudir al proceso de amparo constitucional, pues, según recordaban aquellos pronunciamientos, para que una lesión de origen extrajudicial tenga acceso al mismo, las exigencias técnico procesales de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional imponen la mediación de un acto judicial no reparador de las lesiones producidas, siendo, en todo caso, a dicha

que una decisión empresarial extintiva, con independencia de su apariencia legal o ilegal, pueda lesionar aquellos derechos. Y así como este Tribunal ha mantenido que en los despidos pluricausales -aquellos en los que los indicios de vulneración de un derecho fundamental concurren con una causa legal para declarar su procedencia-, una calificación de este signo no deja sin reparar el derecho fundamental en términos constitucionalmente reprochables".

[148] STC 13/2001, de 29 de enero.

resolución judicial a la que habrá que imputar la lesión del derecho fundamental, precisamente por reiterar y confirmar o por no corregir la vulneración denunciada (…) la declaración de la vulneración debe determinar únicamente la anulación de la Sentencia recurrida y la retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno para que el Juzgado de lo Social núm. 18 de Barcelona, partiendo de que, en los términos expuestos en el anterior fundamento jurídico, resulta contrario al principio de igualdad (art. 14 CE) la previsión controvertida del convenio colectivo, dicte nueva Sentencia resolviendo la pretensión"[149].

[149] STC 27/2004, de 4 de marzo.

La más próxima temporalmente STC 119/2014, de 16 de julio, trae a colación la jurisprudencia constitucional previa, acerca del "reconocimiento autónomo y diferenciado de la negociación colectiva en el art. 37.1 CE supone la superación de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias; asegura, mediante una tarea encomendada específicamente al legislador, un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo. Al legislador le corresponde cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, dando efectividad y apoyo al proceso de negociación y a su resultado (STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 3), sin perjuicio de que asimismo el legislador pueda establecer restricciones a la fuerza vinculante de los convenios colectivos en aras a la protección o preservación de otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 24), del mismo modo que puede excluir determinadas materias de la negociación colectiva y establecer la sujeción de la negociación colectiva a las normas legales imperativas. Como ya se dijo, el convenio colectivo ha de respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario en la Ley; esta puede incluso afectar legítimamente a los convenios colectivos vigentes a su entrada en vigor, sin que por ello resulte vulnerado el principio de seguridad jurídica (por todas, SSTC 58/1985, FJ 3; 177/1988, FJ 4; 210/1990, FJ 2; y 62/2001, FJ 3) (…) el mandato que el art. 37.1 CE dirige al legislador de garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios no priva a las garantías contenidas en ese precepto constitucional de eficacia inmediata. La facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva no es una facultad derivada de la ley sino que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional (STC 58/1985, FJ 3) (…) la fuerza vinculante del convenio este Tribunal ha declarado asimismo (por todas STC 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4) que el empresario unilateralmente o en concierto con los trabajadores individualmente considerados podrá incidir en la disciplina de las relaciones laborales. No podrá, sin embargo, hacerlo frente al derecho a la negociación colectiva, lo que incluye el respeto al resultado alcanzado en el correspondiente procedimiento de negociación y a su fuerza vinculante, así como la sujeción a los procedimientos de modificación convencional establecidos. No bastará contar con la aceptación de los trabajadores individuales, pues se quebraría la fuerza vinculante del convenio colectivo. Esto no significa que los convenios colectivos petrifiquen o hagan inalterables las condiciones de trabajo en ellos pactadas; se ven sometidas siempre a las fluctuaciones técnicas, organizativas, productivas o de cualquier otro orden que surgen por el paso del tiempo en las relaciones laborales, como en general en todas las relaciones jurídicas. Debe ser en la

La sentencia 137/2010, acogiendo argumentos del Abogado de Estado, señala: "las relaciones lingüísticas entre empresas y consumidores son un ejemplo típico de eficacia que entre particulares cabe atribuir a los derechos lingüísticos, a la vista de los apartados 1 y 2 del art. 51 CE (*Drittwirkung*), debiéndose tomar también en consideración que en materia de consumo es competente la Comunidad Autónoma (art. 123 EAC)"[150].

A partir de esta jurisprudencia constitucional, examinada en su inmensa mayoría por Alexei JULIO ESTRADA, en su condición de su superior objetividad, dado su carácter de observador externo (personal e intelectualmente muy interno a nuestro país), le hacía concluir expresando un juicio no poco severo para evaluar la doctrina emanada de nuestro gendarme de la Constitución en los supuestos de eficacia de las disposiciones iusfundamentales dentro del terreno de la relaciones intersubjetivas, tasando la tesitura en la que se había colocado, como el equivalente al reinado de "una anarquía jurisprudencial que sería deseable solucionar"[151].

De cualquier manera, conviene subrayar que el Tribunal Constitucional español ha rechazado toda posibilidad de interposición directa del Recurso de amparo frente a los actos de los particulares, como se pone de relieve al inadmitir un Recurso de amparo interpuesto contra un hospital que actuaba como empresario, sometido, por consiguiente a la legislación laboral, al afirmar que "sus actos, al igual que los de cualquier otro particular, efectuados como sujeto de relaciones

ley o en los propios convenios colectivos donde se establezca el sistema para su modificación o denuncia".

[150] STC 137/2010, de 16 de diciembre.

[151] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre..., op. cit.*, p. 301.

interprivadas, no son en sí y por sí revisables por este Tribunal"[152] . De otra parte, la línea expansiva y evasiva de las cortapisas procedimentales mantenida por el Tribunal Constitucional a efectos de reparar lesiones causadas *ab origine* por sujetos privados, como se sabe, se ha atemperado para las causadas en el ámbito penal, al rechazar la anulación de sentencias absolutorias dictadas por esa jurisdicción, para los casos en los cuales observa falta de tutela a cargo del juez penal ante la vulneración de un Derecho Fundamental causada por un particular penalmente absuelto. El Tribunal Constitucional ha optado por pronunciar una sentencia declarativa, reconociendo la lesión iusfundamental del recurrente, por entender que para los titulares del Derecho lesionado no se comprende dentro de su haz de facultades la condena del sujeto vulnerador, sino tan solo la de su persecución penal.

2.5.3.3.3. Recapitulación: reconocimiento por la jurisprudencia constitucional de las vulneraciones de Derechos Fundamentales por actos de particulares frente a Derechos de otros sujetos privados.

De los pronunciamientos realizados a cargo de estas sentencias precitadas, además de algunas otras, observamos que el Tribunal Constitucional otorga a los requisitos impuestos por la LOTC al recurso de amparo constitucional un carácter meramente procesal, pero sin dotarles de alcance material alguno, lo que abre la puerta a la aceptación de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares.

Ahora bien, el hecho de que el Tribunal Constitucional, como hemos visto, reconduzca las violaciones de los Derechos Fundamentales a los poderes públicos que no han remediado la lesión, por razones técnico-procesales, no le impide reconocer que las vulneraciones de los mismos puedan provenir de la acción de sujetos privados. Y de modo claro,

[152] ATC 162/1985, de 6 de marzo.

manifiesta que la necesidad procesal de imputar la violación del Derecho Fundamental al órgano judicial no es impeditivo para poder hablar "de que estas acciones «de «particulares» puedan suponer lesión de los derechos fundamentales (…); pero por las exigencias técnico-procesales referidas, el recurso de amparo solo es viable si, en el caso de lesión de la libertad sindical por persona o entidad privada, media un acto judicial que no repare las lesiones supuestamente verificadas (o si media un acto de cualquier otro poder público reiterativo o no reparador de la lesión previa, si tal hipótesis de intervención de cualquier otro poder público que no sea el judicial se diera"[153].

Por consiguiente, la necesidad de que sean los órganos judiciales los encargados de reparar las lesiones de los Derechos Fundamentales, no impide, más bien implica, que la vulneración arranque de un sujeto privado, la primera condición por cierto para impetrar el amparo (en términos de las SSTC 117/1988 y 17/1989), y supone aceptar que los Derechos Fundamentales son eficaces entre particulares, garantizándoles el correspondiente espacio de libertad de actuación[154]. Lo cual se refuerza

[153] STC 51/1988, de 22 de marzo.

[154] Admiten la lesión de un Derecho Fundamental de un particular por parte de otro: ATC 162/1982, de 5 de mayo; y la citada STC 55/1983, de 22 de junio: "cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia previo el análisis de los hechos denunciados, es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión. Si, pues, al no haber dado respuesta la sentencia impugnada a lo que la acción del demandante planteaba, el órgano que la dictó incurrió sin más, como vimos, en violación del artículo 24.1 la circunstancia de que el derecho no atendido sea un derecho fundamental lleva consigo a su vez la conculcación del artículo que lo reconoce (aquí el 28.1). En el presente caso, la sentencia «in voce» tenía que pronunciarse sobre las alegaciones del demandante acerca de la discriminación de que se decía objeto por parte de la Empresa en el plano sindical, y al no haber querido entrar en ellas conculca el artículo 28.1 de la Constitución. Podemos así otorgar el amparo en este punto porque el Juez no se pronunció sobre la supuesta infracción por la Empresa del derecho de libertad sindical. Y debió pronunciarse aquí especialmente, según ya hemos apuntado, por el «status» sindical del recurrente. Porque si bien es obvio, como tuvo ocasión de subrayar este Tribunal en su sentencia 38/1981, de 23 de noviembre («Boletín Oficial del Estado» número 305, de 22 de diciembre), en el recurso de amparo 189/1981 (RTC 1981\38), que «la protección frente a los actos de discriminación, vedados por el artículo 28.1 de la Constitución en lo que es propio de la libertad sindical, alcanza subjetivamente a todos los

por la negativa conforme a los términos en que se hace, precisamente, a la admisión de un recurso de amparo por lesión de un Derecho fundamental en una relación jurídico-privada, al no haberse alegado tal vulneración ante los órganos judiciales, pues de no haberse efectuado esa alegación, el órgano judicial dificultosamente va a conseguirse sopesarle "partícipe de la infracción o vulneración, quedando esta única y exclusivamente referida a la acción del particular que, por ello mismo, no podrá ya fundar la viabilidad del recurso de amparo"[155].

2.5.3.3.4. La toma de posición del Tribunal Constitucional acerca del conocimiento de los hechos y revisión de pruebas.

Tocante a la prohibición establecida por el artículo 44.1 b) de la LOTC, inicialmente impeditiva de conocer de los hechos que dieron lugar al proceso, el Tribunal Constitucional ha abierto asimismo la posibilidad en un análisis reflexivo acerca de los mismos realizada por él, atribuyendo la competencia para la determinación de los hechos considerados probados a los órganos judiciales; así, ha considerado que "la acepción técnico procesal de este vocablo" contenido por el artículo 44.1 b) de la LOTC, "alude a la atribución de competencias, y no afecta al posible análisis reflexivo de los antecedentes tomados en consideración como probados por la sentencia"[156]; incluso para aquellos supuestos en los que la presunta vulneración del Derecho Fundamental se hace depender únicamente de la existencia efectiva de un dato o hecho concreto ya fijado por la resolución judicial impugnada[157]. Por su parte,

trabajadores"; y, entre otras, SSTC 187/1990, de 26 de noviembre; 7/1993, de 18 de enero; 14/1993, de 18 de enero.

[155] ATC 1074/1988, de 26 de septiembre.

[156] STC 78/1982, de 20 de diciembre, reiterando jurisprudencia de las SSTC 2/1982, de 29 de enero, y 11/1982, de 29 de marzo, en las que el Tribunal Constitucional había rechazado ser una tercera cámara.

otras decisiones del Alto Tribunal, declaran referente a la prohibición contenida en el precitado precepto, que le prohíbe al Tribunal entrar al conocimiento de los hechos generadores del proceso, "cuando la violación del derecho fundamental, cometido por el órgano judicial, lo sea «con independencia de tales hechos» o, lo que es lo mismo, lo que veda dicho precepto es el conocimiento de los hechos que sustancian una pretensión ordinaria (penal, civil o administrativa), que pudiera estar en conexión con una pretensión de amparo, nacida como consecuencia de una violación por el órgano judicial de un derecho fundamental; debiendo este Tribunal limitar, en tal caso, su examen a los hechos que fundamentan esta última pretensión constitucional"; con todo, al ser competencia del Tribunal el restablecimiento de las lesiones de "derechos fundamentales que pudieran cometer todos los poderes públicos, se hace obligado concluir que está autorizado por la Constitución [art. 161.1 b)] y por su Ley Orgánica (arts. 41, 54 y 55.1) a entrar a conocer de los hechos presuntamente causantes de dicha violación, partiendo de los declarados probados por el Tribunal de instancia, puesto que, tal y como este Tribunal tiene afirmado, ni el recurso de amparo es un recurso de apelación ni este Tribunal constituye una segunda instancia (SSTC 2/1982, 36/1983, 73/1983, y 107/1983, 17/1984/...)"[158].

Cosa distinta son aquellos supuestos en los cuales, por la propia razón de ser del recurso de amparo, no aparezca clara la distinción entre los hechos y las consecuencias que de una eventual desigualdad de las mismas pudiera derivarse, en cuyos casos el Tribunal Constitucional no solo puede sino que deberá entrar a conocer de los hechos: "Lo que el artículo 44.1.b) prohíbe a este Tribunal es que entre a conocer de los «hechos que dieron lugar al proceso» cuando la violación del derecho fundamental, cometido por el órgano judicial lo sea «con independencia

[157] Entre otras, STC 43/1992, de 30 de marzo.

[158] SSTC 59/1990, de 29 de marzo; 151/1999, de 14 de septiembre; 85/2003, de 8 de mayo.

de tales hechos» o, lo que es lo mismo, lo que veda dicho precepto es el conocimiento de los hechos que sustancian una pretensión ordinaria (civil, penal o administrativa), que pudiera estar en conexión con una pretensión de amparo, nacida como consecuencia de una violación por el órgano judicial de un derecho fundamental; debiendo este Tribunal limitar, en tal caso, su examen a los hechos que fundamentan esta última pretensión. Pero en el caso que nos ocupa no se aprecia esta «independencia fáctica», sino, antes al contrario, los hechos que permiten al Tribunal Supremo aplicar el *ius puniendi* del Estado y los que fundamentan la pretensión de amparo son los mismos; para el más alto órgano jurisdiccional ordinario la referida ocupación de la vía pública es constitutiva del delito de desórdenes públicos del artículo 246 CP, en tanto que para el recurrente dicha conducta no es más que libre ejercicio del derecho de manifestación del artículo 21.1 de la Constitución. Por esta razón, y porque es misión de este Tribunal restablecer las violaciones de los derechos fundamentales que pudieran cometer todos los Poderes públicos, se hace obligado concluir que está autorizado por la Constitución (art. 161.1.b) y por su Ley Orgánica (arts. 41, 54 y 55.1) a entrar a conocer de los hechos presuntamente causantes de dicha violación, partiendo de los declarados probados por el Tribunal de Instancia"[159].

Matizadamente, expresará el Tribunal Constitucional respecto de los límites del control que le "atañe efectuar", vale decir, referente a la precisión de la intensidad mediante la cual debe proceder en el ejercicio de su función revisora, la forzosidad de centralizarse "en los errores que, habiendo sido relevantes para fundamentar la decisión impugnada, se basan en una incorrecta concepción del derecho fundamental en juego, y señaladamente en aquellos que se asientan en una equivocada

[159] STC 59/1990, de 29 de marzo; o en el mismo sentido la STC 50/1991, de 11 de marzo.

delimitación de su ámbito constitucionalmente protegido. Sobre esta premisa, el concreto alcance del control que cabe efectuar en la vía de amparo dependerá de la intensidad de la afectación que ocasione en el derecho fundamental la resolución recurrida"[160].

Esto es, el Tribunal Constitucional se considera legitimado para entrar a conocer de los hechos que fundamenten la pretensión constitucional, e incluso la valoración de las pruebas, lo cual se va a producir necesariamente en las hipótesis de imputación al órgano judicial de una actuación relativa a los hechos eventualmente lesiva del Derecho Fundamental alegado [161] , porque será sencillamente para determinados casos la única manera de poder tutelar una situación de indefensión o una desvirtualización jurídicamente inadecuada de la presunción de inocencia.

Con carácter excepcional, el Tribunal Constitucional también ha extendido su legitimación a efectos de poder llevar a cabo una revisión de hechos o pruebas, exclusivamente para supuestos muy tasados, como serían: a) casos en los cuales la resolución carece realmente de motivación y razonamiento; b) cuando el órgano judicial haya incurrido en irrazonabilidad o error manifiesto y grave, resultando ello patente para cualquier observador; c) supuestos en los cuales el órgano judicial haya dictado un resolución arbitraria[162].

[160] AATC 382/1996, de 18 de diciembre; y 333/1997, de 13 de octubre.

[161] STC 107/2000, de 5 de mayo.

[162] STC 276/2006, de 25 de septiembre: el derecho a la tutela judicial "conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión se la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto se la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, (STC 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6. Jurisprudencia reiterada en las SSTC 167/2004, de 4 de octubre, FJ 4, y 30/2006, de 30 de enero, FJ 5)", nos corresponde pues "controlar que la motivación judicial no

2.5.3.4. Algunas valoraciones doctrinales de la solución alcanzada por la jurisprudencia constitucional ante el dilema procesal.

Cabe interrogarse a partir de todo lo anterior, como lo hace Joaquín GARCÍA MURCIA, toda vez se parte de que la lesión ha de tener origen judicial necesariamente, si, como parece lógico, la imputación del interesado debiera dirigirse "en exclusiva frente a esa instancia judicial"[163], pero lo cierto es que no discurre así en cuanto al "fondo de las cosas, puesto que el litigio constitucional sigue planteándose, aun después de acudir ante el Tribunal Constitucional, entre dos partes privadas, sobre las que planea, eso sí, la correspondiente actuación judicial" [164] . De otra parte, el Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que sus decisiones deben ceñirse a la constitucionalidad del acto público, sin inmiscuirse en el acto privado, competencia exclusiva de

resulte irrazonable, arbitraria o incursa en error manifiesto (por todas, SSTC 174/1985, de 17 de diciembre; 63/1993, de 1 de marzo; 244/1994, de 15 de septiembre; 81/1998, de 2 de abril; 57/2002, de 11 de marzo; y 213/2002, de 11 de noviembre) (STC 110/2003, de 16 de junio, FJ 3).

STC 128/2013, de 3 de junio: "tal como recordábamos recientemente en la STC 78/2013, de 8 de abril, "como precisamos en la STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4: cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos típicos del art. 24.1 CE o a otros derechos fundamentales, tan solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento. Dicho de otro modo, en estos supuestos se vulnera el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho cuando, por su contenido, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia. (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 214/1999, FJ 4; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2; y 64/2010, de 18 de octubre, FJ 3, entre otras muchas".

[163] Joaquín GARCÍA MURCIA, "Comentario al artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, AA.VV., Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 733.

[164] *Ibídem.*, p. 733.

la jurisdicción ordinaria[165], aun cuando por la propia naturaleza de las cosas, la admisión del recurso de amparo "presupone cierta dimensión constitucional en el acto privado", y ese factor, de algún modo, "fuerza al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre el mismo, aunque para ello tenga que referirse formalmente a la correspondiente resolución judicial"[166].

De este modo, sostiene Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, el Tribunal Constitucional ha venido entendiendo e imputando directamente "a los jueces las violaciones que resultan del hecho de que estos hayan aplicado leyes inconstitucionales o hayan aplicado de un modo inconstitucionalmente correcto normas que en sí mismas no son contrarias a la Constitución, al dirimir litigios entre particulares"[167]. Como consecuencia, si un órgano judicial no repara la lesión de un Derecho Fundamental causada por un particular en una relación intersubjetiva, para el Tribunal Constitucional, el órgano judicial conocedor del conflicto es causante él también de una lesión al Derecho fundamental en cuestión que puede y debe ser reparada mediante el Recurso de amparo constitucional, conforme a la referencia que acoge la tesis de la imputación judicial y hemos visto. Alexei JULIO ESTRADA, reprocha al Tribunal Constitucional español por esta jurisprudencia, aun reconociendo su practicidad, al no haber realizado esfuerzo interpretativo alguno de interés, al objeto de "justificar que se le impute a las resoluciones judiciales vulneraciones cuyo verdadero origen está en las relaciones entre particulares"[168].

---

[165] STC 78/1982, de 20 de diciembre.

[166] Joaquín GARCÍA MURCIA, "Comentario al artículo 44 de la Ley Orgánica…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 733-734.

[167] Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, *El Recurso de Amparo: estado de la cuestión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, pp. 44-45.

[168] Alexei JULIO ESTRADA, "Los Tribunales constitucionales y la eficacia entre…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 129. Una crítica temprana a la extensión, por la jurisprudencia

Por lo referido a Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO, se expresa asumiendo con naturalidad y complacencia la toma de postura a cargo del Tribunal Constitucional por haber incorporado la tesis de la asunción judicial, al entender que toda vez los conflictos surgidos entre particulares acceden *motu propio* a "los tribunales ordinarios y estos son parte de los poderes públicos, del Poder Judicial, las decisiones de los tribunales, si se entiende que no protegen adecuadamente y correctamente los derechos y libertades, pueden ser recurridas ante el Tribunal Constitucional por la vía de amparo, puesto que aquí ya tenemos un acto del poder público que ha desconocido un derecho fundamental. Por este medio podrían acceder al TC todas las violaciones de derechos fundamentales originadas en las relaciones entre particulares y formalizadas procesalmente ante un tribunal" [169] . Y parecidas son las maneras de pronunciarse por parte de Javier BALLARÍN IRIBARREN, al entender que, efectivamente, si no hallamos ante una falta de protección judicial frente a la violación del Derecho Fundamental producida originariamente producida por la acción de un sujeto privado, puede considerarse al órgano jurisdiccional, a su vez y a la postre, fuente directa e inmediata de la lesión a ese mismo Derecho[170]. Tocante a Jesús ÁLFARO ÁGUILA-REAL, el haber asumido por parte del Tribunal Constitucional la tesis de imputar al órgano judicial la lesión del Derecho Fundamental ante la ausencia o insuficiencia de tutela, no hace

constitucional, del recurso de amparo frente a las violaciones de los Derechos Fundamentales que traen causa de actos de los particulares, con fundamento en el artículo 44.1 LOTC, puede verse en Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales…, op. cit.*, pp. 97 y ss.

[169] Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares,* Cívitas, Madrid, 1981, pp. 14-15.

[170] Javier BALLARÍN IRIBARREN, "Derechos fundamentales y relaciones…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 305.

algo diferente de enmascarar el problema, y no llegaremos a saber si ese déficit de protección es debido a una hermenéutica incorrecta hecha por el órgano judicial del Derecho aplicable, o trae causa de una aplicación correcta de dicho Derecho, el cual, sin embargo, presenta insuficiencias desde el punto de vista de su contenido para cumplir adecuadamente con la función protectora; para este segundo supuesto, apela a la responsabilidad de Legislador al objeto de completar la regulación[171].

Para Clemente AUGER LIÑAN, la fórmula patrocinada por la interpretación del Tribunal Constitucional, es completamente vulnerable desde el punto de vista técnico-jurídico, y caería seguramente por su propio pie de enfrentarla a "un test de credibilidad o de rigor interpretativo", sin embargo ha permitido la aludida extensión, "siempre que se estime conveniente (la consiga sigue siendo, aquí con más razón, la de un prudente autocontrol, y, en, este sentido, es útil. Por el momento"[172]. Pero también alerta el autor sobre la falta de convicción que denota acertadamente el autor en el propio seno del Tribunal Constitucional, debería conducir a su inevitable reforma. Así, entre otros "hitos" destacados por el autor, reproduciremos un par de ellos: 1º el propiciado por la STC 152/1988, porque ante una discriminación que admite previamente realizada a la intervención de "un poder público (…) adquiere relevancia a efectos del amparo constitucional tras esa mediación"; o la STC 129/1989, donde se evidencia una auténtica falsificación de la realidad, toda vez que para no dejar desprotegidos los Derechos Fundamentales del trabajador en el caso, permite la impugnación en amparo, simulando "fuese la resolución judicial la que incurriese en la vulneración de aquellos"; 2º) la misma ausencia de convicción, podría explicar "la existencia de algunos casos en que el

[171] Jesús ÁLFARO ÁGUILA-REAL, "Autonomía privada…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 72.

[172] Clemente AUGER LIÑAN, "El principio de tutela judicial…", *loc. cit.* en *op. cit.,* pp. 71-72.

propio Tribunal parece renunciar sin motivo aparente a aplicar la doctrina de la «asunción judicial» e imputa la violación al particular, directamente (autos 62371983, de 14 de diciembre, 48/1986, de 22 de enero, 442/1986, de 21 de mayo, y 555/1986, de 25 de junio)"[173].

Concluimos haciendo referencia a la valoración ofrecida por Germán FERNÁNDEZ FARRERES, quien manifiesta que mediante el "artificio", o "ficción, más propiamente", de la imputación al órgano judicial de la violación de un Derecho Fundamental, la cual, a pesar de todo, procede de la actuación de particulares, salva el Alto Tribunal "el escollo resultante de que la LOTC haya limitado el recurso de amparo a los supuestos de violaciones imputables en exclusiva a los poderes públicos, si bien esa superación no deja de presentar ribetes polémicos por cuanto se asienta en una interpretación del requisito de que la vulneración tenga un origen «directo e inmediato» en un acto u omisión judicial tan amplia y expansiva que prácticamente lo hace superfluo. Con ello queda profundamente modulada la configuración instrumental del recurso de amparo, tal como aparece en la LOTC, y, en última instancia, la propia relación existente entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria"[174].

2.5.3.5. La determinante influencia de la jurisprudencia constitucional alemana, como telón de fondo de la "solución procesal española" adoptada.

La tesis que ha cristalizado en la jurisprudencia nuestro Tribunal Constitucional sigue básicamente la construcción previa realizada a cargo del Tribunal Constitucional Federal alemán, allí sin tantas dificultades procedimentales como las que hemos visto incorpora la

[173] Clemente AUGER LIÑAN, "El principio de tutela judicial…", *loc. cit.* en *op. cit.,* p. 71.

[174] Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *El recurso de amparo…, op. cit.*, p. 167.

LOTC[175]. Así, remontándonos a la sentencia dictada el 18 de enero de 1958 que decidiera el caso *Lüth*[176], por demás, dando respuesta a la primera vez que se interponía recurso ante la jurisdicción constitucional contra la sentencia firme de un tribunal ordinario por un asunto de vulneración de Derechos Fundamentales, la queja constitucional se planteó, como terminamos de decir, contra la decisión de un tribunal ordinario que había ordenado abstenerse de la llamada al boicot al Sr. *Lüth*, con la cual, además del problema sustancial de la *Drittwirkung*, se suscitó una cuestión procedimental de verdadero interés. El acto recurrido era una sentencia judicial firme, esto es, un acto de un órgano judicial, en consecuencia el acto de un poder público que, por su propia, naturaleza, se hallaba dentro de los cauces de legitimación pasiva establecidos por el artículo 90 de la BVerfGG, con lo cual, el Tribunal se declaró competente para conocer el recurso salvando los problemas de la legitimación para recurrir, a pesar de que trascendiendo, la cuestión que se debatía era un conflicto surgido en el ámbito de una relación jurídica entre particulares[177], sin que desde entonces, como subraya Claus–Dieter

[175] Por eso harían referencia Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO, a la "finta alemana" para calificar la toma de postura adoptada por nuestro Tribunal Constitucional, *Derechos fundamentales..., op. cit.* p. 71. Una posición finalmente diferente es la mantenida por Juan María BILBAO UBILLOS, al entender la opción técnica seguida por el Tribunal Constitucional español fundamentada en la vinculación inmediata de los órganos judiciales a los Derechos Fundamentales, mientras que la jurisprudencia constitucional alemana realiza su construcción a partir de la base de la dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales y el efecto de irradiación; los argumentos del autor están en *La eficacia de los derechos fundamentales frente..., op. cit.*, pp. 145 y ss. Ahora bien, consideramos que la sentencia del caso *Lüth* tiene en cuenta las dos dimensiones de los Derechos Fundamentales, y aprecia también para el caso una lesión de la dimensión jurídico–subjetiva.

[176] BVerfGE 7, 198, (207 y ss).

[177] El artículo 90.1 de la BVerfGG, establece: "Cualquier persona podrá presentar recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal invocando que ha sido lesionada por la autoridad en uno de sus derechos fundamentales o en alguno de los derechos enunciados en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental", lo que ofrece un cauce más amplio para que las sentencias judiciales quepan dentro del ámbito de poder público que el precepto establece, por lo que plantea menos dificultades que la detallada redacción ofrecida por el artículo 44 de nuestro LOTC.

CLASSEN, el Tribunal Constitucional Federal alemán haya vuelto a plantearse la cuestión procesal[178].

De otro lado, referido al problema de fondo, imputó la vulneración del Derecho Fundamental a la sentencia de la jurisdicción ordinaria, la cual, consideró, al aplicar el derecho ordinario para decidir sobre el fondo de un conflicto surgido entre particulares, había producido una lesión de Derechos Fundamentales, pues como consecuencia del efecto irradiación a todos los ámbitos del Derecho del orden de valores que integra el contenido de los Derechos Fundamentales, recibiendo de estos directrices e impulsos la legislación, la administración y la jurisdicción, necesariamente han de ser tenidos en cuenta por el órgano judicial en el momento de decidir. Y, de no hacerlo, produce una vulneración de Derecho Fundamental imputable a él mismo, algo que como hemos dicho se había producido en el caso, al no haberse considerado por el órgano judicial el efecto irradiación en la interpretación de la cláusula general de las buenas costumbres recogida por el artículo 826 del BGB, esto es, por no haber considerado o haber vulnerado la dimensión objetiva del Derecho Fundamental, vale decir, el Derecho Fundamental como norma objetiva. Pero enfatizando el Tribunal en la naturaleza de la sentencia dictada por la jurisdicción ordinaria en cuanto órgano integrante del poder público, que tendría por ello el carácter de intervención en la esfera de libertad del Sr. *Lüth*, vulnerando asimismo de este modo la vertiente subjetiva de su libertad de expresión, y acogiendo en este punto la tesis clásica de los Derechos Fundamentales como derechos de defensa[179].

---

[178] Claus–Dieter CLASSEN, "Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungerichts", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 121, núm. 4, 1997, p. 71.

[179] Sin embargo, a pesar de todos estos razonamientos y algunos otros contenidos en la sentencia, el Tribunal Constitucional Federal alemán dice asimismo no ver "motivo alguno para entrar de lleno en la polémica acerca del efecto hacia terceros de los Derechos fundamentales", BVerfGE 7, 198, 208. En tanto Claus–Dieter CLASSEN, sostiene que con esta forma de razonar a dos bandas por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en realidad, está admitiendo que los Derechos Fundamentales actúan

Se iniciaba de este modo la tesis denominada de la asunción o imputación judicial, inagurando la vía de "la imputación judicial de la vulneración, que sigue siendo practicada hasta nuestros días, con algunas variantes", por la jurisprudencia constitucional alemana, como también "por el Tribunal Constitucional español", tesis conforme a la cual, la vulneración "de los derechos fundamentales no es imputable al particular, ni tiene origen en la relación *inter privatos*, sino que la ocasiona el juez cuando al aplicar el derecho ordinario para decidir un conflicto entre particulares, lesiona los derechos fundamentales", a pesar de que en el fondo se debatía acerca de "un conflicto surgido en el marco de una relación entre particulares"[180]. Conforme resume el propio Alexei JULIO ESTRADA, la argumentación del Tribunal Constitucional Federal alemán parte de la constatación del carácter constitutivo de los Derechos Fundamentales para la formación de un orden objetivo de valores que se "irradia en todos los ámbitos del derecho, también en el derecho civil y la legislación, administración y jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos", ante lo cual, forzosamente han de ser tenidos en cuenta "por el órgano judicial al momento de decidir, y de no hacerlo se produciría una vulneración iusfundamental, atribuible al aplicador del derecho"[181].

como derechos de defensa no solo frente al Estado sino también ante los particulares, "Die Drittwirkung der Grundrechte in der…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 81 y ss.

[180] Alexei JULIO ESTRADA, "Los Tribunales constitucionales y la eficacia entre…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 125.

[181] *Ibídem.*, p. 125. Más difícil le ha resultado al Tribunal Constitucional alemán justificar su decisión en casos como *Lebach* y *Blinkfüer*, en los cuales se exigía lo contrario, esto es, que el órgano judicial actuara a fin de impedir una vulneración por un particular de los Derechos Fundamentales, y en los que los tribunales se abstuvieron de otorgar la protección solicitada. El Tribunal Constitucional, en lugar de recurrir al deber de protección para atribuir la lesión a los tribunales ordinarios como ha reclamado parte de la doctrina científica, caso de Stefan OETER, salió del paso fundamentando su argumentación en el concepto de orden de valores y en la eficacia objetiva de los Derechos Fundamentales, *ibidem*, pp. 125-126. De modo más concreto, la argumentación empleada por el Alto Tribunal alemán, es sintetizada por Christian Starck como sigue: "Si el juez desconoce el contenido normativo de un derecho

Por todo lo expuesto, nos adherimos a la propuesta de ampliación del ámbito del recurso de amparo español, efectuada hace ya algunos años por Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, cuando apuntaba la conveniencia de que el recurso abarcara "claramente las vulneraciones de derechos fundamentales producidas por particulares. Lo que García Torres y Jiménez Blanco llamaron la finta alemana, debería desaparecer. Esa ficción consistente en que los casos de vulneraciones de derechos fundamentales en relaciones *inter privatos* el Tribunal Constitucional imputa la vulneración a los órganos judiciales que no la amparan, carece de sentido", por ello, la ampliación expresa del recurso de amparo hasta comprender "las vulneraciones causadas en relaciones entre particulares obligaría además al Tribunal Constitucional a acometer una labor que probablemente solo él está en condiciones de hacer: clarificar qué derechos fundamentales –y en qué medida– tienen *unmittelbare Drittwirkung*, esto es, eficacia inmediata en las relaciones entre particulares"[182].

fundamental, entonces no solo atenta contra el derecho constitucional objetivo, sino que, en cuanto titular del poder público, lesiona con su sentencia el derecho fundamental a cuyo respeto el ciudadano tiene derecho. Tiene lugar, pues, una mutación, no fundamentada con más detalle, de la decisión jurídico-objetiva acerca de los valores, que se inserta en los derechos fundamentales, en una decisión jurídico-subjetiva", citado en *ibídem* p. 124, nota núm. 16.

[182] Ignacio DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ, en *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, edición de Andrés de la Oliva Santos / Ignacio Díez–Picazo Giménez, McGraw–Hill, Madrid, 1996, "El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo", pp. 201-202.

2.6. La constitucionalización del ordenamiento jurídico en el Estado Social y Democrático de Derecho.

2.6.1. Los tipos esenciales de constituciones democrático-sociales.

La función encomendada a la Constitución y que de hecho ejerce en el sistema jurídico del Estado Social, desde luego, dice bastante respecto de su relación con el Derecho Privado y sobre la adecuada concepción de los Derechos Fundamentales –parte integrante esencial de esa Constitución– y su función en el orden jurídico y social del Estado democrático.

A partir de ahí, se ha generado una discusión importante entre los defensores y detractores de cada uno de los dos tipos de concepciones de Constitución, forjados a partir de la idea de que dejen una mayor o menor capacidad de conformación del orden jurídico infraconstitucional al Legislador ordinario. De esta suerte, cada uno de los dos aludidos tipos de Constitución ha recibido esencialmente el nombre de Constitución-marco (*Rahmeordnung*) y Constitución–fundamento (*Grundordnung*)[183], también denominada con frecuencia Constitución-total.

2.6.1.1. La teoría de la Constitución–marco.

2.6.1.1.1. Idea acerca de la Constitución–marco.

La expresión Constitución-marco es empleada por la teoría constitucional para hacer referencia a un tipo de Constitución conforme al cual esta tan solo estable las reglas por las que ha de regirse una

[183] Para la denominación y distinción, por todos Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1991, p. 198.

Sociedad democrática así como los límites para el desarrollo de la actividad legislativa, lo cual, a la altura actual de desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho, tenemos por una argumentación genérica y si se nos apura trivial, términos compartidos por Virgilio Alfonso DA SIVA, para quien la concepción de la Constitución como marco es, "en muchos aspectos, inconsciente y, en otros, trivial"[184]. Cómo el Legislador democráticamente legitimado actúa en el interior de esos límites, prosigue, es una cuestión de sensatez política y de oportunidad, mientras a la jurisdicción constitucional le corresponde únicamente comprobar si el legislador ha actuado dentro de los aludidos límites. Definir las dimensiones del marco constitucional, que funcionará como mera limitación del poder estatal y que en muchos ámbitos solamente tiene una intensidad normativa mínima, es la tarea que corresponde a la interpretación constitucional. Expresado de otro modo, el concepto de Constitución–marco implica sostener que no todo está predefinido normativamente en la Constitución, y que incluso numerosas cuestiones substanciales están sujetas a la decisión de simples mayorías parlamentarias y a través del procedimiento legislativo ordinario[185]. En un sentido más matizado, Josef ISENSEE considera a la Constitución marco, cuyo interior deberá ser configurado por el Legislador, como el único camino seguro a seguir entre "la *Scila* de la judicialización y la *Caribdis* de la politización" de la Constitución[186]. Quiere con ello expresar

[184] Virgilio Alfonso DA SIVA, "Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes", en *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan–R. Sieckmann, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 246.

[185] Christian STARCK, "Verfassungsgerichsbarkeit und Fachgerichte", en *Juristen Zeitung*, núm. 51, 1996, p. 1039; del mismo autor, "Constitución, Jurisdicción constitucional e Interpretación constitucional", en *La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, edición de Francisco Fernández Segado, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 1162 y 1165.

[186] Josef ISENSEE, "Verfassungsrecht als politisches Recht", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. VII, edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, p. 131.

el maestro de Bonn, la necesidad de seguir un camino intermedio entre la politización de la Constitución a la que conducen los planteamientos más extremos de la idea de Constitución–marco y la vieja concepción de la Constitución–ley propia del positivismo liberal, conforme a la cual, la Constitución, como una ley más, estaría a disposición plena del Legislador.

2.6.1.1.2. ¿Incompatibilidad con la teoría de los principios?

De cualquier modo, la concepción de la Constitución-marco es empleada frecuentemente con una finalidad específica, esto es, con la intención de ofrecer una alternativa a la teoría de los principios por parte de algunos de los detractores de esta última, y terminan por igualarla en una buena parte de los supuestos a la Constitución fundamento o total. Conforme exponen estos críticos, si los Derechos Fundamentales asumen en su mayor parte la categoría de principios o normas "que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible", y, en definitiva, deben entenderse a la postre como mandatos de optimización, esto es, normas que exigen esa realización en la mayor medida posible dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes[187]. De este modo al Legislador y

[187] Robert ALEXY, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", en *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1995, p. 204; del mismo autor, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 86. Clásica es ya la distinción del autor entre principios y reglas, categorías mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas. Los primeros, como vimos, son mandatos de optimización (*Optimierungsgebote*) y pueden dar lugar cuando son aplicados a la colisión entre principios, momento en el cual un principio ha de ceder ante otro, después de la ponderación de los intereses en juego para el caso concreto, y no así contienen mandatos definitivos sino *prima facie*, de modo que la validez de los dos principios permanece intacta, en tanto solo "bajo ciertas circunstancias un principio precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa", porque la preeminencia del principio puede variar; las reglas son normas categorialmente y cualitativamente distintas que solo pueden ser cumplidas o no", y de esta manera, "si una regla es válida, entonces debe de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos"; por consiguiente al saltar un choque entre reglas "solo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de

a las ramas del Derecho infraconstitucional, les correspondería tan solo una tarea, la de lograr la optimización de los Derechos fundamentales y de la Constitución. Y ello, teniendo en cuenta, como ha sido esgrimido, que la aplicación "de los principios se realiza mediante la técnica de la ponderación, que no se plantea en términos de sí o no, sino de más o menos. Se trata de optimizar el valor o el bien jurídico y, por ello, de darle la máxima efectividad posible habida cuenta de las circunstancias del caso"[188].

Uno de esos casos críticos más curiosos es representado por Enst-Wolfgang BÖKENFÖRDE, quien admite la idoneidad de atribuir el carácter de principios al objeto de "definir el concepto dogmático fundamental de los derechos fundamentales, porque puede comprender todas las funciones de estos derechos y, viceversa, porque permite que dichas funciones se desarrollen a partir del mismo" [189], pero este reconocimiento conduciría a resultados inaceptables: los Derechos Fundamentales "desplegarían sus efectos a lo largo de todo el ordenamiento jurídico. De este modo, generarían una eficacia expansiva a todos los ámbitos jurídicos, que conduciría necesariamente a una eficacia horizontal o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, así como al reconocimiento de que existen contenidos iusfundamentales de protección, de aseguramiento social y de organización y procedimiento, que exigen una actuación positiva del Estado y que no se limitan –como los clásicos derechos de libertad– a exigir únicamente omisiones estatales. Los derechos fundamentales se convertirían por esta vía en los principios de mayor jerarquía del

excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas", *Ibídem.*, pp. 86 y ss.

[188] Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 38.

[189] Enst-Wolfgang BÖKENFÖRDE, citado por Robert Alexy, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2004, p. 17.

ordenamiento jurídico en su conjunto"[190]. Sin embargo, para Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, la concepción de los Derechos Fundamentales como mandatos de optimización conduciría "a un modelo de Constitución de fatales consecuencias", pues el "legislador perdería toda autonomía. Su actividad se agotaría con la mera definición de aquello que ya está definido por la Constitución. El proceso político democrático perdería considerablemente su significado y el tránsito del Estado de legislación parlamentaria al Estado jurisdiccional –de la Jurisdicción Constitucional– sería imparable"[191]. Según el autor, la expansión de los Derechos Fundamentales conduce a un cambio radical y dramático del carácter de Constitución, la cual habría pasado de ser un orden marco para el proceso democrático de formación de la voluntad política a convertirse en el orden fundamental de la comunidad[192]. Por consiguiente, dado su carácter de orden fundamental, una Constitución contendría ya por lo menos *in nuce*, todo el sistema jurídico, con lo cual, la tarea a desempeñar por el proceso democrático quedaría reducida solamente a la ejecución de aquello ya resuelto por la Constitución[193]. Por ello, propone un concepto de Constitución-marco que no es tal sino una vuelta al concepto de Constitución propio del Estado Liberal: el orden marco ha de "conformarse mediante la eliminación de las nuevas funciones de los derechos fundamentales, como la eficacia horizontal o frente a terceros y la de ser fuente de deberes de protección a cargo del Estado, y mediante el regreso al entendimiento de estos derechos como clásicos derechos de defensa frente al poder estatal"[194]; toda una vuelva hacia atrás, hacia el siglo XIX.

[190] Enst-Wolfgang BÖKENFÖRDE, citado por Robert Alexy, *Epílogo a la…, op. cit.*, p. 18.

[191] Enst-Wolfgang BÖKENFÖRDE, citado por Robert Alexy, *Epílogo a la…, op. cit.*, p. 19.

[192] Enst-Wolfgang BÖKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie…, op. cit.*, p. 197.

[193] Enst-Wolfgang BÖKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie…, op. cit.*, pp. 198-190.

De esta manera, la teoría crítica mayoritaria de los principios considera a estos incompatibles con la concepción de la Constitución-marco, argumentando que el concepto de mandatos de optimización, presupuesto por la teoría de los principios, elimina cualquier tipo de libertad del Legislador para definir el modo de compatibilizar y realizar los Derechos Fundamentales, incluido naturalmente la cuestión relativa a las relaciones jurídicas establecidas entre particulares [195]. Según estiman, si siempre hay una solución óptima para la realización y la armonización de los Derechos Fundamentales, al Legislador y al aplicador del Derecho no les resta ninguna alternativa distinta de la elección de esa única decisión óptima, si no quieren ver sustituida su decisión por la de los tribunales. Con ello, la teoría de los principios llevaría así a la justiciabilidad de todas las cuestiones político-legislativas, lo que resulta incompatible con cualquier libertad del Legislador en todos los ámbitos del Derecho que tengan relación con los Derechos Fundamentales [196]. Si, como añade Christian STARCK, la elección de los medios para concretizar la Constitución es una elección que cabría exclusivamente al Legislador, no puede tal tarea basarse en consideraciones de optimización, porque la Constitución-marco deja de establecer criterios jurídicos concretos para medir si ha sido alcanzada una realización constitucional, mínima, óptima o de cualquier otro grado[197]. A su vez, reproduce el propio Robert ALEXY la tesis del "punto máximo" formulada por Peter LERCHE, y seguida básicamente por Arno

[194] Enst-Wolfgang BÖKENFÖRDE, citado por Robert Alexy, *Epílogo a la…, op. cit.*, p. 23.

[195] Karl-Eberhard HAIN, *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 132.

[196] *Ibídem*, p. 132.

[197] Christian STARCK, "Die Verfassungsauslegung", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. VII, edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, p. 195.

SCHERZBERG. De acuerdo con el primero, los principios, en cuanto mandatos de optimización, "estarían ligados al punto más alto posible, de acuerdo con las circunstancias (jurídicas y fácticas)", y de "este modo estarían ligados *in nuce* a un punto ideal", ante lo cual, atendiendo "a sus contenidos, que se mueven en un amplio horizonte y que irremediablemente están llamados a entrar en colisión", circunstancia traducida en una "sujeción intensa y fundamental del Legislador al punto de lo máximo que se pueda alcanzar", este carecería de "legitimación interna" [198] . Por lo concerniente a Arno SCHERZBERG, conforme considera, los Derechos Fundamentales entendidos como mandatos de optimización, admiten exclusivamente "aquellas soluciones para las colisiones que representen la máxima realización posible de todos los bienes iusfundamentales implicados", circunstancia excluyente, abstracción hecha de raras excepciones, de "la existencia de un margen de decisión"[199]. Por consiguiente, para Robert ALEXY, la tesis del punto máximo no "desemboca en la idea de que en el ámbito de los principios siempre existe una única respuesta correcta"[200]. Así, la teoría crítica de los principios parece realizar una identificación de la Constitución-marco con la Constitución total, porque el concepto de principios como mandatos de optimización, exigirá siempre del Legislador y de todos los operadores jurídicos el hallazgo de la respuesta correcta o respuesta óptima para la problemática relacionada con los Derechos Fundamentales, y, de este modo, la autonomía y la libertad de conformación dejarían de existir. De otra parte, en el constitucionalismo actual conformado a base de la convivencia dentro del texto constitucional de valores y principios, dirá bien Dieter GRIMM, va resultar tal situación inevitable, si partimos de la base plural y

[198] Robert ALEXY, *Epílogo a la Teoría…, op. cit.*, pp. 36-37.

[199] *Ibídem*, p. 37.

[200] *Ibídem*, p. 37.

heterogénea sobre la que toma asiento, de pretender seguir cumpliendo con su cometido de dotar de unidad e integración a la comunidad política, desde el respeto e inclusión de las diversidades[201].

Ahora bien, tal como responde Robert ALEXY, lo dejado abierto por Constitución es lo hallado dentro del interior del marco jurídico, y aquello impuesto o prohibido, constituye propiamente la moldura[202]. Por lo alusivo a la pérdida de autonomía y libertad de conformación del Legislador democráticamente legitimado, cuya actividad legislativa parece a algunos confinada a una mera ejecución de la Constitución, puede ser una conclusión a llegar efectivamente, de partir de la confusión entre mandato de optimización y existencia de una única respuesta correcta al problema jurídico planteado, a la que sostienen pretende llegar la aplicación de la ley de la ponderación, Sin embargo, la tesis de la única respuesta correcta no es claramente aceptada desde la teoría de los principios desarrollada por Robert ALEXY[203]; el autor hablará de respuestas hermenéuticamente correctas, lo cual, a lo sumo, es una versión débil de la única respuesta correcta. A juicio de este, el concepto de mandato de optimización adquiere el significado de idea regulativa, esto es, una idea útil para guiar la argumentación en un determinado sentido. De este modo, pueden ser varias las respuestas a través de las cuales las exigencias de optimización pueden verse satisfechas; es más, cuanto mayor sea el número de variables expuestas para un caso concreto, mayor tenderá a ser la cantidad de respuestas satisfactorias del criterio de optimización. Los principios son, por consiguiente, "gradualmente realizables", aunque al representar un "objeto de optimización", nada excluye la posibilidad de ser realizados "en un grado

[201] Dieter GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 15-16.

[202] Robert ALEXY, "Grundrechte als subjektive Rechte…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 286.

[203] "La teoría de los principios (…) siempre ha enfatizado que la ponderación no es un procedimiento que en cada caso conduzca necesariamente a un único resultado", Robert ALEXY, *Epílogo a la Teoría…, op. cit.*, p. 50.

máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas"[204]. La teoría de los principios rechaza la existencia dentro de los márgenes semánticos de los Derechos Fundamentales, de "una Constitución plena, coherente y determinada, ni que ella prescribe una respuesta correcta para cada caso"[205].

Si la teoría de los principios dista de defender la existencia de una única respuesta correcta para todos los problemas jurídicos donde entran en juego los Derechos Fundamentales, e, incluso un paso más, si no es posible encontrar las respuestas a todos esos problemas dentro de la propia Constitución, pues ella y los Derechos Fundamentales recogidos dejan espacios abiertos, a ser concretizados por el Legislador[206], y para determinados casos por los particulares a través de las relaciones jurídicas desarrolladas entre sí, es posible sostener la compatibilidad de la teoría de los Derechos Fundamentales como principios (vale decir, como mandatos de optimización, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y epistémicas existentes), con el concepto de Constitución–marco [207] . Las reglas y los principios tienen distinta

[204] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos…, op. cit.*, p. 49.

[205] Carlos BERNAL PULIDO, "¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la Teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España", en *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan-R. Sieckmann, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 238.

[206] Jan SIECKMANN, "Los Derechos fundamentales como principios", en *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan Sieckmann, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 43 y ss.

[207] Además, acerca del paso del Derecho por reglas al Derecho por principios, con carácter general, podemos remitir perfectamente a Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*: *legge, diritti, giustizia*, Einaudi Editore, Torino, 1992, *passim*; tempranamente y bien traducido a nuestro idioma, versión que será la frecuentemente citada a lo largo de nuestro trabajo. No obstante, aunque el pensador y jurista italiano, a nuestro de modo de ver, vasa más su precomprensión en Rudolf Smend, tal acontecer había sido aventurado, o al menos intuido con bastante claridad, por Hermann HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, y más diluidamente en castellano, su *Teoría del Estado* (Luis Tobio fue el encargado de traducir la *Staatslehre* (Teoría del Estado) en 1942, publicada por la editora Fondo de Cultura Económica. *Der Begriff des*

estructura formal, concluye Ralf POSCHER, y muy elocuentemente, resume: "Las reglas establecerían una consecuencia jurídica definitivamente, mientras que los principios preverían sus consecuencias jurídicas tan solo *prima facie*. Esta diferente estructura de ambos tipos de normas se haría patente sobre todo en situaciones de colisión", pues si bien en orden al "supuesto de una colisión entre dos reglas se tendrían que introducir excepciones en una de ellas o bien declarar la nulidad de una de las dos, la validez de los principios permanece intacta en caso de colisión, ya que estos únicamente pretenderían una eficacia *prima facie* y, al entrar en colisión, solo se concretarían en una regla definitiva mediante una ponderación en el caso concreto. Reglas y principios constituyen, según esto, tipos de normas categorialmente distintos"[208].

2.6.1.2. La teoría de la Constitución–fundamento.

El punto central referente a esta teoría de la Constitución-fundamento o Constitución-total[209], estriba en la consideración de la Constitución como ley fundamental no solamente de toda la organización y actividad estatal y de las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público, sino también de toda la vida social: es Constitución del Estado y de la Sociedad, y expresa la idea de estar abierta por completo a

Gesetzes in der Reichsverfassung (El concepto de Ley en la Constitución del Reich) era el título de la ponencia que presentó Hermann Heller en la jornada de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrada en München, los días 24 y 25 de marzo de 1927. Esta ponencia fue recogida en el segundo tomo de sus obras completas, *Gesammelte Schriften*, Band. II, *Recht, Staat, Macht*, edición de Martin Drath / Gerhart Niemeyer / Otto Stammer / Fritz Borinski, (redacción Christoph Müller), A. W. Sijthoff, Leiden, 1971, pp. 203-248.

[208] Ralf POSCHER, "Aciertos, errores, y falso autoconcepto de la teoría de los principios", en *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan Sieckmann, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 77.

[209] La denominación puede verse en Josef ISENSEE, "Verfassung als Vaterland", en *Wirklichkeit als Tabu: Anmerkungen zur Lage*, edición de Armin Mohler, R. Oldenburb, München, 1986, p. 21.

esta última, sencillamente, por indeclinable exigencia de la democracia. Viene a coincidir con la denominación por Luis María DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ "Constitución como código genético del ordenamiento", a la cual atribuye el significado de que "la Constitución recoge un programa de configuración de la sociedad, por lo que las principales decisiones colectivas quedan de alguna manera predeterminadas por ella"[210]. Sin embargo, esto tampoco es exactamente así de indiscutido, si bien de ningún modo podemos calificarlo de completamente inexacto. La Constitución hace emerger efectivamente un compromiso plural histórico–concreto, pero de ninguna manera fija solo unos límites válidos para siempre, esto es, en tanto se produzca una nueva actuación del poder originario soberano. Al quedar objetivado este de modo permanente y expresivo a través del texto positivo, el proceso continúa imparablemente desarrollándose por medio de cada norma de decisión, constitutiva siempre, a su vez, y reclamamos la autoridad de la Teoría Estructurante del Derecho, de una decisión de constitucionalidad, por lo que todos los trabajadores prácticos del Derecho son, a su vez, órganos mayéuticos[211]; queda entonces arrumbado el silogismo incluso para las reglas, relativo a las cuales, cabrá acaso el "semisilogismo", y no siempre[212].

También entre nosotros ha cobrado consciencia la necesidad de llevar a cabo una superación de la Constitución-marco por exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho establecido por el artículo 1.1 de la misma. Ello llevó incluso a autores marcadamente positivistas como

[210] Luis María DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 143.

[211] Vendría así a coincidir, al menos parcialmente, pero se trata solo de un artículo, con lo expresado por Antonino SPADARO, "Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalita", en *Quaderni costituzionali*, 1998, pp. 343 y ss.

[212] Restaría sí aclarar, qué es eso de los principios jurídicos, con lo cual, resulta hasta inútil decir, que para nada son objeto de cuestionamiento por nuestra parte, pues están recogidos luego parte de ellos por los textos.

Ignacio DE OTTO Y PARDO, al entendimiento del cambio funcional de la norma constitucional con arreglo a los siguientes términos: "Dado que el orden de la sociedad en su conjunto no es fruto espontáneo de la abstención estatal, sino algo de cuya creación o conservación es responsable el Estado, se quiere ver en la Constitución en su conjunto un prefiguración del propio orden social que esa acción debe perseguir. La Constitución pasa a considerarse norma jurídica fundamental no en el sentido de que sea el fundamento de la validez de todo el ordenamiento, en cuanto regula las condiciones de la creación jurídica, sino en el de que *contiene el orden jurídico básico* de los diversos sectores de la vida social y política, de modo que prefigura, de modo similar a como lo hacen los programas de partido, un *modelo de sociedad* (…) Del mismo modo que los derechos fundamentales en singular se reinterpretan como normas finalistas, toda la Constitución en su conjunto deja de considerarse como el marco jurídico en el que se ha de desenvolver la realidad política, en este caso la de la democracia efectivamente actuante y viva. En el caso de la Constitución española significaría que la voluntad del pueblo español de *establecer una sociedad democrática avanzada*, como se dice en el Preámbulo, se interpreta en el sentido de que la Constitución no solo hace *posible* esa sociedad estableciendo los cauces por los que cabe llegar a ella e impidiendo que el poder los obstruya limitando las libertades, sino que además la impone como un orden que el poder público tiene el *deber* jurídico der alcanzar"[213].

Por lo referido a Luis VILLACORTA MANCEBO, para la defensa de la Constitución-fundamento, escribirá: "Las constituciones actuales, tal como señala D. Grimm, no solamente se limitan a establecer barreras y regular procedimientos sino que contienen objetivos definidos así como los correspondientes parámetros de actuación, y, por lo tanto, deben

[213] Ignacio DE OTTO Y PARDO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 44-45.

adentrarse mucho más en la realidad social que sus predecesoras liberales. Ciertamente, en un Estado social y democrático de derecho, la Constitución ha de cumplir la nueva función de mantener la vinculación jurídica de las decisiones políticas y administrativas dentro del marco de los sistemas de dirección, distribución y prestaciones, así como preservar la libertad material en virtud de los Derechos Fundamentales. En cuanto a las funciones sociales concretas, la Constitución no solo establece el límite, sino que es también un mandato y la directriz en orden a la realización del Estado social, esto es, en función del orden jurídico material que contiene, constituye además un plan que regula funciones mediante normas; supone, en definitiva, un intento proyectivo de configurar el futuro político de un pueblo mediante la incorporación de ideas-guía y directrices que marquen el proceso político y la eficacia del Estado"[214].

Impecable nos parece, asimismo, la explicación ofrecida por Clemente AUGER LIÑAN, adscrita con total claridad a la concepción constitucional que estamos examinando, al sintetizar: "la Constitución establece principios fundamentales del ordenamiento jurídico, y no solo de la vida estatal en sentido estricto. Positiviza principios y criterios para establecer y aplicar las normas del ordenamiento. Ordena todas las esferas de vida esenciales para la convivencia, precisamente porque dichas esfera son consustanciales a la vida del conjunto y se encuentran indisolublemente conectas con el orden político. En este sentido también son ordenados en la Constitución los fundamentos de esferas vitales que nada tienen que ver de forma directa con la formación política de unidad y la acción estatal, como es el caso de los fundamentos del ordenamiento jurídico-civil: matrimonio, familia, propiedad, herencia, fundamentos del

[214] Luis VILLACORTA MANCEBO, *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 69-70. Asimismo, Luis–Quintín VILLACORTA MANCEBO–Antonio VILLACORTA CAÑO–VEGA, *Nuevas dimensiones de protección asumidas por los Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 146 y ss.

Derecho penal, principios de la enseñanza, de la libertad religiosa o de las relaciones laborales o sociales. En todo ello, la Constitución es «el plan estructural básico, orientado para determinado principios dotados de sentido, para la forma jurídica de la comunidad»"[215].

Desde esta perspectiva, viene afirmándose, la Constitución es el apunte de un cauce para la realización del presente y una vía de algo deseado hacia el futuro, no solo un estatuto de confirmación o garantizador de lo socialmente existente. No limita su afán a la regulación de las relaciones intraestatales y de las relaciones verticales entre el individuo y el Estado, también incorpora la normación de los ámbitos sociales, económicos y culturales, dentro de los cuales se establecen las relaciones interprivadas. En definitiva, pretende ser una estructura normativa fundamental no solo del Estado sino también de la colectividad social, una auténtica ley fundamental de la totalidad socio-política[216]. De cuanto hemos dicho se desprende también, que el sentido "político de una Constitución en la historia es ser un orden fundamental determinante de una determinada comunidad, comprendidas en ella sus fuerzas divergentes"[217].

Cuenta habida de todo lo aludido, las normas constitucionales garantes de los Derechos Fundamentales, atendiendo a su supremacía normativa, muestran ser aptas para incidir también a decir verdad sobre las relaciones jurídicas entre particulares, y ello con independencia de la vigencia o no de regulaciones legislativas mediadoras, pues no les ofrece duda alguna a determinados autores, caso de Luis María DÍEZ–PICAZO

[215] Clemente AUGER LIÑAN, "El principio de tutela judicial efectiva…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 58.

[216] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, pp. 150-153 y *passim.*

[217] Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 257.

GIMÉNEZ, el aspecto de que, a medida nos alejemos de la idea de la Constitución–marco (para el autor Constitución abierta) para irnos acercando a la concepción de la Constitución-fundamento (según el autor la Constitución como código genético del ordenamiento), va a resultar "progresivamente más fácil justificar mayores niveles de eficacia horizontal de los derechos fundamentales" [218]. Así las cosas, atribuye también a la Constitución Riccardo GUASTINI, no solo la función de límite y ordenación del poder político, sino también la de modelar las relaciones económicas y sociales, de ahí haya de ser aplicada directamente incluso en las relaciones jurídicas interprivadas, siempre y cuando la controversia objeto de resolución no pueda ser zanjada con

[218] Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 143. En similares términos, las consideraciones Virgilio Alfonso DA SILVA, *A Constitucionalização do Direito*, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, especialmente pp. 107 y ss. Por su parte, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO no duda a la hora de denominarla una cuestión de "carácter ideológico", en lo que concierne a la negativa a aceptar una eficacia de los derechos sociales en las relaciones entre particulares, "La positividad de los derechos sociales en el marco constitucional", en *Uma homenagem aos 20 años da Constituição Brasileira*, ed. de Julio Pinheiro Faro Homen de Siqueira / Bruono Costa Teixeira / Paula Castello Miguel, Fundação Botea, Florianópolis, 2008, pp. 146 y ss. En el mismo sentido es para Ingo Wolfgang SARLET una discusión de carácter político e ideológico, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos Direitos fundamentais", en *A Constituição concretizada*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, p. 147. Asimismo, para Pedro DE VEGA GARCÍA, "el reconocimiento de la *Drittwirkung* presupone, ciertamente, una opción política según la cual, sin negar el constitucionalismo de la libertad, se pretende abrir una vía razonable para asentar el constitucionalismo de la igualdad, otorgando una traducción efectiva al sistema de derechos reconocidos constitucionalmente en el Estado Social y que, conforme la arquitectura jurídica del Estado Liberal de Derecho, resultan inoperantes", "Dificultades y problemas para la construcción…", *loc. cit.* en *op. cit.,* p. 278-279; y si al igual que la libertad, la igualdad jurídica constituye un "valor en sí misma", hacer parecer que todo el ordenamiento jurídico, a pesar de todas sus diferenciaciones, sea una paradoja de la igualdad, Stefan HUSTER, *Recht und Ziele – Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 418 y ss. En cuanto a Jean RIVERO, entiende que se trata de una cuestión de carácter ético, porque los no extensión de la eficacia de los Derechos Fundamentales a las relaciones entre particulares es inaceptable, porque ello implica dos éticas diferentes: una ética válida para las relaciones entre personas (individuos y grupos) y Estado, relaciones sobre las cuales sí inciden las normas de Derechos Fundamentales; y una ética distinta, válida para las relaciones entre particulares, en las cuales no inciden las normas de Derechos Fundamentales, "La protection des droits de l`homme dans les rapports entre personnes privées", en *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber*, Vol. III, *Protection des droits de l`homme dans les rapports entre personnes privées*, edición de Marceau Long / François Monnier / Jean Graven, Augusto Pedone Éditions, Paris, 1971, p. 315.

base en una Ley de desarrollo constitucional, sea por su inexistencia, sea por tratarse de una Ley lagunosa; e incluso incluye cuando la norma ofrece una solución aparentemente injusta[219].

De particular interés nos ha resultado siempre la concepción de la Constitución-fundamento defendida por Richard BÄUMLIN. Según entiende el autor, la Constitución es constitutiva de un proyecto estabilizador necesitado de su constante actualización para la identidad de un orden político-social y de su proceso de realización. La Constitución, sostiene, es concebida hoy al servicio de la "democratización" del Estado y de la Sociedad, debiendo ser comprendida como un "orden fundamental" y un "programa abierto de acción", a través del cual, la Sociedad adquiere carácter constitutivo de una "unidad socio-económica y política", bajo la idea de lo recto[220]. La Constitución fija límites y establece tareas para el Estado y la Sociedad, pero es asimismo una tarea o proyecto abierto al futuro[221]. Más concretamente, la Constitución: 1º) formula los fines sociales globales más significativos; 2º) fija determinados límites a las tareas de la comunidad; 3º) ordena los principios fundamentales de las determinaciones procesuales para el "proceso" de vida política.

De cualquier modo, como hemos apuntado, la ley constitucional no es un simple instituto de protección de las relaciones existentes, antes se debe comprender como Constitución de una Sociedad en devenir, indicativa de las mudanzas y conformaciones del sistema político, de las

[219] Riccardo GUASTINI, *Lezioni di teoría costituzionale*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 210.

[220] Richard BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an der Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung*, EVZ-Verlag, Zürich, 1961, pp. 17 y ss.

[221] Richard BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte…*, *op. cit.*, pp. 80 y ss.

relaciones sociales y del orden jurídico[222]. Es preciso afirmar una vez más, que al incorporar el Estado democrático la dimensión socio-estatal, la Constitución paso a convertirse "con ello en un orden fundamental material"[223]. La Constitución del Estado de Derecho, expresa Klaus STERN, "no puede cumplir su tarea sin principios materiales del ordenamiento", resultando ser el "punto de partida para el orden material fundamental (…) ante todo los derechos fundamentales y su comprensión en el sentido de un sistema cultural y de valores, que debe representar el sentido de la vida estatal organizada por la Constitución –R. Smend–"[224]. Estamos, pues, ante la Constitución como ordenamiento jurídico de las funciones del Estado y como determinación fundamental de los valores de la vida social, tal como exprera ya hace unos años, con formulación de origen smendiano Gustavo ZAGREBELSKY[225].

Así las cosas, según el Tribunal Constitucional español ha dejado sentado, el hecho de conformar la Constitución "un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo"[226], la interpretación llevada a cabo por el Legislador, "no tiene por qué ser la más lógica, la más coherente de las posibles con la voluntad del constituyente tal como se desprende de la redacción de la Constitución y del propio iter constituyente, sino que basta con que encaje o, mejor dicho, con que no esté manifiestamente en contra de la Constitución"[227]. Por consiguiente,

---

[222] Richard BÄUMLIN, *Lebendige oder gebändigte Demokratie?: Demokratisierung, Verfassung und Verfassungsrevision*, Z-Verlag, Basel, 1978, pp. 80 y ss, y *passim.*

[223] Ulrich SCHEUNER, citado por Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 238.

[224] Klaus STERN, *Derecho del Estado de la República…, op. cit.*, p. 240.

[225] Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2ª ed., Il Mulino Società Editrice, Bologna, 1988, p. 23.

[226] STC 11/1981, de 8 de abril.

lo habitual de la Constitución es dejar "al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad" [228], y ello en virtud de la "libertad de conformación" correspondiente al poder legislativo [229]. De otra parte, también ha insistido en la consideración acerca de que, conforme a una doctrina prolongada y tradicional "de este Tribunal, la Constitución no es solo la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos. Ello es, además indiscutible respecto de los preceptos contenidos en los arts. 14 y 30, por ser objeto del proceso de amparo"[230].

2.6.1.3. Dos variantes difíciles de encuadrar.

Por una parte, Robert ALEXY ha hecho una distinción dentro del seno de la Constitución-fundamento u orden fundamental que, si bien aparentemente atractiva, juzgamos innecesaria, al distinguir una perspectiva cuantitativa de una cualitativa, por referencia a la citada Constitución-fundamento. De este modo, expresa: "una Constitución es un orden fundamental en sentido cuantitativo si no confía nada a la discrecionalidad del Legislador, es decir, si para todo tiene previsto un mandato o una prohibición", para luego equipar esta idea a la concepción de Constitución-total expuesta por Ernst FORSTHOFF [231], algo no

[227] Javier PÉREZ ROYO, *Tribunal constitucional y División de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 82.

[228] STC 174/1989, de 30 de octubre.

[229] STC 37/1988, de 3 de marzo.

[230] STC 22/1984, de 17 de febrero.

[231] Robert ALEXY, *Epílogo a la Teoría…, op. cit.*, p. 30.

defendido desde luego por quienes propugnan la Constitución-fundamento, como es fácilmente deducible de lo escrito más arriba; dicho de otro modo, Robert ALEXY inventa y da un concepto de Constitución como orden fundamental, cuyos caracteres (los atribuidos por él) no son defendidos por nadie. Y una Constitución conforma "un orden fundamental cualitativo o sustancial si mediante ella se deciden asuntos fundamentales para la comunidad"[232]. A partir de esta subdivisión, considera el autor posible la compatibilidad entre la Constitución-marco y la Constitución orden fundamental cualitativo[233], con lo cual, está deshaciendo la distinción Constitución-marco/Constitución orden-fundamental, como lo confirma su afirmación siguiente: "según la teoría de los principios, una buena Constitución tiene que combinar estos dos aspectos; debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco"[234].

Una segunda variante específica difícil de encuadrar, es la concepción de la Constitución como "proceso público pluralista", vale decir, "como proceso abierto", "obra abierta", "abertura material" o "abertura al tiempo", esto es, como tarea que debe irse paulatinamente realizando, debida a Peter HÄBERLE. Y por añadidura, conforme al autor, todo aquel que vive bajo o resulta regulado por la Constitución, es también un intérprete de la misma: "Todo el que tiene relación con el objeto de regulación de la normas es indirectamente y, llegado el caso, también directamente, intérprete de las normas. El destinatario de las normas participa de una manera más intensa en el proceso de interpretación de lo que generalmente suele entenderse. Puesto que no solo los juristas viven las normas, tampoco ellos son sus únicos intérpretes. El concepto de interpretación en sentido amplio y estricto no

[232] *Ibídem.*, p. 31.

[233] *Ibídem.*, p. 31.

[234] *Ibídem.*, p. 31.

solo tiene lugar allí donde funciona de manera institucionalizada (como en la jurisdicción). Las personas "informadas" e "interesadas" en la sociedad pluralista se convierten en intérpretes del derecho estatal moderno. Esto se manifiesta no solo en su proceso genético sino también en su desarrollo pluralista: la ciencia, la democracia y la teoría (constitucional) de la interpretación, hacen posible una mediación específica entre el Estado y la Sociedad"[235]. Con lo cual, desde esta perspectiva, estaríamos ante el mayor grado de abertura posible, tratando con ello de lograr una mejor adaptación a los cambios sociales[236]. Nos hallamos situados frente a su perspetiva constitucional de carácter científico–cultural, inspirada en el pensamiento de posibilidades propio del racionalismo crítico, comprensiva de la Constitución no solo como un entramado de normas jurídicas, sino también a modo de condición cultural de un pueblo que aspira públicamente a lo justo, y donde enlaza asimismo con la influencia sobre él de ideas smendianas, en el sentido de que la eficacia de la Constitución guarda estrecha dependencia con las condiciones temporales y espaciales, vale decir, está notablemente influida por

[235] Peter HÄBERLE, "Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, 2010.

[236] La "Constitución del pluralismo" de Peter Häberle caracterizada como "orden-marco" (*Rahmenordnung*), reducida a un mínimo, en cuanto al contenido, y elevada a un máximo, por lo referido a las reglas de juego procesuales, puede verse en José Joaquín GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e vinculação…, op. cit.*, pp. 93-94. Y el mismo Peter HÄBERLE dice expresamente que las sociedades "constituyen una *res publica* con la Constitución como ordenamiento marco, que vive de que todos los ciudadanos y grupos intenten cada vez y siempre de nuevo comportarse de modo adecuado y soportarse mutuamente y que de ese modo se desarrolla", *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 1998, p. 45. No obstante, Peter HÄBERLE distingue entre interpretación en sentido amplio e interpretación en sentido estricto. En la primera participan todos ciudadanos, órganos estatales, potencias públicas y poderes sociales, y comprende cualquier actividad de actualización de la Constitución, todo ello proporciona a los intérpretes en sentido estricto materiales y fuerzas productivas de interpretación. La interpretación en sentido estricto, es llevada a cabo mediante una actividad consciente encaminada a la compresión y actualización de una norma constitucional, y es la desenvuelta por los juristas, "Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten", en *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, pp. 157-158, entre otros momentos.

variables de tipo socio-cultural, propugnando así una *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* [237].

Pero aún va más allá, pues su idea de Sociedad abierta de origen popperiano, necesita para supervivir (y ello es muy importante) un consenso cultural fundamental lo más amplio posible, para lo cual, requiere de una Constitución encargada del cumplimiento de un doble objetivo, garantizar la cohesión social y encauzar la apertura al futuro, pues ha de señalar también un horizonte de expectativas y esperanzas para la comunidad política [238]. Ahora bien, el concepto de cultura constitucional es deliberadamente amplio para el autor, y le entiende comprensivo de la adición de actitudes, ideas, experiencias subjetivas, valores y expectativas, así como de las pertinentes acciones objetivas, tanto en la esfera personal del ciudadano como en la de sus asociaciones, los órganos estatales y cualesquiera otros relacionados con la Constitución: la mesa redonda de los ciudadanos propuesta a modo de símbolo de una comunidad política de múltiples coexistentes situados en pie de igualdad unos con otros y constitutiva de una base social estable [239]. El concepto de cultura utilizado, como fundamento del acercamiento metodológico a su *Verfassungslehre*, representa también un esfuerzo denodado y llevado a cabo por el autor, conjugar dialécticamente tradición e innovación, a favor de la ciudadanía de la libertad y de la

[237] La Constitución, dice Peter HÄBERLE, "es cultura", y ello "significa que no está hecha solo por materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y las nuevas, sino también sirve esencialmente como guía para los no juristas, para los ciudadanos. La Constitución no es solo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación de un pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas", "El Estado Constitucional europeo", en *La constitucionalización de Europa*, edición de Miguel Carbonell / Pedro Salazar, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 25.

[238] Diego VALADÉS RÍOS, "Estudio introductorio", al *El Estado constitucional* de Peter Häberle, Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 23.

[239] Peter HÄBERLE, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, especialmente pp. 36 ss.

igualdad. El acercamiento científico-cultural, por lo tanto, no va a situarse sobre una línea de continuidad con la elaboración clásica del *Kulturstaat* alemán, tiene ahora una vocación esencialmente inclusiva, orientada tanto a los fenómenos identitarios radicados en la pequeña comunidad territorial, como abierta a la interdependencia en el escenario de la comunicación global entre culturas. A partir de ahí, cimenta su teoría constitucional del pluralismo, colocando la función de integración a desarrollar por la Constitución, en un horizonte que trasciende las barreras culturales de los estados nacionales. Destaca así su peculiar y constante atención a la reflexión acerca de las condiciones del emplazamiento de la teoría constitucional en una cosmopolita *Kulturwissenschaft*, y, por lo tanto, declina la más fácil sugerencia también pluralista pero limitada al Estado nacional constitucional.

El pluralismo como principio inmanente de la democracia y derecho fundamental[240], a lo largo de la obra del autor, se ha movido siempre de modo muy esencial en el terreno de la interpretación de los Derechos Fundamentales, para luego alargar gradualmente la perspectiva y alcanzar la elaboración de una Teoría pluralista científico-social de la Constitución desarrollada dentro de los horizontes de la comparación jurídica, entendida asimismo en un sentido amplio como comparación entre culturas, en el que no solo se van a emplear instrumentos jurídicos y cultura jurídica sino también los de todas las ciencias y artes conformadoras de la gran antropología como ciencia y arte de la cultura humana [241] . A tal objeto, ha aprovechado el movimiento de transformación de los Derechos Fundamentales surgido con las Constituciones del pluralismo social, para llegar a la elaboración de la antedicha *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, y asimismo de ahí toma fuerza el itinerario seguido, tocante finalmente a la construcción de

[240] Peter HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess…, op. cit.*, p. 146.

[241] Peter HÄBERLE, *La libertad fundamental en el Estado constitucional,* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 304 y ss.

una teoría pluralista de la Constitución. Porque, considera el autor, la teoría constitucional ha descuidado de ordinario la complejidad de los equilibrios que la Constitución del pluralismo debe asegurar, al fundamentar la dogmática de los Derechos Fundamentales casi prevalentemente en su significado de oposición, a través de la relación clásica entre individuo y Estado.

Conforme piensa Peter HÄBERLE, sin embargo, los Derechos Fundamentales considerados desde la doble perspectiva de ser elementos determinantes de integración según el significado smendiano y también factores de organización de la vida socio-cultural conforme a un sentido de procedencia helleriana, permiten transitar hasta la correlación entre el aspecto individual y el institucional de los de los mismos. Dentro de esta correlación, adquiere también relevancia peculiar la dimensión organizativa de los Derechos, que es el marco de la dinámica conjunta entre el aparato público y la Sociedad, como algo característico del Estado prestacional, requerido de comprensión a través de una teoría renovada de constitución, pluralista y abierta. En último extremo, dada la función de dirección desempeñada por los Derechos Fundamentales en cuanto comprendidos dentro de la Constitución, su tesis de fondo afirma que, en el Estado constitucional pluralista, es denominador común que la *Geltung* y la *Interpretation* de los Derechos, están inescindiblemente unidas. Y, según considera, para la comprensión del efecto irradiación, la dogmática tradicional ofrece instrumentos inadecuados. De un lado, descuida el aspecto referido a la inclusión necesaria de los Derechos Fundamentales en la cultura comunitaria, fundamento real de su efectividad, porque hace de los ciudadanos y los grupos, no solo de los sujetos públicos, elementos participantes de las posibilidades iusfundamentales. Como segundo aspecto, los contenidos, las funciones y las dimensiones propias de los Derechos Fundamentales, están lejos de constituir un fenómeno jurídico estático, por cuanto son desarrollados procesualmente a través de la interpretación entendida en sentido amplio

y pluralista, enfrentada a la vieja hermenéutica de carácter estático e instrumental por excelencia de las ideologías del *statu quo*[242]; siendo así que la Constitución conserva, nos dice, las notas de transformación y de progreso.

Hay, según el autor, un halo cultural dinámico y colectivo tangente con lo jurídico-constitucional, y es presiso la comprensión conjunta de los tres: la interpretación de los textos y con-textos por los intérpretes, reclamada por el autor. La Constitución desborda de esta manera el marco de lo jurídico, y, trascendiendo, pasa a convertirse en un producto cultural constitutivo de la brújula ciudadana, de una guía para los no juristas, para todos los ciudadanos, por ser espejo público de la realidad actúa como fuente luminosa ciudadana[243]. Ahora bien, como asimismo los trabajadores jurídicos contribuyen a la generación espontánea de valores colectivos, los cuales ha de entenderse no emergen entonces exclusivamente por medio de los limitados cauces institucionalizados de participación de los órganos estatales[244], sino también sobrepasando la oficialidad de los juristas, a través de todos los sometidos a la norma, ello va a garantizar en mayor medida la generalidad y perdurabilidad de la adhesión a la misma, en virtud de lo que denomina categóricamente *ethos* ciudadano y de participación de "todas fuerzas de la comunidade política". Si estamos con el autor ante una Sociedad abierta, y, latamente, todos somos intérpretes constitucionales (fuerzas productivas interpretadoras: órganos estatales, grupos sociales, ciudadanos, porque no hay un *numerus clausus* de intérpretes constitucionales[245]), a la postre, somos todos Constitución, y esta solo lo es con nosotros.

---

[242] Peter HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess..., op. cit.*, pp. 161-162

[243] Peter HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess..., op. cit.*, p. 168.

[244] Peter HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess..., op. cit.*, p. 152.

[245] Peter HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess..., op. cit.*, p. 156.

Se tratará del hecho de postular la posibilidad de disponer de la Constitución en cuanto algo no externo a nosotros mismos, pues realmente estamos en la Constitución y con ella misma, lo cual evitará fluctuaciones impredecibles o arbitrarias, toda vez el processo es desenvuelto de modo superiormente controlable; aunque este processo es dinámico y pluridimensional, permisivo desde luego del disentimiento, e incluso de la oposición, pero serán para el autor más bien medios de enriquecimiento o elusivos del empobrecimiento, porque al final cierra el principio democrático. Y tal objetivo, comporta al mismo tiempo que prácticamente todas las acciones humanas vendrían reguladas por la Constitución, y serían consiguientemente manifestación de una interpretación constitucional realizada a la luz de la publicidad y pluralidad, lo cual vendrá a tener como consecuencia que ningún área de la vida tendría independencia de las normas constitucionales, algo paradigmáticamente contrario, entiende el autor, a las opiniones vertidas de tratarse de un proceso difuso y desformalizado[246]; pero, ciertamente, a las ramas del Derecho infraconstitucional les quedaría el mínimo o ningún espacio libre, con lo cual, a través de esta vía propugnada para la comprensión y realización de lo constitucional, se inscribiría más propiamente su teoría dentro de la concepción de la Constitución-total[247]. No olvidemos que desde la concepción de Constitución material sostenida por el jurista alemán, termina siendo la Sociedad misma "constituida", o

[246] Para una lectura crítica en este sentido, Luis VILLACORTA MANCEBO, "Una nota sobre la Teoría constitucional de la sociedad abierta de Peter Häberle: Racionalismo, tiempo, pluralismo... ¿vacío?", en *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 7, 2002, pp. 297 y 22.

[247] Por ahí parece apuntar Josef ISENSEE, quien, sin embargo, irónicamente comenta: "en la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución, el constitucionalista profesional se encuentra arrinconado", "Der Grundrechtliche Status des Embryos – Menschenwürde und Recht auf Leben als Determinanten der Gentechnik", en *Gentechnik und Menschenwürde. An den Grenzen von Ethik und Recht,* edición de Otfried Höffe / Ludger Honnefelder / Josef Isensee / Paul Kirchhof, Du Mont, Köln, 2002, p. 41.

la "ordenación fundamental del Estado y de la Sociedad" por medio de una serie de procesos institucionales y sociales, mientras los Derechos Fundamentales son magnitudes cuyo contenido es determinable caso por caso, y su extensión debe ser establecida con relación al resto de bienes jurídico-constitucionales. Con todo, ocasionalmente, el propio Peter HÄBERLE admite explícitamente la comprensión de la "Constitución como ordenamiento jurídico básico del Estado y de la sociedad", eso sí, añade, "como proceso público, como marco permanente de coexistencia ciudadana, como legitimación, como límites racionales del Estado y de la Sociedad"[248].

2.6.2. Constitucionalización propiamente dicha del ordenamiento jurídico.

2.6.2.1. Sentido lato de la constitucionalización.

Como resulta posible deducir de lo dicho en los apartados anteriores, existe una estrecha relación entre la concepción que la doctrina y la jurisprudencia tengan de Constitución en un determinado ordenamiento jurídico y la eficacia que ese mismo ordenamiento dispensa a las relaciones jurídicas entre particulares; e interrelacionada con la cuestión, aparece el denominado fenómeno de la constitucionalización del Derecho, comprendida la penetración de contenidos constitucionales en el Derecho infraconstitucional.

Ciertamente, de partir de la idea de la Constitución–marco, nos contentamos poco más o menos con el hecho de que la Constitución ocupa el vértice de la pirámide jurídica, y, siguiendo el principio dinámico

[248] Peter HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como…, op. cit.*, p. 98. Una ajustada crítica acerca de "las consecuencias de la apertura de la interpretación de la Constitución" de Peter Häberle, que puede "llegar a convertir la Constitución en un objetivo de constante compromiso político y perdiendo consecuentemente su función de marco jurídico regulador de la convivencia social", puede verse en Juan Carlos GAVARA DE CARA, *La proyección interna de la dimensión objetiva de los Derechos fundamentales: el art. 10.1 CE*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 45-47.

del Derecho, todas las demás normas jurídicas la deben obediencia y encuentran en ella la referencia jurídica de su validez. Desde estas premisas, a negar la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares, va un paso más bien corto. Evidentemente, con el concepto de Constitución-marco o Constitución de mínimos, desaparece asimismo el fenómeno de la denominada "constitucionalización del Derecho". Pero también es evidente que de partir de la Constitución-fundamento, conforme a la cual, no solamente la corresponde dirigir toda la actividad estatal sino también moldear y definir la organización social como un todo, es evidente que se está aceptando la idea de la constitucionalización plena del Derecho, y sentando las bases tanto de la teoría directa como de la teoría indirecta de la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas[249].

Cuando hablamos de constitucionalización del Derecho, queremos expresar la idea de la irradiación de las normas y valores constitucionales al resto de las ramas infraconstitucionales del ordenamiento jurídico, lo que puede revestir diversas formas y adquirir diferentes grados de intensidad, aunque todos ellos partirán de un fundamento común[250]. El modelo de Constitución contemporánea, con toda su apertura, adquiere significado en cuanto guarda "una estrecha relación con el resto del ordenamiento jurídico, y con los sujetos encargados de actuarlo. En eso consiste, en buena medida, la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico"[251]. La constitucionalización del Derecho busca el

[249] Al efecto Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais…*, *op. cit.*, p. 277.

[250] José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, ha referido la evidente constitucionalización entre nosotros del Derecho administrativo y, en tal sentido, asume "la influencia que sobre sus instituciones opera la regulación básica del poder y de la libertad que se contiene en los textos constitucionales", "Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho administrativo", en *Revista de la Administración Público*, núm. 193, 2014, p. 25.

[251] Miguel CARBONELL, "Prólogo", en *Historia y Constitución* de Gustavo Zagrebelsky, Trotta, Madrid, 2005, p. 16.

loable objetivo de afirmar la supremacía de la Constitución y valorizar la fuerza normativa de los principios y valores subyacentes a todo orden jurídico, pero también ha sido advertida la circunstancia de descuidar otros aspectos sumamente importantes, por ejemplo, el preocupase insuficientemente por consecuencias efectivas de determinada Ley o decisión judicial[252].

Clásico sobre la materia ha devenido ya el libro de Gunnar Folke SCHUPPERT y Christian BUMKE[253]. Identifican los autores en la obra citada, cinco formas esenciales a través de las cuales tiene lugar la constitucionalización del ordenamiento jurídico, y que serían las siguientes: 1ª) Reforma legislativa; 2º) Desenvolvimiento jurídico por medio de la creación de nuevos derechos individuales y de las minorías; 3ª) Mudanza del paradigma en las demás ramas del derecho; 4ª) Irradiación del Derecho constitucional: efectos en las relaciones privadas y deberes de protección; 5ª) Irradiación del Derecho Constitucional: constitucionalización del Derecho por medio de la jurisdicción ordinaria[254]. Vamos a examinar brevemente enseguida algunas de las variantes más significativas.

En otro orden de cosas, el fenómeno de la constitucionalización del Derecho aludido hasta ahora, recibe complementariedad mediante la constitucionalización de varias instituciones tradicionalmente reguladas por medio de los Códigos de Dereho Privado (matrimonio, familia,

---

[252] Mark TUSHNET, *Constitucionalismo y Judicial Review,* Palestra Editores, Lima, 2013, pp. 66 y ss, por eso valora el autor que el *judicial review* se ha vuelto importante a estos efectos, pues aparentemente, desenvuelve un trabajo adecuado al reconciliar algunas tensiones surgidas dentro de la idea moderna de constitucionalismo.

[253] Gunnar Folke SCHUPPERT–Christian BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des "einfachen" Rechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, p. 6.

[254] Gunnar Folke SCHUPPERT–Christian BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung…, op. cit.*, pp. 9 y ss.

propiedad etc) y han pasado a ser normadas ahora por las constituciones, a lo cual se agrega algunas otras que eran confiadas a los códigos penales y procesales; estamos ante el fenómeno denominado por algunos autores de "la relevancia constitucional de las relaciones privadas"[255].

2.6.2.2. Las dos formas más relevantes de constitucionalización.

2.6.2.2.1. Las reformas legislativas.

Teóricamente es la menos problemática, al tiempo que la más eficaz forma de constitucionalización del Derecho, y viene a realizarse por medio de reformas concretas o generales de la legislación infraconstitucional, si bien, no suele ser el procedimiento más rápido de todos, por causa de la lentitud de las tareas legislativas. Es parte de la tarea legislativa adaptar la legislación ordinaria a las previsiones constitucionales, y tal labor para el caso de las constituciones de carácter dirigente, se realizará por medio de la legislación originaria de la precitada adaptación a las previsiones de la Norma Suprema[256]. Pero advierten sectores doctrinales acerca de la necesaria cautela a tener, pues no puede considerarse que toda actividad legislativa sea la expresión del proceso de constitucionalización del Derecho. De este modo, ejemplifican así acerca de los conflictos de Derechos Fundamentales, y cómo es posible e incluso probable que, para una concreta colisión de carácter iusfundamental, existan diferentes soluciones compatibles con la Constitución; pero, en estos casos no se está llevando a cabo una constitucionalización del Derecho sino más sencillamente ejerciendo una competencia decisoria y legislativa

[255] Caso, por ejemplo, de Guido ALPA, *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1994, p. 8.

[256] Gunnar Folke SCHUPPERT–Christian BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung…, op. cit.*, p. 10.

ordinaria[257]. Como consecuencia, la aprobación de una Ley no pasa a integrar el proceso de constitucionalización del Derecho por el mero hecho de someterse a las disposiciones constitucionales, pues, en caso contrario, toda actividad legislativa sería expresión del fenómeno de la constitucionalización del Derecho. En tal sentido, tendrán la cualidad de legislación constitucionalizadora, únicamente aquellas leyes que desarrollan como función la eliminación de situaciones infraconstitucionales inconstitucionales, y aquellas otras que, por exigencia expresa de la propia Constitución, vengan a complementar la eficacia de determinadas normas también constitucionales[258].

2.6.2.2.2. El efecto irradiación del Derecho Constitucional.

Inicialmente fue considerado que con la descripción del proceso de irradiación del Derecho Constitucional para el resto de las ramas del ordenamiento, uno de los objetivos esenciales a perseguir no era lograr la delimitación de un nuevo ámbito objetivo del Derecho Constitucional, sino la sumisión de las restantes ramas del ordenamiento a las prescripciones constitucionales, o más propiamente que esas ramas del Derecho fueran, en cierta medida, constitucionalmente conformadas[259]. Pues bien, esa sumisión de la que hoy nos parece superfluo hablar, no ha sido siempre tal clara bajo la vigencia de una Constitución normativa, y ello principalmente por causa de la milenaria tradición del Derecho Privado como esfera jurídica reservada a la autonomía privada y no sometida a las previsiones del Derecho Público.

---

[257] Gunnar Folke SCHUPPERT–Christian BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung..., op. cit.*, pp. 46 y ss.

[258] Gunnar Folke SCHUPPERT–Christian BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung..., op. cit.*, pp. 47 y ss.

[259] Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 110-111.

En el inicio del decenio de los años cincuenta, la situación era incierta dentro de la propia Alemania, y, por ello, tanto los primeros defensores de la tesis de la eficacia directa de los Derechos Fundamentales para el supuesto de las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, como los pioneros de la tesis de la eficacia indirecta, recurrirán especialmente al concepto de Constitución como ordenamiento no solamente del Estado, sino también de la Sociedad en cuanto un todo. Y tocante a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, también es mencionada por Gunnar Folke SCHUPPERT–Christian BUMKE, dada su relevancia como decisión histórica y de singular importancia, la sentencia recaída en el caso *Lüth*[260].

Conforme a la precitada decisión, después de la referencia expresa a la intención de la Ley Fundamental de no ser neutral con relación a los valores (*keine werneutrale Ordnung*)[261], continúa la afirmación acerca de

[260] Gunnar Folke SCHUPPERT–Christian BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung..., op. cit.*, p. 19.

[261] Algo que venía afirmando el Tribunal Constitucional Federal desde la BVerfGE 2, 1, (12), al considerar a la Ley Fundamental un orden vinculado a valores; a lo que cabe añadir el reconocimiento hecho por la 1.18 (32), apuntando ya el camino a seguir, en cuanto reconociera la existencia de un Derecho suprapositivo, vinculante para el constituyente, afirmando su propia competencia para valorar la adecuación a este del Derecho positivo. La declaración de que la Constitución no quiere ser un orden neutral, pues su sistema de Derechos Fundamentales integra un orden objetivo de valores, se contiene en la BVerfGE 2, 1, (12); 5, 85, (134 y ss...197 y ss); 6, 32, (40 y ss). Y una de la más frecuentemente citadas en este contexto, aludirá a la necesidad de tomar en consideración todas las circunstancias del caso particular de "acuerdo con el orden constitucional de valores y teniendo en cuenta la unidad del orden de valores", 30,173, (193).

Los Derechos Fundamentales como sistema de valores es una de las principales aportaciones del constitucionalismo de la segunda postguerra, aunque la cualificación como tal tiene su origen en Rudolf SMEND, quien no obstante, siguiera a Max Scheler en el rechazo de la concepción valorativa propia de la concepción formalista-deontologista de raíz kantiana, seguida más o menos fielmente por los neokantianos (Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928, pp. 158 y ss), pues como resume Ernst FORSTHOFF, "En tanto que normas constitucionales, Smend otorga a los derechos fundamentales un significado específico propio, cuya valoración radica en su pertenencia a un sistema de valores y cultura existente, que legitima tanto la Constitución como expresión del orden de un determinado sistema de dominio, como igualmente el criterio de vinculación al conjunto

de los órganos estatales del poder legislativo y la administración. Según la doctrina de Smend, los derechos fundamentales son un elemento de integración objetiva" (Ernst FORSTHOFF, *Estado de Derecho en mutación…*, *op. cit.*, p. 113; y en sentido similar, entre otros momentos, p. 208).

Es necesario recordar la teoría de la integración de Rudolf Smend, los Derechos Fundamentales representan valores materiales, y no meros signos formales, en los cuales se pueden reconocer los ciudadanos de un Estado: "La significación constitucional primera de los Derechos Fundamentales, significación de más en más fuerte en la República, consiste en que estos Derechos consagran la existencia de valores culturales en los cuales el pueblo alemán puede encontrar, gracias a la Constitución, su unidad" ("Das Recht der freien Meinungsäßerung", sesión celebrada el 24 de marzo de 1927, en München, publicada en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Band. Núm. 4, Walter de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1928, pp. 44 y ss, aquí p. 73; *Verfassung und Verfassungsrecht…*, *op. cit.*, pp. 260-268). Rudolf Smend había visto bien que para una tal función de integración a cargo de la Constitución susceptible de ser asumida por esta, era preciso que la misma desborde su marco pura y simplemente normativo: En tanto que derecho positivo, la Constitución no es solamente una norma estructurante de la organización estatal sino también una realidad espiritual y cultural (*Verfassung und Verfassungsrecht…op. cit.,* pp. 192 y ss). Y el Estado que es también para el autor una realización cultural organizada en términos espacio-temporales, reposa sobre esta Constitución, no es el mismo en fin de cuentas un fenómeno natural, pues en la medida conforme a la cual él es la realización de un sentido, es idéntico a esta realización de sentido. Él debe ser comprendido en cuanto realidad existencial de la vida espiritual, en su sustancia, como la realización del orden de valores constitucionalmente expresado (*Verfassung und Verfassungsrecht…, op. cit.,* p. 160). La primera función de la interpretación axiológica es entonces una función de integración de un entramado espiritual-cultural, expresado a través de transformaciones y renovaciones continúas de ese orden de valores comunitariamente compartido que en su realización se hace inteligible: vive de un plebiscito a realizarse cada a través de un proceso dinámico denominado de integración colectiva ciudadana. Asimismo, se ha consultado el Capítulo VIII sobre la Teoría de la integración, del libro de Francisco Javier CONDE GARCÍA, *Introducción al Derecho Político actual* (reimpresión de la edición de 1942), Comares, Granada, 2006.

La teoría axiológica de los Derechos Fundamentales, también para Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: "tiene su punto de partida, si bien no se es hoy consciente de ello, en la teoría de la integración de Rudolf Smend. Su contenido puede caracterizarse del siguiente modo. Así como el Estado mismo en su ser social se presenta como permanente proceso de integración y, a decir verdad, como proceso de integración (en) de una comunidad de valores, culturas y de vivencias, así también los derechos fundamentales se presentan como factores constitutivos determinantes de ese proceso, son elementos y medio de creación del Estado. Según el citado autor, además, en esta teoría los derechos fundamentales desempeñan la función de normas objetivas, dotadas del contenido que le prestan o proporcionan los valores sustentados por una concreta comunidad estatal"; y se produce una exigencia a actuar a favor de los Derechos sociales como una consecuencia lógica de adhesión a la teoría axiológica aplicada al Estado social, si los valores de la sociedad cambian debe esperarse una acción positiva del Estado orientada a integrar al individuo en la nueva situación que la sociedad demanda. El autor ve el salto hacia una nueva totalidad en la positivización jurídica de los valores fundamentales del orden existencial de la comunidad, pero considera incapacitada a la teoría en orden a los problemas suscitados por las colisiones de Derechos Fundamentales, al no existir un criterio claro de racionalidad en el cual fundamentar la ponderación, lo que conduce a fórmulas de decisionismo judicial encubiertas, *Escritos sobre Derechos…, op. cit.*, pp. 57 y ss.

Si Rudolf SMEND, calificara a los Derechos Fundamentales como "sistema de valores concreto" y "sistema de valores materiales", fundamento de la legitimidad del

Estado y elementos básicos de la validez del orden jurídico-político, constitutivos de los elementos y medios de creación del Estado y de integración procesual de una comunidad de valores, culturas y vivencias, Günter Dürig ("Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band., 81, 1956, pp. 117-157) consideraría que: "Sabiendo que la fuerza de obligar de una Constitución solo puede fundarse en última instancia en valores objetivos, el Legislador constituyente ha reconocido el valor moral de la dignidad humana" (117); pero ahí ha sido apreciada una diferencia con Rudolf Smend, pues para este es la Comunidad la que determina en cada momento histórico cuáles son los valores que fundamentan y legitiman la Constitución, y les dota de contenido viviéndoles y practicándoles, son, pues, subjetivos y dinámicos. Sin embargo, en lo que constituye un paso hacia atrás, para Günter Dürig sería valores "objetivos", esto es, válidos, con independencia de que sean vividos o no por la Comunidad, por eso habla de que la Ley Fundamental de Bonn contiene una "decisión axiológica eterna" a favor del contenido valorativo de los Derechos Fundamentales (p. 131). Conforme entendiera, la Dignidad humana es preexistente al Derecho y este se limita a reconocerla, es el valor supremo que el Derecho no puede vulnerar dado su carácter inviolable, pero no es para él un derecho subjetivo (128), a su juicio, el mecanismo por el que se inclina la Constitución alemana es el de utilizar el valor de la Dignidad humana como criterio interpretativo de todos los Derechos Fundamentales reconocidos en la misma (pp. 129 y ss). La cúspide del sistema de Derechos Fundamentales es la Dignidad humana, sistema que será completo si contempla todos los posibles ataques a esa Dignidad (p. 132), ataques que también pueden provenir de los particulares (133). Muestra así su disposición favorable a reconocer un principio general de la Dignidad humana también para el ámbito del Derecho Privado que sirva para colmar las lagunas de protección de una legislación civil anterior a la Constitución (p. 134). Como veremos en próximos capítulos, el modelo de Günter Dürig sobre los efectos indirectos de los Derechos Fundamentales para los supuestos de relaciones jurídicas entre particulares, se basa en su configuración más difundida, sobre la idea de que los Derechos Fundamentales no son solo garantías de los individuos frente a los poderes públicos, sino que contienen también un sistema o un orden objetivo de valores válido para todos los sectores del Derecho, y, como tal, se han de "infiltrar" en el Derecho Privado, especialmente por medio de las cláusulas generales.

Ante eso, la crítica más contundente al modelo es, obviamente, aquella que le ataca en la base, o sea, que rechaza la idea del orden de valores. Críticas en ese sentido que pueden tener, con todo, diferentes contenidos y distintos objetivos. La crítica más clásica es la de Ernst FORSTHOFF ("Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", en *Festschrift* für Carl Schmitt *zum 70. Geburtstag*, edición de Hans Barion / *Ernst Forsthoff* / Werner Weber, Duncker & Humblot, Berlin, 1959, pp. 35 y ss, en cuanto implicaban la desformalización y la pérdida de normatividad de la Constitución; "Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre", en *Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt zum 80. Geburtstag*, Band. I, edición de Hans Barion / Ernst Wolfgang Böckenförde / *Ernst Forsthoff* / Werner Weber, Duncker & Humblot, Berlin, 1968), p. 209: la tesis del sistema de valores sustrae la interpretación de los Derechos Fundamentales del método jurídico y la traslada al ámbito de las Ciencias del espíritu. Según Ernst Forsthoff, la Constitución como orden objetivo de valores pasaría a ser una Constitución total. Y la más penetrante corresponde a Carl SCHMITT, "Die Tyrannei der Werte", en *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, edición de Sergius Buve, W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967, p. 60: un sistema de valores impone siempre, debido a su jerarquía interna, la realización incondicional de unos valores en detrimento de otros, lo cual constituiría un sacrificio excesivo. Los dos autores ven en la idea del orden de valores una tiranía de los Derechos Fundamentales, que pasarían a determinar toda la legislación y todas las relaciones jurídicas, desde las más importantes a las más insignificantes. Reconoce el autor que la

frase "tiranía de los valores" no es suya, sino que la ha encontrado precisamente en Nicolai Hartmann, a quien denomina "el gran filósofo de la teoría objetiva de los valores", si bien reconoce que el sentido de la expresión es diferente en uno y otro; pues Harmann rechaza el acorazamiento de los puntos de vista y admite un lucha objetiva de valores objetivos, cosa que Carl Schmitt duda por considerar que el valor tiene el deber de aniquilar al valor inferior y también al sin-valor. A los efectos prácticos de interés para el jurista, dirá Carl Schmitt, carece de relevancia que la tiranía de los valores resulte inevitable, ya por su esencia o sea solamente en el plano psicológico; si entra exclusivamente por la vía del sentimiento subjetivo de valores de los hombres o si está arraigada en la estructura del pensamiento de valores, como deducimos de nuestras experiencias. Si logramos comprender bien la frase "tiranía de los valores", disponemos incluso de una clave para entender que toda la teoría de los valores no hace más que atizar e intensificar la lucha antigua y eterna de convicciones e intereses. No nos sirve de nada la existencia de filósofos modernos que reconoce "relaciones de fundamento"; gracias a las cuales se puede preferir, en ocasiones, el valor inferior al superior, porque aquel es la condición previa de este.

Más modernamente, destacan las críticas, por ejemplo, de Adalbert PODLECH, "Wertungen und Werte im Recht", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 95, 1970, pp. especialmente 201 y ss, y 205-206; Helmut GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz. Critique einer Argumentatonsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1973, pp. 135 y ss, y *passim*, quien les califica de auténticos arcanos de la interpretación constitucional. La crítica de Friedrich MÜLLER es más moderada, Friedrich MÜLLER–Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, Band. I, *Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, 11ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 62 y ss, entre otros momentos, o *Die positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 53: "la concepción de la Constitución como sistema de valores, no ofrece, sin embargo, un punto de partida totalmente sólido, ni medida alguna inequívoca de rango jurídico-constitucional para la realización de una ponderación de bienes consistente". Johannes DIETLEIN: la obligación del sujeto del Derecho Fundamental de respetar los valores protegidos constitucionalmente o la imposición objetivada de unos valores por el Estado, supone una inversión de la concepción liberal de los Derechos Fundamentales y un absolutismo de los valores que cuestionaría considerablemente la autonomía del individuo", *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

El Tribunal Constitucional Federal alemán, previo a la sentencia *Lüth*, acogió pronto esta tesis pues la ya precitada BVerfGE 2, 12 instituyó al conjunto de Derechos Fundamentales con la categórica expresión de "sistema cultural o de valores". En BVerfGE 3, 225, declaró la vinculación del constituyente a determinados valores supra ordenados. Mientras que la BVerfGE 5, 204, se refiere a los mismos como "valores objetivos" y "sistema de valores", sosteniendo que la Constitución estable una serie de valores absolutos que han de ser defendidos decididamente frente a todo tipo de ataques. A su vez, la BVerfGE 4, 7 y la BVerfGE 6, 32, destacaron que la libertad y la Dignidad de la persona constituían los valores más altos del ordenamiento. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional Federal alemán, ha caracterizado a la Ley Fundamental y su parte dogmática de derechos fundamentales, como un orden de valores; la totalidad del ordenamiento jurídico recibe directrices e impulsos de tal sistema de valores (7, 198, 205; 21, 362, 371 y ss; 48, 127, 168; 73, 261, 269.

En este sentido, Reihold ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, C.H. Beck, München-Berlin, 1962, pp. 103-112, ha resumido la cuestión en los siguientes términos: La parte de la Ley Fundamental consagrada a los Derechos Fundamentales constituye ella misma un "sistema de valores" 21, 362, (369), sistema que constituye el mismo una unidad que es la base de la unidad de la Constitución 30, 173, (193). En esta jurisprudencia de valores, reposa sobre tres normas reconocidas como los valores "fundamentales" o "los más altos" del orden constitucional alemán: la

dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad ante la ley, son los tres más altos valores sobre cuya trilogía reposa el sistema global de los valores de la Constitución. La unidad que existe entre los tres valores de construye como sigue: la unión íntima entre la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, de la persona humana, es evidente que la dignidad del ser humano consiste en que el individuo no debe ser considerado como "un puro y simple objeto", implica que el ser humano debe ser considerado como sujeto, y que la principal cualidad de un sujeto es "determinarse y desarrollarse el mismo en libertad", pero como este sujeto está situado en la colectividad, preserva su valor personal que se le reconoce, por principio, la igualdad de tratamiento con todos los otros sujetos de la colectividad BVerfGE 45,187, (227 y ss). Esto significa también que en el interior de esta triada, la dignidad humana ocupa la primera plaza desde el punto de vista de la lógica de los valores. Este sistema de valores hay que naturalmente a comprender en el contexto de la democracia militante (*streitbare Demokratie*) que es la Ley Fundamental BVerfGE 30, 1, (19 y ss): el orden democrático y liberal del que la Ley Fundamental es la encarnación, no es neutro, pasivo. Es diferente del orden liberal clásico que reposa sobre la separación del Estado y la Sociedad civil. Hay por el contrario una función de integración que se manifiesta en su carácter "militante" concretizado por una serie de disposiciones precisas. No solamente los enemigos de la Constitución no podrán invocar las libertades protegidas por la Ley Fundamental para poder atentar contra el orden democrático y liberal BVerfGE 30, 1, (19 y ss), sino que los ciudadanos tienen también el deber de defender ese orden BVerfGE 28, 36, (48); para esta democracia militante, es necesario un sistema de valores que sea considerado como objetivo. Para la concepción de los Derechos desde la perspectiva de la teoría de los valores y su desarrollo por la jurisprudencia constitucional, puede verse Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band IV, 1945-1990, C. H. Beck, München, 2012, pp. 82 y ss.

La respuesta frente a la crítica de la teoría de los valores, vamos a responderla por todos, de la mano de Luis RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho*, 8ª ed., Porrúa, México, 1990, p. 45, entre otros momentos: "eso que se llama Derecho es un objeto que esencialmente contiene tres dimensiones recíprocamente unidas, de un modo íntimo e inseparable, a saber: a) validez formal otorgada por la autoridad política; b)referencia intencional a unos valores; c) realidad en cuanto a su origen en unos específicos hechos sociales, y en cuanto a su efectivo cumplimiento".

En cuanto a Ernst BENDA, considera es inevitable que, en la medida de conformidad a la cual la Constitución no se limite a regular la organización estatal, ha de partir de determinadas valoraciones y a ello nada debemos objetar, "El Estado social de Derecho", en *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans–Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, IVAP–Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 498.

Por su parte Konrad HESSE, entiende que cuando los valores constan en la propia Constitución, ello no responde a otro objetivo distinto del de expresar el reforzamiento de la eficacia de los Derechos Fundamentales (7, 198,205), y de ese modo, antes que limitar, pretenden ampliar el espacio de libertad de los ciudadanos. De ordinario, en el fácilmente mal entendido concepto de orden de valores o sistema de valores, no hay sino una descripción del contenido normativo de los Derechos Fundamentales, que pasan a tener el carácter de universales para todos los ámbitos jurídicos, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1985, pp. 290 y ss.

Para Udo DI FABIO, el contenido de cada uno de los valores contenidos por una Constitución, no es evidente que su concreción siempre va a corresponder a los jueces. Esta defensa de un profundo contenido valorativo de la norma sitúa al juez frente al Legislador, a la minoría frente a la mayoría, pudiendo desplazar cualquier interpretación lógica porque los valores son absolutos y desplazan otras consideraciones sin necesidad de ulterior justificación", "Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertsystems", en

Handbuch der Grundrechte, Band. II, edición de Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, pp. 1034-1035.

De la sentencia *Lüth* resulta posible deducir que los valores tienen una validez central para todos los ámbitos del ordenamiento, esto es, ninguna esfera del ordenamiento está libre del efecto de los Derechos Fundamentales entendidos como valores, Horst DREIER, citado por Maribel González Pascual, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Thomson Reuters-Cívitas, Cítur Menor, 2010, p. 37. Esta jurisprudencia conllevó que en el conjunto del Derecho alemán pasaran a ocupar el primer lugar del ordenamiento jurídico, Rainer WAHL, citado por Maribel González Pascual, *El Tribunal Constitucional…, op. cit.*, p. 37.

Una postura equilibrada es la de Jan SCHAPP, "Grundrechte als Werteordnung", en *Juristen Zeitung*, 53, 1998, pp. 913 y ss, quien admite la disponibilidad por todas las sociedades necesariamente de un minimun de valores compartidos, y, consiguientemente, todo ordenamiento jurídico presupone la existencia de mínimos valores comunes. Toda Sociedad plural debe ser capaz de unirse en torno a valores si no quiere desgarrarse. El orden constitucional, por su parte, priva al Legislador de la disposición sobre valores generalmente aceptados, para evitar la proposición de correcciones significativas y precipitadas de los mismos, al hilo de cambios de circunstancias u opiniones, sin una escrupulosa y previa ponderación.

En nuestro Estado, han sido abundante y temprana, la jurisprudencia constitucional acerca del orden de valores, de la que vamos a citar a algunas decisiones. La STC 9/1981, de 31 de marzo, sostuvo que la Constitución es una norma "cualitativamente distinta de las demás, por cuanto a su través se incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico". Perspectiva axiológico valorativa recogida también por la STC 18/1981, de 8 de junio, donde reconoció el Tribunal que "la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental", declarando asimismo, que "entre los valores que incorpora la Constitución hay que destacar muy singularmente, como fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10), la libertad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, y el respeto a la Ley y a los derechos de los demás". A su vez, la STC 21/1981, de 15 de junio: "los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico". En cuanto al ATC 60/1981, de 17 de junio, reivindicaría el principio de unidad de la Constitución como criterio interpretativo "destinado a armonizar los valores esenciales establecidos o reconocidos por ella, entre los que se encuentran los derechos fundamentales y libertades públicas". Entre otras, la STC 64/1988, de 12 de abril, hace referencia a la garantía de los Derechos, que persigue específicamente por finalidad "defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental". La Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional, alude al "sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)".

Y centradas en la Dignidad humana como valor, proclaman varias sentencias su proyección sobre los Derechos individuales, de entre las que citaremos algunas; en efecto, dirá la STC 53/1985, de 11 de abril, "Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y

que los Derechos Fundamentales son en primer lugar derechos subjetivos del individuo frente al Estado atendiendo a su función clásica, pero con el añadido de que asimismo desarrollan una función complementaria, dando lugar al reconocimiento del doble carácter de los Derechos Fundamentales, al sostener que la Constitución, "no pretende ser una ordenación axiológicamente neutra, establece, en el título de los Derechos fundamentales, un orden objetivo de valores (*objektive*

familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás". Esto es, la regla del artículo 10.1 de la C.E., dirá la STC 120/1990, de 27 de junio, conlleva que, toda vez constituye un "valor espiritual y moral inherente a la persona", la Dignidad de la "persona ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (...) constituyendo, en consecuencia, un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona". El concepto constitucional de Dignidad "que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE)", declara la STC 181/2000, de 29 de junio, expresa que el reconocimiento jurídico de la igualdad y de la libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo, plasmadas en aquellos valores del ordenamiento jurídico tal cual los establece el art. 1.1 CE, son materializados por medio de los Derechos Fundamentales del Título Iº. Y aún se considera obligado a recordar que "del sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la eficacia de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos 'los impulsos y líneas directivas', obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa" (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4, y 129/1989, de 17 de julio, FJ 3)". O, en fin, el plexo de valores democráticos, traducción normativa de la Dignidad humana y realmente vividos por la totalidad de los integrantes de un Estado de Derecho, es constatado por la STC 136/2006, de 8 de mayo.

Resumió hace escasos años André Rufino DO VALE, las notas comunes al Neoconstitucionalismo, o lo que él prefería denominar "paradigma constitucionalista *in statu nascendi*", y, obviamente, no podía faltar el rasgo o componente valorativo, situado en primer lugar. Tales puntos comunes, cuyas bases filosóficas considera bastante ecléticas, son sintetizadas de la siguiente formas: a) la importancia dada a los principios y valores como componentes esenciales de los sistemas jurídicos constitucionalizados; b) la ponderación como método de interpretación/aplicación de los principios y de resolución de los conflictos entre valores y bienes constitucionales; c) la comprensión de la Constitución como norma que irradia efectos a todo el ordenamiento jurídico, condicionando toda la actividad jurídica y política del Estado y así mismo la de los particulares en sus relaciones privadas; d) el protagonismo de los jueces en relación con el legislador en la tarea de interpretar la Constitución; e) en fin, la aceptación de alguna conexión entre Derecho y Moral, "Aspectos do Neoconstitucionalismo", en *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, núm. 9, 2007, pp. 67-68.

Wertordnung), por medio del se expresa un fortalecimiento de la validez de los Derechos Fundamentales. Ese sistema de valores, que tiene su punto central en el libre desenvolvimiento de la personalidad y en la Dignidad humana en el seno de la comunidad, debe valer como decisión fundamental del orden constitucional (*verfassungsrechtliche Grundentscheidung*) para todos los sectores del Derecho; legislación, administración y jurisdicción, reciben de él directrices e impulsos". Posteriormente, el recurso al sistema de valores ha sido empleado en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional Federal, y ha servido para consolidar lentamente la supremacía del Derecho Constitucional frente al Derecho Privado[262]. Con apoyo a partir del doble carácter, y más propiamente en la dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales, fundamenta el Alto Tribunal alemán el efecto irradiación de las normas iusfundamentales a todos los sectores del ordenamiento (los Derechos Fundamentales como derechos a protección o deberes de protección a cargo del Estado, y la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, provienen de ahí)[263].

Los Derechos Fundamentales, más allá de la relación jurídica del ciudadano con el Estado, hasta incluir "las relaciones entre los particulares (…), son parámetro para el legislador y para toda instancia aplicadora de derecho, un efecto que el Tribunal Constitucional Federal ha definido en múltiples ocasiones como efecto irradiación"[264], efecto plenamente en sintonía con el principio de supremacía de la

[262] Gunnar Folke SCHUPPERT–Christian BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung…*, *op. cit.*, p. 19.

[263] Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, mantiene una tesis diferente en cuanto considera que la "denominada eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales es hija legítima del efecto irradiación, en el fondo nada más que una tentativa elaborarlo dogmáticamente", *Escritos sobre Derechos…, op. cit.*, pp. 112.

[264] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 158.

Constitución, con la fuerza especial de los Derechos Fundamentales y con la posición preferente de los mismos en el ordenamiento constitucional. Con el concepto de constitucionalización, damos a comprender "la irradiación de la Constitución, y particularmente de los derechos fundamentales, a todo el sistema jurídico, lo cual conlleva la transformación desde y hacia las instituciones centrales del Estado"[265]. Los Derechos Fundamentales, a partir de este "efecto irradiante (…) gozan así de ubicuidad" en todo el sistema jurídico[266].

Y algo parecido a lo sostenido por los autores arriba citados, es lo afirmado por Louis FAVOREU de la que denomina constitucionalización–transformación, caracterizada por la constitucionalización de los derechos y libertades, lo que conduce a una impregnación de las diferentes ramas del Derecho y, al mismo tiempo, a su transformación[267]. Por su parte, Riccardo GUASTINI entiende que por constitucionalización del ordenamiento jurídico ha de comprenderse el "proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales", esto es, un ordenamiento jurídico constitucionalizado viene caracterizado "por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así

[265] Leonardo GARCÍA JARAMILLO, "Los argumentos del Neoconstitucionalismo y su recepción", en *El canon neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell / Leonardo García Jaramillo, Trotta, Instituto de investigaciones jurídicas – UNAM, Madrid, 2010, p. 219.

[266] Robert ALEXY, "Derechos fundamentales: ponderación y racionalidad", en *El canon neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell / Leonardo García Jaramillo, Trotta, Instituto de investigaciones jurídicas – UNAM, Madrid, 2010, p. 109.

[267] Louis FAVOREU, "La constitutionalisation du droit", en *L`unité du droit: Mélange en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996, p. 37, desarrollando los planteamientos pioneros sobre la materia surgidos en Francia de la mano de François LUCHAIRE, "Les fondements constitutionnels du droit civil", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, núm. 4, 1982, pp. 245 y ss.

como las relaciones sociales"[268]. A juicio del autor italiano, el nuevo constitucionalismo viene caracterizado por la presencia de una Constitución "extremadamente embriagadora" (invasora) capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinario a la acción de los agentes públicos, y también de influenciar directamente las relaciones sociales"; y, entre las consecuencias que produce un ordenamiento constitucionalizado, sostiene que la influencia del Derecho Constitucional se extiende "tanto a su objeto tradicional de regulación que son los poderes públicos, sus competencias y sus relaciones con los particulares, como a las diversas ramas del derecho privado, que también se ven condicionadas por los mandatos constitucionales, entre los cuales destacan –por la magnitud de su impacto– las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales"[269]. Para Riccardo GUASTINI, una de las condiciones a estipular para considerar la constitucionalización del ordenamiento jurídico es "la aplicación directa de las normas constitucionales", lo cual entiende viene relacionado con dos cuestiones: "a) la comprensión de que la Constitución rige también las relaciones jurídicas entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; y b) que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio"[270].

[268] Riccardo GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, IIJ-UNAM-Fontarama, México, 2003, p. 153. A la constitucionalización como fenómeno que afecta a los ordenamientos contemporáneos, que los ha conducido a impregnarse totalmente de Constitución, se ha referido en su artículo "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en *Neoconstitucionalismo(s)*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2009, pp. 49 y ss.

[269] Riccardo GUASTINI, *Estudios de teoría..., op. cit.*, pp. 159-160.

[270] Riccardo GUASTINI, citado por Miguel Carbonell, "Prólogo", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 19.

Ante este horizonte, una vez producida la constitucionalización del Derecho Civil, queda abierta la posibilidad para que los Derechos Fundamentales desplieguen su eficacia en las relaciones interprivadas[271], porque los Derechos Fundamentales no son solo ahora libertades negativas ejercidas contra el Estado, sino normas a ser "observadas por todos aquellos sometidos al ordenamiento jurídico. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones interprivadas se torna intangible, ante la dilución de las fronteras entre lo público y lo privado"[272].

Incluso superior importancia atribuye al principio, si cabe, Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, toda vez para la autora la cuestión de la eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales en orden a sus relaciones jurídicas, ha de contemplarse como "un intento de elaborar dogmáticamente las consecuencias del efecto irradiación", ante lo cual, admitido "en principio la eficacia objetiva de los derechos fundamentales, el tema de la *Drittwirkung* mediata o inmediata ocuparía un lugar secundario"[273]; y en esta importancia otorgada, viene a coincidir con la atribuida por el mismo Tribunal Constitucional Federal alemán,

---

[271] Luiz Edson FACHIN–Carlos Eduardo PIANOVSKI RUZYK, "Direitos fundamentais, dignidad da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise critica", en *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 105.

[272] *Ibídem.,* 105. En el mismo sentido Micheli GIORGIANNI, "O direito privado e as suas atuais fronteiras", en *Revista dos Tribunais*, Vol. 747, p. 46.

[273] Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, "Los derechos fundamentales en el Estado social y su eficacia en las relaciones privadas", en Autores Varios, *Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología jurídicas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996. Un matiz distinto, desde la importancia del efecto irradiación, podemos observarlo en Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, quien ve en el efecto frente a terceros un hijo legítimo del efecto irradiación y del doble carácter de los Derechos Fundamentales, *Escritos sobre Derechos…*, *op. cit.*, p. 112,

quien se ha autoatribuido la obligación de asegurar la plena observancia de esta eficacia irradiante[274].

2.6.2.2.3. Constitucionalización del ordenamiento y doble carácter de los Derechos Fundamentales.

El doble carácter de los Derechos Fundamentales, sin duda, es valorado como una de las más significativas contribuciones para la teoría constitucional contemporánea[275]. En cuanto a Dieter GRIMM, estima que las innovaciones esenciales aportadas por la dogmática de los Derechos Fundamentales, desenvuelta durante la segundad posguerra, son el despliegue del contenido jurídico objetivo de los Derechos, y la aplicación del principio de proporcionalidad en materia iusfundamental [276] . Asimismo ha sido valorada la vertiente objetiva de los Derechos Fundamentales como "el instrumento más importante para permitir que estos derechos adquieran un nuevo contenido"[277], y si bien, tocante al fondo puedan seguir surgiendo dudas (y respecto de qué no) además de

[274] BVerfGE 34, 269, (280).

[275] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 41, de ahí viene el efecto irradiación y, en lógica consecuencia, con ambos fundamentos, la vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales.

[276] Dieter GRIMM, *Constitucionalismo…, op. cit.*, p. 115. Entre nosotros, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La dogmática de los Derechos Humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, pp. 58 y ss. La extensión de la teoría en el Derecho comparado, puede verse en Rainer WAHL, "Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich", en *Handbuch der Grundrechte*, Band. I, edición de Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003, pp. 746 y ss. El acogimiento por el Derecho de la Unión Europea, puede verse en Jürgen KÜHLING, "Grundrechte", en *Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge*, edición de Armin Bogdandy / *Jürgen* Bast*, Springer,* Berlin, 2009, pp. 657 y ss.

[277] Robert ALEXY, citado por María Venegas Grau, *Derechos fundamentales,…, op. cit.*, p. 138. Menos claro lo debe ver Juan María BILBAO UBILLOS, toda entiende que incertidumbre acarreada por la objetivación de los Derechos Fundamentales, incluso es "mayor que la que se derivaría del simple traslado del derecho subjetivo a estas relaciones *inter privatos*", *La eficacia de los derechos fundamentales…, op. cit.*, p. 315.

las eventualmente afectantes a la terminología, desde hace años "en lo esencial ya no es objeto de discusión"[278]; proporcionando el fundamento inmediato para poder sostener la eficacia de los Derechos Fundamentales en la relaciones jurídico-privadas[279].

Pues bien, la teoría del doble carácter de los Derechos Fundamentales fue desarrollada por primera vez en sentido pleno a cargo del Tribunal Constitucional Federal alemán por medio de la importante sentencia relativa al caso *Lüth*, de 15 de enero de 1958[280]. A lo largo de la argumentación de la citada sentencia, el Tribunal Constitucional Federal, como ya nos referimos, reafirma en primer término el carácter subjetivo de los Derechos Fundamentales: "sin duda, los Derechos Fundamentales tienen por objeto, en primer lugar, asegurar la esfera de libertad de los particulares ante intervenciones del poder público; son Derechos de defensa (*Abwehrrechte*) del ciudadano frente al Estado. Ello deriva tanto del desenvolvimiento histórico–espiritual de la idea de los Derechos Fundamentales, como de los hechos históricos que han llevado a la recepción de los Derechos Fundamentales por las constituciones estatales. Y tal sentido es el que tienen también los Derechos Fundamentales de la *Grundgesetz*, pues con su posición preferente

[278] Klaus STERN, "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, p. 264.

[279] Por todos ahora Peter BADURA, citado por María Venegas Grau, *Derechos fundamentales y Derecho privado..., op. cit.*, 2004, p. 145.

[280] A los antecedentes de la teoría en la época de Weimar e incluso con anterioridad, ha hecho referencia Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, *La construcción jurídica de los Derechos Fundamentales. Apuntes desde la realidad española*, TGD, Santander, 2012, pp. 37 y ss. Asimismo, Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO–Antonio VILLACORTA CAÑO-VEGA, *Nuevas dimensiones..., op. cit.*, pp. 66 y ss. De cualquier modo, Maurice HAURIOU, para quien el concepto de Constitución social era previo al de Constitución político-jurídica (lo que le llevaría luego a la unidad normativa entre ser y deber ser), distinguiría ya entre la conceptualización de los derechos individuales (libertades públicas) como derechos subjetivos públicos de los ciudadanos y su condición de instituciones jurídicas objetivas, a modo de ideas constitutivas de una realidad parcialmente independiente de las voluntades subjetivas, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., Librarie du Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 619.

quieren afirmar la primacía del hombre y su dignidad ante el poder del Estado. A eso responde que el Legislador haya arbitrado el remedio especial de defensa de esos derechos, la *Verfassungsbeschwede*, solamente contra los actos del poder público"[281].

Esto es, a la ratificación de los Derechos Fundamentales como derechos subjetivos de libertad correspondientes a los particulares frente al Estado, es adicionada la adscripción de la dimensión objetiva de los mismos. Para ello, va a ser plenamente correcto afirmar, añadirá el Tribunal: "la *Grundgesetz*, que no quiere ser un orden valorativamente neutral (…), en la parte referente a los Derechos Fundamentales se alza también un orden objetivo de valores y con ello se produce un reforzamiento principial de la eficacia de los Derechos Fundamentales (…) Este sistema de valores, que encuentra su punto central en el valor del ser humano y su desarrollo libre en la comunidad social, ha de tomarse como la decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del Derecho; legislación, administración y jurisdicción reciben de ellos directrices e impulsos. De esa forma, influyen evidentemente también sobre el Derecho Civil; ninguna disposición jurídico-civil debe estar en contradicción con ellos y todas deben interpretarse conforme a su espíritu (…) el contenido de los Derechos Fundamentales como normas objetivas se desenvuelve en el Derecho Privado por medio de las disposiciones que directamente rigen en ese ámbito jurídico".

La hipótesis de partida estriba en entender la inclusión constitucional de un catálogo de Derechos Fundamentales eficaces al mismo tiempo como derechos subjetivos –vertiente subjetiva– y como valores de la comunidad jurídicamente objetivados –carácter objetivo–. Y esta teoría de la doble dimensión –subjetiva y objetiva–, doble carácter o doble naturaleza de los Derechos Fundamentales es, con toda seguridad, la construcción teórica más fértil y útil desarrollada por el Tribunal

[281] BVerfGE 7, 198 (204 y ss).

Constitucional alemán relacionada con la dogmática de los Derechos Fundamentales y sus efectos concretos. Es a partir de ella como llegan a fundamentarse cuestiones tan determinantes como el efecto irradiación de los Derechos Fundamentales, la teoría de los Derechos Fundamentales como derechos a protección del individuo y deberes de protección a cargo del Estado (mandamientos de actuación estatal)[282], la vinculación positiva del Legislador a los Derechos Fundamentales, y la tesis de la vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales. Cierto, como vamos a ver en próximos capítulos, la eficacia de los Derechos Fundamentales referente a las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares, encuentra su fundamento a través del carácter objetivo de estos Derechos, y, trascendiendo, en su consideración de orden de valores supremo. Estos son, los argumentos principales y decisivos de justificación de la eficacia *inter privatos* empleados por la doctrina y la jurisprudencia alemana, y, por derivación, incorporados a la jurisprudencia y doctrina española, así como a las de otros países.

En virtud de esta comprensión amplia, incluyendo ahora la dimensión jurídico-objetiva de los Derechos Fundamentales, podemos observar, el Tribunal Constitucional Federal alemán concibe a los mismos, primeramente, como derechos subjetivos del individuo frente al Estado y, después, a modo de un sistema de valores, u orden objetivo de valores, o como normas objetivas. Desde su vertiente subjetiva, los Derechos Fundamentales garantizan al particular una esfera frente al poder público, siendo inadmisible cualquier injerencia fuera de las premisas jurídicamente establecidas, de modo que si el poder público no respeta ese espacio, el particular tiene un derecho subjetivo a

[282] Destaca este aspecto Klaus STERN, *Das Staatsrecht…, op. cit.*, pp. 931 y ss.

reclamarlo[283]. Adicionalmente, los Derechos Fundamentales en cuanto sistema de valores relacionados inmanentemente, rigen como decisión constitucional básica para todos los ámbitos jurídicos. Desde esa dimensión, dice Konrad HESSE, son entendidos a modo de "elementos de orden objetivo, determinante de status, limitadora de status y aseguradora de status, que insertan al particular en la colectividad, los derechos fundamentales constituyen las premisas del orden jurídico de la colectividad"[284]. Considera por ello, la radicación del paso decisivo de la sentencia de 18 de enero de 1958, "en el abandono del entendimiento formal dominante y el giro hacia una comprensión material que abarca la faceta objetiva de los derechos fundamentales y que toma a estos como principios básicos del ordenamiento"[285]. Al tener el carácter de los "más altos principios objetivos al frente del ordenamiento jurídico", tal naturaleza provoca "profundas consecuencias", pues los Derechos Fundamentales inexorablemente van a ejercer influencia notoria "sobre el conjunto del Derecho", y dentro de "ese conjunto debemos incluir los elementos organizativos y procedimentales, y también, más allá de la relación jurídica del individuo con el Estado, las relaciones entre particulares"[286]. Así, también ha sido destacado que las normas de Derechos Fundamentales no tienen solamente el más alto rango de carácter formal normativa a consecuencia de su integración en la Norma Suprema del ordenamiento jurídico, sino asimismo de carácter material, pues "con ellas se toman decisiones sustanciales sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad"[287].

---

[283] Hans D. JARASS, "Busteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik", en *Archiv de öffentlichen Rechts*, Band. 120, núm. 3, 1995, pp. 351 y ss.

[284] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts..., op. cit.*, p. 211.

[285] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho..., op. cit.*, p. 157.

[286] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho..., op. cit.*, p. 158.

[287] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos..., op. cit.*, p. 503. Friedrich Karl FROMME, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz. Die verfassungspolitischen*

El carácter jurídico-objetivo de los Derechos Fundamentales, tal como lo enuncia el Tribunal Constitucional alemán, es producto como hemos apuntado, de asirse a una teoría axiológica de los Derechos Fundamentales. Para esta perspectiva teórica, los Derechos Fundamentales son valores objetivos de la comunidad y, en cuanto tal, están constitucionalizados. Así, los Derechos Fundamentales conservan el sentido propio expresado a través de su contenido y ámbito de protección, pero adquieren también una nueva dimensión específica, dada su naturaleza de principios objetivos del orden constitucional democrático en su totalidad, por lo que cada uno de ellos se integra con y forma parte del sistema constitucional global de Derechos Fundamentales establecido por el constituyente, a cuyo contenido a su vez contribuye a integrar, con lo cual, sale reforzada la fundamentalidad de los Derechos, toda vez asimismo su dimensión objetiva va a ser garantizada por la cobertura recibida a través del principio de supremacía constitucional [288] . Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE ha

Folgerungen des Parlamentarischen Rates aus Weimarer Republik und ... zum Staats- und Verwaltungsrecht; TSSV 50, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1999; obra desde la que el autor sostiene, cómo la jurisprudencia constitucional sobre los Derechos se ha desarrollado desde el inicio mediante una interpretación de carácter material, habiendo sido dos tesis esenciales las esgrimidas al efecto: a) las normas constitucionales son expresión jurídica de valores objetivos materiales; b) la acción interpretativa del Derecho Constitucional debe hacerse de modo que asegure la eficacia más amplia posible de los valores positivizados en el interior de texto constitucional, con base en las condiciones de vez en vez prevalentes. Porque, la realidad social está sujeta a un cambio continuo, y la eficacia jurídica se alcanza solo a través del conocimiento de la realidad. Y solo así ha debido estar concentrada la jurisdicción constitucional. Esta impostación metodológica, ha conferido a tal jurisprudencia un carácter dinámico, permitiendo el resguardo de las nuevas esferas de valores en la realidad contenidos, de modo que la dogmática jurisdiccional de los Derechos Fundamentales es altamente refinada, habiendo encontrado luego una amplia difusión a nivel mundial.

[288] Hans D. JARASS, "Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. Objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht", en *Archiv de öffentlichen Rechts*, Band. 110, 1985, pp. 363 y ss; en el mismo sentido, "Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen – Objektive Grundrechtsgehalte, insb. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung", en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Band. I, edición de Peter Badura / Horst Dreier, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 35 y ss.

llevado a cabo uno de los intentos más rigurosos a la hora de explicar en qué consiste el carácter objetivo de principio de los Derechos Fundamentales, habiendo entendido consistir o concretar esta cualidad de la naturaleza objetiva de valor de los Derechos, en el aspecto de desvincularse los mismos de la idea acerca de que "la relación inmediata Estado-ciudadano, no solamente rigen allí donde –para emplear la expresiva formulación de Konrad Hesse– el Estado participa directamente en las relaciones jurídicas", toda vez, expandidos la extensión alcance y aplicabilidad de los mismos, rigen ahora "más bien de modo universal, esto es, en toda dirección y en todos los ámbitos del Derecho. La forma y el contenido de esa vigencia universal son las de una norma objetiva sin un objeto de regulación ni destinatarios delimitados con precisión, erigida de forma universal, y al mismo tiempo, sin embargo, indeterminada y abierta en el sentido de una expansión posterior", implicando el reforzamiento de su pretensión de validez en el conjunto del orden jurídico[289]; carácter objetivo y axiológico referido tanto al sistema general de Derechos Fundamentales como a cada uno de ellos individualmente considerado, según expresa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán[290].

Lo auténticamente nuevo apartado por la teoría del elemento objetivo de los Derechos, es la conversión de ese contenido en judicialmente aplicable, complementando así la configuración definitiva de los Derechos Fundamentales[291], no es una función en sí misma, sino que supone el fundamento de un conjunto de nuevas funciones

[289] Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos…*, *op. cit.*, pp. 109-110, y ss; doble carácter al que califica de "hijo legítimo del efecto irradiación", *ibídem*, p. 112.

[290] *Ibídem*, pp. 106 y ss.

[291] Hans D. JARASS, "Grundrechte als Wertentscheidungen…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 374. Asimismo Michael SACHS, "Die Grundrechte als objektives Recht und als subjektive Rechte", en *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band, III/1, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, edición de Klaus Stern, C.H. Beck, München, 1988, pp. 477, quien también destaca la importancia asumida por la teoria de la doble vertiente de los Derechos.

asignadas a los Derechos Fundamentales[292]. Gracias a la teoría de la dimensión objetiva de los Derechos, estamos ante una aportación dogmática central, la cual ha venido a complementar muy bien y reforzar las obligaciones de los poderes públicos, y ello, sin modificar el planteamiento básico de derechos públicos subjetivos respecto de la relación entre el Estado y el ciudadano[293]. Tal dimensión objetiva supone el espaldarazo al reconocimiento de ser los Derechos Fundamentales los encargados de condensar los valores más relevantes para la comunidad política. Como garantías de los valores morales colectivos, los Derecho no constituyen únicamente una problemática para los poderes públicos, implican a toda la Sociedad. Por ello, resulta obligado abandonar viejas perspectivas reductivistas, incorporando a su protección nuevos actores sociales, y, en ese sentido, la vertiente objetiva aparece vinculada con una comprensión comunitaria de los Derechos Fundamentales pretensiva de incorporarnos a todos responsablemente a su defensa también, a través del espacio público y la movilización social; esto es, responsabilidad compartida en situación de heterarquía, y no dejarlo todo a los cauces procedimentales institucionalizados[294]. Con parecido diapasón, reconoce José Joaquím GOMES CANOTILHO la importancia de la dimensión objetiva, al mencionar la por el autor denominada "fundamentação objectiva" de las disposiciones iusfundamentales, explicitando que con la misma se tiene en cuenta su significado para la colectividad, para el interés público, y para a vida comunitaria; es por ejemplo, señala, lo que se pretende destacar al asignar a la liberdad de expresión una función objetiva, un valor general, una dimensión de

[292] Hans D. JARASS, "Grundrechte als Wertentscheidungen…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 366.

[293] Johannes MASING, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, Duncker und Humblot, Berlin, 1997, p. 165.

[294] Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais*…, *op. cit.*, p. 107.

elemento objetivo para la vida comunitaria (esto es, como liberdad institucional)[295].

Entre nosotros, además de incorporarse explícitamente por el Legislador constituyente a través del artículo 10.1, muy pronto acogió el Tribunal Constitucional el doble carácter o dimensión de los Derechos Fundamentales, a través de una formulación recordatoria bien de cerca de la empleada por el *Bundesverfassungsgericht*. Así, el propio año 1981, declararía respecto de los Derechos Fundamentales y Libertades públicas, su carácter constitutivo del "orden político-jurídico del Estado en su conjunto (…) Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo al modo de derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1). Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social». Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades

[295] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2007, p. 1240-1241.

fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto) (…) en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal (…) Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna"[296].

Cuatro años después, en el seno de una de las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional más importantes y controvertida, introduce este de nuevo un canto ejemplar a la doble dimensión de los Derechos Fundamentales vinculada al principio estructural del Estado Social, denotando quizá por ello una superior teleología respecto del contenido programador incorporado por los Derechos[297], a través de las siguientes manifestaciones: "Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de

[296] STC 25/1981, de 14 de julio.

Con cita de esta sentencia, dirá la STC 114/1984, de 29 de noviembre: "en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la «resistencia» frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica…» (Sentencia de este Tribunal 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico 5). Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución (…) Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no -según se dijo- ante un principio del ordenamiento que puede concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental".

[297] Así parece entenderlo también Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La dogmática de los Derechos*, *op. cit.*, pp. 60-61.

los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa"[298].

De igual modo, nuevos pronunciamientos acerca del doble carácter de los Derechos Fundamentales han inflexionado sobre la vertiente objetiva, por ejemplo, al declarar respecto de esta dimensión, "su

[298] STC 53/1985, de 11 de abril; jurisprudencia reiterada, entre otras, por la STC 91/2000, de 30 de marzo.

condición de elementos objetivos del ordenamiento, dotados de importancia y protección máxima" [299] , y también ha resaltado la trascendencia de las disposiciones iusfundamentales, una vez "informan todo el ordenamiento jurídico, se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política (STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 4.º). La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que repute a tal fin necesarias"[300].

Y, sintetizando con precisión la doctrina previa, nos encontramos con un auto del Tribunal Constitucional dictado en el año 1996, en el cual podemos leer que los Derechos Fundamentales, "si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico. Como consecuencia de este «doble carácter» de los derechos fundamentales (STC 25/1981, fundamento jurídico 5.), pende sobre los poderes públicos una vinculación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos citada; en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y

[299] STC 163/1986, de 17 de diciembre.

[300] STC 129/1989, de 17 de julio.

efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos (SSTC 53/1985, fundamento jurídico 4., y 129/1989, fundamento jurídico 3.). Tal es, ciertamente, la comprensión de los derechos fundamentales que se infiere de un texto constitucional que, tras proclamar el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 C.E.), y, por ende, comprometer a los poderes públicos en la promoción de la libertad y la igualdad el individuo (art. 9.2 C.E.), eleva el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás a la condición de fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 C.E.)"[301]. En fin, diversas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, han recordado la fuerza vinculante de los Derechos Fundamentales, que, como bases objetivas de nuestro ordenamiento, van a ser impuestas de forma incondicionada a todos los poderes públicos[302].

Incluso determinados autores, como es el caso de Luciano PAREJO ALFONSO, destacan la doble dimensión y doble eficacia de los pronunciamientos constitucionales del Capítulo III de nuestra Constitución, a tenor de la cual, la dimensión subjetiva consistirá en la directa determinación constitucional de una situación jurídica subjetiva consistente en la directa determinación constitucional de una situación jurídica individualizada (con el carácter de derecho), pero incompleta por cuanto no fija contenido preciso alguno, a cuyo objeto requieren de los llamados derechos de configuración legal. La dimensión objetiva se traduce en su capacidad informadora, y a través de su actuación como elemento principial del ordenamiento. A su juicio, la doble eficacia viene contenida, de un lado a través de la propia norma fundamental, y de

[301] ATC 382/1996, de 18 de diciembre; en el mismo sentido, ATC 333/1997, de 13 de octubre.

[302] Así SSTC como las 13/1994, de 17 de enero; 91/2000, de 30 de marzo; 82 /2006, de 13 de marzo.

otro, en la eficacia vinculada y parcialmente demorada hasta el desarrollo constitucional[303].

2.6.2.2.4. Constitucionalización del Derecho y principio de supremacía de la Constitución.

Una vez producida la constitucionalización del Derecho, el fundamento primero a favor de la tesis de la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares, es el principio de supremacía de la Constitución, también conocido como principio de constitucionalidad. La supremacía de la Constitución es una cuestión conectada lógicamente con el hecho de ser la norma emanada del poder constituyente depositario de la soberanía popular o poder supremo estatal en el ejercicio del principio democrático, principio de legitimidad democrática constitutivo de "base de toda nuestra ordenación jurídico-política" [304] . Pueblo español soberano, constitutivo de "la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento"[305]. Estos presupuestos convierten a la Constitución desde el punto de vista jurídico en la norma dotada de supremacía en el conjunto del sistema, siendo a su vez la encargada de dotar de dotar de validez a la pluralidad de normas que lo integran: "el pueblo soberano es la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento" [306] . Al tratarse de una ordenación

[303] Luciano PAREJO ALFONSO, citado por José Luis Cascajo Castro, "Derechos Sociales", en Derechos Sociales y Principios Rectores, edición de José Luis Cascajo Castro / Manuel Terol Becerra / Antonio Domínguez Vila / Vicente Navarro Marchante, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 39.

[304] STC 6/1981, de 16 de marzo.

[305] SSTC 12/2008, de 29 de enero, y 13/2009, de 19 de enero

[306] STC 12/2008, de 29 de enero.

normativa fundamental y suprema, pone asimismo de relieve el "primado del Derecho", valga decir, en el que el Estado de Derecho encuentra su primera y decisiva expresión[307]. Por eso se dirá también que es la *Norma Normarum*, pues si bien no regula directamente las condiciones de validez de todas las formas normativas del sistema, su supremacía incondicionada e irresistible y correspondiente primacía, hace que las normas encargadas de regular la producción de cada forma concreta de norma jurídica, encuentren su fundamento directa o indirectamente de ella: estructura el ordenamiento, siendo simultáneamente forma y medida material de la vida colectiva[308]. El hecho de ir unida la supremacía de la Constitución a su juricidad, es hoy algo contemplado como regla, pero constituye un aspecto a no descuidar y que no siempre ha sido así, pues, como bien es sabido, otras constituciones sin esos caracteres han sido posibles[309]. De cualquier manera, consustancial con su naturaleza, nuestro ordenamiento positivo, declara textual y categóricamente el principio de supremacía constitucional a través del artículo 9.1 de la Constitución, haciéndolo de una doble manera: a) al declarar sujetos a la misma tanto a ciudadanos como a poderes públicos[310]; b) deslindando desde el punto de vista lógico-jurídico a la hora de declarar esa vinculación, a la Constitución del resto del ordenamiento. Y, para su parte sustancial, la que recoge el orden de valores supremos comunitarios a través del sistema de Derechos

[307] Reiner WAHL, "Die Vorrang der Verfassung", en *Der Staat*, Band. 20, núm. 1, 1989, pp. 485 y ss.

[308] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts..., op. cit.*, pp. 10-11.

[309] Pedro CRUZ VILLALÓN, "La Constitución y el resto del ordenamiento jurídico", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2003, pp. 6661 y ss.

[310] La sujeción a la Constitución, dice la STC 101/1983, de 18 de noviembre, "es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos"; sentando una jurisprudencia con esta última distinción, que daría para algo más de un debate.

Fundamentales, es reiterado por el artículo 53.1 de la C.E., al declarar la vinculación de estos para todos los poderes públicos. *A posteriori*, dos importantes leyes orgánicas de desarrollo constitucional, incluirán también como derecho positivo el principio de supremacía constitucional. Así se hace por medio de la LOTC, pues según disponen sus artículos 1.1 y 27.1: "El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución (…) y mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este título (…) garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de la leyes, disposiciones y actos impugnados". Condición de Norma suprema del ordenamiento jurídico también vuelve a declararse de nuevo a través del artículo 5.1 de la LOPJ: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales".

La Constitución, dirá el Tribunal Constitucional española, para subrayar esa supremacía y su propia naturaleza de norma, "es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento"[311]. Es la "norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico", y, adicionalmente a este reconocimiento del carácter creador de la comunidad política, por ello, es "también una norma de ejecución directa y efectos inmediatos"[312]; lo cual quiere decir que estamos ante una norma directamente aplicable: "Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la C. E.). Por ello es indudable que sus preceptos

[311] STC 16/1982, de 28 de abril.

[312] STC 22/1984, de 17 de febrero.

son alegables ante los Tribunales (…), quienes, como todos los poderes públicos, están además vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (art. 53.1 de la C. E.)"[313]; solo habrá excepciones a la aplicabilidad directa para "aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable"[314] .

Y el mismo año 1982, nos encontramos con una nueva declaración del Tribunal Constitucional más centrada aún respecto de la supremacía jurídica a destacar de los Derechos Fundamentales, al expresar: "Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1 donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución», sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 de la C.E., no puede caber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos»"[315]. Por lo tanto, es la norma dotada de irresistible supremacía, lo cual quiere

[313] STC 16/1982, de 28 de abril.

[314] STC 15/1982, de 23 de abril.

[315] STC 80/1982, de 20 de diciembre.

decir, la inexistencia de norma alguna por encima de ella y el que todas las demás le estén subordinadas[316], de donde se deduce como otra de sus consecuencias el carácter de norma jerárquicamente superior del orden jurídico.

Estamos, por consiguiente, ante la presencia de la Norma "fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico (…) Esta naturaleza singular se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas anteriores, que han de ser valoradas desde la Constitución, produciéndose una pluralidad de efectos que este Tribunal puso ya de manifiesto en su Sentencia de 2 de febrero de 1981, recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 186/80 («B.O.E.» de 24 de febrero de 1981), partiendo del doble carácter de Ley posterior y Ley superior que posee la Constitución. El carácter de Ley posterior da lugar a la derogación de las Leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma, de acuerdo con su Disposición Derogatoria núm. 3, es decir, a la pérdida de vigencia de tales normas para regular situaciones futuras. La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el Ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella. Inconstitucionalidad sobrevenida que afecta a la validez de la norma y que produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación"[317].

Enlazando con este último aspecto, la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, comenzará repasar el aspecto de ser la Constitución "la norma suprema del Ordenamiento español es cuestión que, aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva sin duda del enunciado de muchos

[316] STC 84/1989, de 10 de mayo.

[317] STC 9/1981, de 31 de marzo.

de ellos, entre otros de sus arts. 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, y es consustancial a su condición de norma fundamental; supremacía o rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales, que afirmamos en la Declaración 1/1992 (FJ 1) (…) Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella en el de aplicación de las normas válidas; esta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de estas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella"; y, añade por fin, tal carácter de supremacía de una Constitución "es consustancial a su condición de norma fundamental".

Por lo tanto, como derivación de ese carácter de norma dotada de irresistible supremacía, desde el punto de vista de la creación jurídica, tiene asimismo un doble carácter. De una parte, es fuente jurídica en sí misma, fuente suprema y de eficacia inmediata frente a cualquier sujeto, objeto o ámbito material. De otro lado, es fuente de fuentes y sobre estas, estableciendo ella misma los procedimientos de producción jurídica a seguir por el Legislador y el resto de los poderes normativos del Estado; establece los límites sustanciales para la legislación y prevé los controles en orden al respeto de los mismos. Es *Lex legis* –ley de leyes–, toda vez se encuentra situada dada su supremacía en el vértice del conjunto conformado con las demás normas integrantes del sistema jurídico, primando en caso de conflicto sobre todas ellas, y "*Norma Normarum* –norma fuente de normas o fuente de fuentes–, pues constituye la norma matriz para la creación de las demás normas del sistema jurídico"[318]; instituye una pluralidad de fuentes subordinadas, entre las cuales se

[318] César LANDA ARROYO, "La constitucionalización del Derecho Civil: El Derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites", en *Themis. Revista de Derecho*, núm. 66, 2014, p. 312.

instauran (instaura), alternativa o concurrentemente, varios tipos de relaciones: de concurrencia (equivalencia), de jerarquía, de competencia, cronológico etc[319].

Como consecuencia, los Derechos Fundamentales insertos en la norma dotada de supremacía jurídica, en lógica coherencia con el hecho de constituir el orden material objetivo de valores supremos queridos o seleccionados por la comunidad para sí con esa naturaleza y rango, se convierten en el elemento clave o esencial del sistema constitucional conjuntamente considerado, disponen de eficacia directa, y están también de inmediato a la plena disponibilidad de sus titulares referente al ejercicio de los mismos, esto es, de las posiciones jurídicas otorgadas a favor del titular o haz de facultades puestas a su disposición; en último extremo, y como mínimo, las integrantes de su contenido esencial garantizado constitucionalmente e irrestringible por el Legislador (artículo 53.1 de la C.E.). Precepto este varias veces dotado de sentido por el Tribunal Constitucional español, a cuyos efectos, vamos reproducir un bonito párrafo de una sentencia de año 2006, compiladora de jurisprudencia previa: "el principio de reserva de ley, formulado por el art. 53. 1 CE, cuando dispone que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución. Sobre este principio ha tenido ocasión el Tribunal Constitucional de pronunciarse con cierta frecuencia, desde que en la STC 83/1984 de 24 de julio, FJ 4, dejara sentado que el mismo entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, siendo su significado último el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades

[319] Franco MODUGNO, *Diritto Pubblico Generale*, Laterza Editori, Roma, 2002, p. 14.

públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal [por todas, SSTC 49/1989, de 5 de abril; FJ 4 y 184/2003, de 23 de octubre FJ 6, a)], y desempeñando una doble función: de una parte, asegurar que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley … garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

En el terreno de los límites hemos tenido ocasión de resaltar (por todas, STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11) que cuando la Constitución no contempla la posibilidad de que un poder público distinto al Legislador fije y aplique los límites de un derecho fundamental o que esos límites sean distintos a los implícitamente derivados de su coexistencia con los restantes derechos y bienes constitucionalmente protegidos, es irrelevante que la ley habilitante sujete a los poderes públicos en ese cometido a procedimientos y criterios todo lo precisos que se quiera, incluso si la ley habilitante enumera con detalle los bienes o intereses invocables por los poderes públicos en cuestión, o que sus decisiones sean revisables jurisdiccionalmente (que lo son en cualquier caso, con arreglo al art. 106 CE). Esa ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido en la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 CE), al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro poder público, frustrando así una de las garantías capitales de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)”[320].

[320] STC 112/2006, de 5 de abril.

Según la moderna concepción del Estado constitucional, los Derechos Fundamentales "conforman prerrogativas de sentido cardinales", vale decir, "facultades bajo garantía específica y especial", y "pautas de tutela material"[321]. La libertad y autonomía individual y colectiva, aparecen ahora sí garantizadas con el mayor grado de preservación normativa posible, comprendidas como "facultades o habilitaciones favorables subjetivas", que tienen su base en la Constitución[322]. De este modo, la libertad configuradora del Legislador está vinculadamente predeterminada por el contenido material de las disposiciones de Derechos Fundamentales, pues le está vedada la libre disponibilidad de los mismos (lo cual es verdaderamente importante a efectos de su fundamentalidad), y naturalmente en mayor medida al resto de los poderes públicos; como auténticos derechos subjetivos esenciales, han de considerarse dotados de la potencialidad inmediata de su exigencia frente a un tercero, sea un poder público ora un particular. El Tribunal Constitucional español lo ha reflejado con inequívocos términos, al señalar algo en lo que quizá se repara seguramente menos de lo debido, pues bien advirtió no tardando, la distinción "entre poder constituyente y poderes constituidos", operante no exclusivamente "en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no solo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador"[323].

---

[321] Friedrich MÜLLER, *Die positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 59.

[322] Friedrich MÜLLER, *Die positivität der Grundrechte...*, *op. cit.*, pp. 60-61, quien considera conveniente recordar la necesidad de ser asimismo comprendidos los Derechos Fundamentales al mismo tiempo, como elementos objetivos del ordenamiento.

[323] STC 76/1983, de 5 de agosto.

Pues bien, al resultar ser los Derechos Fundamentales los principios estructurales básicos del ordenamiento, atendiendo a ese doble carácter de los mismos ya visto, implica que al lado de la tradicional "vinculación negativa de los poderes públicos a tales derechos, pende además sobre estos la exigencia genérica de que, «en el ámbito de sus funciones respectivas, coadyuven a fin de que la implantación y el disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, con independencia del concreto sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos (SSTC 53/1985, fundamento jurídico 4 y 129/1989, fundamento jurídico 3.)» (...) comprensión adicional de los derechos fundamentales como mandato de protección dirigido al Estado -y no únicamente como mero deber de no injerencia en la esfera de libertad por ellos acotada-, que en última instancia enraíza en la cláusula del Estado social (art. 1.1. C.E.), se proyecta en primer término y señaladamente sobre el legislador, quien, al recibir de los derechos fundamentales «impulsos y líneas directivas» (STC 53/1985, fundamento jurídico 4.), debe encargase de conformar todos los sectores del ordenamiento en consonancia con los mismos. Pero, como es evidente, también se impone esta obligación a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva (art. 117.3 C.E.); y, de hecho, el propio texto constitucional se cuida de enfatizar su relevancia en este ámbito al explicitar, en su art. 53.2, el específico deber de tutela de los derechos fundamentales que a los Jueces y Tribunales ordinarios incumbe"[324]. Ese efecto irradiante de las normas iusfundamentales en la totalidad del ordenamiento, le han conducido al Tribunal Constitucional, después de insistir en numerosas oportunidades acerca de que su cometido no es el de una tercera instancia o un tribunal de casación, a reconocer que la "distinción entre la jurisdicción constitucional y la

[324] ATC 333/1997, de 13 de octubre.

ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al plano de la constitucionalidad y la jurisdicción ordinaria al de la simple legalidad, pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran distintos e incomunicables"[325].

Precisamente, de ese rango normativo supremo, ha deducido nuestro Tribunal Constitucional, con lógica e inevitable coherencia, la obligatoriedad por lo referido a todas las demás normas, de ser interpretadas de conformidad con la Constitución y de estimar exclusivamente inconstitucionales aquellas que desde todo punto de vista la contravengan, precisándose, pues, "apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan solo la inconstitucionalidad de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo otra interpretación (SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1; 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6; 122/1983, de 16 de febrero, FJ 6; 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18; 152/2003, de 17 de julio, FJ 7; o 98/2004, de 25 de mayo, FJ 8)"[326]. De este modo, en el desarrollo de la tarea llevada a cabo con objeto de alcanzar una correcta interpretación de cualesquiera enunciados normativos, el órgano judicial aplicador del Derecho puede y debe valerse de la jurisprudencia constitucional emitida en materia de Derechos Fundamentales[327]. Por añadidura, el carácter de norma suprema atribuible a la Constitución, ha conllevado la incorporación del principio de interpretación del orden jurídico del modo más favorable al despliegue de la mayor eficacia a cargo de los Derechos

[325] STC 50/1984, de 5 de abril.

[326] Por todas, STC 156/2004, de 21 de diciembre, reiterando jurisprudencia desde la STC 11/1981, de 8 de abril; mientras la STC 93/1984, de 16 de octubre, insistiría acerca de la necesidad de "apurar todas las posibilidades interpretativas de los preceptos de conformidad con la Constitución", con fundamento en la ocasión en el principio de seguridad jurídica y el de legitimidad inmediata del Legislador.

[327] ATC 397/2005, de 8 de noviembre.

Fundamentales, principio vinculante para la totalidad de poderes públicos, y, muy especialmente, referido a los órganos jurisdiccionales a la hora de aplicación de las leyes y de las mismas disposiciones constitucionales[328]. De otra parte, ante cualquier duda suscitada durante el desarrollo de la tarea interpretativa acerca del contenido de los Derechos Fundamentales, debe darse preferencia a aquel resultado capaz de dotar con superior fuerza la viabilidad y el vigor del Derecho considerado[329].

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha buscado reforzar el perfeccionamiento de las técnicas interpretativas de los contenidos materiales iusfundamentales, al amparo de la cláusula de apertura contenida en el artículo 10.2 de la C.E., sosteniendo que la comprensión adecuada de esta última "autoriza y aun aconseja referirse, para la búsqueda" de parámetros hermenéuticos, a la doctrina acuñada "por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", que aportará valiosos criterios "del sentido y alcance de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce"[330], y no le son dados al máximo intérprete jurídico desconocer ni contradecir[331]. A su vez, en fechas más próximas, el Tribunal ha hecho entrar en liza expresamente a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, recordando jurisprudencia al referirse primero a los tratados y acuerdos para la materia ratificados por España, "por el valor interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y

[328] STC 76/1987, de 25 de mayo.

[329] Por todas, STC 1/1989, de 16 de enero.

[330] Por todas, SSTC 292/2000, de 3º de noviembre; 119/2001, de 24 de mayo; 6/2004, de 16 de enero.

[331] Toda vez, tal como es bien sabido, la jurisprudencia dictada por TEDU es vinculante para todos los poderes públicos de los Estados, el citado Tribunal puede terminar por extender el ámbito de protección de los Derechos Fundamentales, como sucedió para nuestro Estado con la inviolabilidad de domicilio cuyo ámbito fue ampliado a la inclusión de agresiones debidas a fenómenos medioambientales, impeditivos del libre ejercicio del Derecho a la vida privada y familiar, a través de la muy estudiada sentencia López Ostra *versus* Reino de España, de 9 de diciembre de 1994, doctrina incorporada luego por la STC 119/2001, de 24 de mayo.

libertades públicas que les reconoce el art. 10.2 CE (por todas, STC 6/2004, de 16 de enero, FJ 2), y, por otra, a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que también ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales, de acuerdo con el mismo art. 10.2 CE, según tenemos declarado, entre otras muchas, en las SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5 (...), entre esos elementos hermenéuticos encontramos, en primer lugar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, y reconocida –tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo– con el mismo valor jurídico que los Tratados por el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009)"[332].

Por consiguiente, a partir del momento temporal que registra la consagración definitiva del principio de constitucionalidad por la cultura y la práctica constitucional democrática de la segunda postguerra, la Constitución pasa a convertirse en norma jurídica suprema y fuente directa e inmediata de los Derechos Fundamentales; apoyada esa supremacía, más allá de los requisitos de técnico-jurídicos "o de la organización burocrática del Estado contemporáneo" (que también cuentan), debido a su descanso "en un principio político que presta coherencia a estos: la soberanía popular por encima del poder estatal, el

[332] STC 37/2011, de 28 de marzo.

Debemos tener en cuenta que, en nuestro Derecho positivo, la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, mediante el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, dispone por medio del artículo 2: "A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales (...)".

individuo por encima del Estado, la legalidad preñada de legitimidad"[333]; *We the people* (Nosotros el pueblo) es el inicio empleado por el Preámbulo de la Constitución norteamericana con objeto de subrayar su legitimidad, destacar su naturaleza de Ley suprema, y reflejar ser asimismo la expresión de un orden natural[334]. La Constitución aloja los valores y principios fundamentales regitivos y vigentes para una organización político-social, encargados de solventar las necesidades vitales de justicia social de sus integrantes. Y, para tal contexto, esa categoría especial de Derechos subjetivos esenciales, vincula directamente al Poder legislativo, al Poder ejecutivo y al Poder judicial. Ello impone para todos los actos, normativos o fácticos, el deber de ser conformes con la Constitución y de modo especial con los Derechos Fundamentales, dada su condición de mandatos expresos de la voluntad popular y, por ende, obligaciones ineludibles en su cumplimiento[335].

Los Derechos Fundamentales incorporados por la Constitución, son así Derechos, porque articulan jurídicamente desde la perspectiva de su objeto y contenido posiciones jurídicas a favor de los correspondientes titulares, al servicio del cumplimiento de expectativas de libertad-autonomía individual y colectiva; y tienen naturaleza fundamental, atendido sea el carácter esencial de tales expectativas para una organización democrática de la Sociedad, razón por la cual son incorporados a la Constitución y se sitúan como parte de ella misma en una posición de supremacía jurídica: "el principio de primacía de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de

[333] Manuel ARAGÓN REYES, "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, 1986, p. 17.

[334] Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Trotta, Madrid, 1995, p. 114.

[335] Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*: *separación de poderes, supremacía de las leyes y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal,* Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 249 y ss.

la Constitución, cuya consagración vincula a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE y art. 7.1 LOPJ", será declarado expresamente por nuestro Tribunal Constitucional[336]; y el Tribunal Constitucional se ha encargado de añadir su carácter de fundamentalidad, "por venir proclamados en la norma que es expresión de la voluntad constituyente"[337]. De esta forma, la idea esencial del principio de soberanía popular adquiere traducción normativa a través de la consagración del principio constitucional democrático, y recibe su concreción sobre todo por medio del orden objetivo de valores supremo integrado por los Derechos Fundamentales, que, como hemos dicho, son partícipes de esa supremacía jurídica constitucional; porque la supremacía "es una característica inseparable del concepto de Constitución" [338], y ello ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional, a través de subrayar el "mayor valor correspondiente a los Derechos Fundamentales, deducido a partir del lugar privilegiado que en la economía general de nuestra Constitución ocupan los derechos fundamentales y libertades públicas que en ella se consagran", de lo cual dimana "no solo la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder, cualquiera que sea su naturaleza y rango, que los lesionen, sino también la necesidad, tantas veces proclamada por este Tribunal, de interpretar la Ley en la forma más favorable a la maximización de su contenido"[339].

Precisamente a partir de este *prius* de supremacía adquiere asimismo la Constitución el rango de supralegalidad, vale decir, emana este del primero, en orden a la construcción y articulación interna del orden jurídico, y tiene ello fiel reflejo nuevamente a través de lo declarado mediante la redacción dada al artículo 9.1 de la C.E. inspirado por el

[336] STC 110/1988, de 8 de junio.

[337] STC 31/2010, de 28 de junio.

[338] Manuel ARAGÓN REYES, "Sobre las nociones de supremacía…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 23.

[339] STC 66/1985, de 23 de mayo.

artículo 20.3 de la *Grundgesetz*, donde se destaca la preeminencia de la Constitución respecto del resto del ordenamiento, o, dicho de otro modo, su posición de supremacía y supralegalidad dentro de este, y a la que material y formalmente deben adecuarse el resto de normas.

Con todo, esa no es la única dimensión del principio de supremacía de la Constitución. También hemos hecho referencia al aspecto de que las constituciones actuales no restan limitadas a normar las relaciones intraestatales y las relaciones jurídicas verticales entre los individuos y el Estado. Se ocupan también de regular ámbitos sociales, económicos y culturales, dentro de los cuales van a surgir las relaciones jurídicas entre particulares. Pretenden ser, como venimos asimismo sosteniendo, constituciones–fundamento, toda vez han llegado a convertirse en la estructura normativa básica tanto del Estado como de la Sociedad, de la comunidad política como un todo; esto es, una auténtica *lex fundamentalis* de la totalidad político-social. De este modo, las normas constitucionales, y de manera especial las encargadas de regular los Derechos Fundamentales, prestada sea atención a su supremacía normativa, son aptas para incidir también sobre las relaciones jurídicas establecidas por los sujetos privados entre sí, con independencia ahora de la vigencia o no de regulaciones jurídicas mediadoras.

2.6.2.2.5. Constitucionalización del Derecho y unificación material del ordenamiento jurídico.

Una de las funciones de la Constitución como norma jurídica fundamental de carácter supremo, es la de servir de parámetro para la unidad formal y material del ordenamiento jurídico. La sustancia material de las normas constitucionales recibe articulación progresiva como fundamento común de las diversas ramas del Derecho, al ser posteriormente impregnadas de los valores constitucionales –orden

objetivo de valores–, lo cual tiene como consecuencia la pérdida de importancia de los principios generales del Derecho en favor de los Derechos Fundamentales [340] ; constitutivos de un orden objetivo de valores irradiante de su sustancia a todas las ramas del ordenamiento jurídico del Estado[341]. Forman, una vez incorporados a la Constitución, ese núcleo esencial o coto vedado (pero no cerrado sino dinámico y abierto) decidido desde el inicio[342]. Y, como bien matiza Walter LEISNER, su contenido material impide que el poder estatal pueda estar fundamentado sobre la voluntad, por ejemplo, de la mayoría, así como la obligación para las disposiciones y acciones del poder público de encontrar su legitimidad a partir de un "contenido de verdad", y ser dirigidas a ella (sustituir la razón de Estado por la verdad de Estado), fijado ahora ese contenido por el ciudadano emancipado que conoce de esa verdad, quiere participar de la misma y controlar su evolución futura, y, precisamente, lo hará de modo esencial mediante el ejercicio de sus Derechos; desde este nuevo punto de vista cognitivo, no puede seguir ignorando la realidad socio-política histórico concreta y los fundamentos tradicionales espirituales de los que trae causa: si el ciudadano es activo, ejercita y reivindica sus Derechos Fundamentales, no va a continuar desaparecido tras la organización, la cual es cualquier cosa menos bondadosa, incluso puede ser eficiente, porque esa bondad referida es un atributo del individuo pero no de las organizaciones; este será siempre un

[340] En contra, Suzette SANDOZ, para quien esos principios generales del ordenamiento no son los Derechos Fundamentales sino "las fuentes materiales del derecho, esto es, los principios filosóficos comunes a una colectividad (por ejemplo, tal vez, la tradición cristiana de los países occidentales", evidenciando una precomprensión netamente liberal, "Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusión", en *Revue Suisse de Jurisprudence*, 83, 1987, p. 215.

[341] STC 25/1981, de 14 de julio.

[342] Gustavo ZAGREBELSKY, *Principios y votos – El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Madrid, 2008, p. 30.

déficit de la democracia, y el ciudadano debe estar atento esgrimiendo sus Derechos que ha logrado situar como verdad de Estado[343].

Los Derechos Fundamentales influyen en la totalidad del ordenamiento, "no solo cuando tienen por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regulan las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el Derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales"[344]; o dicho con términos similares, mediante los Derechos Fundamentales, "la Constitución influye en todo el ordenamiento jurídico"[345], puesto que son recogidos por la Constitución toda vez se les considera pertenecientes al fundamento mismo del Estado[346]; y hoy habría de añadirse, y de la Sociedad. Nuestro Tribunal Constitucional atendiendo a la "especial posición que los derechos y libertades fundamentales ocupan en nuestro ordenamiento", les ha atribuido el carácter constitutivo de fundamento jurídico-político del Estado en su conjunto, por ser "traducción normativa de la dignidad humana y elemento legitimador de todo poder político"[347]. El sistema de Derechos Fundamentales, escribirá en esta línea Antonio TORRES DEL

---

[343] Walter LEISNER, *Die Staatswarheit Macht zwischen Willen und Erkenntnis*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999; profundiza y desarrolla varias de estas ideas en *Der gütige Staat. Die Macht der Geschenke*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

[344] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos Fundamentales", en *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans–Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, IVAP–Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 93.

[345] Klaus STERN, *Derecho del Estado de la República Federal…, op. cit.*, p. 288.

[346] Así fueron entendidos ya por Carl SCHMITT, "Besprechung des Buches «Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung» (herausgegeben in Gemeinschaft mit Prof. Dr. Anschütz u.a. von Dr. Hans Carl Nipperdey, Verlag von Reimar Hobbing, Berlin, 1929)", en *Juristische Wochenschrift*, 193, 60. Jahrg, núms. 23-24, 1930. pp. 1675 y ss.

[347] STC 113/1985, de 6 de julio.

MORAL, "conforma un componente fundamental, el más importante, sin duda, de lo que podríamos llamar orden público del Estado democrático, esto es, del conjunto de institutos jurídicos que identifican la esencia del régimen y de su Ordenamiento jurídico"[348].

La Constitución española define el status jurídico de los Derechos Fundamentales por medio de su artículo 10.1, al establecer: "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes… son el fundamento del orden político y de la paz social", con lo que está "afirmando explícitamente la posición central que compete a los derechos fundamentales en el orden jurídico-político"[349], del que son uno de sus fundamentos, y como tal se proyectan *ad extra* a consecuencia de su carácter universal[350]. Además el resto de fundamentos enunciados por el artículo 10.1 de la C.E., la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, deben "orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4), además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8)"[351].

De acuerdo a lo expresado asimismo por el Tribunal Constitucional español, la Constitución es "la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico", y, como lógica consecuencia, "es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico"; vale decir, determina el sentido de valor de las demás

[348] Antonio TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional español. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos*, Tomo I, 6ª ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2010,

[349] Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 43.

[350] STC 91/2000, de 30 de marzo.

[351] STC 198/2012, de 6 de noviembre.

normas[352]. Es la norma a partir de la cual el ordenamiento jurídico va a ser susceptible de convertirse en entidad constitutiva de "una unidad esencial", para decirlo mediante expresión empleada por Santi ROMANO[353]. Y, como parte esencial de esa Norma, se incluyen los Derechos Fundamentales y las Libertades públicas, vinculantes para todos los poderes públicos, siendo "origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos"[354]. Asimismo, han reforzado el carácter unificador y constitutivo del ordenamiento jurídico como algo propio de la esencia de los Derechos Fundamentales, pues, toda vez no se ven condicionados por la organización territorial del Estado, afectan de forma idéntica a todos los ciudadanos y constituyen "el fundamento mismo del orden político–jurídico del Estado en su conjunto (…) son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional", y constituyen de esta forma el "elemento fundamental de un ordenamiento objetivo (…) dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento"[355]; esto es, al definir "el *status* jurídico básico del individuo, actúan como un *factor de homogeneización* de todo el sistema jurídico"[356].

Son, dicho de otro modo, un patrimonio comunitario "de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual"[357]. Por demás, en línea con

[352] STC 9/1981, de 31 de marzo.

[353] Santi ROMANO, *L`ordinamento…, op. cit.,* 1946, p. 13; ahora bien, el autor matiza de inmediato, para agrega que esa entidad "en parte se mueve según normas", pero sobre manera "dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad".

[354] STC 15/1982, 23 de abril.

[355] STC 25/1981, de 14 de julio.

[356] Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, p. 88.

[357] STC 25/1981, de 14 de julio.

lo que venimos afirmando, conviene recordar que la Constitución no solo se inserta "en el ámbito del Derecho público, pues lo privado no es ajeno al Derecho constitucional, sino que también forma parte del mismo. Esta es la conclusión más contundente de su consideración como Derecho común y de la concepción de la Constitución como norma suprema de todo el ordenamiento jurídico" [358] . Los Derechos Fundamentales inviolables del ciudadano como fundamento del orden estatal, dado su carácter proyector "de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), se erigen en los fundamentos del propio Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y no pueden ser menoscabados en ningún punto del territorio nacional, asignándole al Estado la Constitución la función de regular las condiciones básicas de su ejercicio (SSTC 37/1981 o 76/1983, entre otras", algo asimismo destacado por nuestro Tribunal Constitucional[359].

De este modo, como bien dice otra de las sentencias del Alto Tribunal español, la Constitución se ha convertido por esta vía, en "la parte general del ordenamiento jurídico"[360], de ahí la consecuencia de que todo él deba ser interpretado de conformidad al contenido material de la misma, y en la medida más favorable para el despliegue de eficacia a cargo der los Derechos Fundamentales de acuerdo con su reconocimiento constitucional reconocido[361]; interpretación más favorable a su optimización obligatoriamente como tarea impuesta a todos los poderes públicos y, de manera singular, según hemos recordado, los órganos jurisdiccionales al desarrollar su función aplicativa de las

[358] Enrique ÁLVAREZ CONDE, "El Derecho Constitucional de la…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 87, y 89 y ss.

[359] STC 107/1984, y, entre otras, SSTC 194/1994 y 80/2001.

[360] STC 112/1989, de 19 de junio.

[361] Entre otras muchas, SSTC 4/1981, de 2 de febrero; 9/1981, de 31 de marzo; 34/1983, de 6 de mayo; 67/1984, de 7 de junio; 115/1987, de 7 de julio; 112/1989, de 19 de junio; 119/1990, de 21 de junio.

leyes [362] . Porque, cuando establece el ordenamiento una obligación determinada, el cumplimiento de ese deber, ha de ser interpretado siempre de manera tal, "que se maximice, en lo posible, la eficacia de los derechos fundamentales, dado el mayor valor de los mismos"[363], vale decir, del modo que con superior fuerza logren desplegar la eficacia de los Derechos Fundamentales en la concretización y decisión jurídica, y de cuya vigilancia al efecto se responsabiliza principalmente el Tribunal Constitucional, por cuanto, como declarara el nuestro, nada concerniente "al ejercicio por los ciudadanos de los derechos fundamentales que la Constitución les reconoce podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal"[364]. Por ello muy pronto comunicó que, en tanto siempre "actúa como intérprete supremo (art. 1 de la LOTC), (…) su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos", correspondiéndole consecuentemente dentro del "ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos"[365]. Es más, también ha recordado que, dada la transcendencia reconocida a "las libertades y los derechos fundamentales consagrados por la Constitución (arts. 14 a 30), se prevé en ella -art. 53.2- para su protección un doble mecanismo jurisdiccional escalonado, principal y general uno, que se atribuye a los Tribunales ordinarios; y extraordinario y subsidiario otro, que corresponde al Tribunal Constitucional" [366] . Y tiene reconocido que el "marco constitucional interno (…) tutela rigurosamente la efectividad de los derechos fundamentales", recordando ser la función del recurso de

[362] Por todas, SSTC 24/1990, de 15 de febrero.

[363] Por todas, SSTC 17/1985, de 9 de febrero; 74/1991, de 8 de abril.

[364] STC 26/1981, de 17 de julio.

[365] STC 1/1981, de 26 de enero.

[366] STC 113/1985, de 6 de julio.

amparo la de "proteger a los ciudadanos de las violaciones frente a los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 C.E., dando efectividad a esos derechos permitiendo restablecerlos o, en su caso, preservarlos (arts. 41.2 y 3 LOTC), teniendo en cuenta además que los derechos fundamentales no son solo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta transciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva" [367] . Es así perfectamente comprensible la comprensión constitucional del recurso de amparo, declarada desde su inicial jurisprudencia, y su entendimiento desde luego como garantías subjetivas, pero aunada a esta tutela también el "designio" de la defensa a través de la acción de amparo que "trasciende lo singular", esto es, la defensa objetiva de la Constitución[368]; de la cual los Derechos Fundamentales constituyen su núcleo esencial, dicho exactamente mediante expresión literal de su supremo intérprete, los "derechos fundamentales constituyen la esencia misma del régimen constitucional"[369].

Incluso ha declarado nuestro Alto Tribunal algo también verdaderamente de interés, al sancionar que el reconocimiento y protección "de nuevos derechos fundamentales es un cometido importante de la jurisdicción constitucional, la cual, con esta ampliación de su tutela, facilita la permanencia durante largo tiempo de las Constituciones" [370]. Y todo lo previo, no pone sino de relieve que los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, "tienen un valor

[367] STC 254/1991, de 16 de diciembre.

[368] STC 1/1981, de 26 de enero.

[369] Por todas, STC 34/1986, de 24 de enero.

[370] STC 290/2000, de 30 de noviembre.

central, nuclear, en el sistema jurídico-constitucional" [371]. Por su parte, el artículo 5 de la LOPJ, al imponer la obligación para los aplicadores jurídicos (por excelencia jueces y tribunales) de interpretar la totalidad del ordenamiento de conformidad con los preceptos y principios constitucionales, convierte al orden constitucional de valores supremos en el canon material interpretativo por excelencia; y dada "su trascendencia", son objeto de una "protección especial" por la Norma Fundamental, esto es, "los denominados derechos fundamentales y libertades públicas"[372].

Adicionalmente, algunos autores recuerdan que la Constitución española vigente "es pródiga en pronunciamientos sobre asuntos muy diversos y, dentro de ella, son, a su vez, numerosas y de notable amplitud, las normas constitucionales a las que se atribuye especial virtualidad y para cuya observancia se prevé la máxima protección (cfr. Art. 53.2 en relación con los arts. 14 a 29: «derechos fundamentales y libertades públicas» a los que se añade la objeción de conciencia, del art. 30, todos ellos de la CE)[373].

Al propio tiempo, se produce una reordenación de las complejidades inherentes al ordenamiento, puesto que la Constitución, y, particularmente los Derechos Fundamentales, alcanzan el carácter de normas de referencia de la totalidad del orden jurídico. Son sustancialmente, para decirlo con el Tribunal Constitucional español, "los elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia

[371] STC 88/1985, de 19 de julio.

[372] STC 18/1981, de 8 de junio.

[373] Andrés DE LA OLIVA SANTOS, "Tribunal Constitucional y Jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión", en *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, de Andrés de la Oliva Santos / Ignacio Díez-Picazo Giménez, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 10.

humana justa y pacífica" [374] , operan así "como componentes estructurales básicos de un ordenamiento objetivo que han de informar el entero ordenamiento jurídico"[375], y, a causa de ello, la Constitución española les "salvaguarda absolutamente" y "proyecta universalmente", como Derecho constitucional objetivo vinculante[376]; son parámetro de validez y legitimidad del ordenamiento infraconstitucional.

En fin, el intérprete supremo de la Constitución española ha mantenido, como hemos dicho, la exigencia para los órganos judiciales "de que interpreten y apliquen la legalidad ordinaria de conformidad con los derechos fundamentales", y, de esta manera, "cuando se proceda a la interpretación de cualquier ámbito del Derecho, ha de partirse del entendimiento de que, más allá del tenor literal de las normas que lo integran, el mismo se halla materialmente conformado por los derechos fundamentales"[377]. Con la pretensión de un sentido similar, aludiendo a la influencia de la Constitución alemana sobre el Derecho Civil, mantiene Gerhard WALTER que, cuando existen muchas posibilidades de interpretación, "todas conformes a la Constitución, debe escogerse aquella en que la eficacia de los derechos fundamentales encuentra su máxima expresión", siendo las cláusulas generales las encargadas de constituirse en "las brechas a través de las cuales los derechos fundamentales consiguen ingresar en el derecho civil"[378].

---

[374] STC 25/1981, de 14 de julio.

[375] ATC 382/1996, de 18 de diciembre.

[376] STC 91/2000, de 30 de marzo.

[377] AATC 382/1996, de 18 de diciembre, y 333/1997, de 13 de octubre.

[378] Gerhard WALTER, "L`influenza della Costituzione sul diritto civile nella Repubblica Federale Tedesca", en *L`influenza dei volori costituzionali sui sistema giuridici contemporanei*, Vol. I, edición de Alessandro Pizzorusso / Vicenzo Varano, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1985, p. 176.

Y, a este respecto, es patente la relativización de la distinción clásica entre Derecho Público y Derecho Privado, tendencia favorecida por la difusión de los Derechos Fundamentales como nuevos principios generales del ordenamiento, pues en cuanto decisión constitucional básica responden a un sistema de valores y principios de alcance universal[379]. Así, el postulado de la unidad material del ordenamiento jurídico se lleva a cabo esencialmente por medio del sistema constitucional de Derechos Fundamentales, atendiendo a su carácter de elementos constitutivos de la parte dogmática de la Constitución, lo cual constituye, a su vez, fundamento de la eficacia de estos Derechos para los supuestos de relaciones jurídicas desenvueltas entre particulares. Porque, las normas jurídicas de Derecho Privado forman parte de ese ordenamiento unitario, y la exclusión de las relaciones intersubjetivas de la vinculación a los Derechos Fundamentales, es evidentemente incompatible con el postulado de la unidad material del ordenamiento jurídico. Estaríamos habilitados como corolario, al objeto de proclamar que, la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, al mismo tiempo, es una emanación y un exhorto del principio de unidad material del ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, no cabe albergar duda alguna acerca de que los Derechos Fundamentales influyen en todos los sectores o ramas del Derecho, "no solo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el Derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos

[379] STC 21/1981, de 15 de junio.

fundamentales"[380]. Desde la perspectiva de su vertiente de elementos fundamentales de un ordenamiento objetivo, "dan sus contenidos básico a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho"[381]. Más concretamente, recuerda Konrad HESSE respecto del Derecho Privado, la producción de efectos "extensible a otros ámbitos", como es el de que "el contenido jurídico de los derechos fundamentales en cuanto normas objetivas se despliega en el derecho privado directamente mediante los principios jurídicos. Igual que el derecho de nueva creación debe estar en armonía con el sistema de valores de los derechos fundamentales, el derecho existente debe alinearse materialmente con ese sistema de valores; de este sistema fluye un contenido jurídico constitucional específico que determina la interpretación"[382]. Derechos Fundamentales expresivos, de un lado, "de un ordenamiento de libertad ya realizado", y, al mismo tiempo, "presupuesto para que este ordenamiento se constituya de nuevo una y otra vez a través de la libertad de todos" [383]. El mismo Pietro PERLINGIERI, reconoce abiertamente que el Código Civil ha perdido la centralidad de otros tiempos, y, de modo este modo, la función unificadora del sistema es desempeñada "de manera cada vez más incisiva por el Texto constitucional", y se ha pronunciado acerca de la obligación "impuesta a los juristas de tomar en consideración la prioridad jerárquica de las normas constitucionales, siempre que se deba resolver un problema concreto", pues de la concepción unitaria del ordenamiento jurídico deriva que la solución de "la controversia no solo puede ser encontrada tomando en cuenta simplemente el artículo de la ley que

[380] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 93.

[381] STC 24/1981, de 14 de julio, jurisprudencia reiterada en varias ocasiones.

[382] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho…, op. cit.*, p. 158.

[383] Peter HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 7.

parece contenerla y resolverla, sino, antes, a la luz del entero ordenamiento jurídico, y, en particular, de sus principios fundamentales, considerados como opciones de base que le caracterizan"[384]. Y otros autores reclaman contundentemente una relectura del Derecho Civil a la luz de la Constitución, como modo de privilegiar los valores "no patrimoniales, en particular, la dignidad de la persona humana, el desenvolvimiento de su personalidad, los derechos sociales y la justicia distributiva"[385].

2.7. Perspectivas constitucionales actuales y su afectación a los Derechos Fundamentales.

2.7.1. Estado nacional y realidad globalizada: conjeturas.

El equívoco surgido a partir de la intención de vincular la justicia social a igualdad real, con el propósito de construir una Sociedad más democrática, participativa e igualitaria, ha mostrado en cualquier caso ser casi tan ineficaz como el intento liberal de hacer depender la libertad individual de la igualdad formal[386]. Para expresarlo de otro modo, la pretensión de construir un Estado omnipresente en todos los ámbitos de la Sociedad y en la protección de los Derechos Fundamentales no ha colmado las expectativas despertadas, y, de acuerdo a tal tesitura, los cambios surgidos a partir de la consolidación del modelo conocido como globalización, han conducido al cuestionamiento del Estado Social, debido a la pérdida por este de "posiciones e instrumentos de

[384] Pietro PERLINGIERI, citado por Eugenio Facchini Neto, "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado", en *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, 3ª ed., edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, pp. 51-52.

[385] Es el caso, por ejemplo, de Gustavo TEPEDINO, "Presmissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil", en la obra del mismo autor *Temas de Direito Civil*, Renovar Editora, Rio de Janeiro, 1999, p. 22.

[386] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição..., op. cit.*, p. 65.

dominio"[387], a favor de la enorme potencia de las grandes corporaciones que operan dentro de un mercado financiero extremadamente líquido y que está mayoritariamente en manos de los especuladores, respondiendo a otra lógica económica y al servicio de otros fines[388]. Es preciso asimismo estimar como también cierta, sin menosprecio de sus logros y avances, la crítica efectuada en ocasiones al Estado Social, por no haber logrado encontrar respaldo "en modelos teórico-jurídicos equiparables a los que se encuentran en la base del Estado liberal", y, de esta suerte, su desarrollo ha discurrido "sin ningún proyecto garantista, por medio de una caótica acumulación de leyes, aparatos y prácticas político-administrativas"[389].

La situación actual del Estado nacional es de "considerable confusión", porque si, de un lado, "el Estado –seriamente condicionado por mercados financieros de lógica transnacional– continúa basando su organización y acción en ideas, esquemas, principios, categorías, conceptos y técnicas trabajosamente elaborados y establecidos a lo largo de varias décadas y aún de siglos de evolución histórica, por otro lado, la realidad los pone diariamente en cuestión, demanda profundos cambios y una radical adaptación a las nuevas circunstancias, haciendo surgir con pujanza nuevas soluciones"; así, el desarrollo de la actual vida estatal, se nos presenta caracterizada "por un proceso de radical transformación. Ese proceso se manifiesta frecuentemente mediante la idea persistente de la crisis del Estado en su forma nacional del Estado del bienestar, proyectada sobre la Administración pública en forma de cuestionamiento del concepto básico de dirección o control de la sociedad, que se ha

[387] José ESTEVE PARDO, "La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria", en *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012, p. 12.

[388] Guido ROSSI, *Il mercato d`azzardo*, Adelphi, Milano, 2008, p. 70.

[389] Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 110.

venido reconociendo sin problemas a favor del Estado y de la Administración"[390].

Esta crisis afecta decididamente a la fuerza de imperio del Estado nacional, y ha de ser considerada atendiendo tanto a una perspectiva externa, como asimismo a partir de una consideración de carácter interno. Por lo referido al plano exterior, como entidad nacional soberana, a consecuencia de los fenómenos de la mundialización y de la globalización, lo que conlleva la consiguiente emergencia de las más variadas fuerzas y acontecimiento trasnacionales y multinacionales, el Estado se vuelve impotente para disciplinar y controlar las actividades transnacionales así como sus efectos; traspasan efectivamente estos las fronteras nacionales sin la menor dificultad, con lo cual, la globalización económica termina por minar fuertemente la soberanía política nacional, toda vez los Estados nacionales pierden buena parte de su poder regulador independiente[391]. El proceso mentado les sitúa en una posición de debilidad (asimismo para el desarrollo de sus propias políticas de dirección interna) frente a otros agentes, especialmente ante las grandes compañías transnacionales. Considerando la perspectiva interna, el Estado como forma de organización y dirección del poder político, evidenciadas las dificultades para representar a todos los ciudadanos y grupos, cuya dirección parcialmente se le escapa de sus manos, así como las planteadas sobre todo a la hora de controlar a los poderes sociales transnacionales que inciden dentro de sus fronteras, aparece sí con la denominación Estado Social, pero muestra incapacidades a la hora de dar respuesta a las exigencias múltiples, plurales, heterogéneas y contradictorias de una Sociedad multicultural, hipercompleja y en

[390] Luciano PAREJO ALFONSO, "Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España", en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, edición de Javier Barnes Vázquez, 2ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012, p. 393.

[391] Eugênio FACCINI NETO, "Reflexões histórico–evolutivas…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 47.

permanente cambio, tocante sobre todo a garantizar los derechos sociales y la actividad prestacional; por demás, la diversidad de racionalidades y escalas de valor, es ahora mucho más pronunciada y más fácil hecha visible[392].

La globalización política neoliberal, sostiene Paolo BONAVIDES, avanza sin referencia alguna a valores, pero no por ello "deja de ser perceptible un designio de perpetuidad del *statu quo* de dominación"[393]. De otra parte, el modelo de interrelación Estado-Sociedad ha dado paso por ello a otra configuración, en la cual, podemos observar, de un lado, cómo entidades hasta hace poco tiempo adscritos "a la sociedad y separadas por ende del Estado (…) adquieren entonces su carácter y dimensión de Administraciones Públicas y se integran en la estructura del Estado"[394]. Pero correlativamente, vemos producido asimismo un "trasvase a la Sociedad de funciones que, hasta tiempos recientes, eran muy características del Estado", y a ello va unido un traslado masivo "a sujetos privados de funciones tradicionalmente situadas bajo la órbita de la Administración es una muestra y consecuencia de la profunda recomposición que se opera en las relaciones entre el Estado y la sociedad"[395]. Si reparamos acerca de lo acontecido con la Sociedad, constatamos fácilmente su extraordinario fortalecimiento "en las últimas décadas. Parece como si esa sociedad pasiva, objeto de la acción del Estado, se hubiese puesto en pie y le disputase sus dominios, ganándole varios de ellos. Buena parte de esos poderes materiales –el financiero, el

[392] Thomas VESTING, Zwischen Gewährleistungsstaata und Minimalstaat. Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der „Informations- oder Wissensgesellschaft", en https:/ /www.jura.uni-frankfurt.de/43748343/Zwischen-Gewaehrleistugsstaat-und-Minimalstaat. pdf.

[393] Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito constitucional*, 31ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2016, p. 571.

[394] José ESTEVE PARDO, "La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria", en *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012, p. 13.

[395] José ESTEVE PARDO, "La extensión del Derecho…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 14-15.

tecnológico, el de la comunicación– se encuentran hoy en la órbita privada. Pero, con todo, el fortalecimiento de la sociedad no se debe solo al incremento cuantitativo de los poderes materiales bajo su órbita, sino, sobre todo, a la organización y a la eficiencia de que ha sabido dotarse mediante rigurosos procesos de autoorganización y autorregulación que se han emprendido en las últimas décadas"[396].

Atendiendo a otro orden de consideraciones, su "filosofía político–cultural" evidencia un proceso globalizador político-neoliberal caminante silencioso, y como apuntamos, sin ninguna referencia a valores, o, al menos, es lo sostenido por numerosos autores[397]. Este proceso permite comprobar también el intento, y la realidad, de deconstrucción científica de las estructuras institucionales y de los paradigmas propios de la modernidad, apuntándose frente a ello un tanto imprecisamente, el surgimiento de una posmodernidad ante la cual carecemos aún de referencias precisas, pues está todavía por definir[398]. Si resulta cierto, la emergencia ante nuestra propia vista de un inédito escenario, en el cual, "las inderogables compatibilidades sistémicas del aparato científico-técnico tienden a debilitar, si no a abolir, ese espacio de juego entre derecho y mundo, derecho y praxis, derecho y deliberación social de las finalidades y del sentido, que según los juristas debería atenuar la absoluta subordinación del derecho a la técnica, subrayada con énfasis

[396] José ESTEVE PARDO, "La administración garante. Una aproximación", en *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, p. 17. Para el fortalecimiento de la Sociedad frente al Estado, en términos similares véase José Luis CARRO FERNÁNDEZ–VALMAYOR, "Reflexiones sobre las transformaciones…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 31-32.

[397] Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito…, op. cit.*, p. 571. Y, como sostuvo Pedro DE VEGA GARCÍA, "con inteligencia y con astucia los ideólogos de la mundialización no se presentan como adversarios dispuestos a entrar en competencia con el sistema de valores y principios que históricamente definieron la realidad constitucional", "Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998, p. 34.

[398] Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, "Derechos Humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?", en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, edición de Antonio-Enrique Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 12-13.

por un filósofo riguroso como Severino. La paradoja de la sociedad moderna consiste en que la autonomía del orden jurídico va acompañada de la ocultación de su dimensión histórico-social" [399]. Pero, por el momento, la realidad pone ante nuestra percepción, dice Joseph E. STIGLITZ, la no menos realista evidencia de un "sistema caótico y descoordinado de gobernanza global sin gobierno global, que se reduce a una serie de instituciones y acuerdos que versan sobre problemas determinados (…) la gobernanza se encuentra en el núcleo central del fracaso de la globalización (…) a largo plazo, los cambios más necesarios para que la globalización funcione verdaderamente pasan por las reformas necesarias para reducir el déficit democrático" [400]. Y frente obstáculos de naturaleza política, toda vez el desafío va esencialmente encarrilado a la confrontación con "las fuerzas democráticas es, precisamente por eso, político, consiste, hoy más que nunca, en la lucha por los derechos y sus garantías"[401]; debemos proseguir demandando su efectividad real y estar alerta a fin de no dejarnos embaucar por las dificultades coyunturales que, ciertamente estamos obligados y en trance de soslayar, los poderes públicos a la cabeza, para eso nos representan, y existe aún margen de posibilidades.

La globalización coincide con el hecho de nacer en plena crisis de legitimidad del Derecho de la modernidad[402], donde las instituciones, conceptos y modelos jurídicos creados y desarrollados durante las etapas

[399] Fabio CIARAMELLI, *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho*, Trotta, Madrid, 2009, p. 125.

[400] Joseph E. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona*, Einaudi Editore, Torino, 2006, pp. 21, 103 y 323 respectivamente.

[401] Luigi FERRAJOLI, "Derechos y garantías…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 65.

[402] Desde finales del siglo XIX a la actualidad, resume José Eduardo FARIA, "esa crisis ha sido uno de los temas más recurrentes del universo jurídico, habiendo sido siempre utilizada por los pensadores con alguna sensibilidad sociológica para tratar de la descompensación entre las instituciones político-jurídicas del Estado liberal clásico y las estructuras socioeconómicas del Estado intervencionista o keynesiano", *El Derecho en la Economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, p. 34.

de los Estados Liberal y Social de Derecho, ponen de relieve su inadecuación e insuficiencia a efectos de dar adecuada respuesta a la complejidad de los nuevos desafíos emergentes en la multifacética y contradictoria Sociedad de fines del siglo XX e inicios del siglo XXI[403]; y, sin embargo, la nueva infraestructura jurídica y política está aún por construir, es más, no parece existir excesiva prisa para perfilarla. Por su parte, el Estado garante ha debido estratégicamente replegarse a otras posiciones, y desarrollar desde las mismas "una actividad con otra longitud de onda (…) tiene así como reto mantener los fines sin disponer de los medios materiales de gestión y prestación", esto es, el Estado y las Administraciones Públicas por "las posiciones de titularidad que detentan", habrán de "garantizar toda una serie de derechos, destacadamente derechos sociales, y prestaciones que la Constitución impone pero sin exigir que sea el Estado o las Administraciones las que las presten directa o indirectamente"[404]. Más concretamente, si en la actual etapa del Estado garante los grandes poderes sociales buscan y encuentran su posicionamiento extramuros del poder público, la organización estatal "ha de mantener en lo posible, garantizar sus fines sin disponer de los medios e instrumentos que tenía hasta tiempos recientes" [405] . Para los momentos actualmente vividos, el Estado regulador, es forzosamente y al propio tiempo, "un Estado garante o

[403] Desde el punto de vista jurídico, el rasgo característico de la denominada globalización, expone Luigi FERRAJOLI, es "la crisis del derecho en un doble sentido, uno objetivo e institucional, el otro, por así decir, subjetivo y cultural: a) como creciente incapacidad reguladora del derecho, que se expresa en sus evidentes e incontroladas violaciones por parte de todos los poderes, públicos y privados, y en el vacío de reglas idóneas para disciplinar sus nuevas dimensiones transnacionales; b) como descalificación, intolerancia y rechazo del derecho, que se expresa en la idea de que los poderes públicos supremos, por el hecho de estar legitimados democráticamente, no están sometidos a reglas, ni de derecho internacional ni de derecho constitucional, y que, de igual modo, el mercado no solo no tiene, sino que debe prescindir de reglas y límites, considerados como inútiles estorbos a su capacidad de autorregulación y promoción del desarrollo", *Los fundamentos de los derechos…, op. cit.*, pp. 380-381.

[404] José ESTEVE PARDO, "La extensión del Derecho Público…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 18-20.

[405] José ESTEVE PARDO, "La administración garante…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 21.

garantista (*Gewährleistungsstaat*), esto es, un Estado que, al haber dejado ser, en gran medida, un Estado gestor o prestacional, debe garantizar, mediante las oportunas medidas normativas y organizativas, los servicios de carácter esencial que han pasado a ser gestionados por sujetos privados, procurando, a la vez, que la actividad de dichos sujetos se lleve a cabo con los imprescindibles niveles de objetividad, accesibilidad y calidad", por lo cual, la tarea de extender los principios y disposiciones "de Derecho público a estos sujetos privados y a sus relaciones recíprocas se convierte así en una de las características fundamentales del nuevo Estado garante"[406].

Al abrigo de los valores descritos más arriba, durante el transcurso de la modernidad, asistimos al momento histórico a lo largo del cual, surgieron el constitucionalismo y el propio concepto de Derechos Fundamentales, y adquirirían importante desarrollo. Ahora, como consecuencia del ataque posmoderno a los aludidos valores, estamos obligados al esclarecimiento de hasta qué punto los Derechos Fundamentales, estimado su carácter de auténticos aportes de la modernidad, son capaces de mantener sus caracteres tradicionales de emancipación bajo circunstancias cambiadas, o si bien han de ser objeto de una revisión profunda que muestre su sentido y alcance actuales. Paulo BONAVIDES, desde un punto de vista más optimista, con todo, sostiene la posibilidad de "otra globalización política" alternativa y al servicio de distintos objetivos, sobre la cual carece de "jurisdicción la ideología neoliberal", radicada en la potenciación del discurso sobre "la teoría de los derechos fundamentales", pues globalizar derechos fundamentales tiene la pretensión lógica de influenciar, y "equivale a universalizarlos en el campo institucional" [407]. Según es evidente,

[406] José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, "Reflexiones sobre las transformaciones…", *loc. cit.,* en *op. cit.*, p. 35.

[407] Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito…, op. cit.*, p. 571. Algo con lo que viene a coincidir, cuando menos parcialmente, Jean L. COHEN, *Globalization and sovereignty:*

acusadamente sensibles en todo momento a los movimientos histórico-sociales, los Derechos Fundamentales han (habrían de) de procurar ofrecer respuesta desde el plano constitucional a los nuevos desafíos sociales, neutralizándolos e integrándolos a través de hacer valer la trilogía: seguridad, solidaridad, diversidad[408].

Paralelamente, una de las perspectivas del presente es el fuerte impulso de un nuevo tipo de Derechos, los denominados de la solidaridad, imposibles de ser pensados de modo exclusivo dentro de la relación clásica liberal entre individuo y Estado. Son diversos de los derechos de defensa y de los derechos a prestación, e inicialmente dirigidos de forma principal hacia el poder público, conforman un complejo entre todos. Evidenciando su carácter circular, y disponiendo de una horizontalidad característica, así como dotados de una fuerte dimensión objetiva, protegen bienes que, si bien están en condiciones de ser disfrutados de forma individual, son asimismo de naturaleza comunitaria, de los cuales por ello todos somos titulares. Se trata de Derechos de la tercera generación, incluyentes de los derechos del consumidor, de protección al patrimonio histórico y cultural, al medio ambiente ecológicamente equilibrado etc.

Adicionalmente, sectores doctrinales sostienen asimismo la presencia de derechos de la cuarta generación, como el derecho a la democracia y al pluralismo, comprensivos del "futuro de la ciudadanía y el porvenir de libertad de todos los pueblos", pues tan solo "con ellos será legítima y posible una globalización política"[409], aspecto este al cual

Rethinking legality, legitimacy, and constitutionalism, Cambridge University Press, New York, 2012, unido a su crédula confianza en los movimientos sociales que ayudarían a la cristalización de este enfoque, compatible con la defensa de los Estados nacionales, respecto de los cuales, eso sí, reconoce cierta pérdida de capacidad soberana, por lo que al ir a parar esta a otras instancia, admite una especie de soberanía dual.

[408] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, p. 63.

[409] Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito…*, *op. cit.*, p. 524.

tampoco se ha dedicado demasiada atención, al contrario de la prestada a la globalización cultural y, sobre todo, a la económica. En su potencia, los derechos individuales de primera generación, los derechos sociales de segunda generación y los derechos de solidaridad de tercera generación, forman una pirámide en cuyo vértice se sitúa el derecho a la democracia de cuarta generación, forma de organización del poder que permite (exige) la absorción de los derechos de las generaciones segunda y tercera, y la subjetividad de los derechos de la primera generación[410]. A tal propósito, la dimensión objetiva pasa a ser la característica esencial de todos los Derechos Fundamentales situados actualmente en el estadio evolutivo de la cuarta generación: el derecho a la democracia, el derecho a la información y el derecho al pluralismo, de los cuales va a depender "la concretización de la sociedad abierta del futuro, en su dimensión de máxima universalidad"[411]. Mientras, los derechos individuales de primera generación, poseedores de peculiar subjetividad, oponibles al Estado y a los sujetos privados, prosiguen "fuertes en su dimensión principal", la subjetiva, pero también son robustos desde una dimensión objetiva y axiológica, pudiendo irradiarse con la más fuerte eficacia normativa a todas las posiciones jurídicas de la Sociedad y del ordenamiento jurídico[412].

Siguiendo con los anteriores parámetros, y dando continuidad al proceso iniciado en el contexto del Estado Social de Derecho, sean los derechos de libertad, igualdad y seguridad, surgidos en el momento teórico-práctico liberal; o los sociales, económicos y culturales, nacidos con el Estado Social; o los derechos de solidaridad, paralelos a la complejidad inherente a la globalización; y mismamente los hasta el momento escasamente perfilados derechos de la cuarta e incluso los de la

[410] Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito..., op. cit.*, pp. 524-526.

[411] Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito..., op. cit.*, p. 571.

[412] Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito..., op. cit.*, p. 525.

quinta generación[413], han de comprenderse desde una específica y acusada dimensión objetiva, arrumbando para siempre la añeja concepción liberal clásica de la relación iusfundamental resumida a través de la relación individuo-Estado, y abriendo paso a estimar la eficacia de todos esos Derechos también para el supuesto de las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados. La dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales, fácilmente percibible en los derechos individuales y sobre todo para los sociales, debe quedar ahora incorporada también como elemento esencial por lo referido a los Derechos de la tercera, de la cuarta y de la quinta generación, derechos todos ellos que no se "interpretan", se "concretizan"; en esa "concretización reside el futuro de la globalización política", y su principio de legitimidad, esto es, la fuerza "incorporadora de sus valores de liberación"[414].

[413] Según Paulo BONAVIDES, el derecho a la paz como derecho constitucional del género humano o el derecho a la paz como supremo derecho de la Humanidad, en cuanto derecho a la quinta generación, que estaba en el estado de naturaleza en el contractualismo social de Jean Jacques ROUSSEAU y que figura implícito como un dogma en la paz perpetua de Immanuel KANT; un derecho del cual pueden ser titulares, según los diferentes casos y situaciones, los estados, los pueblos, los individuos y la humanidad. La dignidad jurídica de la paz, dice el maestro brasileño, deriva del reconocimiento universal que le debemos en cuanto presupuesto cualitativo de la convivencia humana, elemento de conservación de la especie, reino de seguridad de los derechos", y tal dignidad "únicamente se logra, en términos constitucionales, mediante la elevación autónoma y paradigmática de la paz a derecho de la quinta generación", *Curso de Direito…, op. cit.*, pp. 579 y ss. Por su parte, estima Luigi FERRAJOLI, "los derechos fundamentales, como enseña la experiencia, jamás caen de lo alto, sino que se consagran solo cuando la presión de quien está excluido sobre las puertas de quien está incluido se hace irresistible. Esto significa admitir, en realidad, que no existe, a largo plazo, otra alternativa a las guerras y al terrorismo que no sea la efectiva universalización de los derechos fundamentales, de modo que jamás fue más actual e ineludible el nexo entre derechos fundamentales y paz consagrado en el preámbulo de la Declaración universal de 1948", "Democracia y garantismo", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 39.

[414] Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito…, op. cit.*, p. 572: ya que en la democracia globalizada, el Hombre configura la presencia moral de la ciudadanía, y la constante axiológica, o centro de gravedad, la corriente de convergencia de todos los intereses del sistema.

Estamos sí, ante un momento de esfuerzo si cabe mayor, desde la perspectiva de la conjetura constitucional, conforme "conjetura" Maurizio PEDRAZZA GORLERO a través de las setecientas páginas de su importante monografía, y quien nos señala, con carácter genérico, la referencia hecha por el término "conjeturas" a suposiciones, a la formulación de hipótesis acerca de cuestiones inciertas y controvertidas, o necesitadas por primera vez de referentes, para terminar convirtiéndose en opiniones fundadas sobre pareceres probables. Es desde esta convicción, a partir de la cual destaca que sobre las normas constitucionales únicamente se puede conjeturar por parte de los juristas; y, por lo tanto, la Ciencia del Derecho Constitucional es un saber de naturaleza conjetural.

Las cuestiones jurídico–constitucionales son, efectivamente, cuestiones sobre normas abstractas que, a partir de su producción, proceden luego a seguir la línea de una proyección más o menos previsible, durante el transcurso de la cual, la incidencia temporal logra su concretización por medio de un desarrollo histórico real. Al constitucionalista le compete la prospección, la contribución a la ordinaria activación de la virtualidad constitucional, confirmada luego por la historia a través del registro legislativo y jurisprudencial, traduciéndose los resultados conjeturales reflexivos en nuevos esquemas conceptuales, interpretativos y aplicativos. Sobre todo, destacan las conjeturas como proposiciones válidas a efectos de los supuestos considerados contradictorios y para tiempos constitucionalmente difíciles como los vividos actualmente. Mas, como hemos dicho, siempre conjeturas expuestas a la falsificación de una eventual elección por la mayoría parlamentaria, o a través de la ruptura del precedente jurisprudencial. Conjeturas constitucionales, a modo de saber extraño y frágil –ha de reconocerse– para tiempos sobre todo de cambios, de la

virtualidad esperada de expresarse futuramente a través de las normas constitucionales, conforme al dinamismo constitucional imparable y el siempre renovado intervalo entre textualidad normativa constitucional y tiempo histórico-concreto de vivencia[415].

Realizadas las anteriores consideraciones, y poniendo el acento sobre una renovada concepción posmoderna de las relaciones jurídicas iusfundamentales, comprendidas como relaciones de carácter pluridireccional propias de una comunidad compleja, ultradiversificada y multicultural, surge la necesidad de insistir respecto de la importancia a adquirir para el actual contexto de globalización y pluralismo jurídico, la admisión sin reparos de una eficacia de los Derechos Fundamentales no exclusivamente restringida a las relaciones jurídicas entre los ciudadanos y el Estado sino extensiva al sector propio del desarrollo de las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, donde los Derechos Fundamentales interactúan con los de entes no estatales y no públicos, sean individuos, empresas multinacionales, grandes corporaciones, asociaciones, organizaciones o poderes sociales en general. Nos limitaremos a señalar, conforme a esta corriente de pensamiento, la necesidad de que la Constitución prosiga desarrollando su carácter de fuente central de legitimidad y acuerdo de la comunidad política, del Estado y de la Sociedad, y ha así de abrirse de forma progresiva a lo social y político, a través precisamente del filtro de los Derechos Fundamentales, al encuentro cooperativo con toda una red de metanormas y de normas provenientes de otros centros transnacionales e infranacionales o de órdenes institucionales intermedios (asociaciones internacionales, programas internacionales, grandes corporaciones,

[415] Maurizio PEDRAZZA GORLERO, *Congetture Costituzionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, *passim*.

grandes grupos empresariales y financieros, comités científicos, de expertos, grandes despachos de profesionales etc[416].

Conforme hemos señalado brevemente, a modo de fenómeno económico, cultural, político y social, la globalización se ha incursionado asimismo en el escenario jurídico, llegando al extremo de producir dentro del mismo una alteración profunda. Al suponer el proceso globalizador importantes cambios de las estructuras sociales, políticas, económicas, jurídicas y culturales, observamos por doquier la ruptura de paradigmas, con motivo del tránsito de lo moderno a la mentada aún indefinida posmodernidad, en la que al menos algo parece claro, como es el hecho de que a través exclusivamente de "los caminos particulares nacionales (…) no cabe esperar la solución de los problemas", pues resulta imposible "sujetar los mercados financieros globales mediante respuestas particulares de los Estados"; sin menospreciar la importancia conservada aún por estos, con los cuales es necesario contar[417]. Lo ha descrito con sencilla plasticidad Alain TOURAINE, al afirmar: "la globalización como forma extrema del capitalismo separa por completo la economía de las instituciones sociales y políticas a las que estaba conectada desde su propia gestación (…) disolución de fronteras de todo tipo que acarrea la fragmentación de lo que se llamaba sociedad"[418]. Con similares términos, se ha descrito la globalización entre nosotros, como el "proceso económico, tecnológico, social y cultural a gran escala que se fundamenta en el aumento de la comunicación e interdependencia entre los diferentes países del mundo", y tal proceso ha permitido "unificar los mercados, las distintas sociedades y culturas mediante una serie de

[416] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "O direito constitucional entre o moderno e o posmoderno", en *Revista Brasileira de Direito Comparado*, núm. 9, 1990, p. 84.

[417] Andreas PAULUS, "Globalización en el Derecho Constitucional", en *El Derecho constitucional de la globalización*, edición de Michael Stolleis y otros, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, p. 90.

[418] Alain TOURAINE citado por José Esteve Pardo, "La extensión del Derecho…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 17, nota núm. 12.

transformaciones sociales, económicas y políticas que le conceden un carácter transnacional", surgido "en la civilización occidental en las últimas décadas del siglo XX y recibe su mayor impulso con el fin de la guerra fría, ampliándose de forma ininterrumpida a lo largo del presente siglo XXI", uno de cuyos signos distintivos es su idiosincrasia propulsiva, y principalmente incidiendo "en las sociedades que viven bajo el capitalismo democrático o la democracia liberal", las cuales "han sido permeables a la revolución originada por el impulso de las nuevas tecnologías que ha influido considerablemente en la liberalización de la cultura política, en los distintos ordenamientos jurídicos, en la economía y en las relaciones internacionales"; por lo tanto, la economía globalizada, depende podemos aquilatar, viene caracterizada esencialmente, "por la integración de las economías locales en una economía de mercado a nivel mundial, en la cual los modos de producción y los movimientos de capital se configuran a escala planetaria; en este ámbito es destacable la importancia que adquieren las empresas multinacionales y la libre circulación de capitales al lado de la consolidación indiscutible de la sociedad de consumo", empero igualmente, el ordenamiento jurídico "sufre los efectos de la globalización que se aprecian en la necesidad de uniformizar y simplificar procedimientos en las relaciones a nivel nacional e internacional para mejorar las condiciones de competitividad y seguridad jurídica; incluso se aprecia un incipiente intento de universalizar el reconocimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos, pero apenas se insiste en sus garantías jurisdiccionales a nivel universal"[419].

[419] Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, "Retos del Derecho Constitucional ante la crisis de una Sociedad globalizada", p. 6. Trabajo de investigación se realiza en el marco del proyecto de investigación: "CONFIGURACIÓN Y CONTINUIDAD DE LAS RESPUESTAS NORMATIVAS A LA CRISIS". Referencia DER2013-46600-P.Ministerio de Economía y Competitividad. Investigador principal Dr. D. Enrique ALVAREZ CONDE. Instituto de Derecho Público. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, que la autora ha tenido la amabilidad de dejarnos consultar.

Supeditadamente debilitadas e incluso arrinconadas en buena medida instituciones propias del Estado moderno, han cambiado las coordenadas y percibimos iniciada la aparición de novedosas estructuras institucionales sustitutorias, a través de las que vamos pudiendo ya intuir cómo va a discurrir el siguiente orden socio-jurídico. Con lo cual, viene a demostrarse cómo en el interior de esa emergente realidad, o admitimos una verdadera dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales, fortaleciendo su eficacia en tanto valores y principios para todos los sectores del Derecho, y, partiendo de ahí, logramos la introducción de límites claros a su contenido y alcance, dotando al ciudadano con procedimientos ágiles y eficientes tocante a la salvaguarda frente a vulneraciones de sus posiciones jurídicas, o bien estaremos sencillamente dando paso a una etapa de perturbaciones y rupturas sociales, colocando en tela de juicio gran parte de las consecuciones históricas laboriosamente alcanzadas por medio de las luchas sostenidas a favor de las libertades y la autodeterminación de los ciudadanos.

Si seguimos a José Joaquím GOMES CANOTILHO, es lo cierto también que, ante este nuevo paradigma, la Teoría de la Constitución, a partir del sustentamiento de una relativa complicidad –a veces, por el contrario, tensión– con el Derecho Constitucional estatal, viene comprendiendo todavía de modo insuficiente las diferenciaciones funcionales propias de las sociedades hipercomplejas y características de la posmodernidad, habiendo resultado incapaz hasta el momento de ofrecer adecuada respuesta al materialismo acentuado de un orden jurídico global integrado por múltiples regímenes reguladores de carácter sectorial, y pautado a través de la *lex mercatoria* en lugar de por la *lex fundamentale*[420]. Porque, las respuestas a la necesaria reestructuración

[420] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…, op. cit.*, p. 1257.

del nexo entre constitucionalismo y democracia, resultan inválidas, vistas "indiferenciadamente en todo tiempo y en todo lugar", nos dice Gustavo ZAGREBELSKY, y están determinadas por la naturaleza y las tareas del trabajo a realizar[421], ante lo cual dependen de dos factores "enlazados entre sí", insertos ambos "en la relatividad de la experiencia histórica: las características del objeto –la Constitución– y las tareas de la ciencia –el Derecho constitucional– en relación a ese objeto"[422]; en suma, actividad de concretizar la norma –*Konkretisierung*– de conformidad a los postulados del Estado Democrático pluralista, por medio del giro pragmático o práctico y activo y la transversalidad que se imprimen a tal operación a través del trabajo de los textos[423].

2.7.2. Referencia a algunas transformaciones relevantes que ya apuntan, a consecuencia de las mutaciones sufridas por las estructuras jurídico-constitucionales.

2.7.2.1. La cada vez más problemática distinción Derecho-público–Derecho-privado.

El análisis de la distinción reflejada por el epígrafe, según Dieter GRIMM, "debe arrancar de la contingencia histórica", distinción, mantiene el autor, que "ni siempre fue útil, ni tiene relevancia general en la actualidad"[424], ni ha existido en la totalidad de los ordenamiento, pues a principios del siglo XX, Inglaterra no conocía la dicotomía Derecho público-Derecho privado y seguía defendiéndose que el tradicional *common law* constituía un cuerpo único e indivisible de reglas[425]. La

[421] Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo…, op. cit.*, p. 165.

[422] Gustavo ZAGREBELSKY, *Historia y Constitución*, Trotta, Madrid, 2005, p. 28.

[423] Friedrich MÜLLER-Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik…*, *op. cit.*, p. 214.

[424] Dieter GRIMM, *Sobre la identidad del Derecho Público*, Fundación coloquio jurídico europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 12; el origen y desarrollo del Derecho Público, puede seguirse en las pp. 13 y ss.

distinción llevada a término por los juristas, se ha hecho a partir de criterios variados y controvertibles, reducidos por Norberto BOBBIO fundamentalmente a dos, según el criterio diferencial sea fijado en la forma o en la materia de la relación jurídica. De acuerdo con el autor italiano, con fundamento en "la forma de la relación jurídica, se distinguen relaciones de coordinación entre sujetos de igual nivel, y relaciones de subordinación entre sujetos de nivel diferente, de los cuales uno es superior y otro inferior: las relaciones de derecho privado estarían caracterizadas por la igualdad de los sujetos, y serían, por lo tanto, relaciones de coordinación; las relaciones de derecho público estarían caracterizadas por la desigualdad de los sujetos, y serían, en consecuencia, relaciones de subordinación. Con base en la materia, por lo que constituye el objeto de la relación, se distingue los intereses individuales, que se refieren a una única persona, de los intereses colectivos, que se refieren a la totalidad de las personas, a la colectividad. Teniendo en cuenta esta distinción, el derecho privado estaría caracterizado por la protección que ofrece a los intereses privados y el derecho público por la protección ofrecida a los intereses colectivos"[426].

Aunque la diferenciación había tomado asiento antes, y si bien en el período más intenso del Medievo hubo una absorción de lo público por lo privado, el establecimiento de la frontera rígida y una diferencia intensa entre Derecho Público y Derecho Privado, logró su materialización al hilo de los primeros movimientos constitucionalistas y de codificación jurídica, a partir de la separación entre la esfera de las relaciones económicas y la esfera de las relaciones políticas, por ende, de la dicotomía Estado–Sociedad. Mediante la misma, hacía acto de manifestación el modo de configurarse el ordenamiento jurídico del

[425] Raoul Charles J, VAN CAENEGEM, citado por Eugênio Facchini Neto, "Reflexões histórico-evolutivas…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 41, nota núm. 8.

[426] Norberto BOBBIO, citado por Eugênio Facchini Neto, "Reflexões histórico-evolutivas…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 39-40.

Estado Liberal, determinado asimismo por un formalismo característico al servicio de la centralización, la monopolización y la burocratización para el establecimiento del Derecho [427]; toda vez la rígida dicotomía jurídica constituía uno de los axiomas básicos postulados por la teoría política liberal. La Constitución, de una parte, normaba las relaciones entre los individuos y el Estado, al ocuparse de la organización y limitación del poder estatal así como de la garantía de las libertades, esto es, de la sociedad política o ámbito desigualitario. Referente al Código Civil, tenía por tarea la de normar de manera completa, clara y coherente –mito del inteligente legislador iluminista–, las relaciones económicas y sociales surgidas en las relaciones intersubjetivas, a partir de una concepción de la propiedad absoluta y de la plena libertad contractual, consideradas inmunes a la intervención de Estado; y todo ello conformaba el reino de la igualdad [428]. Como consecuencia, no banalmente, el Código recibió la frecuente denominación de "la Constitución de la burguesía liberal" [429], toda vez daba "vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres"[430].

Consecuencia del constitucionalismo liberal, fue un hecho la formación de dos esferas rígidamente separadas, lo que daría lugar a la diferenciación clásica entre lo público y lo privado. El interés privado consideraba al individuo su afectación jurídica natural, y el interés público tenía como su titular y garante al Estado. La Sociedad al modo de un todo, se desdobla entre el grupo de los sujetos privados (Sociedad civil) y el Estado, y de ello surge la ya aludida y acentuada bifurcación de

[427] Por todos Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo..., op. cit.*, p. 171.

[428] Eugênio FACCINI NETO, "Reflexões histórico-evolutivas...", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 54.

[429] Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil..., op. cit.*, p. 53.

[430] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Prólogo", al *El Recurso de Amparo: estado de la cuestión*, de Ángela Figueruelo Burrieza, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, p. 15.

Sociedad y Estado. De otro lado, trascurrido el período durante el cual la hostilidad de la burguesía hacia el Estado era aún manifiesta, la producción de un Derecho propio, y racionalmente ordenado, mostró ser cual eficaz componente de afianzamiento del nuevo orden económico, social y político instaurado. Así, en una Sociedad totalmente privatizada, el Derecho Privado cuya finalidad era la justicia, y desde la consideración de tenor, era consubstanciado al modo de garantía pública de los intereses privados, sin necesitar del Estado ni del Derecho Público para lograr la justicia social, al margen del cambio político. Entretanto, de modo diferente presentaba su tarjeta de visita el Derecho Público, que perseguía fines políticos, y era el Derecho encargado de la limitación de la libertad. Efectivamente, la ideología liberal cargaba al poder público con el cumplimiento de funciones, eso sí, perfectamente acotadas de forma con objeto de mantenerle alejado de ambiciones de poder propias, concentradas, básicamente, en la defensa frente a diversos riesgos: la determinación y aplicación de la Ley, mantenimiento del orden público, seguridad nacional, defensa de las fronteras, y relaciones exteriores.

Conforme documentan sectores de la doctrina científica, el momento histórico-concreto del Estado Social, nítidamente distinto del modelo liberal de organización socio–política, caracterizado ahora por la creciente extensión de las tareas protectoras del Estado del bienestar, preventivo y abierto, así como por su atención frente a riesgos imprevistos, contribuyó de forma decisiva a la "transformación del derecho público, cuyas normas crecieron con fuerza (…) conquistando cada vez nuevos ámbitos de aplicación" [431]. Ahora bien, la fuerza mostrada por el Estado con su apertura a la Sociedad hasta correr el riesgo de ocasionalmente confundirse con ella, ha dado lugar, a su vez, a procesos opuestos de

[431] Este desarrollo, dice Dieter GRIMM, cuya finalidad que estriba en la reducción de "la rigidez y el formalismo de la acción estatal, provoca a su vez un crecimiento considerable del derecho, que, sin embargo, cualitativamente pierde su carácter imperativo", *Sobre la identidad del Derecho…, op. cit.*, p. 29.

penetración de la Sociedad en el ámbito estatal. El fenómeno discurrió paralelo al proceso de entrecruzamiento de valores privados e interés público, para el que la dicotomía público/privado era distorsionante y, por todo ello, la rígida permanencia de separación entre Derecho Público y Derecho Privado, bien pudiera servir tan solo a modo de instrumento apto al objeto de excluir a determinados grupos o individuos de la protección brindada por los Derechos Fundamentales[432]. Sin embargo, mientras este era el discurrir continental del asunto, en Inglaterra el recorrido estaba siendo completamente distinto, hasta el extremo de que en 1885, prácticamente clamaría Albert Venn DICEY: la separación entre ambas ramas es una "continental distinction", dotada de fundamental inconsistencia dentro de nuestro sistema de tradiciones y costumbres[433]. Por el contrario, Estados Unidos sí conoció la distinción, la cual adquiría mayoría de edad en el año 1905, al dictarse la separación entre ambas esferas referida al caso Lochner *versus* New York[434].

Actualmente, ante un marco de relaciones nuevo, en el cual podemos ver a la Sociedad recorriendo un proceso de "estatalización", mientras observamos un Estado "socializado" al menos parcialmente, además de la extensión comentada del Derecho Público y la recuperación de la primacía frente al Derecho Privado, asistimos a la denominada privatización del Derecho Público y, sobre todo, estamos ante publicitación del Derecho Privado, por todo lo cual, ya no es posible la separación nítida de ambos[435]. De esta suerte, podemos apercibirnos

[432] Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales…, op. cit.*, p. 254.

[433] Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 2015 (original de 1885).

[434] *US Supreme Court Reports* 198, 1905, pp. 45 y ss.

[435] Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho de Derecho Administrativo*, Vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 165. La presión del Derecho internacional y sobre todo del Derecho europeo y la modificación de múltiples formas del derecho nacional, sin excepción de ningún ámbito jurídica, puede

cómo lo público y lo privado tienden a convergir[436]. La crisis se ha extendido asimismo a Estados Unidos y, entre la variada y sólida doctrina científica que da cuenta de la misma, podemos remitir a la lectura de un par de publicaciones, bien elaboradas, sencillas y claras, cuyos títulos son ya enormemente evocativos de la perspectiva en la que están situados ambos autores[437].

A partir del momento, por lo tanto, en el cual la Constitución es fundamento del Estado y de la Sociedad, "ocupa todos los espacios jurídicos y los articula a través de los mismos principios, resulta difícil establecer la distinción entre el derecho público y el derecho privado"[438]. Ello se comprende esencialmente si prestamos atención al significado "que han alcanzado los derechos fundamentales en la segunda mitad del siglo XX", una vez la decisión *Lüth* trajo como consecuencia "el redescubrimiento de la dimensión jurídico–objetiva de los derechos fundamentales, que impulsó su eficacia mediata entre particulares y la irradiación de sus valores en la normativa ordinaria", precisamente dándose hasta ahora la circunstancia de haberse prestado la menor atención "a la unidad generada a través del efecto de irradiación", a pesar, con todo, de que "la penetración de la Constitución en la

seguirse en la descripción realizada por Dieter GRIMM, *Sobre la identidad del Derecho …, op. cit.*, pp. 31-35. De igual modo, José Luis CARRO FERNÁNDEZ–VALMAYOR, hace alusión a la "relatividad de la distinción derecho público–derecho privado", "Reflexiones sobre las transformaciones…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 39.

[436] Eugênio FACCINI NETO, "Reflexões histórico–evolutivas sobre…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 48. La STC 208/1999, de 11 de noviembre, reconoce que toda la actividad económica "aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho Público y el Derecho privado".

[437] Nos referimos a Ducan KENNEDY, "The Stages of the Decline on the Public/Private Distinction", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 130, No. 6, 1982, pp. 1349 y ss. Y, desde una perspectiva aún más crítica, apuntado con toda claridad al carácter ideológico de la distinción, Gerald TURKEL, "The Public/Private Distinction: Approaches to the Critique of Legal Ideology", en *Law & Society Review,* Vol. 22, núm. 4, 1988, pp. 801 y ss.

[438] Dieter GRIMM, *Sobre la identidad del Derecho…, op. cit.*, pp. 37-38.

legislación ha supuesto el mayor dique contra la creciente disparidad del material jurídico, algo que vale para el derecho público en concreto y para el derecho en general"[439]. Porque, como bien ha sido apuntado, la misma virtualidad del principio democrático "es consustancial a la difuminación de ambas esferas, pues el *demos* está plenamente habilitado para adoptar decisiones sobre cualquier ámbito que considere apropiado"[440].

Consideradas por lo tanto estas nuevas circunstancias, la dicotomía entre público y privado debe ser desplazada a favor de otro criterio dotado de superior ductilidad, al objeto de establecer los límites de la eficacia de los Derechos Fundamentales para supuestos de relaciones intersubjetivas. Por consiguiente, consideramos inadecuado centrar el análisis en la determinación de la condición pública o privada del eventual transgresor de un Derecho Fundamental en cuestión; deberemos fijar la atención en la naturaleza de la lesión causada.

Si ya a partir de los inicios del Estado Social dio comienzo un proceso de agotamiento de esa diferenciación del Derecho en dos esferas completamente separadas, donde desde la emergencia de la asistencia social surgió inicialmente un alargamiento de lo público con detrimento para lo privado, actualmente, la diferenciación categorial de ámbitos carece de funcionalidad y no desarrolla ni tan siquiera un desempeño de carácter heurístico dentro de la epistemología jurídica. La aparición de nuevos conceptos, novedosos métodos, nuevos valores e instituciones jurídicas, que intentan comprender, explicar y dominar la Sociedad hipercompleja del presente, terminan por cuestionar decididamente la añeja y rígida fragmentación de corte liberal entre Derecho Público y Derecho Privado por su continúo desbordamiento, estando requerida

[439] Dieter GRIMM, *Sobre la identidad del Derecho…, op. cit.*, p. 38.

[440] Enrique ÁLVAREZ CONDE, "El Derecho Constitucional de…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 86.

entonces de otras modulaciones y búsqueda de categorías más adecuadas. Adicionalmente para los momentos actuales, el proceso referido más arriba de estatalización de la vida privada, producido por el constitucionalismo moderno del siglo XX, iniciaría desde las postrimerías de este siglo un proceso recíproco de privatización de la vida pública, acentuando que con ello "la frontera entre Derecho Público y Derecho Privado ya no tenga una delimitación rigurosa ni una impermeabilidad total", pues comprobamos como el "Derecho Privado penetra en los espacios públicos a través de los servicios públicos industriales y comerciales, y, sobre todo, por intermedio de las empresas nacionales y las sociedades de economía mixta. Al entrar en el mundo de los negocios, el Estado toma el atuendo de comerciante y adopta sus técnicas jurídicas", doble proceso afirmativo de haberse producido "la constitucionalización del Derecho Civil, rama jurídica que ya no puede aplicarse sin remitirse a los derechos fundamentales y bienes constitucionales protegidos por la Constitución"[441].

A ese proceso de deconstrucción de la dicotomía entre lo público y lo privado se vincularán eficazmente los Derechos Fundamentales, y han sido al menos por tal proceso felizmente contaminados. En este sentido, como sabemos, si inicialmente los Derechos Fundamentales eran oponibles exclusivamente frente a los poderes públicos, actualmente, la posición muy mayoritariamente sostenida habla sobre su eficacia asimismo, sea directa o indirecta, para las relaciones jurídicas intersubjetivas. A juicio de Walter LEISNER, los Derechos Fundamentales, que afectan a la existencia humana globalmente considerada, serían justamente un punto de conexión entre las esferas de lo público y de lo privado[442]. Y para Maria Celina BODÍN DE MORÃES, la

[441] César LANDA ARROYO, "La constitucionalización del Derecho…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 314.

[442] Walter LEISNER, *Grundrechte und…, op. cit.*, pp. 127 y ss.

opinión que se está haciendo cada vez más dominante, sostiene la definitiva pérdida de sentido del antagonismo o mera separación entre lo público y lo privado, porque el Estado Democrático de Derecho tiene como uno de sus fundamentos esenciales el principio de Dignidad de la persona, así como los valores sociales del trabajo y de la libertad de iniciativa; y, para esta situación, las relaciones jurídicas buscarán conferir efectividad a la Constitución y al principio de Dignidad humana en todas las actividades del sistema jurídico brasileño, que está a su vez inserto en el sistema global[443].

Ante una realidad radicalmente transformada, la comprensión de la problemática del presente acerca de la vinculación de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales, se halla necesitada de la superación del empleo de conceptos derivados de esa distinción clásica, resultando ser a la vez creciente cada día el número de autores que reconocen la eficacia de los Derechos Fundamentales para la totalidad del ordenamiento jurídico, persuadidos de la unidad de este último, y de la imperiosa necesidad de protección de los Derechos y Libertades frente a las amenazas también crecientes de los poderes sociales, una vez constatada la aproximación substancial entre las relaciones públicas y privadas de dominación.

2.7.2.2. El fenómeno de la ¿relativa? desconstitucionalización y su repercusión en los Derechos Fundamentales.

2.7.2.2.1. El diagnóstico de lo que acontece.

La discusión sobre la eficacia vinculante de los Derechos Fundamentales está íntimamente ligada a la condición normativa atribuida a la Constitución de un determinado ordenamiento jurídico. Y

[443] Maria Celina BODÍN DE MORÃES, "A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Estado Direito e Sociedade", *Revista Estado, Direito* e *Sociedade,* Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Vol. 1, 1991, p. 356.

tal eficacia solamente puede ser observada dentro de la contextualidad de aquellos sistemas jurídicos que reconocen a la Constitución como Norma Suprema Fundamental y elemento de unidad de todo el ordenamiento. Esto es, la Constitución debe ser la fuente de validez formal y material de todo el sistema jurídico.

Actualmente, en la totalidad de los países decantados por la adopción de constituciones pluralistas y rígidas, la cuestión parece estar pacificada. No obstante, desde tiempos relativamente recientes, observamos, en algunos órdenes jurídicos más acentuado que en otros, una panorámica de desconstitucionalización, fenómeno capaz de cuestionar la idea de Constitución como centro regulador del orden político-social.

Pues bien, según José Joaquím GOMES CANOTILHO, nos hallamos ante una situación en la que "el Derecho constitucional ya no es lo que era. Por eso, o también por eso, la Constitución ya no es lo que era"[444]. A ello se une la aludida crisis de legitimidad del Derecho de la modernidad, y, de otra parte, influye la constitucionalización de la Sociedad con capacidad de operar por su propia cuenta, lo que Günther TEUBNER ha denominado "*societal constitutionalism*", esto es, cuando determinados sujetos privados experimentan el rol de "legisladores"[445]. Conforme expone el ilustre constitucionalista portugués, el Derecho Constitucional venía siendo concebido como un complejo normativo jerárquicamente superior dentro del conjunto del sistema jurídico, y, en ese contexto, las normas constitucionales conllevaban en sí mismas soluciones parcialmente predefinidas, aunque necesitadas de concretización, a los varios problemas surgidos en la estructura y funcionamiento de la

[444] "*O direito constitucional ja nâo é o que era. Por eso ou también por eso, a Constituição já nâo é o que era*", José Joaquín GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…, op. cit.*, p. 1255.

[445] Günther TEUBNER, *La cultura del diritto nell`época della globalizzazione. L`emergeré delle costituzioni civil*, Armando Editore, Roma, 2005, pp. 57 y ss.

Comunidad política[446]. Konrad HESSE lo expuso con términos parecidos al cierre del siglo pasado, cuando concluía: "nos nutrimos con el ajuar de ideas de un mundo que ya no es el nuestro", toda vez "el mundo del Estado nacional soberano ha entrado en su ocaso", y "la Historia ha continuado su marcha alejándose de los terrenos donde arraigaba, que hasta ahora servían como sustrato seguro de la teoría del Estado y de la Constitución"[447].

Expresado mediante otros términos, los preceptos constitucionales eran generalmente suficientes para regular, dirigir y decidir los problemas jurídicos surgidos dentro de una comunidad constitucionalmente organizada en Estado [448], bastando con saber realizar la pertinente concretización, al objeto de extraer de aquellos respuestas válidas y suficientes cuando aparecieran implicadas cuestiones jurídico-político-constitucionales [449], y ello, a partir de los consensos siquiera mínimos expresados por los textos normativos, generando unidad a partir de la interdependencia, diversamente formulada a cargo de las varias teorías de la Constitución, de topois como historicidad, proceso, consenso y compromiso, unidad, abertura y orden[450]. Así, la forma superiormente lograda de autonomía normativo-

[446] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoría..., op. cit.*, p. 1255.

[447] Konrad HESSE, "Die Welt des Verfassungsstaates. Einleitende Bemerkungen zum Kolloquium", *Die Welt des Verfassungsstaates. Erträge des wissenschaftlichen Kolloquiums zu Ehren von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Häberle aus Anlaß seines 65. Geburtstages*, edición de en Martin Morlok, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, p. 13.

[448] Alertaba asimismo sobre las debilidades que apuntaba el Estado, ante lo cual era necesaria su repotenciación como sujeto firme, José Juan GONZÁLEZ ENCINAR, "Derecho del Estado y Ciencia del Derecho del Estado", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, pp. 333 y ss.

[449] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoría..., op. cit.*, p. 1255.

[450] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação..., op. cit.*, p. 478.

constitucional, era detectada en las constituciones programáticamente dirigentes. Programáticas quiere decir establecedoras de un programa para actuar e inspirador de la actividad propia de los poderes públicos, esto es, aquellas en las que la Ley Suprema se muestra como norma "directiva fundamental (*costituzione-indirizzo*), <<dirigente>> de la actividad de los poderes públicos y condiciona a los particulares de tal manera que asegura la realización de los valores constitucionales"[451]; contenido principial y programático puesto de relieve a través de preceptos como el artículo 10.1 de la española, al identificar a los Derechos Fundamentales con el carácter de ser uno de los fundamentos del "orden político y de la paz social", interpretado luego a modo de un mandato dirigido esencialmente al Legislador al efecto de que haga efectivos tales Derechos así como "los valores que representan"[452]; y, por supuesto, nuestro artículo 9.2.

Adicionalmente, las normas constitucionales no solo ofrecían principios de regulación del poder político y de los diversos status de los individuos, sino que pretendían tener una fuerza normativo-planificadora o, cuando menos, rectora, de transformación política y socio-económica[453], constitutivas de verdaderos programas votados para el futuro a partir de los cuales se pretendía la transformación social[454], y luego la totalidad del Derecho infraconstitucional moderno desarrollo de esas constituciones haría posibles a través de normas de cuño

[451] Maurizio FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996, p. 129.

[452] STC 53/1985, de 11 de abril.

[453] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoría..., op. cit.*, p. 1255.

[454] Eugênio FACCINI NETO, "Reflexões histórico-evolutivas sobre a..., *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 46.

promocional[455]. Cientificidad, racionalidad, subjetividad, considerados valores indeclinables de la Sociedad moderna, compusieron el *background* teórico-político de las constituciones[456], con lo cual, en cuanto portadora de contenidos a los condensadores de un valor específico, la Constitución venía cargada de un valor intrínseco, esto es, el hecho der constituir "un valor por sí misma"[457]. Conceptos jurídicos muy reflexionados y más o menos logrados en el contexto del Estado-nación, a modo de categorías fundamentales de la democracia política, tales como la Constitución, el Estado, la Ley, la Democracia, el Pueblo, la Libertad, la Igualdad, la Solidaridad, los Derechos Fundamentales, la Soberanía, la Nación, la división de poderes, la relación jurídica y la capacidad, el contrato, el negocio jurídico, los derechos subjetivos, individuo, capital, trabajo, clase, integración, racionalización…, forjados a lo largo del tránsito del constitucionalismo a través de los derroteros de la modernidad, ya no son la misma cosa, tienen ahora significados alterados[458]. Ello obliga a la teoría constitucional a comprender nuevos

[455] Pietro PERLINGIERI, *Profili del Diritto Civile*, 3ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, p. 3. En el mismo sentido, la consideración del Derecho como conservación de lo existente y al mismo tiempo como instrumento de transformación y emancipación social, se refiere Clàudia Lima MARQUES, quien destaca cómo también puede ser instrumento de justicia, de equilibrio contractual y de inclusión social en la Sociedad actual, instrumento de protección de determinados grupos, de garantía de la persona humana, de combate frente al abuso del poder económico y de toda actuación contraria a la buena fe en el tráfico social y para el mercado, "Apresentação, al libro Fundamentos do Direito Privado, de Ricardo Luis Lorenzetti", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1998, p. 38.

[456] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "O direito constitucional entre o moderno…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 79. En muy similar sentido habla del sentido mutado de estos conceptos Antonio BALDASSARRE, a lo que une la ruptura del equilibrio entre universalismo y razón de Estado, fruto todo ello a su juicio de la globalización económica y política, que ha atacado a los elementos empleados como fundamento de la democracia y cómo esta tiene ahora mayores enemigos, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza Editori, Roma, 2002.

[457] Mario DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino Società Editrice, Bologna, 1994, p. 15.

[458] Acerca de la necesidad de llevar a cabo una renovación dogmática, buscando nuevas justificaciones para las figuras centrales del Derecho Privado, como las nociones de derecho subjetivo, autonomía privada, contrato, propiedad o libertad de asociación, a consecuencia de la nueva concepción del contrato que pasa a desempeñar también una

significados e incluso conceptos de la teoría social, como por ejemplo, y muy significadamente, el concepto de riesgo, o el de injusticia ambiental, si no quiere terminar convertida en una Constitución simbólica, peyorativamente entendido el término[459]; esto es, asumir esos nuevos desafíos de tal modo que ello también permita sentir la necesidad social de proceder a una revaluación de la dimensión simbólica efectiva de la Constitución[460]. Sin embargo, ante esta nueva realidad, como pone de relieve José Joaquím GOMES CANOTILHO, la construcción clásica del Derecho Constitucional, la influyente en nuestra formación de modo determinante y acerca de la cual aún seguimos investigando, se encuentra actualmente en la encrucijada, siendo varios los factores contributivos de haber llegado a semejante situación[461]. Y, con similares términos, también hemos escuchado entre nosotros, a propósito de la denominada "erosión del constitucionalismo estatal", el diagnóstico de la constatación referida a la "pérdida de la Constitución" para seguir cumpliendo la función que tenía encomendada[462]. De una parte, hace ya algún tiempo que la Constitución se halla alejada de "los presupuestos históricos y de las bases sociales en los que debería encontrar su fundamentación", y a consecuencia del "debilitamiento del principio

función económica global, se manifestó ya hace unos decenios Franz WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980, p. 72

[459] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "O direito constitucional entre o moderno…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 77. Francesco BELVISI, "Un fundamento delle Costituzioni Democratiche Contemporanei? Overo: Per una Costituzione senza fondamento", en *Democratiche, Diritti, Costituzione*, edición de Gustavo Gozzi, Il Mulino Società Editrice, Bologna, 1997, pp. 231 y ss.

[460] Thomas VESTING, "Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne", en *Der Eigenwert der Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassungsrecht nach der Globalisierung?*, edición de Thomas Vesting / Stefan Korioth, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 83.

[461] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoría…, op. cit.*, p. 1255.

[462] Pedro CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 27-28.

democrático, tiene que buscar en sí misma y su condición de gran programa político de la libertad, la propia razón de su existencia"[463]. De otro lado, la globalización y sus desbordamientos, como la transnacionalización, la invención de nuevos espacios públicos, el fortalecimiento de los privados, y el robustecimiento asimismo de determinados poderes sociales, han colocado en entredicho la idea de Constitución y su consideración de centro de un conjunto normativo activo y finalista, regulador y directivo para la nueva Sociedad, por su falta de adecuación de la esfera jurídica propugnada a los diferentes ámbitos sociales y a las distintas prácticas sociales que han emergido[464]. A consecuencia de la mundialización económica y social, dirá Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, la Constitución se ve incapaz de "controlar un amplio elenco de poderes reales que de forma oculta agreden y tergiversan sus contenidos"[465].

Consiguientemente, en relación al Derecho Constitucional clásicamente entendido, ha surgido el interrogante lógico acerca de si habrá arribado "ya al final del trayecto o si las adaptaciones detectadas hasta la fecha son síntomas de transformaciones radicales hacia algo completamente distinto" capaz de recuperar, reinterpretándolo, el principio de autodeterminación[466]. Pero, con excepción de algunas minorías, momentáneamente, permanece el resto bastante indiferente ante la consolidación a sus mismos ojos de las grandes organizaciones y de los actores colectivos neocorporativos, situación frente a la que resulta

[463] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 1998, 100, p. 35.

[464] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "O direito constitucional entre…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 79.

[465] Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, "Retos del Derecho Constitucional ante la crisis…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 13.

[466] Pietro Giuseppe GRASSO, *El problema del constitucionalismo…, op. cit.*, p. 59.

problemático y carente de sentido proseguir "aplicando esquemas e instrumentos viejos a hechos reales nuevos e imprevistos; por lo tanto, en condiciones y dificultades inconmensurables con respecto al pasado"[467].

Luigi FERRAJOLI, desde ideas no distantes a tal respecto, ve la merma del papel garantista de la Constitución y la pérdida de su valor vinculante, en la "caída de la tradicional jerarquía de las fuentes, derivada a su vez del fin del Estado nacional como monopolio exclusivo de la producción jurídica"[468]. Sea como fuere, es evidente que la conocida y peculiar concepción de la Constitución "ya no tiene hoy en día el poder de seducción que tenía en el pasado reciente, más precisamente en el período áureo del *Welfare State*" y, de este modo, la propia "idea de Constitución va gradualmente dejando de ser un principio absoluto susceptible de ser visto y reconocido como norma fundamental y centro del que emana el ordenamiento jurídico" [469] . La existencia de organizaciones globales determina la disminución del poder y de la eficacia de los gobiernos nacionales y mina con descaro la legitimidad de las instituciones constitucionales democráticas [470] . Los instrumentos jurídicos tradicionales, con su pretensión de validez *erga omnes* y "sus códigos binarios convencionales expresados en las dicotomías permitido–prohibido, legal–ilegal, público–privado, o constitucional–inconstitucional, serían demasiado simples para afrontar las multifacéticas cuestiones que surgen en contextos socioeconómicos en constante cambio"; como

[467] Pietro Giuseppe GRASSO, *El problema del constitucionalismo…, op. cit.,* p. 103.

[468] Luigi FERRAJOLI, "Democracia y…*", loc. cit.* en *op. cit.*, p. 341.

[469] José Eduardo FARIA, *El Derecho en la Economía…, op. cit.*, p. 29.

[470] Michael GOODHART, *Democracy as Human Rigts: Freedom and Equality in the Age of Globalization*, Routledge, New York, 2005. Acerca de la ineludible necesitad de rescatar la importancia y efectividad del principio democrático, la recuperación del espacio público y del concepto de ciudadanía, insiste en su trabajo Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, "Retos del Derecho Constitucional ante la crisis…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 17.

consecuencia, conducirían a selecciones "invariablemente rígidas, inapropiadas y por ello generadoras de tensión y multiplicadoras de conflictos"[471]. Resulta necesario esclarecer, por lo tanto, conforme a qué estipulaciones la Constitución del presente está en condiciones de proseguir aspirando a ser considerada al modo de Ley de la totalidad sociopolítica sin pérdida de su fuerza normativa, o si, por el contrario, debemos resignarnos a verla reducida "a un orden parcial", toda vez ya no le resulta posible "incluir a todos los titulares del poder público", y siendo preciso contar con la realidad de que tampoco incluirá "todos los ámbitos de la actividad estatal" [472]. De este modo, se considera, atendiendo por ejemplo a la propuesta del mismo José Joaquím GOMES CANOTILHO, la necesidad de búsqueda de renovados caracteres y funcionalidad para un constitucionalismo posmoderno, y de esta suerte, conforme a la estimación del autor, la que sería denominada Constitución responsiva y aspiracional, habría de esforzarse denodadamente por ofrecer adecuada respuesta a la crisis de reflexividad y a la problemática de la necesaria rematerialización del Derecho Constitucional en términos de adaptación y maleabilidad de la acción de los órganos constitucionales, como centro del superdiscurso social, a partir de la consideración de la presencia de una Sociedad multicultural, multiplural e hipercompleja, rasgos caracterizadores de la contemporánea [473]. De la misma manera, ha de procurar conciliar

[471] José Eduardo FARIA, *El Derecho en la Economía..., op. cit.*, pp. 154-155.

[472] Dieter GRIMM, *Constitucionalismo..., op. cit.*, p. 209.

[473] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoría..., op. cit.*, p. 1273; "Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo", en *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, núm. 15, 1996, entre otros momentos. Asimismo, en la necesidad de que el orden jurídico haga énfasis en la diversidad y el pluralismo, en cuanto características propias de la post-modernidad que han de tener acogida jurídica, ha puesto especial empeño Alessio ZACCARIA, "Il diritto privato europeo nell`epoca del postmoderno", en *Rivista di Diritto Civile*, núm. 3, 1997, pp. 367 y ss. Y en la misma dirección mueve su argumentario el artículo de Erik JAYME, para quien frente al tradicional Derecho comparado que perseguía el objetivo de encontrar lo común, es ahora la misma una visión demasiado estrecha y reductiva de la comparación

necesariamente exigencias de unidad de ordenación socio-estatal con el correspondiente postulado de autonomía del Derecho Constitucional actuante para el cambiado contexto socio-político, y la imperiosidad de abertura; esto es, todo ello implica la adaptabilidad de las normas constitucionales a esa nueva realidad social tan radicalmente transformada, compleja y mutable de nuestros días[474]. Solo de esta suerte, podremos recuperar, desde una renovación dogmática y conceptual, el carácter emancipatorio de los valores constitucionales, que, por su propia naturaleza y exigencias democráticas, irradiarán también al Derecho infraconstitucional[475].

2.7.2.2.2. Una propuesta de alternativa: hacia la reflexibilidad de lo constitucional.

Ello lo anterior no obstante, frente al creciente reconocimiento de la concepción de una Constitución desubstantivada, esgrime José Joaquím GOMES CANOTILHO, sin embargo, el postulado diferenciado de la Constitución atendiendo a su consideración como "estatuto reflexivo" de civilidad y corresponsabilidad, de captación de los tres estadios programáticos del Derecho: programa condicional, programa

posmoderna que, por el contrario, procura buscar lo que divide, las diferencias, pues la pluralidad reaparece como un valor jurídico determinante, atenta a la pluralidad de las formas de vida (pluralismo); exactamente, porque es imposible perder de vista, especialmente las diferentes posturas y conductas, como formas de expresión contemporánea de valores y estilos de pensamiento que conducen al derecho a la diferencia, esto es, a la protección de la identidad cultural de las minorías, representativo de un aspecto acerca de la manera post-moderna de ver las cosas, y a partir de lo cual cada individuo puede pretender alcanzar un derecho a ser diferente, "Visões para uma teoria Pós-moderna do direito comparado", en *Revista dos Tribunais*, Vol. 759, 1999, pp. 24 y ss.

474 José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoría..., op. cit.*, p. 1273.

475 Clèmerson Merlin CLÈVE, "Teoria constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatoria", en *Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*, edición de Carlos Henrique de Carvalho Filho, Revista dos Tribunais Editora, *São Paulo*, 1995, pp. 37-38.

instrumental y programa relacional[476]. Eso sí, interiorizando un realista punto de vista muy acotado, esto es, la decadencia de la idea Constitución como centro de un sistema normativo, regulador y dirigente de la Sociedad hipercompleja del presente, y desde la necesidad al fin y al cabo de su adaptación a la reflexividad de un Derecho Constitucional posmoderno y al papel a ejercer por este como instrumento de conformación normativa, estableciendo criterios mínimos referenciales dentro del contexto de elevada complejidad social aludida[477]. A tal efecto, revaluar la función de la Constitución para la realidad posmoderna, determinando su significado actual como estatuto reflexivo[478], que por medio del establecimiento de condiciones mínimas y esquemas procedimentales, de apelación a autorregulaciones y desjurificaciones, de sugestiones orientadas en el sentido de la evolución político-social, posibilite la existencia de una pluralidad de opciones políticas que garanticen el cambio, la compatibilización de los disensos, en fin, la presencia efectiva de varias alternativas en orden al desarrollo de la actividad política [479] . Conforme explica el maestro portugués, la reflexividad posmoderna no arrumba por completo el entendimiento racional de la modernidad constitucional; la consciencia proyectante del individuo así como la fuerza conformadora del Derecho, deben permanecer aún a la manera de *background* filosófico-político del movimiento constitucional postmoderno, aunque haya de renunciar este

[476] El modelo de derecho reflexivo, apunta José Eduardo FARIA, "representa de hecho una alternativa al orden jurídico comprometido por la inflación legislativa, minado por la juridificación y corroído por el trilema regulatorio", *El Derecho en la Economía…, op. cit.*, p. 236.

[477] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoría…, op. cit.*, pp. 1294-1295.

[478] Thomas VESTING, "Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 77.

[479] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoría…, op. cit.*, pp. 1295 y ss. Asimismo Lenio Luiz STRECK, *Verdad y Consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en Derecho*, BdeF, Montevideo–Buenos Aires, 2012, p. 33 entre otros momentos.

a la dimensión totalizante de lo político-social[480]. Así, tal como apunta Gustavo ZAGREBELSKY, la concepción cada vez más acentuada de la democracia como conjunto de principios contrarios al dogma, no implica la asunción del relativismo como su substrato ético, ni que requiera de los ciudadanos una actitud de indiferencia frente a cuestiones de principio inherentes a los problemas político-sociales[481].

Estamos, pues, ante la cuestión determinante relativa a la problemática esbozada, la aludida pérdida del carácter dirigente de regulación activa propio de la Constitución: "*a Constituição dirigente morreu*!" [482] , cuyos textos vigentes han sufrido una especie de "modificación tácita", con la consiguiente alteración del "significado y las finalidades generales: de ley fundamental del Estado a ley para la coordinación de los poderes públicos efectivos"[483]; lo que obliga a tratar de ser equilibrada tal pérdida por medio de un fortalecimiento de sus otras posibilidades como es la de control. Preciso se hace, para esta tesitura, institucionalizar sistemas de observación permisivos de la supervisión de los subsistemas sociales (grandes corporaciones, asociaciones, grupos neocorporativos, empresas multinacionales etc). Tales subsistemas impondrán a buen seguro la presencia de formas de controles suaves o a distancia, en congruencia con las concepciones múltiples y débiles de la posmodernidad, esto es, estamos en otro mundo distinto del de la modernidad: el correspondiente a la absolutización de

[480] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoría..., op. cit.*, p. 1295.

[481] Giorgio NAPOLITANO–Gustavo ZAGREBELSKY*, L'esercizio della democracia*, Codize Edizione, Torino, 2010, *passim.*

[482] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "Da *Constituição* Dirigente ao Direito Constitucional Dirigente", en *Mercosul Integração Regionale e Globalização*, edición de Paulo Borba Casella, Renovar Editora, Rio de Janeiro, 2000, p. 5. Asimismo, la incompatibilidad entre e postmodernismo y el proyecto de Constitución dirigente, es subrayada por Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais..., op. cit.*, pp. 62-63.

[483] Pietro Giuseppe GRASSO, *El problema del constitucionalismo..., op. cit.*, p. 58.

las diferencias y de la singularidad, el de la complejidad, la indeterminación y ¡el relativismo!, el mundo de la pos-modernidad[484]. Cierto que, desde la óptica de José Joaquím GOMES CANOTILHO, los aludidos controles podrían caracterizarse como una acción de control flexible y difuso, a modo de observar de largo, o tal vez fórmulas de supervisión distintivas de "intervenciones políticas autoritarias, directas y jerárquicas", siendo preferibles "procedimientos discursivos posibilitadores de una confrontación de los controladores con las reglas aseguradoras de reflexibilidad y estabilidad de los varios sistemas sociales"[485]. Un tanto en la línea del "derecho dúctil" propugnada por Gustavo ZAGREBELSKY, quien la define como la "expresión jurídica de un modo de ver la vida colectiva, no como una mera lucha entre fuerzas particulares por la afirmación de intereses egoístas, sino como acción para la garantía de valores colectivos"[486]. Esta teoría de los controles suaves, sin embargo, es perfectamente compatible con la necesaria presencia de controles no institucionalizados llevados a cabo por el pueblo, esto es, "la existencia de un espacio político público desconfiado, móvil, vigilante y bien informado, que dinamice iniciativas populares, introduzca alternativas en las elecciones políticas, domestique el poder de

[484] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? – A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito Pós-moderno", en *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, edición de Eros Roberto Grau / Willis Santiago Guerra Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 2001, pp. 108 y ss.

[485] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoría..., op. cit.*, pp. 1350-1351.

[486] Gustavo ZAGREBELSKY, *La virtud de..., op. cit.*, p. 81; no obstante, es preciso tener cuenta algo que el propio Gustavo ZAGREBELSKY ha apuntado con nitidez, y es que la legitimidad de la Constitución depende "no de la legitimidad de quien la ha hecho y ha hablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar esas respuestas en la constitución. En resumen: la Constitución no dice, somos nosotros los que la hacemos decir", *Historia y Constitución..., op. cit.*, p. 88; un Derecho, el dúctil, "que asume como valor la autonomía moral de los individuos, limitándose a regular los puntos de contacto entre las diversas esferas de autonomía, para prevenir y reprimir los conflictos", *La virtud de..., op. cit.*, p. 79.

los media, imponga justificaciones rigurosas a los actos políticos, defienda el espacio de los ciudadanos ante los privilegios neocorporativos, es hoy un tipo de control insustituible en los Estados constitucionales"[487].

2.7.2.2.3. Otro novedoso paso hacia la eventual solución: por una renovada eticitación normativa.

Con fundamento en todo lo previo, también ha sido propuesta la reserva a favor de la Constitución de una nueva función ética, lo que José Joaquím GOMES CANOTILHO denomina la *eticitación constitucional*[488]. El intento debería discurrir por los derroteros de tratar de preservar una especie de *original intent* adaptado al nuevo escenario, esto es, asumir una idea de Constitución al modo de *higher law*, y regenerarla por medio de un catálogo de virtudes cívicas que den lugar a la vinculación emocional del ciudadano a la misma, en cuanto constitutiva de una nueva dimensión simbólica de referencia y dentro de la cual los Derechos Fundamentales sean muy claramente asumidos como realidad presupuesta frente al Derecho legislado[489]. Significaría la comprensión del texto constitucional como un código de valores sociales fundamentales, adecuados a la finalidad de poder ser utilizados cual una especie de religión civil, capaz de lograr un nuevo equilibrio de poder entre los pluralismos estatales, nacionales, sociales, culturales y étnicos; dentro de un mundo globalizado en profunda transformación. De este modo, la inclusividad de lo constitucional debería estar funcionalmente

[487] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoría…, op. cit.*, p. 1351.

[488] La inexistencia discusión acerca del hecho de que "las constituciones incorporan alguna visión ética, una concepción del bien", es destacado por Susanna POZZOLO, "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 173.

[489] Thomas VESTING, "Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 78.

abierta a una especie de legitimidad moral y material guiada por un Derecho responsivo (*responsive law*) (un Derecho no limitado a ser Derecho represivo o *repressive law*), funcionalmente instrumental por referencia a los fines del poder político y económico[490]. Justamente, nucleado por principios generales de Derecho Constitucional global, respetuosos de los Derechos Humanos y Fundamentales ineludibles[491], capaz de recuperar "*la vertu*", definida conforme a los términos propios del pragmatismo francés: "*On peut definir cette vert, l`amour des lois et de la patrie*"[492]. Y tampoco tiene por qué resultar imposible, si reparamos en la naturaleza especial del Derecho Constitucional y su carácter de universo reflejo de la ética recognitiva respecto de lo que podríamos denominar "la moral social" dominante[493], toda vez mediante sus principios estructurales acopla la primera expresión "de los valores fundamentales expresados por el ordenamiento jurídico, informando materialmente las demás normas"[494].

[490] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "O direito constitucional na encruzilhada…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 215 y ss. En similares términos Gustavo ZAGREBELSKY, *La virtud de…, op. cit.*, pp. 80-81, entre otros momentos.

[491] Mark TUSHNET, "The Inevitable Globalization of Constitutional Law", en *Virginia Journal of International Law*, 49, 2009, pp. 985 y ss.

[492] Charles–Louis DE SECONDANT SEÑOR DE LA BRÈDE Y BARON DE MONTESQUIEU, *De L´Esprit des lois*, Libro IV, Capítulo V, Garnier-Flammarion Editions, Paris, 1979.

[493] Neil MAcCOMICK, "La morale costituzionale e la costituzione", en *Il diritto come istituzione*, edición de Neil MacComick / Ota Weinberger, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1990, pp. 225 y ss.

[494] Walter–Claudius ROTHENBURG, *Principios Constitucionais*, Sérgio Antonio Fabris Editore, Porto Alegre, 1999, p. 16.

Si característica alegórica de nuestra época es que "la normatividad ya no consigue disciplinar la vida social"[495], tampoco la Constitución está en situación de pretender responder actualmente a la idea de un texto normativo por completo condensador de la regulación social, para una sociedad heterogénea y democrática y socialmente fragmentada[496]. De todos modos, cuando menos, sí la es factible a la Norma constitucional proseguir siendo un elemento que aún reúna las exigencias mínimas de legitimidad, representada esta esencialmente por la realización de los Derechos Fundamentales constitucionalmente estipulados, lo cual implica nada menos, a tal efecto, un acuerdo acerca de los valores fundamentales y supremos irradiantes de "sus efectos sobre la totalidad del ordenamiento y se delega al legislador su desarrollo"[497]. Eso sí, unos Derechos comprendidos de modo diferente a la función clásica de prohibiciones frente a la intervención, dando paso a la "subversión metodológica", a partir de la cual sean concebidos dotados de primacía, de control de los procesos desarrollistas y concretización dinámica de la norma garantizadora, de modo que el orden de valores abarcado adquiera un sentido dinámico y abierto[498]. El conjunto de derechos y libertades constitucionalmente garantizados, debe ser consolidado a modo de fundamental elemento de garantía frente a la deslegitimación ética y la

---

[495] Fabio CIARAMELLI, *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho*, Trotta, Madrid, 2009, p. 135.

[496] Andreas L. PAULUS, "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?", en *The shifting allocation of authority in International Law: considering sovereignty, supremacy and subsidiarity*, edición de Tomer Broude / Yuval Shany, 2008, pp. 193 y ss

[497] Susanna POZZOLO, "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 169.

[498] Thomas VESTING, "Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 15-16. En contra de la validez intemporal de las interpretaciones del sistema de valores constitutivo de los Derechos Fundamentales, asimismo Ernst BENDA, "El Estado social…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p, 468.

desestructuración moral de la Constitución, llevada eficazmente a cabo a través de desregulaciones y flexibilizaciones [499] ; y persistirían los Derechos Fundamentales constituyendo, por consecuencia, la raíz antropológica esencial de la legitimidad constitucional y del poder político[500]. Su positivización por medio del texto de la Constitución, viene advirtiendo desde hace tiempo el maestro lusitano Jose Joaquím GOMES CANOTHILNO, no puede significar que los Derechos Fundamentales dejen de ser elementos constitutivos de la legitimidad constitucional, y, por consiguiente, elementos legitimativo-fundamentantes del propio orden jurídico-constitucional positivo, ni que la simple positivización jurídico-constitucional les convierta exclusivamente en "realidades jurídicas efectivas"; expresado mediante otros términos, la positivización jurídico-constitucional no "disuelve" ni "consume" el momento de la "iusnaturalización", presente en las raíces "fundamentantes" de los Derechos Fundamentales "(dignidad humana, fraternidad, igualdad, libertad"[501].

Y, apuntada esta perspectiva, debería incidir en ella la teoría posmoderna de los Derechos Fundamentales, así como su praxis política, de querer estar a la altura de los problemas. Son efectivamente aún, la "*conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin colocar en peligro la forma de

[499] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "Rever ou Romper com a *Constituição*…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 7 y ss.

[500] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "O direito constitucional entre o…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 86. Ya para Rudolf SMEND era indiscutible que los Derechos Fundamentales conformaban el contenido objetivo de integración de la Constitución, en cuanto participan en la constitución del Estado, y las posibilidades de realización de los mismos deciden, al mismo tiempo y de manera esencial, si los principios estructurales de la Constitución cobran realidad y efectividad en el proceso político, "Verfassung und Verfassungsrecht", en *op. cit.*, p. 265.

[501] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoría…, op. cit.*, pp. 347-348.

Estado o su transformación radicalmente"[502]. Aún constituyen "las piedras angulares que legitiman el orden estatal (…) son entonces un factor decisivo para la existencia del Estado y del orden estatal, y el robustecimiento de los derechos fundamentales no puede sino redundar a favor del Estado"[503]. Pero, para este modelo, la cuestión es si actualmente destinamos a los Derechos Fundamentales al cumplimiento de la importante función de ejercer el tipo de control débil y difuso de la Sociedad aludido, realizado a través de su vocación ética incluyente, o más bien no se ha reparado en ello; tarea a la cual ha de unirse el asentimiento libre de "un número tan vasto como sea posible de ciudadanos", sin poner obstáculos a "los cambios sociales", debiendo ser "mantenidos y protegidos en su esencia sin reserva ni restricción alguna"[504]. Este creciente reconocimiento de que el sistema de Derechos Fundamentales conduce a su transformación en la propia Constitución, acaba por concluir en que lleguen a ocupar su lugar y su función de regulación centralizada e integradora, produciéndose la posmodernamente denominada por Stefano RODOTÀ "constitucionalización de la persona"[505]. Si somos capaces de fijar esta última, aun en términos flexibles, quizá asimismo seamos suficientes para reintegrar la imagen de una Constitución ahora desdibujada, y evocadora del retrato esquemático de un sujeto en busca y captura aludido por Tomas VESTING[506]; evitando que tal búsqueda sea

[502] Hans–Peter SCHNEIDER, *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 136.

[503] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 114.

[504] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 114-115.

[505] Stefano RODOTÀ, *La vita e le regole*, Feltrinelli Editore, Milano, 2008.

[506] Thomas VESTING, "Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 71 y ss.

emprendida meramente para los registros de lo peyorativamente simbólico[507] .

Si el Derecho Constitucional, actualmente, constituye al parecer de modo inevitable, un Derecho de restos (y, por el momento, nada nos autoriza para ser optimistas, ni pensar que a corto plazo vaya a ser otra cosa)[508], en cuando Derecho de la modernidad "líquida"[509], hemos de afirmar que los Derechos Fundamentales representan los elementos constitutivos de esos restos, y nuevamente las piedras angulares de ese renovado orden[510]. Aún intentan restablecer un mínimo de control social en un contexto de desreglamentación, flexibilización y la correlativa auto-regulación privada y corporativa, naturalmente, a ser posible, no escrita. Lo que responde a la *ratio* del mercado y de la economía, sin preocupación alguna por el interés público[511]; esto es, el *ius non scriptum* favorecedor de la dispersión de significados generada por fuentes diversas, con la consiguiente pérdida de la solemnidad y de la estabilización que aseguraba la escritura, como prototipo normativo del escenario jurídico de la globalización trastocante de la legalidad por la

[507] Rainer WAHL, "Die Rolle staatlicher Verfassungen angesichts der Europäisierung und der Internationalisierung", en *Der Eigenwert der Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassungsrecht nach der Globalisierung?*, edición de Thomas Vesting / Stefan Korioth, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2011, pp. 355 y ss.

[508] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "O direito constitucional na encruzilhada do...", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 218.

[509] Nenedita FERREIRA DA SILVA MACCRORIE, "A modernidade líquida. Recensão: Zygmunt Bauman, Community: seeking safety in an insecure World", Cambridge: Polity Press, 2001", en *Themis: Revista de Derecho*, año V, núm. 8, 2004.

[510] La tendencia de los Derechos Fundamentales hacia la universalización en cuanto proyecciones de la igual Dignidad humana, es por ejemplo subrayada por Hasso HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde*, Humboldt–Universität, Berlin, 1993, pp. 19 y ss.

[511] Stefano BATTINI, "The Problematic of the Internationalisation of Public Law", en *European Review of Public Law*, 2006, p. 4.

efectividad [512] . Y responde a un tipo de racionalidad meramente estratégica, inspirada en el criterio de la lucha y la competitividad; es más, podemos hablar, como ya se ha hecho, de la asumida regla de ausencia de reglas, de las que el mercado no tiene necesidad para generar riqueza y empleo. Todo lo cual, ha conseguido acreditar al "actual anarco-capitalismo globalizado, como la propia regla fundamental, una suerte de nueva grundnorm de las relaciones económicas e industriales"[513].

Como consecuencia, parece del todo evidente, que "este nuevo modelo de Estado reclama con intensidad cada vez mayor la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales" [514]. Fortalecimiento multilateral, pues, de los Derechos frente a los poderes públicos, pero también frente a los poderes económicos y privados de dominio, en el contexto de un futuro constitucionalismo jurídico iusfundamental, "y con él el de la democracia", que caminaría, según Luigi FERRAJOLI, a través de una triple articulación: "hacia un constitucionalismo social, junto al liberal; hacia un constitucionalismo privado, junto al de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, junto al estatal"[515].

[512] Stephan MEDER, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2001, pp. 147 y ss.

[513] Luigi FERRAJOLI, "Sobre los Derechos fundamentales", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007, p. 88.

[514] Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 53.

[515] Luigi FERRAJOLI, "Sobre los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 73.

2.7.2.3. Los poderes privados de dominio y el surgimiento de una especie de nueva pluralidad de producción jurídica: efectos sobre los Derechos Fundamentales.

Las prodigiosas transformaciones tecnológicas operadas en múltiples ámbitos de nuestra existencia durante los últimos decenios, acompañan al acelerado cambio de contexto vital en el que vivimos, pues a su través hemos logrado una mayor agilidad en el procesamiento y transmisión de informaciones, e influencian las actividades económicas, modifican los mercados y consustancian una realidad diferenciada de organismos multilaterales, donde las esferas pública y privada se interpenetran con la consiguiente pérdida para las soberanías políticas de los estados nacionales y la merma asimismo de buena parte de su poder de regulación independiente. Advierte Vittorio FROSINI cómo el progreso tecnológico puede ser acarreador "de beneficios o de perjuicios, según como lo encauce la voluntad humana", por lo que tal progreso "no debe ser considerado como un bien absoluto al que se subordinan o sacrifican todos los demás valores"[516]. Y de la misma manera, Dieter GRIMM pone de relieve que detrás de la creciente complejidad de las estructuras y funciones sociales, hallamos de nuevo "el progreso científico-técnico como fuerza motriz. Dichos problemas poseen diferentes efectos relevantes en el área de los derechos fundamentales. El primero resulta de la ambivalencia del progreso: todo aligeramiento de las tareas humanas engendra simultáneamente nuevas fuentes de riesgo y una serie de costes para las libertades aseguradas por los derechos fundamentales, en particular para la vida y la salud"[517].

[516] Vittorio FROSINI, "Los Derechos Humanos en la era tecnológica", en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio-Enrique Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 91. Asimismo, se refiere a los riesgos para los Derechos Fundamentales provenientes de la sociedad tecnológica, Antonio–Enrique PÉREZ LUÑO, *Los Derechos…, op. cit.*, p. 28.

Esta nueva situación, guiada por las indisimuladas tendencias de difuminación y delegaciones de competencia, privatización, desformalización, desestatización, descentralización, deslocalización, desregulación, desconstitucionalización y deslegalización, atañe singularmente a las instituciones jurídicas y políticas, pues, conforme se evidencia, comenzarán a perder parecido con el prototipo normativo forjado como logro central de la modernidad para los contextos de los Estados Liberal y Social[518]; ahora superado este último en su cualidad de marco apropiado para encauzar el proceso globalizador. Ante esta panorámica, puede mencionarse la aparición de una inédita escisión social histórica, acorde a la cual, un modelo predomina sobre el otro, frente a lo que, el "Derecho constitucional, todo el Derecho incluso, se encuentra ante los retos de la globalización"[519]. Esto es, el patrón jurídico-político articulado por el Estado Democrático de la modernidad, pierde fuerza en favor de un arquetipo de aparente superior suavidad y naturaleza más incierta para con la nueva materialidad de un mundo globalizado e internacionalizado, cuyos pilares básicos, sin embargo, como son la tiranía del dinero y de la información, "han desvencijado los espacios económico, social y político hasta generar un nuevo Medievo"[520].

---

[517] Dieter GRIMM, *Constitucionalismo..., op. cit.*, p. 164.

[518] Andreas PAULUS, "Globalización en el Derecho…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 69, por eso recuerda que una globalización que implique "la renuncia a la democracia y a los derechos del hombre supondría un gran retroceso civilizatorio", *ibídem*, p. 70.

[519] Michael STOLLEIS, "Trayectoria del Estado Constitucional con la perspectiva de la Globalización", en *El Derecho constitucional de la globalización*, edición de Michael Stolleis y otros, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, p. 57.

[520] Ewald WIEDERIN, "Comentario", en *Sobre la identidad del Derecho Público*, edición de Dieter Grimm, Fundación coloquio jurídico europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 64. De "neofeudalismo jurídico" habla José Eduardo FARIA, *El Derecho en la Economía..., op. cit.*, pp. 262 y ss. Similares puntos de vista se defienden en la obra colectiva, cuyo título es ya revelador, editada por Giampietro FERRI, *La democracia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, con aportaciones de: Valerio Onida; Giulio Maria Salerno; Marilisa D'Amico; Silvio Troilo; Giampietro Ferri; Elisabetta Crivelli; Lino Panzeri; Mario Patrono; Stefano Catalano; Luigi Franco; Matteo Nicolini; Filippo Donati; Giulio Enea Vigevani; Daniele Butturini; Matteo Frau; Cecilia Pannacciulli, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

El naciente nuevo orden pone de relieve las incapacidades de las normas provenientes de los singulares estados y proyecta inexcusablemente la problemática de la garantía de los valores y derechos a un contexto mucho más vasto y profundamente transformado [521] , del cual, recordemos, cómo uno de los rasgos profundamente caracterizadores del orden medieval de configuración jurídico-político, fue el carácter "compuesto y pluralista de los cuerpos políticos"[522].

Sucede que por el momento, como ha expuesto Danilo ZOLO, el proyecto de "una democracia más allá de los confines del Estado nacional" no es realista, a causa de la falta de "cohesión", de "vínculos pre-políticos" y de una "identidad colectiva" [523] . Se cumple así la advertencia formulada ya por Hermann HELLER a pesar de su aparente propio escepticismo al efecto, quien viera improbable, "si bien no imposible, que el futuro europeo conduzca a un desplazamiento de la soberanía del Estado mediante una especie de capitalismo feudal, en el que se diluya nuevamente el poder político en un haz de derechos privados patrimoniales"[524]. Y nos encontramos actualmente así con una organización estatal ya no solo menguada en su soberanía si no

[521] Massimo VARI, "La tutela dei Diritti Fondamentali tra valori e tecniche del guidizio de costituzionalita", en *La Constitución española en el Contexto Constitucional Europeo*, edición de Francisco Fernández Segado, Dykinson, Madrid, 2003, p. 1872.

[522] Luis WECKMANN, *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 21 y ss.

[523] Danilo ZOLO, "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli", en *Los fundamentos de los derechos…, op. cit.*, p. 103. En similares términos Luigi FERRAJOLI, "Diritti Fondamentali", en *Teoría política*, Vol. XIV/2, 1998, p. 19.

[524] Hermann HELLER, "Die Souveränität (1927)", en *Gesammelte Schriften*, Band. II, *Recht, Staat, Macht*, edición de Martin Drath / Gerhart Niemeyer / Otto Stammer / Fritz Borinski, (redacción Christoph Müller), A. W. Sijthoff, Leiden, 1971, p. 65.

sometida como se halla a "presiones y embates" de tal envergadura, que "ve por doquier disminuidos sus ámbitos de actuación y comprometidas las propias razones de su existencia"[525].

Una vez dicho lo previo, según resulta posible sostener, las instituciones jurídicas asociadas al proceso globalizador, conforman un marco de reglamentación estructuralmente parecido al correspondiente al del Medievo[526]. Semejante afirmación puede resultar chocante en un primer momento, aun cuando sí pone sobre el tapete el concepto de superior interés y el más pasmoso surgido con el complejo, heterogéneo, multicultural y conflictivo mundo globalizado, caracterizado por los fuertes y turbulentos cambios que ha traído consigo la posmodernidad. Y es que, en efecto, ante ese proceso de debilitamiento por el cual atraviesan las instituciones provenientes del paradigma de la modernidad, observamos el inicio de la consolidación de un nuevo paradigma jurídico-político, y en él las emergentes instituciones jurídicas surgidas por sí mismas a "partir de la autonomía privada e impulsadas por las exigencias objetivas del intercambio global"[527], evidencian un

[525] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Mundialización y Derecho Constitucional…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 14. En similares términos, analizando correctamente las posiciones de la soberanía frente a los planteamientos de la globalización, Jorge CARPIZO McGREGOR, "Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención" en *Debates de actualidad. Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, año XVIII, núm. 191, 2003, pp. 39 y ss.

[526] De acuerdo con André-Jean ARNAUD, la globalización presentaría, entre otros, los siguientes caracteres: a) un cambio en los modelos de producción, con la facilidad de transferencia de una parte de las operaciones de trabajo de un país para otro; b) vinculación de los mercados de capitales entre sí y por encima de las naciones, de lo que resulta un flujo libre de inversiones sin tener en cuenta las fronteras; c) la expansión creciente de las multinacionales, que tienen su poder de contratación y de negociación reforzado en el nivel de una economía planetaria; d) la importancia creciente de acuerdos comerciales entre naciones que forman poderosos bloques regionales; e) un ajuste estructural que pasa por la privatización y disminución del papel del Estado; f) la hegemonía de los conceptos neoliberales en materia de relaciones económicas: la hegemonía del mercado, el libre comercio, la desregulación, renuncia del Estado a muchos de sus compromisos, citado por Eugênio FACCINI NETO, "Reflexões histórico-evolutivas…", *loc. cit.* en *op. cit.,* p. 47, nota núm. 20.

[527] Michael STOLLEIS, "Trayectoria del Estado Constitucional…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 41.

significativo parecido con aquellas de dimensión localística que estuvieron presentes previo al advenimiento del Estado moderno. Por lo cual, salvadas las distancias, es cómo podemos hablar de un armazón de reglamentación sociojurídica de carácter similar a la propia del Medievo, pero carente de apoyo en lugares físicos concretos y ahora de geometría variable[528]. Denominada así entre otros por Natalino IRTI, como un "nuovo <<geo-diritto>>", esto es, un conjunto variable de relaciones y dinámicas jurídicas entre puntos y sujetos diversos dentro del espacio global[529], lo que complica notablemente el marco normativo, expresión de una alta variedad de regulaciones jurídicas, provenientes de diversas fuentes y de diversa fuerza normativa, por no entrar en la cuestión reactiva respecto de qué tribunal dirá la última palabra. De otra parte, solo algunas matizaciones. Ciertamente, la Alta Edad Media asimiló la idea geocéntrica del Derecho, pero ahora el geocentrismo es difuso y más acusado. Tampoco se salva el panorama acudiendo a la Baja Edad Media, pues la misma conoció la visión jurídica iuscéntrica, de la que ahora no conocemos. La tensión entre universalismo y localismo jurídico existe en ambos períodos, pero en el actual es más amplia y dinámica. En efecto, durante la Alta Edad Media, como nos recordara Manuel GARCÍA-PELAYO, en el plano jurídico se aprecia la tensión concurrente entre un universalismo y un peculiar localismo peculiar y en ambas manifestaciones vemos al hombre medieval expresar el sentimiento y la necesidad de unirse, asociarse o vincularse al grupo, tanto al universal como al local: el primero reflejo de la Res-pública cristiana y la vinculación del hombre medieval lo es con el Derecho Romano y el Derecho Canónico de la Cristiandad, esto es, con el Papa y el Emperador; el segundo se caracteriza por la particular vinculación del individuo

[528] "Derecho sin Sociedad", en términos de Pietro BARCELLONA, *Diritto senza società*, Dedalo, Bari, 2003.

[529] Natalino IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza Editore, Roma-Bari, 2006.

medieval a su tierra, su fuero, su Derecho grupal o estamento[530]. La formación espontánea del Derecho también seguramente existe en la actualidad, sin embargo, estaría siendo ahogada por la calculada, la cual, sin embargo, debido a su artificiosidad, coincidiría también con postulados del Medievo, pero en este supuesto del Bajo.

La trascendencia adquirida por este desarrollo jurídico de *ratio* esencialmente económica, para la estructura del proceso resolutorio, es enorme. Ahora, desde un plano descentralizado, y en múltiples oportunidades, el proceso viene dominado por aquellos que retienen el poder macroeconómico, y las políticas públicas así como, sobre todo, la actividad económica privada, escapan en gran medida a los mecanismos de control jurídico. Para otras ocasiones, y una vez la gestión económica ha dejado de ser un asunto solo nacional con el correspondiente sometimiento de la soberanía estatal a límites y tensiones[531], son las grandes corporaciones y empresas transnacionales las responsabilizadas de establecer el marco jurídico, y lo hacen de modo armónico con sus intereses, a partir de lo cual se produce la regulación social mediante un nuevo tipo de Derecho que rebaja la importancia de la coacción –el denominado *soft law*–, significando el surgimiento de una especie de neofeudalismo. Este nuevo escenario paulatinamente conformándose, exige de las normas de regulación de un sector económico que sean definidas por el lenguaje de los intereses de un puñado de poderes privados con capacidad de dominar esos sectores estratégicos correspondientes, regidos exclusivamente por la lógica de la ganancia y el cálculo, los flujos financieros y la volubilidad del capital especulativo, despreocupados por completo de todo cuanto suene a equilibrio de

[530] Manuel GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, *El reino de Dios, arquetipo político. Estudio sobre las formas políticas de la Alta Edad Media*, Revista de Occidente, Madrid, 1959.

[531] Por todos, Donald Neil MAC-CORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel <<Commonwealth` europeo>>*, Il Mulino Società Editrice, Bologna, 2003, *passim.*

intereses; la razón es clara, no constituye para ellos límite alguno. La autonomía privada, dice Michael STOLLEIS, constituye "redes normativas globales y ve en ellas, de forma optimista, oportunidades para el propio desarrollo y la participación", sin embargo, todavía "está sin cerrar la cuenta de lo que los individuos pierden simultáneamente en espacios de libertad y en protección jurídica", toda vez, en "una palestra sin normas vinculantes para todos, siempre pierden los más débiles"; máxime cuando "los actores globales son tan egoístas como los regímenes no democráticos", pues "ninguno de ellos quiere saber nada en realidad de participación" [532] . Porque, es cabalmente constatable, como ha sido advertido entre nosotros, la importancia de la "actividad reguladora de organizaciones de carácter global, particularmente en el campo financiero, está incidiendo de forma directa, a través de normas de distinta naturaleza, en los Ordenamientos jurídico-públicos nacionales (…) No ha de olvidarse, sin embargo, que la falta de una verdadera estructura constitucional en el espacio jurídico global constituye una grave carencia desde el punto de vista democrático, a la que debe hacerse frente mediante un reforzamiento de los derechos fundamentales en el seno del mismo y mediante la previsión de una mayor participación y transparencia en la regulación de los procedimientos en dicho nivel"[533]. Y Sabino CASSESE, a su vez, quiere hacer notar, y lamenta, la ausencia de "un cuerpo de reglas generales" en el ordenamiento global todavía indefinible, de un mundo tan fuertemente cambiado[534].

La fragmentación social y económica, observada desde esa perspectiva, evidencia un marco social asimétrico controlado por los poderes sociales de supremacía, siendo los encargados de establecer las

[532] Michael STOLLEIS, "Trayectoria del Estado Constitucional…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 51-52.

[533] José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, "Reflexiones sobre las…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 29.

[534] Sabino CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democracia oltre lo Stato*, Einaudi Editore, Torino, 2009, pp. 25 y ss.

condiciones conforme a cuáles las reglas del juego social son dictadas. Esto supone la pérdida del monopolio estatal de producción normativa, y el consiguiente creciente protagonismo de las empresas multinacionales, la industria, los expertos y las organizaciones no gubernamentales, para los procesos de elaboración y producción normativos. En múltiples ocasiones enunciadas bajo a la apariencia de contratos, produciéndose un amalgamiento entre relaciones de poder reales y heterogéneas y normas de Derecho como ocurriera de nuevo en las sociedades premodernas. Reglas, eso sí, carentes de legitimación democrática, elaboradas de modo cada vez más difuso y menos transparente, conformándose a modo de un ordenamiento policéntrico construido por actores privados y por entidades supranacionales. A lo largo de ese proceso, como resulta fácil adivinar, terminan por imponerse las reglas favorables a los intereses económicos privados, doblegando y en notorio perjuicio de la parte más débil, casi siempre individuos consumidores y trabajadores, cuyos derechos básicos resultan constreñidos por normas que les vienen impuestas de modo inmediato, y respecto de las cuales puede decirse, en la mayor parte de las ocasiones directamente ignoran[535].

Como escribiera el profesor Pedro DE VEGA, "no se puede ni debe ignorar que, cuando las normas que se generan extramuros del Estado, esto es, en los ámbitos regidos por la *lex mercatoria* propia de la mundialización económica, entran en colisión con las normas producidas democráticamente en los ámbitos del Estado, la tensión entre economía y política, entre razón económica y razón política, queda automáticamente transformada, se quiera o no, en la pavorosa confrontación entre

[535] La relación más estrecha que la globalización produce entre Derecho y Economía, es resaltada por Francesco GALGANO, *La globalización nello specchio del diritto*, Il Mulino Società Editrice, Bologna, 2006, especialmente pp. 46 y ss.

democracia y antidemocracia, entre despotismo y libertad"[536]. Y hasta el momento, el efecto más visible de este proceso globalizador, es poder observar tendencias sociales marcadas hacia la individualización exacerbada, llegándose incluso al egoísmo más grosero, ante la ausencia, sintetiza Luigi FERRAJOLI, "de una esfera pública mundial, es, por esta razón, un crecimiento exponencial de la desigualdad, señal de un nuevo racismo que da por descontado la miseria, el hambre, las enfermedades y la muerte de millones de seres humanos sin valor. Estamos frente al desarrollo de una desigualdad que no tiene precedentes en la historia"[537]. El propio "garantista" autor precitado denuncia la gravedad de la situación, puesta asimismo de manifiesto ante la ausencia de limitaciones "al ejercicio de los poderes financieros y empresariales privados tal como se manifiestan en el mercado global, unida a su creciente expansión, acumulación, carácter invasivo y capacidad de condicionamiento de la vida civil y política"[538]. Asimismo, nuestra patética conversión en ciudadanos "mundialistas", siguiendo con Pedro DE VEGA, "a la que, por necesidad, mandato y exigencia del mercado nos vemos sometidos, sólo puede producirse a costa de la renuncia cada vez más pavorosa de nuestra condición de ciudadanos en la órbita política del Estado, dentro de la cual el hombre es, ante todo, portador de unos derechos (*rights holder*) que en todo momento puede hacer valer frente al poder. Difuminada la ciudadanía en una organización planetaria, difícilmente podrá nadie alegar derechos y esgrimir libertades (que es a la

[536] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Prólogo" a *Derecho Constitucional de la Integración*, de Laura Dromi San Martino, Marcial Pons-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Editorial Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires, 2002, p. 21. En similares términos José Eduardo FARIA, *El Derecho en la Economía…, op. cit.*, p. 94, entre otros momentos.

[537] Luigi FERRAJOLI, "Democracia y garantismo", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 312.

[538] Luigi FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del Derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, p. 18.

postre donde radica la esencia de la ciudadanía), ante unos poderes que sigilosamente ocultan su presencia"[539].

La Sociedad del mercado evidencia la progresiva proliferación de centros privados de poder, como las grandes corporaciones y empresas, grupos de presión, oligopolios y resto de poderes sociales, y la enorme magnitud que algunos de ellos alcanzan, realidades ambas fácilmente comprobables, pues resulta suficiente a tal menester reparar con un mínimo de atención sobre la realidad vital circundante: el poder, en cuanto tal, ya no está concentrado exclusivamente en el Estado nacional actualmente debilitado, una vez amainados sus lazos de soberanía y orden de valores y subordinado a una suerte de constitucionalismo mercantil global, lo hallamos disperso, diseminado en las sociedades[540].

Se trata del fenómeno de acumulación de poder representado por las grandes fuerzas económicas y sociales de carácter privado, nacionales y sobre todo internacionales, situación ante la cual "la crisis financiera ha dejado claro que la globalización de los mercados financieros, sin la correlativa regulación globalizada, pueden producir monstruos"[541]. Ya lo expuso con su habitual claridad Pedro DE VEGA, al afirmar que la consolidación de un gobierno técnico mundial del mercado también mundial, no era cosa distinta de la dictadura de las grandes

[539] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Mundialización y Derecho Constitucional…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 17.

[540] Destaca Pietro Giuseppe GRASSO la necesidad de reconocer la decadencia del Estado, con la consiguiente pérdida de "alguna atribuciones y potestades que eran típicas suyas, tanto externas como internas", de modo que al ordenamiento único soberano y político, "legitimado para proveer a todos los fines posibles de coexistencia de un grupo humano ubicado en un territorio determinado, le ha sucedido una multiplicidad de centros de poder, es decir, de organismos dispares, instituidos para la tutela de una sola parte de los intereses colectivos reales", *El problema del constitucionalismo…, op. cit.*, pp. 57-58.

[541] Andreas PAULUS, "Globalización en el Derecho…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 87.

corporaciones, y amenazaba con convertirse "en la verdadera constitución material de todos los Estados"[542].

Además, los aludidos poderes sociales, como observó Giorgio LOMBARDI, emergen fundamentalmente en aquellas situaciones caracterizadas por una disparidad substancial o asimetría entre las partes[543]. Asimetría permisiva para la parte dominante, situada en esta situación de supremacía por razones económicas o sociales, mediatizar la decisión de la parte más débil, ejerciendo un poder privado en lo concerniente a su naturaleza y a los sujetos implicados, pero cuyo acto de ejercicio es llevado a cabo lejos del electorado, bajo el imperio de la opacidad y del secreto, mediante formas de coacción y autoridad asimilables substancialmente a las categorías propias de los poderes públicos[544]. Como proceso en sí mismo continuo y dinámico, la globalización llega al desafío de "las leyes estatales cuando regula el funcionamiento de las empresas y el comportamiento económico de los individuos a nivel internacional", pudiendo "producirse violaciones de derechos y libertades en el ámbito estatal. Esto se consigue cuando los centros de producción de las empresas se trasladan de un país a otro para poder obtener mayores beneficios económicos. Excluida la intervención estatal en esas empresas multinacionales se deja a un lado el objetivo del desarrollo social y se ocultan los derechos y libertades de la ciudadanía"[545]. Recoge a este propósito Luigi FERRAJOLI, la tesis clásica de MONTESQUIEU, acerca de que el poder, carente de límites legales, tiende a convertirse en absoluto, y añade: "existe un nexo

[542] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Mundialización y Derecho Constitucional…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 46.

[543] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.*, p. 37, entre otros momentos.

[544] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.*, p. 39.

[545] Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, "El tríptico liberal y la globalización", en *Revista general de derecho público comparado*, núm. 20, 2017.

biunívoco entre poderes jurídicos o no, y desigualdades, formales o sustanciales. El poder tiene el específico efecto de producir desigualdad, disparidad, serialización, disciplina, relaciones de sujeción, y la desigualdad consiste en relaciones asimétricas de poder/deber y en el sentimiento de desigualdad de las identidades propias y de otras que las acompañan"[546]. De este modo, conformada una auténtica nueva Sociedad de consumidores, se ha logrado extender el individualismo al grado extremo, y, así, "la elección se transforma continuamente en hedonismo: el deseo es menos estructurado socialmente y más personal", con lo cual, no hay espacio para la reivindicación social[547].

Se va conformando progresivamente una "comunidad política de individuos privados", cuyas formas de actuación van perfectamente orientadas a la consecución de intereses particulares, despreocupados por completo respecto de un irreparable para ellos interés de carácter comunitario, en el cual ni se repara, toda vez un rasgo arquetípico de la globalización es la acentuada tendencia a la privatización de lo público, al forzamiento de declinaciones a cargo del poder así como a la subjetivización política y jurídica, con la superposición e intersección de prácticas de gobierno entre concepciones *soft* y *hard* de la política y del Derecho [548] . A consecuencia de ello, una vez producida la institucionalización de la posición dominante, da lugar a una auténtica autoridad de supremacía privada que asume relevancia social y, en último término pública, y opera además de forma invisible y silenciosa, subordinando a la otra parte a una posición de sujeción; en múltiples ocasiones, a una desgarradora ausencia de protección ante la supresión de la participación democrática, incrementando, de este modo, la

[546] Luigi FERRAJOLI, "Democracia y garantismo", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 299.

[547] Michael CLARKE, *Challenging Choices: Ideology, Consumerism and Policy,* Policy Press at the University of Bristol, Bristol, 2010, p. 2.

[548] Maria Rosaria FERRARESE, *Le Istituzioni della Globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnacionales*, Il Mulino Società Editrice, Bologna, 2000, pp. 65 y ss, entre otros momentos.

exclusión social[549], así como la total falta de respeto para con la Dignidad humana. La globalización de la economía, ausente de reglas, mantiene Luigi FERRAJOLI, ha producido un "crecimiento exponencial de las desigualdades: de la concentración de la riqueza y a la vez de la expansión de la pobreza, del hambre y de la explotación"[550].

En cuanto a Ralph DAHRENDORFL, desde la asociación de la exclusión social, con toda probabilidad, al fenómeno de la globalización, concluye que una parte significativa de "la población parece tener perdido todo contacto con la esfera de la ciudadanía. Se trata de los marginados sociales. En suma, ciertas personas simplemente no sirven: la economía puede crecer lo mismo sin su contribución; desde cualquier perspectiva que sean considerados, no constituyen, para los restantes de la sociedad, un beneficio, sino un costo. Y a medida que se expande el neoliberalismo que anima la globalización, su número es siempre mayor"[551]. Por eso, como contrapunto a la "nueva Arcadia del crecimiento", aparece ante nosotros la pavorosa situación de "universalización de la miseria y del hambre que recorre en paralelo a la universalización de los mercados más de las tres quintas partes del planeta (…) incluso dentro de los países más desarrollados, como secuelas lacerantes y corolarios inevitables del sistema, adquieren de día en día más intensidad fenómenos tan hirientes como la marginación y el paro estructural. Si a ello se añaden los hechos generalizados de violencia, corrupción, polución y destrucción del medio ambiente, inseguridad ciudadana, y un

[549] José Eduardo FARIA, ofrece una panorámica, según la cual, el orden proveniente de la globalización ha supuesto "la ampliación de las desigualdades sociales, sectoriales y regionales, de las bolsas de miseria y guetos cuarto–mundializados en los centros urbanos, de la criminalidad y de la propensión a la desobediencia colectiva, las instituciones judiciales del Estado, antes volcadas al desafío de proteger los derechos civiles y políticos y de conferir eficacia a los derechos sociales y económicos, acaban ahora tendiendo a asumir funciones eminentemente punitivo-represivas", *El Derecho en la Economía …, op. cit.*, p. 47.

[550] Luigi FERRAJOLI, "Sobre los derechos fundamentales", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 88.

[551] Ralph DAHRENDORF, citado por Eugênio Facchini Neto, "Reflexões histórico–evolutivas sobre a constitucionalização…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 47.

largo etcétera que no vale la pena recordar, a nadie en su sano juicio se le ocurriría pensar que su vida transcurre en el mejor de los mundos posibles"[552]. Ante semejantes circunstancias, no podemos estar más de acuerdo con la propuesta también realizada entre nosotros, cuando se propugna: "En especial, la construcción de un derecho fundamental a la garantía de un mínimo existencial, derivado de la dignidad de la persona humana, tendría que estar, en los graves momentos actuales, en el centro de las preocupaciones de los poderes públicos"[553]; en línea con el reconocimiento de un Derecho Fundamental a un mínimo existencial (*Existenzminimun*) o renta mínima de subsistencia que, con apoyo en el Derecho Fundamental de la Dignidad humana (artículo 1.1 de la *Grundgesetz*) concordante con el principio del Estado Social (artículo 20 de la *Grundgesetz*), ha efectuado el Tribunal Constitucional Federal alemán, en sentencia de 9 de febrero de 2010[554]. En esta misma línea, la

[552] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Mundialización y Derecho Constitucional…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 16. Además, los mismos factores que han provocado "la transnacionalización de los mercados de insumos, producción, finanzas, capitales y consumo, también han acarreado la disolución del individuo como única unidad de acción moralmente relevante", José Eduardo FARIA, *El Derecho en la Economía…, op. cit.*, p. 140.

[553] José Luis CARRO FERNÁNDEZ–VALMAYOR, "Reflexiones sobre las transformaciones…", *loc. cit.* en *op. cit.*, 2014, p. 44.

[554] BVerfGE, 1 BvL 1/09 del 9/2/2010. BVerfGE 125, (175). Muy anterior es, desde luego, la legislación si bien ordinaria francesa, sobre las rentas mínimas de inserción (Ley 88-1088, de 1 de diciembre de 1988, varias veces modificada), que ha pretendido combatir la exclusión social de quienes se situaban al margen del mercado laboral, o bien, permaneciendo dentro, sus empleos eran de carácter temporal y precario. Entre nosotros, la última oleada de reformas de los Estatutos de Autonomía, ha entrado a abordar la cuestión.

Así, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, según versión de la LO 1/2006, de 10 de abril, estableció en su artículo 15: "Con el fin de combatir la pobreza y facilitar la inserción social, la Generalitat garantiza el derecho de los ciudadanos valencianos en estado de necesidad a la solidaridad y a una renta de ciudadanía en los términos previstos en la Ley"

El Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobada su modificación por la LO 6/2006, de 19 de julio, recoge en su artículo 24.3: "Las personas o las familias que se encuentran en situación de pobreza tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía que les asegure los mínimos de una vida digna, de acuerdo con las condiciones que legalmente se establecen".

El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, reformado por LO 1/2007, de 28 de febrero, establece por medio del artículo 21: "A fin de combatir la pobreza y facilitar la inserción social, los poderes de las Illes Balears garantizan el derecho de los

sentencia del Tribunal Constitucional alemán, ha conocido de la legislación federal (*legislación Hartz IV* de 2005) que establecía una ayuda social garante del mínimo vital cuyo importe suponía una especie de renta mínima de subsistencia a recibir por las personas y sus familias necesitadas de ayuda, porque no tuvieran derecho ni a la prestación por desempleo ni a la ayuda para los parados, o quienes sin estar en tal situación no ganan lo suficiente de acuerdo a baremos legalmente establecidos. Al controlar la fijación legislativa de esta renta, el Tribunal Constitucional alemán, en esa decisión muy discutida o aplaudida según los casos, y comentada[555], ha establecido la existencia de un Derecho Fundamental, que no había sido declarado hasta la fecha en su jurisprudencia anterior, conectado sistemáticamente el Derecho Fundamental de la Dignidad humana (art. 1 de la Constitución alemana)

ciudadanos de las Illes Balears en estado de necesidad a la solidaridad y a una renta mínima de inserción en los términos previstos en la ley".

El Estatuto de Autonomía de Andalucía, en su redacción dada por medio de la LO 2/2007, de 19 de marzo, reconoce en su artículo 23.2: "Todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley".

El Estatuto de Autonomía de Aragón, conforme versión de la LO 5/2007, de 20 de abril, dispuso en su artículo 23.1: "Los poderes públicos de Aragón promoverán y garantizarán un sistema público de servicios sociales suficiente para la atención de personas y grupos, orientado al logro de su pleno desarrollo personal y social, así como especialmente a la eliminación de las causas y efectos de las diversas formas de marginación o exclusión social, garantizando una renta básica en los términos previstos por la ley"

En cuando al Estatuto de Autonomía de Castilla y León, desde la reforma por la LO 14/2007, de 30 de noviembre, reconoce en su artículo 13.9 el denominado Derecho a una renta garantizada de ciudadanía: "Los ciudadanos de Castilla y León que se encuentren en situación de exclusión social tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía. El ordenamiento de la Comunidad determinará las condiciones para el disfrute de esta prestación. Los poderes públicos promoverán la integración social de estas personas en situación de exclusión". El Decreto Legislativo [Castilla Y León] 1/2014, de 27 febrero, aprobaría el texto refundido de las normas legales vigentes en materia de condiciones de acceso y disfrute de la prestación esencial de renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León (B.O.C.L. 3 marzo).

555 Puede verse Claudia BITTNER, "Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010", en *German Law Journal*, Vol. 12 (11), 2011, pp. 1941-1960; Stefanie EGIDY, "The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court", en *German Law Journal*, Vol. 12 (11), 2011, pp. 1961 y ss.

y el principio estructural del Estado social (art. 20.1 de la Constitución), pues ambos preceptos entendió constituyen fundamento para garantizar un mínimo de subsistencia digno, esto es, a percibir dicha renta o mínimo vital por importes adecuados a tal subsistencia digna; vale decir, la *Grundgesetz* garantiza a todas las personas necesitadas, las indispensables condiciones materiales al objeto de su existencia física, así como una participación de mínimos en la vida social, cultural y política. Por lo tanto, el ámbito de garantía del Derecho Fundamental, en un primer momento, tutela la existencia física del individuo, a quien debe procurarse alimentos, vestido, ajuar doméstico o, en fin, la disposición de una casa; y como segundo aspecto, comprende la atención a sus relaciones interpersonales, por lo que ha de procurársele asimismo una participación mínima en la vida socio-cultural, pues, toda vez su naturaleza es la de un ser socio-político, ha de tener garantizada la existencia o presencia mínima dentro de una Sociedad democrática, con opciones de participación en el proceso político, y, dado la persona es concebida como tal ser social, comunicativo, solo puede alcanzar el pleno desarrollo de la propia personalidad en Sociedad y en comunidad con otros, algo que también debe estar a su alcance.

Ahora bien, estimó el Alto Tribunal alemán que del texto constitucional podía deducirse tal Derecho de rango Fundamental, pero puso también de relieve la inexistencia en el mismo de referencias acerca de los medios necesarios para su disfrute, ni tampoco decidió acerca de cuál debía ser el umbral mínimo a ser satisfecho. Por consiguiente, su realización concreta es dejada en manos del Legislador, si bien, tratándose de un Derecho Fundamental de garantía no está a libre disposición de este, por ser sustancialmente indisponible, aunque, reiteramos, el contenido concreto de la prestación en la cual se materializa debe ser actualizado él: "la concretización y la actualización constante por parte del Legislador requiere que este último deba ajustar periódicamente las prestaciones a devengar al nivel de desarrollo de la

comunidad según las condiciones de vida existentes". Esto es, delegaría en el Legislador a través de una reserva de Ley, la función de garantizar a cada uno un mínimo vital digno, y: "a fin de determinar la entidad del Derecho, el Legislador debe calcular todos los gastos necesarios para el sustento con arreglo a un procedimiento transparente y objetivo, realista y susceptible de ser compartido, basado en datos fiables y métodos de cálculo convincentes", porque, en fin, solo mediante un procedimiento correcto y transparente pueden producirse decisiones justas; transparencia que le reprocha no haber seguido previamente. Asimismo, quiso dejar claramente sentado que las cuantías fijadas discrecionalmente por el Legislador, podían ser controladas por el propio Tribunal, con la finalidad de valorar si eran o no adecuadas a los efectos de garantizar el considerado mínimo de subsistencia compatible con la Dignidad de la persona humana; control lógicamente susceptible de realizar desde parámetros estrictamente constitucionales, y únicamente para el supuesto de vulneraciones evidentes del mínimo vital y de vicios procedimentales.

Descrita la anterior situación, con el mercado constituido en paradigma de toda acción política y social, incluso se puede establecer un cierto paralelismo entre la actividad de las instancias de poder privado y la actividad desarrollada por los órganos administrativos, tocante a la forma de adoptar y ejecutar las decisiones, sometidas a los criterios de eficiencia, economía, flexibilidad, y competitividad propios del mundo empresarial: la Administración como administración de empresas[556]. Ello concuerda (o es consecuencia) con un observable proceso de desestatalización de la Administración pública, que actúa en el ámbito internacional cada vez con mayor autonomía respecto del Estado y, en consecuencia, dicta normas y actos poseedores de efectos más allá del

[556] Pedro MERCADO PACHECO, "La Constitución imposible: el gobierno de la economía en la experiencia constitucional española", en *Las sombras del sistema constitucional español*, edición de José Ramón Capella, Trotta, Madrid, 2003, p. 316.

Estado nacional en el cual está radicada la Administración encargada de dictarlos. Aspectos que se pueden centrar en el carácter imperativo de sus resoluciones preestablecidas, o la naturaleza definitiva de sus actos inmediatamente ejecutables, sublimándose asimismo un cierto aspecto de autotutela tendente a substraer las decisiones al ámbito de control del poder judicial[557].

A la consolidación de todo este proceso contribuyen importantes medios de comunicación y quienes los manejan, definiendo no solo aquello de lo que se debe y puede discutir, sino dibujando visiones del mundo por medio del específico encuadre de la comunicación mediante el cual son presentadas las noticias, y a través de una eficaz fórmula sintética, nos dicen tanto qué cosa pensar como en qué pensar, pero, sobre todo, en qué términos pensar sobre un determinado tema o materia[558]. Esto es, el debate público aparece dominado, como ha descrito Owen FISS, "por las redes informativas de la televisión y por un cierto número de grandes periódicos y revistas", cuya "competencia entre estas instituciones está lejos de ser perfecta", y es el propio mercado el encargado de restringir "la presentación de cuestiones de interés e importancia públicas de dos maneras": a) de una parte, "privilegia a grupos selectos, por medio de programas, periódicos y revistas especialmente receptivos a sus necesidades y deseos"; b) en segundo término, el mismo mercado "introduce, en la toma de decisiones editoriales y de programación, factores que pueden estar relacionados con la rentabilidad o la eficiencia que se les asigna (para ver las cosas

[557] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti..., op. cit.*, 1970.

[558] Mauro BARISIONE, *Comunicazione e società: teorie, processi, pratiche del framing*, Il Mulino Società Editrice, Bologna, 2009, p. 8, entre otros momentos. Asimismo, Daniele BUTTURINI, "L'informazione tra diritto individuale di libertà politico-economica e funzione di servizio pubblico", en *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero. La libertà di informazione e la democrazia costituzionale*, Volume II, edición de Daniele Butturini / Matteo Nicolini, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 33 y ss.

desde un punto de vista de la sociedad) pero que tienen poco que ver con las necesidades democráticas del electorado"[559].

Así las cosas, esta evidencia viene corroborada, a modo de ejemplo, por el lugar privilegiado que han pasado a ocupar los medios alternativos de resolución de conflictos, principalmente la negociación, la mediación y el arbitraje, excluyéndose a su través la composición de numerosos desencuentros a cargo del poder judicial estatal. Ello consolida un nuevo tipo de jurisdicción, de ordinario denominada jurisdicción privada, la cual, no parece tener un carácter en exceso coactivo, pues presupone la aceptación de las partes. Tal estado de hechos, viene favorecido porque el mercado global está necesitado de reglamentaciones que excedan de los límites territoriales del Estado nacional, y propicia el establecimiento de actores trasnacionales, los cuales se libran fácilmente por medio de este procedimiento del dominio de las jurisdicciones estatales. De este modo, grandes empresas, principalmente de ámbito multinacional y de contratación internacional, así como grupos y corporaciones detentadores de fuerte poder económico y social, no necesitan llevar las contiendas surgidas con sus trabajadores y consumidores, al ámbito decisional de las jurisdicciones nacionales[560].

Por consiguiente, los impulsos centrífugos de los intereses particulares hacen cada vez "más inestable, ciertamente, la sociedad globalizada. De ahí nace la exigencia de un espacio jurídico global, basado en la proclamación de derechos válidos para todos los seres

[559] Owen FISS, "¿Por qué el Estado?", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007, pp. 112-113, sin embargo, termina recurriendo al Estado, por ser la "más pública de nuestras instituciones y porque es la única que tiene el poder que necesitamos para resistir las presiones del mercado y así ampliar y vigorizar nuestra política", *ibídem*, p. 119.

[560] El arbitraje impuesto por la globalización al que nos referimos en el texto, tiene más de arbitrariedad que de justicia.

humanos, que puedan poner freno al arbitrio del poder"[561]. Esto no habla en contra, todo lo contrario, de los arbitrajes sectoriales privados dentro del ámbito estatal sean de derecho o bien de equidad[562], pues, como señala uno de nuestros mejores especialistas en la materia, ha sido "la insuficiencia e incapacidad endémica de la vías tradicionales –la jurisdiccional y el procedimiento administrativo sancionador– para dar respuesta a las quejas y reclamaciones suscitadas en el ámbito de las relaciones verticales de consumo, se unen a los muchos elementos que dieron el impulso definitivo a favor de la instauración y arraigo del Sistema Arbitral de Consumo en España"[563].

En el escenario descrito, se requiere indispensablemente tomar plena conciencia acerca de que las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos no circunscriben en su totalidad el área de eventuales vulneraciones de Derechos Fundamentales, a contrario de lo pretendido

[561] Fabio CIARAMELLI, *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho*, Trotta, Madrid, 2009, p. 165.

[562] La distinción entre ambos, así como las ventajas de uno u otro, está bien analizado en la síntesis de Vicente GOZALO LÓPEZ, "Vivienda: garantías y responsabilidades", en *Práctica Arbitral de Consumo*, edición de Jorge Tomillo Urbina, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, pp. 346-347.

[563] Jorge TOMILLO URBINA, "Realidad y futuro del Sistema Arbitral de Consumo: una aproximación crítica desde la experiencia cántabra", en *Práctica Arbitral de Consumo*, edición de Jorge Tomillo Urbina, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, 45; y alude ya muy oportunamente a los riesgos que le acechan y frente a los cuales es necesario prevenir, tales como la lentitud en la tramitación del procedimiento, la burocratización o la administrativización, *ibídem*, p. 61. No se trata, pues, por nuestra parte, de mostrar una atávica aversión al instituto del arbitraje, pues, como pone de relieve Pietro PERLINGIERI, en fase de profundas trasformaciones en las tareas asignadas a los poderes públicos y de las relaciones institucionales por la que atravesamos, el recurso a formas alternativas e innovadoras de producción del Derecho y de la justicia, ha encontrado en el arbitraje un fenómeno de apertura en sentido pluralista, que puede suponer una revitalización del justo proceso constitucionalmente previsto, pues se ha demostrado que, tomado en serio, el derecho de defensa, puede ser también eficazmente garantizado ante jueces no estatales, situados en posición asimilable a la de órganos competentes, independientes e imparciales, *Arbitrato e Costituzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002; una valoración similar, se encuentra en Jörg EISELE, "Außergerichtliche Streitbeilegung und Mediation", en *Juristische Ausbildung*, 2003, pp. 556 y ss, especialmente 561; asimismo, Peter TOCHTERMANN, "Alternative Dispute Resolution – Einführung in die alternative Streitbeilegung, en *Juristische Schulung*, 2005, pp. 131 y ss, especialmente p. 135.

desde la teoría liberal. El abuso y la arbitrariedad no son características exclusivas del poder público, como hemos apuntado y reiteraremos, habiendo sido tal realidad reconocida ya perfectamente durante la fase de mayor desarrollo del Estado Social, e incluso antes, lo cual actualmente se hace de vez en vez más evidente[564]. Y, frente a ello, puede observarse por cierto, al menos momentáneamente, la interpasividad de los miembros de la Sociedad, y la tácita aceptación de la idea de que, habida cuenta de la complejidad de la realidad socio-política actual, el individuo no puede pretender por sí mismo buscar la decisión juzgada más acertada, ante lo cual ha de conformarse con optar por la estimada de inferior riesgo, siendo la única seguida vía a tal fin, la de orientarse a través de lo hecho por todos, esto es, aceptar resignadamente la alternativa propuesta desde las instancias globalizadas. La libertad individual parece entenderse mayoritariamente a modo de "libertad de elección entre varios objetos para consumir, ejercida de forma indiferente, tanto respecto de los roles laborales como de los bienes expuestos en un supermercado" [565] . Desde nuestra ciencia, a ello contribuye, por ejemplo, la denominada "disociación entre <<contexto cultural>> y texto constitucional", a partir de la cual, "las dimensiones jurídico-culturales están subsumidas cada vez más en las alteraciones objetivas del orden económico del capital", lo cual supone, a su vez, "la alteración sustancial de las perspectivas del sujeto, determinando la instalación de una nueva subjetividad desarticulada que implica la pérdida de todo sentido activo de la historia", bien sea como esperanza o sea "como memoria", y ante ello, "en cierto sentido, el discurso

[564] En este sentido, Maria Celina BODIN DE MORÃES ha defendido con convicción la existencia de una correlación entre el postmodernismo jurídico y el proceso de constitucionalización del Derecho Privado, propuesta centrada en la Dignidad de la persona humana, *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, Renovar Editora, Rio Janeiro, 2003, pp. 59 y ss.

[565] Pietro BARCELLONA, *Diritto senza società: dal disincanto alla indifferenza*, Dedalo, Bari, 2003, p. 104.

constitucional habla de una lengua muerta, una lengua de simulacros, carente de distancia crítica"[566]. Consecuentemente, la democracia de ciudadanos requiere en mayor medida que nunca, de una forma de pensar contemplativa del proceso democrático "desde los derechos fundamentales, no concepciones según las cuales el pueblo como soberano, en realidad, solo ha ocupado el lugar del monarca"[567], y exige asimismo, una reglamentación limitadora "del poder frente a la imposición de la pretensión de dominio de poderes singulares"[568], así como de una consciente "resistencia constitucional", desde la decida defensa asimismo de los Derechos Fundamentales[569]. No debemos echar en saco roto que, en los momentos actuales, la legitimidad de un sistema político reposa sobre la prioridad concedida a los Derechos del hombre, y en ello reside asimismo su carácter preferencial[570]. Para algunos autores, y dado aún estaríamos a tiempo, los poderes estatales deberían ponerse de acuerdo y ser capaces "de constitucionalizar un espacio público internacional, que no se deje controlar por los poderes privados", pues estamos ante los elementos de debilidad caracterizantes "de las actuales organizaciones internacionales, carentes, si se quiere con excepciones, de un auténtico poder decisorio, el cual continúa radicado en los propios Estados", de tal modo que, "si los ataques a estos provienen fundamentalmente de aquellos, pues los poderes privados internos

[566] José ASENSI SABATER, "Recensión al libro de Peter Häberle: El Estado Constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11, pp. 747 y ss.

[567] Peter HÄBERLE, *Retos actuales del Estado…, op. cit.*, p. 34.

[568] Andreas PAULUS, "Globalización en el Derecho…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 99. Lo de la regulación está bien, pero como advierte Mario BARCELLONA, el Derecho, previo a ser un sistema de "reglas", constituye un "sistema de sentido", y no conseguiría ser lo primero sin lo segundo, citado por Fabio Ciaramelli, *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho*, Trotta, Madrid, 2009, p. 43.

[569] Sobre el término de resistencia constitucional, véase Miguel Ángel GARCÍA HERRERA, "Estado, Comunidades Autónomas y Derechos sociales: relaciones y tendencias", en *Anuario Jurídico de la Rioja*, 2002, p. 140.

[570] Eugênio FACCINI NETO, "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 67.

estatales o no existen o son simples correas de transmisión de los poderes privados internacionales, la respuesta no pueden producirse exclusivamente dentro del marco estatal. Se trata de seguir trabajando para generar procedimientos de responsabilidad internacional que actúen de freno frente a los poderes privados internacionales. A los Estados les puede corresponder otra función, como es la acusatoria, pero el juicio, la exigencia de responsabilidad ha de residenciarse en los poderes públicos supranacionales. Con ello se trata de reivindicar la eficacia horizontal del espacio internacional constitucional, evitando que los poderes privados ocupen todo el espacio público"[571], propuesta muy loable y hasta muy lógica, pero a nadie se le ocultan las dificultades de la empresa.

[571] Enrique ÁLVAREZ CONDE, "El Derecho Constitucional de…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 106.

CAPÍTULO TERCERO

Teorías de la construcción acerca del efecto desplegado por los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares: introducción y tesis negacionistas

CAPÍTULO TERCERO.

Teorías de la construcción acerca del efecto desplegado por los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares: introducción y tesis negacionistas.

3.1. Planteamiento inicial.

El concepto de Derechos Fundamentales a pesar de registrar su origen en la consolidación de las esferas de libertad individual frente al Estado, como consecuencia del proceso histórico, ha alargado el ámbito y las modalidades de eficacia de esos derechos [1], produciéndose la superación de la concepción decimonónica de los derechos públicos subjetivos, conforme a la cual, atendida la separación entre Estado y sociedad civil postulada desde la teoría liberal clásica, únicamente terminaron por adquirir relevancia iusfundamental las relaciones jurídicas establecidas entre los ciudadanos y el Estado[2].

En Alemania encontramos el primer país de tradición continental en seguir este camino. En efecto, a partir de la década de los años cincuenta del pasado siglo, es en Estado donde comienzan a emerger argumentos tendentes a defender la vinculación de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales, aunque apuntando modalidades y condiciones

[1] Luiz Edson FACHIN–Carlos Eduardo PIANOVSKY RUZYK, "Direitos fundamentais dignidade da pessoa e o novo Código Civil: una análise crítica", en *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, 3ª ed., edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 106.

[2] Alessandro PACE, *Problemática delle libertà costituzionali*, Parte generale, 3ª ed., Cedam, Padova, 2003, p. 17.

de aplicación diferentes, enlazando así con la discusión sobre el tema que ya había aflorado en la República de Weimar[3]. Según consideración por parte de la doctrina científica mayoritaria, dada la posición de las disposiciones iusfundamentales y su carácter comprensivo de los principios o valores supremos del ordenamiento jurídico, no parece adecuado ni justo que reciban un trato diferente las vulneraciones de los Derechos según provengan de un poder público o de un sujeto privado, toda vez que en ambos supuestos deben recibir una tutela absoluta. Y Giorgio LOMBARDI, estima asimismo que no estamos como con facilidad se dice ante de un problema nuevo surgido con el constitucionalismo de la segunda postguerra, pues ya fue suscitado durante la vigencia del texto constitucional de Weimar, momento en el que el cuadro problemático apuntó una serie de aspectos apenas desarrollados, pero presentaban los mismos una sorprendente afinidad anticipatoria con el debate actual; sintéticamente, fue defendida la tesis de que, ante la presencia de una Constitución encargada de la tutela de bienes por medio de normas auténtica garantes de la libertad, no puede justificarse ninguna disposición de Derecho Privado susceptible de causar una lesión de tales bienes[4]. Es claro, prosigue el autor, que comenzaba a abrirse un portillo hacia el reconocimiento de algunos tradicionales derechos de libertad en el terreno de las relaciones jurídicas privadas, tales como la libertad de domicilio, la libertad de manifestación de pensamiento, o las libertades de reunión y asociación, sobre manera, para aquellos casos en los cuales hubiera base suficiente al objeto de detentar objetivas posiciones de desigualdad entre las partes con clara supremacía de facto

[3] Recuerda este precedente en un Estado que se había constituido como Social, Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales)", en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio–Enrique Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 266

[4] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentale*, Vol. I, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1970, pp. 45-46.

de una de ellas, situaciones proclives al abuso desde las posiciones de fuerza; pero fueron realmente admisiones esporádicas y fragmentarias, realizadas de vez en vez a propósito de la aplicación de singulares normas constitucionales de garantía, echándose de menos la intención de afrontar el problema en sus términos generales y en toda su complejidad, a los efectos de su profundo significado para la dinámica de las relaciones constitucionales en toda su extensión[5]. Sin embargo, tocante a materia de trabajo, las disposiciones constitucionales consentían un superior, amplio y articulado discurso, dentro del marco de reconocimiento tendente a apreciar una más extensa posibilidad de incidencia por parte de los poderes privados, pero, a pesar de la eficacia de los Derechos Fundamentales entre sujetos privados para sus relaciones confirmada en este sector jurídico en algunos supuestos, también faltó el intento de llevar a cabo un encuadramiento general del problema[6].

De otra parte, comprendidos dentro de esta problemática, hallamos actuantes dos aspectos esenciales distintos, pero interrelacionados: en un primer momento, aparece la cuestión de saber sí y cómo es el hecho de que los Derechos Fundamentales influyen realmente y despliegan efectos para las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados, un problema denominado doctrinalmente de construcción jurídica; y, de otra parte, la problemática de esclarecer en qué medida o con qué intensidad proyectan los aludidos efectos en el tráfico jurídico privado, lo cual es estimado, como veremos, una cuestión de colisión de Derechos Fundamentales[7]. A su vez, las teorías de la construcción ensayadas y

[5] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.*, pp. 46-49.

[6] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.*, pp. 46-51.

[7] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 511. Walter LEISNER lo plantearía en términos muy similares, al distinguir entre sí los Derechos Fundamentales producen efectos horizontales entre sujetos privados, y, en segundo término, de responder afirmativamente a la primera cuestión, la determinación de la forma de aplicación de los

defendidas a esta finalidad, se bifurcan entre las que niegan la vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales, las construcciones dogmáticas que abogan por la aplicación inmediata o directa de estos preceptos constitucionales iusfundamentales para las relaciones jurídicas desarrolladas entre sujetos privados (posiciones monistas), y aquellas posiciones que admiten la relevancia jurídica de los Derechos Fundamentales indirectamente dentro esta esfera considerada (posiciones dualistas)[8].

3.2. Con todo: concepciones que niegan la eficacia de los Derechos Fundamentales para los supuestos de relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares.

3.2.1. Teorías contrarias a la eficacia jurídica entre particulares de los Derechos Fundamentales.

3.2.1.1. Ideas previas.

Aproximándonos a la literatura especializada, podemos observar cómo gana cada vez mayor consenso la tesis acerca de que los Derechos Fundamentales deben tener eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares, por lo que, como lógica y obvia consecuencia, es cada vez inferior el número de autores dispuestos a seguir negando esa eficacia de los Derechos Fundamentales dentro de la esfera comprensiva del tráfico jurídico-privado. Con todo, hay no obstante quien considera innecesaria esa extensión, una vez entendido que las vulneraciones iusfundamentales causadas por el comportamiento de los sujetos privados en las relaciones intersubjetivas aparecen reguladas por medio de leyes civiles y penales y no a cargo de la Constitución, a la cual

Derechos en orden al despliegue de esos efectos, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1960, especialmente pp. 306 y ss.

[8] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 448. Y, asimismo, esta denominación la recoge Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 320.

corresponderá la tarea de establecer los límites imposibles de traspasar por parte de los poderes públicos.

Ahora bien, esa parte de la doctrina científica aludida, vamos a denominar negacionista, podemos darla prácticamente por superada con carácter general, al margen de algunas excepciones. Sus postulados aparecen ante la consideración del estudio de la problemática de los Derechos Fundamentales como una defensa acrítica, incluso se puede decir que ciega, del principio de la autonomía privada, y consiguientemente de la libertad contractual, en definitiva, del principio del libre desarrollo de la personalidad considerado como un principio o derecho poco menos que ilimitado. No pasan así de especulaciones en el plano abstracto de la teoría, que se vienen abajo a la hora de analizar los hechos concretos, los cuales demuestran un camino abierto para la expansión de la dimensión normativa de los Derechos Fundamentales hasta comprender las relaciones jurídicas entre particulares. Por lo tanto, no son necesarias demasiadas explicaciones para demostrar el atraso de ciertas concepciones teóricas que niegan el poder de irradiación de los Derechos Fundamentales a todo el ordenamiento jurídico, una vez se produce de la "convicción igualitaria" a consecuencia de la verificación de que las relaciones intersubjetivas no siempre son establecidas entre sujetos situados conforme a una posición de paridad en el momento del ejercicio de su autonomía a la hora de obligarse, lo que ha favorecido la extensión de los Derechos al ámbito jurídico-privado[9]. Y tal situación, permite asimismo interrogarse "si acaso los derechos no deben ser también preferentes o, al menos, protegibles, en el entramado de las relaciones jurídicas nacidas de la autonomía privada", pues la característica de desigualdad propia de la Sociedad civil, también postula

[9] Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre los derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 208.

la "formulación de unos derechos resistentes que sirvan como barrera protectora de la libertad frente a los sujetos privados"[10].

Los autores opuestos a admitir la existencia de Derechos Fundamentales eficaces para el ámbito de las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, descartan cualquier tipo de vía por la que penetre la influencia del orden objetivo de valores para los supuestos comprensivos de relaciones jurídicas en las que no está presente la participación de un poder público. De este modo, postulan que la extensión del ámbito clásico de aplicación de los Derechos Fundamentales va en contra de la propia naturaleza de estos[11]. Todas esas concepciones poseen un denominador común: niegan la eficacia de los Derechos Fundamentales en la esfera privada, entre otras cuestiones, ante el temor de los riesgos que una tal eficacia puedan traer para la autonomía privada, la libertad contractual y la misma seguridad jurídica. En el fondo de esas posturas doctrinales, subyace la convicción de que una eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales puede ser una especie de "caballo de Troya" destructor del sistema construido sobre la base del principio de la autonomía privada[12].

Conforme decimos, esgrimen como uno de los principales argumentos la degradación que con esa vinculación sufriría el principio de autonomía privada[13], es más, con ello terminaría por destruirse el Derecho Privado hasta hacer del mismo una rama del Derecho innecesaria, toda vez los jueces podrían basar sus decisiones

[10] Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre los..., op. cit.*, pp. 208-209.

[11] Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 278.

[12] Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente..., op. cit.*, p. 283.

[13] Ernst FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, IEP, Madrid, 1975, pp. 254-263.

directamente a partir del texto constitucional, prescindiendo de las disposiciones legales existentes. En fin, la *Drittwirkung* retiraría importantes ámbitos de configuración social de las funciones a desarrollar por el Legislador democrático, cuya libertad de concretización resultaría restringida como consecuencia de la interpretación extensiva de la Constitución, trasladándose esa tarea a los tribunales ordinarios, en cuyo seno no tiene lugar el debate plural y democrático propio de la actividad legislativa; y, al final, acabaríamos consolidando un Estado judicial. De cualquier manera, actualmente, la práctica totalidad de la literatura jurídica occidental, *prima facie*, admite un mayor o menor alcance de los efectos a desplegar por los Derechos Fundamentales para el caso de las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados, con lo cual, las muy escasas posturas negativistas constituyen una reliquia del pasado, y evidencian la precompresión de una Teoría de la Constitución anclada en el siglo XIX, o sencillamente carecen de tal.

3.2.1.2. Las primeras construcciones de oposición a la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas entre particulares: en especial, la posición de *Ernst Forsthoff* y sus pronósticos errados.

Las primeras resistencias frente al despliegue de eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, surgirán a raíz del debate sobre la aplicación del Derecho Fundamental de igualdad (artículo 3.1 de la *Grundgesetz*) a las relaciones de trabajo. Así, frente a la posición doctrinal encabezada por Hans–Carl NIPPERDEY defensora de la aplicación directa de los Derechos Fundamentales para el caso de las relaciones jurídicas entre particulares, surgiría una corriente contraria y negativista de cualquier posibilidad de reconocimiento de la *Drittwirkung*, al afirmar categóricamente que los Derechos Fundamentales se dirigen solamente contra el Estado, en tanto las amenazas procedentes de los sujetos privados son contempladas por

las leyes civiles y penales pero sin ser abordadas desde la Constitución, que solamente establece límites a los poderes públicos.

El exponente primero de la corriente negacionista es considerado Hermann VON MANGOLDT, quien proclamó contundentemente que los Derechos Fundamentales eran oponibles exclusivamente frente al Estado[14]. Al inicio de este movimiento contrario unieron sus voces luego importantes nombres de la doctrina del Derecho Privado, casos de Walter SCMIDT-RIMPLER – Paul GIESECKE – Ernst FREISENAHN – Alexander KNUR[15].

Entre esas concepciones negadoras de la tendencia expansiva de los Derechos Fundamentales a las relaciones intersubjetivas, la desarrollada a cargo de Ernst FORSTHOFF fue seguramente una o quizá la más expresiva[16]. Ciertamente, durante el trascurso del decenio de los años cincuenta del pasado siglo, comandaba en Alemania Ernst FORSTHOFF la corriente contraria a los nuevos desarrollos expansivos sobre la eficacia para las relaciones entre sujetos privados de los Derechos Fundamentales. Según mantuvo, la introducción de la eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares para la relaciones jurídicas establecidas entre sí, por su amplitud y ámbito jurídico de penetración, conllevaba una transformación constitucional sin

[14] Hermann VON MANGOLDT, "Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 36, Heft. 3, 1949, pp. 278 y ss: citado asimismo por Albert BLECKMANN, *Staatsrecht* II – *Die Grundrechte*, 4ª ed., Carl–Heymanns, Köln–Berlin–Bonn–München, 1997, pp. 226-227.

[15] Autores del artículo colectivo Walter SCMIDT-RIMPLER – Paul GIESEKE – Ernst FREISENAHN – Alexander KNUR, "Die Lohngleichtigheit von Männern und Frauen", publicado en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 76, Heft. 2, 1951-1952, pp. 165 y ss.

[16] Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", publicado en 1959 *Festschrift für Carl Schmitt zum 70 Geburtstag*, edición de Hans Barion / Ernst Forsthoff /Werner Weber, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 35 ss, y que influye en la posición de Carl SCHMITT aun cuando este hace aportaciones propias de superior calado, más concretamente en su "Die Tyrannei der Werke", recogido en *Säkularisation und Utopie – Erbacher Studien: Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, 1967, pp. 37 y ss., edición de Sergius Buve, Kohlhammer, Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz, 1967; y más tarde, entre otras obras de Ernst FORSTHOFF, insiste sobre la cuestión en *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Kohlhammer, Stuttgart, 1961.

precedentes, porque debido a su trascendencia superaba en gran medida a la que entrañara la transformación del principio de igualdad en vínculo para el Legislador producida durante los años veinte (del siglo pasado), y era asimismo una de las más claras manifestaciones de la disolución de la Constitución, al dejar de concebirla exclusivamente como la Ley encargada solo de "trazar los límites que el poder público no puede traspasar"[17], pasando a ser comprendida como mero orden material de valores, expresivos a lo sumo de un contexto global y completamente, imposible para el autor de posibilidad alguna de fundamentación y traslación jurídica.

Ahora bien, de concebirse la Constitución como un sistema de valores, "o tan solo como una combinación de valores", dice Ernst FORSTHOFF, terminaríamos transformándola "de un instrumento jurídico de ordenación política, lo que es, en un difuso programa social", y, "naturalmente, los Derechos Fundamentales están en el centro de ese modo de entender la Constitución, dado que el pensamiento valorativo solo es practicable, en el fondo, para comprender los propios Derechos Fundamentales"[18]; pero, quien decide adentrase en el campo de los valores, acepta desde un punto de vista metodológico, la supraordenación, subordinación y la mutación de los valores mismos, y con ello la completa inseguridad jurídica. Por lo tanto, considera el recurso al concepto de valor un factor de inestabilidad jurídica de primera magnitud, pues toda interpretación de la Constitución orientada a los valores trae consigo la desestabilización del Derecho Constitucional desde la perspectiva metodológica, la ruptura del principio de unidad de la primera, e irreparables perjuicios para su fuerza normativa. El valor tiene su propia lógica, ajena por completo a la estimativa jurídica, y su

[17] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?", en *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 270.

[18] Ernst FORSTHOFF, *El Estado de la Sociedad…, op. cit.*, p. 106.

invasión del campo jurídico provoca en toda su agudeza el problema de disolución de los conceptos y métodos jurídicos. Si los tribunales, sustituyen el respeto por los sólidos vínculos constitutivos de la base y la condición de su propia independencia y forma de decidir, incursionándose en el arriesgado camino de ser los protectores y ejecutores de valores supremos, surgirá de inmediato el peligro que amenaza la persistencia y seguridad no solo de la propia jurisdicción sino inclusive de la misma constitucionalidad. Rechazaría asimismo que el los Derechos Fundamentales comprendidos como orden de valores, fueran constitutivo de sistema jurídico alguno, pues, por su naturaleza, los valores no son susceptible de sistematizarse. Cada Derecho responde a una finalidad protectora distinta de la esfera de libertad del individuo frente a la injerencia del poder público y no es posible vincular a este a la tarea de proceder a una función fijadora de valores, que no es un concepto jurídico sino filosófico y solo puede ser establecido por cada persona singular; de otro lado, nadie ha sido capaz de demostrar que el despliegue de eficacia de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico-privado, venga exigida por razones de necesidad social protectora frente a otros sujetos privados o grupos de poder social de esta naturaleza, ya que, caso de producirse ese tipo de interferencias, dispone el ordenamiento de cauces jurídicos suficientes para abordar la problemática[19].

De otra parte, sostiene, la eficacia contra natura de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas transforma por completo el complejo de normas constitucionales de garantías de libertad y límites impuestos al Estado al objeto de proteger ciertas funciones individuales particularmente dignas de ser salvaguardadas, en normas jurídicas portadoras de deberes, siendo así que el alcance de los deberes

[19] [19] Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", publicado en 1959 *Festschrift für Carl Schmitt zum 70 Geburtstag*, edición de Hans Barion / Ernst Forsthoff /Werner Weber, Duncker & Humblot, Berlin, p. 35.

permanece incierto. Y esta eficacia de las garantías como deberes solamente es posible también a partir del abandono de las reglas clásicas de interpretación, mediante la adopción en su lugar del método axiológico "de las ciencias del espíritu" (*geisteswissenschaftliche Methode*) como el propio Ernst FORSTHOFF diera "en apellidarlo"[20], ante lo cual, clama "por el retorno a las reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica, según la mente de SAVIGNY" formuladas en 1840, en cuanto son ni más ni menos que el útil de todo jurista[21]; justamente, está invocando el retorno al positivismo y a la desatención del contenido material de las normas constitucionales, principalmente las iusfundamentales [22] . Buscaba esa vuelta sistema decimonónico, caracterizado por Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA, como "centrípeto, plano, implacable e

[20] Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 223.

[21] Necesidad de vuelta a los cánones interpretativos clásicos abiertamente postulada por Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, pp. 35 y ss; si bien reconoce fueron aplicadas previo a que Savigny la explicitara, y siguen conservando, según afirma, todo su valor y la misma exactitud, *ibídem*, pp. 39 y ss. La crítica, entre otras por la desatención al contenido sustantivo de la Constitución, es contundente sobre "una cuestión agitadora de los ánimos", en Alexander HOLLERBACH, "Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? – Zu Ernst Forsthoffs Abhandlung „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" in der Festschrift für Carl Schmitt", en *Archiv des öfflentlichen Rechts*, Band. 85, núm. 3, 1960, pp. 241-270.

[22] Ernst FORSTHOFF, *Zur Problematik… op. cit.*, pp. 39-40. Ahora bien, Karl LARENZ ha puesto en su sitio a Ernst Forsthoff, toda vez le achaca que "ignora, en primer lugar, que el método estrictamente <<jurídico>> de Savigny, que él contrapone al método <<científico-espiritual>>, es él mismo de hecho un método científico–espiritual, cuyo trasfondo espiritual fue la comprensión del Derecho de la Escuela histórica del Derecho. Por tanto, la contraposición de método <<científico–espiritual>> y de un método <<estrictamente jurídico>> no es sostenible si con este último se hace referencia a la doctrina de la interpretación procedente de Savigny. En segundo lugar, Forsthoff desconoce que las ideas de la Hermenéutica no pueden simplemente anularse o ser ignoradas, como sobre todo la de que la aplicación de las normas jurídicas solo raramente se lleva a cabo por la vía de las distinciones y deducciones lógicas <<exactas>>; tal aplicación supone un <<proceso de concretización>>", *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 162. Por eso ha puesto de manifiesto por todos Friedrich MÜLLER, que su reclamo de vuelta al positivismo de Savigny es imposible, pues este no era positivista al modo reclamado por Forsthoff, al no compartir la posición positivista clásica caracterizada sintéticamente por dos equivalencias: la equivalencia de Derecho y Derecho positivo, y la equivalencia de todas las normas entre sí, *Juristische Methodik…, op. cit.*, pp. 109 y ss.

inflexible"[23]. Cuando el Derecho Constitucional es, contrariamente, "sutileza, estabilización, ponderación y equilibrio, entre los factores principales de la vida social y política", a fin de mejor vivir en el reino del Derecho regulador de la fuerza[24].

La ciencia del Derecho se "destruye a sí misma", lamentará, de no mantener incondicionalmente la tarea de proceder a la adecuada interpretación de la Ley, extrayendo su recto contenido mediante una operación correcta de subsunción, en el sentido de conclusión silogística concluyente[25]. La interpretación, por medio del método orientado por la concepción, según la cual, los Derechos Fundamentales son un sistema de valores, antecedido por el postulado que llama "ético patético" del artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn, consistiría para él en un "procedimiento arbitrario" que hace inseguro el Derecho Constitucional –la interpretación jurídica por mor de la filosofía de los valores pasa a convertirse en una interpretación filosófica–, disolviendo la Ley constitucional a modo de una mera casuística, promoviendo la ruptura de la estructura unitaria del Derecho Constitucional y restando racionalidad, previsibilidad y evidencia[26]. Por eso, la introducción de cláusulas generales de contenido valorativo y el abandono de las reglas clásicas de interpretación, de acuerdo con su visión de la problemática,

[23] Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA, y pone muy oportunamente de relieve el autor, la perplejidad causada, por el hecho de que "bajo el Antiguo Régimen pudieran prosperar sistemas versátiles, abiertos en diversas direcciones, mientras que con el liberalismo el sistema esté fuertemente disciplinado. La libertad de la que se parte (autonomía de la voluntad para los civilistas, libre albedrío para los penalistas) será el presupuesto para una serie interminable de vínculos", y, de este modo, la "subjetividad jurídica se transforma en una forma de sujeción", "Del sistema a la red: la perspectiva del juez", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol., XXXII), 2016, pp. 435-436.

[24] Gustavo ZAGREBELSKY, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la Política*, Trotta, Madrid, 2008, p. 98.

[25] Ernst FORSTHOFF, *Zur Problematik…, op. cit.,* p. 41.

[26] Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 42 y ss.

podría conducir a resultados devastadores [27] . Según sus propias palabras, bajo el aspecto político-constitucional, ello significaba la transformación de los Derechos Fundamentales en deberes o vínculos obligatorios, determinados esencialmente de modo social, con una notable si no definitiva eliminación de su contenido liberal. No en vano considerara que sobre manera la parte de la Constitución consagrada a los Derechos Fundamentales, y las irrupciones del principio del Estado Social, ofrecían un flanco favorable para la innovación de los métodos axiológicos de las Ciencias del espíritu[28]. Por lo tanto, a fin de que los Derechos Fundamentales puedan cumplir una función social, resulta innecesario renunciar a su configuración como límites al poder del Estado. Los Derechos Fundamentales expresan la división entre las esferas de libertad individual y los ámbitos de actuación estatal. La libertad, efectivamente para el autor, significaba distanciamiento del individuo frente al Estado, y comprende la facultad del primero al objeto de regular libremente sus relaciones con el resto de sujetos privados conforme a los principios de justicia y utilidad (en definitiva, de acuerdo a la concepción de la autonomía privada del tardo-liberalismo). Incluso, según llega a afirmar, la Constitución es algo bastantemente distinto de "un supermercado donde pueden ser satisfechos todos los deseos", y enfatiza acerca de que la única determinación explícita de la *Grundgesetz* sobre la eficacia de los Derechos Fundamentales viene referida a su eficacia vinculante ante la legislación, la administración y la jurisdicción (artículo 1.3).

[27] En sentido expresamente contrario, vería Antonio HERNÁNDEZ GIL el ordenamiento jurídico como el instrumento del Estado de Derecho, para que, ateniéndose a procedimientos de elaboración y formulación formalmente correctos de conformidad a las propias normas constitucionales, puedan los procedimientos hermenéuticos ser considerados un medio al objeto de la realización de fines considerados como valores, *El cambio político español y la Constitución*, Planeta, Barcelona, 1982, especialmente pp. 403 y ss.

[28] Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 51.

Debido a ello, la Jurisprudencia se anulará a sí misma, como hemos dicho, de no observarse estrictamente la tesis defensora de la interpretación de lo normativo como un proceso constructivista consistente en la averiguación de su contenido previo, mediante la realización de la subsunción correcta, entendida al modo de conclusión silogística[29]. Con todo, reconoce que la Constitución es una ley política, siendo a partir de esa naturaleza dónde comienzan "los verdaderos problemas", y dice no osaría afirmar que la Ley constitucional deba ser interpretada "de idéntica manera que una Ley sobre los termómetros"[30]. Para terminar considerando tarea imperiosa, la elaboración al modo de Savigny, de los momentos de interpretación constitucional, siendo adaptados a la vez a las necesidades del moderno Derecho Constitucional[31].

Para fundamentar de sus tesis, Ernst FORSTHOFF hace uso de premisas rigurosamente positivistas, excluyendo categóricamente la posibilidad de interpretar los Derechos Fundamentales como sistema de valores, según hemos apuntado, pues rechaza el recurso a la idea de sistema por ser extralegal y extrajurídica, y en mayor medida resulta serlo de acuerdo a su pensamiento el empleo del concepto de valor[32]. Critica las propuestas innovadoras, porque, según él, crean inseguridad y pueden conducir, como vimos y ha sido dicho, a la disolución de la fijeza y estabilidad en cuanto características propias y esenciales de la Constitución, generando la inseguridad de esta, de su contenido y efectos, y, como consecuencia, de las bases mismas de la comunidad

[29] Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung…"*, loc. cit.* en *op. cit.*, p. 41.

[30] Ernst FORSTHOFF, *Zur Problematik…, op. cit.,* p. 37.

[31] Ernst FORSTHOFF, "Rezension von: Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung", en *Der Staat*, Band. 8, 1968, p. 525

[32] Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung…", *loc. cit.* en *op. cit.,* p. 41.

política[33]. Al deducir el Tribunal Constitucional Federal alemán del principio de la Dignidad humana un conjunto de valores no jerarquizado, de contenido ético, espiritual o religioso, forzosamente había también abandonado la subsunción y las reglas tradicionales como la técnica interpretativa válida jurídicamente[34], siendo necesario la vuelta a esta, pues la Constitución deber ser tomada de nuevo con seriedad en tanto que una Ley. La inmisión del pensamiento de los valores carente de jerarquía, conforme señala, no permite que sean a la postre conceptos jurídicos aprehensibles, controlables, capaces de ofrecer soluciones generalizables, disolviéndose la Constitución y el propio Derecho Constitucional orientados sobre contenidos concretos, en mera casuística, perdiendo ambos racionalidad y evidencia, cuando realmente dispone esta rama jurídica de su propia y específica lógica, sin necesidad de situarse para su comprensión "al margen de las doctas y experimentadas reglas de la hermenéutica jurídica. Así es posible entresacar de la Constitución contenidos que están cerrados a una comprensión jurídica. Por otra parte, les falta a tales enunciados valorativos aquella racionalidad y evidencia, que es necesario atribuir comúnmente a los resultados de una exégesis jurídica de la Constitución"[35].

Considera así razonable en muy superior medida, mantener la función protectora de los Derechos Fundamentales dentro de los límites de eficacia que desde siempre les fue atribuida, lo cual permite presentarlos perfectamente al modo de defensa frente a intervenciones arbitrarias del poder político. De esta forma, perfila una construcción

[33] Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 40.

[34] Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 53.

[35] Ernst FORSTHOFF, *El Estado de la Sociedad…, op. cit.*, pp. 106-107. Por el contrario, para la oposición a una interpretación técnico–jurídica del sistema de Derechos Fundamentales, el propio Rudolf SMEND, por ejemplo, *Constitución y Derecho constitucional*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1985, especialmente pp. 228 y ss.

teórica traducida en considerar a los Derechos Fundamentales en su vertiente inicial, esto es, cual derechos de defensa, el tradicional modelo desenvuelto durante el Estado Liberal [36]. Para ello, razona, debería abandonarse el camino emprendido por la jurisprudencia constitucional, pues el "señor de la Constitución" la interpreta según un orden de valores –dimensión espiritual– y conllevaba así inevitablemente a una modificación extraordinaria del significado la Constitución, saltándose sin embargo el camino de la reforma, además de suponer una notable alteración del equilibrio de poderes con la pertinente ampliación de las funciones de la jurisdicción, llegándose con tal proceder al Estado de los jueces, en detrimento de otros poderes constitucionales y del propio concepto de Constitución [37]. Y si la Constitución pierde racionalidad, dejando de ser apta para cumplir con su función estabilizadora del conjunto del ordenamiento jurídico, aparece también de inmediato el resquebrajamiento del propio Estado Democrático de Derecho; ahora bien, de disolverse el concepto de Constitución, amenazado ya como mínimo a una situación de disolución parcial, ello afecta decisivamente al conjunto de la organización institucional, alcanzando también, obvio es, a la jurisdicción constitucional[38]. Por lo tanto, hace abstracción completa de toda la evolución seguida por los Derechos Fundamentales en el nuevo contexto fraguado con el Estado Social de Derecho. Sin embargo, si bien contrariamente reparamos, a partir de la interpretación histórico-funcional de los Derechos Fundamentales, carece de toda lógica establecer la conclusión de que, "por principio, lo Derechos

[36] Por eso han podido afirmar numerosos autores, como es el caso de Ludwig RAISER, que el no reconocimiento de eficacia de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídico–privadas, constituye una reminiscencia de la teoría y de la práctica desarrolladas durante el Estado liberal, que descartaba la introducción del Derecho Constitucional en orden a la regulación de este tipo de relaciones y la encomendaba, sin embargo, al Derecho Privado, *Grundgesetz und Privatrechtsordnung*, C.H. Beck, München–Berlin, 1967, pp. 9-10.

[37] Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 54 y ss.

[38] Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 61-62.

Fundamentales no estén en condiciones de proteger a los sujetos jurídicos privados. Antes al contrario, esta interpretación aboga por la posibilidad de una eficacia horizontal de este tipo"[39].

3.2.1.3. La postura negacionista en la panorámica de nuestra doctrina científica: algunas manifestaciones de relieve.

Postura negacionista parece ser claramente asimismo la tesis sustentada entre nosotros por Luis-María DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, refiriéndonos a uno de los mejores especialistas en nuestra doctrina referente a la temática de los Derechos Fundamentales. Reproducimos a continuación un par de argumentos esenciales esgrimidos por el autor al respecto: "una vez circunscrito el ámbito de lo verdaderamente problemático a aquellos supuestos en que no hay sujeto público –cualquiera que sea la naturaleza de las normas en juego– ni intervención pública relevante en la relación, parece que la postura negativa no solo parte de presupuestos intelectuales más refinados, sino que conduce a resultados más coherentes. En efecto, negar que los derechos fundamentales rijan entre particulares presenta dos ventajas. Por un lado, en el plano teleológico, pone de relieve que, por subjetiva que parezca, la idea de que los particulares deben verse vinculados en su actuación por los derechos fundamentales es incompatible con la autonomía privada y, por tanto, tendencialmente contraria a la noción misma de libertad. Por otro lado, presenta también una ventaja en el plano sistemático: dado que resulta irrealista, precisamente por ser contrario a la autonomía privada, sostener que todos los derechos fundamentales deben regir plenamente en cualesquiera relaciones entre particulares, los defensores de la eficacia horizontal se ven abocados a diferenciar derechos y situaciones; pero entonces la dificultad es prácticamente insalvable, porque no es claro qué criterio racional y

[39] Heinz–Gerd SUELMANN, *Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG,* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 1994, p. 65.

objetivo puede emplearse para decidir cuándo debe haber eficacia horizontal y cuándo no, naturalmente sin dejarse caer en puras consideraciones de justicia material. En este sentido, negar eficacia entre particulares a los derechos fundamentales es más coherente"[40]. Lo anterior concuerda con la opinión previamente vertida por el propio autor, y este es el segundo aspecto que queremos registrar, conforme a la cual, sostener la idea "de que todos los derechos fundamentales deberían regir en todo tipo de relaciones entre particulares, aunque aparentemente sugestiva, es insidiosa, porque su realización conduciría a la abolición de la autonomía privada y, por consiguiente, sería contraria a la noción misma de libertad"[41].

De otra parte, según considera, el descarte de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales, "no implica necesariamente negar, asimismo, la absoluta irrelevancia de estos para regulación de las conductas de los particulares. Negar dicha eficacia horizontal significa únicamente sostener que los derechos fundamentales no pueden ser invocados directamente *ex constitutione* frente a particulares. No significa, en cambio, que el legislador no pueda extender la esfera de aplicación de esos derechos a las relaciones entre particulares; y ello en el bien entendido de que se trataría de derechos de rango legal y, por tanto, derechos que el legislador puede crear, modificar y suprimir con un notable margen de libertad de apreciación"[42].

A mitad de camino entre la tesis negacionista y la teoría de la eficacia mediata hallamos situado a Jesús PABÓN DE ACUÑA, quien rechaza la teoría de la eficacia inmediata por el peligro que dice

[40] Luis María DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4ª ed., Cívitas–Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 144-145.

[41] Luis María DIEZ–PICAZO GIMÉNEZ, "Capítulo IV. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, edición de Óscar Alzaga Villaamil, Cortes Generales–EDERSA, Madrid, 1996, p. 436.

[42] Luis María DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 145.

constituye para los Derechos de los otros, y además, se determinaría en tal hipótesis por el Tribunal Constitucional la eficacia de los Derechos Fundamentales a base de parámetros casuísticos sobre fundamentos imprecisos; de ahí su persistente reclamo de la mediación del Legislador, a quien sostiene corresponde el establecimiento de los contenidos y límites de los Derechos Fundamentales, para los supuestos de las relaciones intersubjetivas[43].

Asimismo, existe un sector de civilistas que adoptan una postura contraria y beligerante frente al reconocimiento de cualquier clase de eficacia de los Derechos Fundamentales en el marco del Derecho Privado, como es el caso representativamente entre nosotros de Carlos ROGEL VIDE[44]. Para estos autores, "celosos de la autonomía de su disciplina", la Norma constitucional "no tiene ningún papel que jugar en la regulación de las relaciones jurídico-privadas", despachándose el asunto con el argumento ya conocido de que la autonomía privada podría sufrir una irreversible degradación, por demás, constitutivo del criterio "de referencia exclusivo y excluyente a la hora de enjuiciar la licitud de los actos privados"[45]. Adicionalmente, argumentan unánimemente a la hora de afirmar la inutilidad de una eficacia de este tipo para las relaciones jurídico-privadas, visto que los mismos resultados podrían ser alcanzados a través de los tradicionales instrumentos hermenéuticos e

[43] Jesús PABÓN DE ACUÑA, "La llamada <<Drittwirkung>> de los derechos fundamentales", en Autores Varios, *El Poder judicial*, Vol. III, AA.VV., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 226-227.

[44] Carlos ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Studia Albortoniana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, pp. 87 y ss. Y si bien defiende la teoria del deber de protección para su intervención en el tráfico jurídico privado, lo hace Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, precisamente, por su consideración de cauce jurídico autónomo respecto de la *Drittwirkung*, la cual rechaza en sus dos versiones, directa e indirecta, "Autonomía privada y derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, Fascículo núm. 1, 1993, pp. 113 y ss.

[45] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares…?", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 270.

instituciones ofrecidos desde el Derecho Civil [46]. Según defienden, determinados Derechos Fundamentales, desde el ángulo del Derecho Privado, aparecen configurados por añadidura como derechos de la personalidad, lo cual implica siempre tensión entre sujetos privados, y conforman una categoría autónoma y originaria de este orden o sector del Derecho, cuyo régimen jurídico de tutela corresponde por entero, pues, al Derecho Privado [47]. Mientras los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales y las propias Libertades públicas son regulados por el Derecho Público, y vienen referidos a las relaciones jurídicas individuo-Estado [48], desautorizando por consiguiente cualquier manifestación de eficacia jurídica entre particulares de los Derechos Fundamentales. Naturalmente, hay manifestaciones aisladas del Tribunal Constitucional, como la que vamos a reproducir, poco contributivas al despeje de este equívoco, al entender indiscutible "que, en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo, en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquellos. Se deduce así, sin especial dificultad, del art. 10 C.E., que, en su apartado 1°, vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y con el desarrollo de la personalidad y, en su apartado 2°, los conecta con los llamados derechos humanos, objeto de la Declaración universal y de diferentes Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España"[49].

[46] Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales…, op. cit.*, p. 282.

[47] Carlos ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos…, op. cit.*, p. 145 y ss.

[48] Carlos ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos…, op. cit.*, pp. 126 y ss.

[49] STC 64/1988, de 12 de abril.

3.2.1.4. Una polémica postura ecléctico–negacionista: el apellidado desde la misma, golpe de estado metodológico de la sentencia *Lüth*.

Poco amigo de la eficacia de los Derechos Fundamentales para los supuestos de las relaciones jurídicas entre particulares, nos parece mostrarse Uwe DIEDERICHSEN, y su consiguiente recurso a la defensa cerrada e incondicionada del principio de autonomía del Derecho Privado. No podemos apreciar en el autor, ciertamente, una abierta oposición frontal a la *Drittwirkung*, que se cuida bien de no expresar, pero su argumentación la encontramos poco compatible con ella. Punto de partida de su construcción es el fuerte cuestionamiento que hace del concepto de jerarquía entre las normas jurídicas, lo cual le conduce a relativizar la posición jerárquicamente inferior del Derecho Privado respecto de la Constitución como *lex superior* y, en definitiva, *prima facie* respecto de los Derechos Fundamentales particularmente[50].

De conformidad sostiene, el Derecho Constitucional y el Derecho Privado son dos ámbitos jurídicos dispares sin relación material alguna entre los mismos, lo que adquiere un gran significado desde el punto de vista lógico, pues "disparidad quiere decir desigualdad, no asociabilidad", y, conceptos consiguientemente "dispares, son conceptos que no tienen nada que ver entre sí, porque pertenecen a distintos ámbitos conceptuales, por ejemplo, bien y amarillo, el número siete y el agua", relación de disparidad e independencia trastocada sin embargo por un "acto de usurpación", vale decir, la sentencia del caso *Lüth* –a la cual

[50] Uwe DIEDERICHSEN, "Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz", en *Juristische Ausbildung* 19, febrero de 1997, núm. 2, pp. 57 y ss; "Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht", en *Rangordnung der Gesetze, 7. Symposion der Komission ·Die Funktion des Gesetze in Geschichte und Gegenwart, am 22. und 23 April 1994*, edición de Christian Starck, Vandenhoeck – Ruprecht, Göttingen, 1995, pp. 38 y ss.

llega a calificar de auténtico "golpe de Estado metodológico" [51]– y su creación de la teoría acerca del efecto irradiación de los Derechos Fundamentales, lo cual supondría, lamenta, el establecimiento de una relación de subordinación clara del Derecho Privado al Derecho Constitucional [52], algo evidentemente, como decimos, frente a lo que muestra desagrado y disconformidad.

Así las cosas, la cuestión de los efectos de los Derechos Fundamentales para la disciplina de las relaciones jurídicas entre particulares debe ser enfocada de otra manera, valora, pues ha dejado de consistir en una producción de efectos necesariamente basada sobre cuestiones de jerarquía normativa, y pasa a considerarse como mucho solo de posible afectación colateral por esta, dependiendo de otros factores dejados sin aclarar por el autor. Como consecuencia, no explica definitivamente el argumento ciertamente problemático con el cual se maneja, de que el Derecho Privado no es jerárquicamente inferior a la Constitución. El autor opta por una vía podemos denominar paralela, al sostener que la jerarquía normativa no implica una jerarquía axiológica, y, por ello, el prestigio de los valores constitucionales y su supremacía respecto de otros valores del ordenamiento, no son la derivación necesariamente lógica de la posición formalmente superior correspondiente a la Constitución. Por ello, la supremacía otorgada a la Constitución dista de corresponderse automáticamente con la supremacía de los valores incorporados por la misma. Y tal afirmación, la hace descansar sobre la base de un argumento de preferencia o

[51] Uwe DIDERICHSEN, "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgerichte – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 198, 1998, p. 226.

[52] Uwe DIEDERICHSEN, "Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten…, *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 39 y ss; "Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz"…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 58 y ss, se orienta por considerar que fueron en gran medida presiones políticas, a las que fue incapaz de mantenerse impermeable el Tribunal, las que dieron lugar al contenido de la sentencia dictada.

estimativa personal más que de carácter jurídico, pues mantiene que esos valores no adquieren superioridad jerárquica por el mero hecho de estar constitucionalmente previstos en la Norma suprema; dicho de otro modo, este hecho no implica una imposición de jerarquía automática y posterior irradiación de los valores constitucionales al resto del ordenamiento jurídico.

A juicio del autor, lejos de fijar nuestra atención en la jerarquía formal, debemos partir de otra relación entre los valores constitucionales y los valores de Derecho Privado, siendo plenamente conscientes de que se está de partida ante una relación de igualdad. Los Derechos Fundamentales y el Derecho Civil no poseen ningún objeto común de regulación, se encuentran por consiguiente yuxtapuestos, de ahí la inexistencia liminar de problemas de concurrencia[53]. Dicho de otro modo, los valores constitucionales y los valores de Derecho Privado se hallan en una relación de eventual concurrencia de normas, en lugar de mantener una relación de jerarquía formal. De conformidad con esa tesitura, es posible que en determinadas ocasiones los valores constitucionales tengan preferencia aplicativa, pero habrá otras circunstancias en las cuales esa preferencia corresponda a los valores de Derecho Privado, dependerá así para uno u otro caso de la cuestión de a qué grupo de valores le corresponde para el caso concreto la superioridad argumentativa[54].

Sin embargo, Konrad HESSE se ha visto obligado a reconocer que la supremacía constitucional desempeña, por el contrario, una función importante con la finalidad de preservar los institutos centrales del Derecho Privado, sometidos ahora a la garantía del control de

[53] Josef ISENSEE, "Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte: Inhaltskontrolle von Verträgen am Maßstab der Verfassung", en *Festschrift für Bernhard Großfeld* zum 65. Geburtstag, edición de Ulrich Hübner / Werner F. Ebke, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1999, p. 492.

[54] Uwe DIEDERICHSEN, "Die Rangverhältnisse zwischen…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 70.

constitucionalidad[55]. Además, según podría objetarse a la concepción de Uwe DIEDERICHSEN, de conformidad con ella, el Derecho Privado representa un sistema autárquico y asegurado aisladamente por sí mismo, respecto de los valores comunitarios decisivamente importantes, lo cual, es harto discutible, además de constitucionalmente intolerable. Introducir este interrogante o cuestionamiento, no supone dudar de la autonomía (que no independencia) del Derecho Privado, sencillamente significa recordar que tanto el Derecho Público como el Derecho Privado tienen actualmente asiento en una base común de principios jurídicos fundamentales. La autonomía privada es un valor categorialmente autónomo, pero constitucionalmente tutelado, y simultáneamente vinculado a la autonomía colectiva ejercida por el conjunto de los ciudadanos a través de la legislación. A ello contestaría Uwe DIEDERICHSEN mediante el argumento de que los valores fundamentales del ordenamiento iusprivatista fueron absorbidos por la Constitución, existiendo así una congruencia a gran escala entre el Derecho Privado y los Derechos Fundamentales[56].

Ahora bien, como a su vez reconocen otros dos detacados civilistas, en el actual contexto postpositivista, el respeto de las normas infraconstitucionales no es examinado solo bajo el punto de vista formal a partir del procedimiento de su creación, sino con base asimismo y fundamentalmente, a partir de su correspondencia substancial a los valores que, incorporados al texto constitucional esencialmente por medio de los Derechos Fundamentales, pasan a ser elementos conformadores todo el sistema jurídico[57]. La supuesta seguridad ofrecida a cargo de la estructura milenaria del Derecho Civil clásico, justificativa

[55] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cívitas. Madrid, 1985, pp. 50-51.

[56] Uwe DIEDERICHSEN, "Die Rangverhältnisse zwischen…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 70 y ss.

[57] Pietro PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 7ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 9 y ss.

su predominio argumentativo sobre las instancias normativas del Derecho Constitucional, se revela como apenas un mito más, elaborado con el claro objetivo de servicio al mantenimiento de *statu quo* individualista y patrimonialista del Derecho Civil[58]. Por demás, penden ya desde hace algún tiempo reclamaciones para llevar a cabo una imprescindible renovación dogmática de los viejos esquemas del Derecho Civil, requerido de una concepción sistemática y global nueva de sus instituciones, sea con relación a la función a desempeñar por estas, sea atinente a los criterios de imputación de responsabilidad que deben ser adoptados por la moderna Sociedad compleja del riesgo. Renovación exigible ante la fragilidad de los tradicionales conceptos para la hipercompleja realidad social del presente, de un lado, y a la fragmentación jurídica existente, de otro[59]; de esta suerte, los principios y valores iusfundamentales debidamente recepcionados, están en condiciones ideales para insuflarle de esos necesitados nuevos aires.

Adicionalmente, cuando critica la tesis del deber de protección o mandato de tutela, tomando como base la construcción en particular de Claus–Wilhelm CANARIS, a quien sitúa dentro del ámbito de la teoría de la eficacia inmediata, vuelve sobre algunas de las ideas ya referidas, reiterando que la aplicación de los Derechos Fundamentales al Derecho Civil cuestiona de modo decisivo la necesaria autonomía de este sector del Derecho[60], así como su tradicional posición especial y privilegiada[61], siendo así que mantiene la inexistencia de puntos de contacto tocante a

[58] Maria Celina BODIN DE MORAES, "Constituição e Direito civil: tendencias", en *Revista dos Tribunais*, núm. 779, 2000, pp. 47 y ss.

[59] Pietro BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Jovene, Napoli, 1977, p. 293.

[60] Uwe DIEDERICHSEN, "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 242.

[61] Uwe DIEDERICHSEN, "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 227 y 236, respectivamente.

la regulación de materias; insistiendo, a su vez, en la diferencia metodológica entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional, y acerca de la cuestión del riesgo a soportar y fácil de caer, de terminar convirtiendo al Tribunal Constitucional Federal en una superinstancia de revisión[62]. La respuesta de Claus–Wilhelm CANARIS no se haría de rogar, y comenzó por darle a su oponente, condiscípulo y amigo, en la línea de flotación, dados sus "enredos" acerca de la jerarquía, al responderle: el Derecho Privado es solo Derecho ordinario, y, como tal, situado dentro de la construcción jerárquica del ordenamiento en un plano ineludiblemente subordinado a la Constitución, y, como lógica consecuencia, la legislación propia del ámbito iusprivado está vinculada a los Derechos Fundamentales por mor del principio de *lex superior*[63], aspecto este también negado por Uwe DIDERICHSEN[64]; al tiempo, le recordaría que ni las diferencias metodológicas ni los peligros señalados a cernirse sobre el Tribunal Constitucional Federal, podían tener influencia alguna acerca del rango entre ambas ramas del ordenamiento[65].

Efectivamente, como ha expuesto otro destacado civilista, la Constitución en cuanto norma jurídica suprema permite concebir al ordenamiento como unidad, al haber pasado a convertirse en el centro unificador de todo el Derecho infraconstitucional, concepción que supuso

[62] Uwe DIEDERICHSEN, "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes…, *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 220 y ss. La tesis del autor, ha recibido algún tipo de aproximación de parte de Dieter MEDICUS, pero es preciso tener en cuenta que, para el autor, los Derechos Fundamentales, respecto de las normas de Derecho Privado, solo producen efectos en su función de normas de principio objetivas, "*Der Grundsatz der* Verhältnismäßigkeit im Privatrecht", en Archiv der *civilistische Praxis*, Band. 192, 1992, pp. 45 y ss., y muestra su escepticismo acerca de que los Derechos Fundamentales puedan proyectarse en el contexto jurídico privado como prohibiciones de intervención.

[63] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz*, Walter de Gruyter, Berlin–New York, 1999, pp. 15 y 28 y ss.

[64] Uwe DIEDERICHSEN, "Die Rangverhältnisse zwischen…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 70 y ss; "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 234.

[65] Uwe DIEDERICHSEN, "Die Rangverhältnisse zwischen…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 74; "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes…", *loc. cit.* en *op. cit.* p. 235.

un verdadero "giro de Copérnico" para el Derecho Privado, reuniendo ahora alrededor de los valores comunitarios existenciales de la Constitución lo constitutivo antes de un sistema fragmentado, valores encargados de fecundarle fructíferamente a través de los ideales igualitarios y solidarios entrelazados con el tejido constitucional; imponiendo así bajo una nueva óptica, la relectura de conceptos e institutos civiles tradicionales y elaborados para otro contexto social y axiológico[66]. La Constitución se convierte, de este modo, en el topoi hermenéutico por excelencia también para el Derecho Privado, generador de una lícita comprensión axiológico-normativa del resto del sistema jurídico[67].

La relación del Derecho Civil con el Derecho material de la Ley Fundamental, a juicio de Uwe DIEDERISCHSEN, y "esencialmente con la sección de los Derechos Fundamentales, era, tal como se desprende de la Constitución, de neutralidad, y solo fue modificada en virtud del consabido acto de usurpación del BVerfG, en el sentido de darle una impronta iusfundamental al Derecho Privado"[68], acto de usurpación que fija como hemos dicho en la doctrina constitucional vertida por la sentencia resolutoria del caso *Lüth*, particularmente, debido a la consagración por la misma del efecto irradiación de los Derechos Fundamentales. Y tal como reconoce, estimada para los momentos actuales a partir de ahí, la influencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho Civil "es enorme", de modo que el "edificio del Derecho Civil no ha sido solamente restaurado, sino que con fundamento en el Derecho

[66] Luis Edson FACHIN, "Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporáneo", en *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporáneo*, edición de Luis Edson Fachin, Renovar Editora, Rio de Janeiro, 2000, pp. 317 y ss.

[67] Lênio Luiz STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 2ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, p. 225.

[68] Uwe DIEDERICHSEN, "Die Selbstbehauptung des Privatrechts…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 57.

Constitucional ha sido reedificado por completo"[69]. En fin, resulta significativo su lamento por el problema causado a través del reconocimiento de la *Drittwirkung*, cuando expresivamente manifiesta a modo de interrogante: "¡Lo que puede inferirse de la Constitución! Si hubiéramos permanecido situados en la concepción de los Derechos Fundamentales como prohibiciones de arbitraria injerencia por parte del Estado, la respuesta resultaría fácil: ¡Nada! Su conversión en un sistema de valores fundamentales nos deparó contrariamente el problema de la *Drittwirkung* de los Derechos Fundamentales"[70].

Por todo ello, de conformidad a lo sostenido varias veces Claus–Wilhelm CANARIS y tantos otros autores, no puede existir ningún papel alternativo y diferente del Derecho Privado frente a un mínimo exigible del mismo para cumplir con la Constitución, al disponer esta de preferencia normativa indudable, por lo menos si la Constitución no abre la posibilidad de disponer de dos alternativas para evitar la infracción[71]. De nuevo se ha mostrado poco precisa, reconoce también este último autor, la tesis referida al hecho de que los Derechos Fundamentales obren actuando sobre el centro del área jurídica iusprivada infiltrándose en las normas dominantes del Código Civil aplicables al caso[72]. Naturalmente, el Legislador tiene en sus manos la posibilidad de imponer al afectado una carga probablemente menor a lo que hubiera supuesto el peso soportado de aplicarse directamente la Constitución, y, desde luego

[69] Uwe DIEDERICHSEN, "Die Selbstbehauptung des Privatrechts…", *loc. cit.* en *op. cit.*, núm. 2, 1997 p. 59. Esta preocupación expuesta en unos términos un poco más moderados, puede encontrarse ya en Hans–Peter WESTERMANN, "Sonderprivatrechtlihe Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 178, 1978, pp. 150 y ss.

[70] Uwe DIEDERICHSEN, "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 257.

[71] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz*, Walter de Gruyter, Berlin–New York, 1999, pp. 28 y ss.

[72] Como mantienen entre otras muchas desde Sentencia de 18.1.1958, BVerfGE 7, 198, 205; hasta una más próxima como puede ser la sentencia más próxima de 23.4.1986, BVerfGE 73, 261, 269.

concretizando en el marco de esta; algo que justo permitirían las normas de los Derechos Fundamentales entendidos como derecho de defensa, siempre y cuando el Legislador no necesitara prever intervenciones a favor de la parte contraria, defendiendo así la Constitución en su función protectora a través de sus principios y valores.

Resulta entonces claro, de acuerdo con la posición de Uwe DIEDERISCHSEN, su postulación favorable a la existencia de dos ordenamientos autónomos (separados, e incluso autárquicos) y horizontales, el uno al lado del otro sin necesidad de establecer relaciones entre ellos, por lo que no habría de antemano un problema de concurrencia ni de jerarquía. Cuando la realidad del Estado constitucional actual evidencia, por el contrario, que el orden jurídico–civil, tanto desde el punto de vista lógico–formal como sustantivo, no puede ser dejado de comprender dentro del orden constitucional democrático, de conformidad con el cual, el Derecho Civil "no es materia extraconstitucional, es materia constitucional", y por medio de esta aseveración nos hallamos en las antípodas de perseguir la transformación de la Constitución "en un supercódigo y reducir el Derecho civil a un simple Derecho constitucional concretizado" [73]. Ciertamente de forma plástica, reconoce Pietro PERLINGIERI, el Código Civil ha "perdido la centralidad de otro tiempo", y, como consecuencia, la función unificadora del sistema, "tanto en sus aspectos más tradicionalmente civilísticos cuanto en aquellos de relevancia publicista, es desempeñado cada vez más incisivamente por el Texto Constitucional", y, de este modo, "hablar de descodificación relativamente al Código vigente no implica en absoluto la pérdida del fundamento unitario del ordenamiento" [74]; por consiguiente, continúa el autor, la

[73] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 1272.

[74] Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional,* 3ª ed., Renovar Editora, 2007, p. 6.

constitucionalización del Derecho Privado es algo más que el resumen del acogimiento, en sede constitucional, de materias reguladas en el pasado histórico por el Código Civil, pues el fenómeno es mucho más amplio, toda vez se impone forzosamente una "relectura del Código civil y de las leyes especiales a la luz de la Constitución"[75] . Así, de un lado, la Constitución representa un límite para el Legislador de Derecho Privado imposible de trasgredir para este, y, de otra parte, proyecta efectos hermenéuticos determinantes tanto para la producción como en orden a la exégesis de las normas de este sector del ordenamiento, que al tropezar con la Constitución y con los Derechos Fundamentales en una base común, vienen obligadas a orientarse a la protección y promoción de los valores constitucionales, centrados por añadidura en la salvaguarda de la Dignidad de la persona humana[76].

3.2.2. Desde la premisa negacionista a la aceptación excepcional de la eficacia *inter privatos* de los Derechos Fundamentales: construcción y evolución de la teoría norteamericana de la *State Action*

3.2.2.1. La doctrina de la *State Action* en sus rasgos esenciales.

Los progresivos y constantes cambios históricos experimentados por los Derechos Fundamentales en el contexto socio–político europeo durante el siglo XX, sin excesivas dilaciones a partir del asentamiento de la Constitución normativa, pondrán de relieve la intrínseca vocación de aquellos tendente al despliegue de su eficacia para el supuesto de las relaciones jurídicas establecidas entre los sujetos privados. Se hacían así propicias, sin lugar a dudas, las condiciones para la creación doctrinal y su inmediata asunción jurisprudencial de la doctrina de la *Drittwirkung*

[75] Pietro PERLINGIERI, *Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, p. 189.

[76] Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, p. 100. Jörg NEUNER, *Privatrecht und Sozialstaat*, C.H. Beck, München, 1999, pp. 219 y ss.

der Grundrechte surgida a mediados del siglo XX, principal y primeramente en Alemania, país donde ya se hubiera planteado la cuestión durante la República de Weimar, conforme manifestáramos *ut supra*.

Situación distinta, según viene considerando mayoritaria o casi unánimemente el mundo jurídico, es la planteada a los efectos en Estados Unidos, cuya construcción científico-jurídica desarrollada acerca de los Derechos Fundamentales permanece de espaldas, tocante al aspecto de la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas establecidas entre particulares. Esto es, apenas han prestado atención al proceso evolutivo seguido por la temática en buena parte de los estados de Europa continental enmarcados dentro del constitucionalismo democrático-social [77] . Como consecuencia, está carente el panorama científico jurídico norteamericano de corrientes de opinión mayoritarias determinantes, y favorables a la tesis de la eficacia inmediata de los preceptos constitucionales garantes de Derechos Fundamentales dentro de la esfera correspondiente a las relaciones jurídico–privadas. Esencialmente, la literatura jurídica estadounidense permanece en su inmensa mayoría anclada fielmente al modelo liberal de concepción de los Derechos Fundamentales constitucionalmente reconocidos, desde la que reciben la caracterización de límites vinculantes tan solo para la actividad desarrollada por los órganos e instituciones estatales cuando establecen sus relaciones jurídicas con los ciudadanos. Esto es, entienden los Derechos Fundamentales en su función de Derechos de defensa frente al Estado, como *limitation of*

[77] Opinión contraria es la sustentada, con buenas dosis de razón, por Ingo Wolfgang SARLET, pues ni debe ser menospreciada la importancia de la doctrina sobre la *State Action*, ni desconsiderar que también en el Derecho Constitucional norteamericano la problemática de la vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales y su aplicación a las relaciones jurídico–privadas, ocupa un cierto lugar, especialmente en el ámbito jurisprudencial, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", en *A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, p. 134.

Governement. Por ello, la garantía de los *individual rights and liberties* incorporados por la Constitución a través de las enmiendas que conforman actualmente el *Bill of Rights* norteamericano, según la interpretación históricamente hegemónica, recibe su apoyo desde los planteamientos teóricos postulantes de que los Derechos Fundamentales prescriben prohibiciones y obligaciones específicamente para la acción estatal. Por consiguiente, únicamente puede ser entablada la acción protectora cuando se está ante la presencia de una *State Action*, o *Governement Action*, vale decir, solo puede haber una vulneración de los Derechos Fundamentales por medio de una acción estatal presuntamente ilícita, de modo que las conductas eminentemente privadas se encuentran en principio inmunes a este tipo de control[78].

Fieles a la concepción liberal de los Derechos Fundamentales, la doctrina científica y la jurisprudencia norteamericanas recurrirán, pues, a la construcción de la tesis de la *State Action*, incapaces de aceptar como lo han sido hasta el momento, que los Derechos Fundamentales tienen también algún tipo de eficacia en las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares y, por consiguiente, un acto imputable a un sujeto privado puede vulnerar también los las normas iusfundamentales de otro particular. Como primer argumento de apoyo para ello, acudirán a la literalidad del texto constitucional, mostrativo de referencia a los poderes públicos en la mayoría de las cláusulas mediante las que han sido establecidos los Derechos Fundamentales[79], a lo cual han unido, básicamente, otro argumento teórico, como es el de que la admisión de la *Drittwirkung* europea podría cercenar el principio de autonomía privada auténtico baluarte integrante de cualquier concepción sobre la libertad, y que sería arrumbada si los sujetos privados estuvieran obligados a conformar la conducta a seguir en sus relaciones jurídicas recíprocas de

[78] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 134.

[79] Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais…*, *op. cit.*, p. 228.

conformidad con los Derechos constitucionalmente garantizados[80]. Por último, han invocado también como causa justificativa de la teoría de la *State Action,* el pacto federativo, recuerda Daniel SARMENTO, al ser competencia de los Estados y no de la Unión la legislación sobre Derecho Privado, excepto cuando la materia a regular venga referida al comercio interestatal o al internacional; de este modo, mantendrán, la doctrina de la acción estatal preserva el legítimo espacio correspondiente a la autonomía de los Estados, impidiendo que las Cámaras federales, bajo el pretexto de aplicar la Constitución, intervengan cara a la normación de las relaciones jurídicas privadas[81].

Verdaderamente, para la literatura jurídica norteamericana, la Constitución integra el texto normativo mediante el cual son positivizadas las relaciones ciudadano–Estado, e implica la limitación de la acción pública a la libre acción de los poderes estatales en sus relaciones con los ciudadanos desarrollada a partir del pertinente respeto de los Derechos Constitucionales, permaneciendo, sin embargo, al margen de los actos imputables a los sujetos privados al desarrollar relaciones jurídicas entre sí. De este modo, queda sin atribuirse al ciudadano o ente particular Derechos Fundamentales frente a otros sujetos privados[82]. Así las cosas, según sostiene por su parte la literatura jurídico–constitucional, únicamente en relación con la Enmienda Decimotercera, referida al fin de la esclavitud en Estados Unidos, cabe su empleo inmediato para el control de las acciones individuales llevadas a cabo por los particulares[83]. Constituye, pues, prácticamente un axioma

[80] Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law (University Treatise Series)*, 2ª ed., Foundation Press, Inc., New York, 1989, p. 1691.

[81] Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais..., op. cit.*, p. 228.

[82] Juan María BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. La noción de State Action en la jurisprudencia norteamericana*, Mac Graw–Hill, Madrid, 1997, p. 1.

[83] John E. NOWAK–Ronald D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, 5ª ed., West Academic Publishing Co, St. Paul, Minn, 1995, p. 452.

de Derecho Constitucional norteamericano, mantiene Daniel SARMENTO, "casi universalmente aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la idea de que los derechos fundamentales, previstos en el *Bill of Rights* de la Carta Magna estadounidense, imponen limitaciones solo para los Poderes Públicos y no atribuyen a los particulares derechos frente a otros particulares"[84]. Tesis apenas cuestionada, contrastando en buena medida con lo acontecido en la práctica del propio Tribunal Supremo, habida cuenta de que si bien el citado Tribunal nunca ha admitido en línea teórica que las normas constitucionales desplieguen también eficacia para la regulación de las relaciones jurídico–privadas, desde la vertiente aplicativa lo ha aceptado en numerosas ocasiones[85], aunque haya sido a través del recurso a ficciones jurídicas propiamente dichas.

La redacción literal de varias cláusulas iusconstitucionales impide, es verdad, un margen amplio para la hermenéutica, aunque ello no sea excusa suficiente. De este modo, las violaciones de los Derechos Fundamentales que sean la consecuencia de actos privados, resultarán ser reprimidas y sancionadas a través de leyes estatales, y no directamente aplicando la Constitución, pues esta última solo puede ser aplicada judicialmente ante una acción estatal [86] . Resultan así significativas las manifestaciones del juez Woods (1883), quien según dijera: "la única forma por la cual una persona privada puede privar a otra de la igual protección de las leyes, es por medio de la práctica de alguna ofensa contra las leyes que protegen los derechos individuales"; así como las del juez J.S. Willians (1979), para quien "la libertad, en términos constitucionales, no consiste habitualmente en la libertad individual ante las intromisiones de otros ciudadanos particulares,

[84] Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais…, op. cit.*, pp. 227-228.

[85] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.*, p. 42.

[86] Juan María BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre…, op. cit.* p. 2.

protegemos la libertad con las leyes que tipifican ciertas conductas como delitos"[87].

Con todo, ese aludido atrincheramiento de corte histórico por parte de la doctrina científica, renuente a la admisión de la eficacia en las relaciones establecidas intersubjetivamente de los Derechos garantizados constitucionalmente, de otro lado, ha sido incapaz de impedir que en el acontecer cotidiano tales Derechos hayan puesto paulatinamente de relieve su vertiente objetiva, siendo capaces de ofrecer buenas muestras acerca de su capacidad de penetración en cualesquiera ámbitos de la realidad social, bien sean estos espacios públicos, ora sea en los recovecos social-privados.

La construcción jurisprudencial de la *State Action Doctrine* tiene así por objeto esquivar el aludido axioma constitucional vigente relativo a la materia, permitiendo ocasionalmente desplegar eficacia a los Derechos constitucionales para los supuestos de relaciones intersubjetivas, pero en lugar de realizar una construcción sistemática y segura sobre la cuestión, lo que ha hecho es definir asistemática y casuísticamente cuándo una acción privada resulta equiparable a una acción pública, según documentan John NOWAK–Ronald D. ROTUNDA; doctrina la llamada de la *State Action* que inicia su andadura con los *Civil Rights Cases* juzgados por el Tribunal Supremo norteamericano en 1883[88]. Ahora bien, la exigencia de una acción estatal a fin de poder estimar algún tipo de eficacia de los Derechos Fundamentales para los casos de relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares, implica, como es fácilmente comprensible, la separación bien delimitada entre actos públicos y actos privados, lo cual, frecuentemente, entraña dificultades no menores.

[87] Citados por Juan María BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre…, op. cit.*, pp. 2-3.

[88] John E. NOWAK–Ronald D. ROTUNDA, *Constitutional…, op. cit.*, pp. 474 y ss.

De todos modos, la presencia de una frecuente zona de penumbra situada en la linde entre el Derecho Público y el Derecho Privado, y, por derivación, la más que apreciable complicación tocante al discernimiento entre comportamientos estrictamente públicos, y los que por su naturaleza tienen primordialmente carácter privado, ha conducido en la mayoría de las ocasiones al establecimiento de una equiparación artificial entre las acciones privadas y las acciones públicas; y finalmente terminaría dando lugar a que la judicatura norteamericana orientara dirección hacia hermenéuticas de vez en vez más extensivas respecto del concepto de *State Action*, esto es, respecto al rebaje de las exigencias para mantener su existencia, en orden a la aplicación de los Derechos y garantías fundamentales a los casos controvertidos.

Comúnmente es aceptado prácticamente en su cualidad de canon del Derecho Constitucional norteamericano, la tesis concerniente a que los Derechos Fundamentales proclamados constitucionalmente, vinculan exclusivamente a "los órganos e instituciones del Estado (y más exactamente, a las autoridades federales)"[89], vale decir, únicamente van a regir *prima facie* para los casos de relaciones jurídicas particular-poderes públicos. Y la posición, como hemos reiterado, se mantiene con muy escasísimas fisuras, salvo en relación ya se dijo con la Enmienda decimotercera prohibitiva de la esclavitud[90]. Ahora bien, la problemática subsiste por lo referido a la determinación, considerados supuestos específicos, de las actuaciones que, pese a ser de apariencia privada, evidencian tales rasgos caracterizadores que pueden ser subsumidas en el concepto de *State Action*; o, dicho de otro modo, con frecuencia hacen su presentación situaciones en las cuales no está claro si la acción de los

[89] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan…?", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 278.

[90] Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais…, op. cit.,* pp. 225 y 228.

particulares es o no es subsumible dentro del concepto de la *State Action*. A tales efectos, dos han sido fundamentalmente las vías seguidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano para ampliar con carácter excepcional el radio de acción de las garantías constitucionales iusfundamentales, sometiendo en tales casos a estas últimas a los particulares ejercitantes de tal tipo de las aludidas acciones[91]: a) el ejercicio por un sujeto de naturaleza aparentemente privada de una función propia de los poderes del Estado, esto es, de una acción estatal pública; b) la existencia de puntos de contactos o complicidades suficientemente significativas y de tal entidad, como para poder responsabilizar al Estado por la conducta de un sujeto privado[92].

Ahora bien, si reparamos, ambos criterios de control conducen a idéntico resultado, y este no es otro sino el de responsabilizar al Estado "del acto impugnado, consiguiéndose prolongar esa especial tutela de las libertades, de tal suerte que determinadas controversias surgidas entre particulares, excluidas en principio de ese ámbito constitucionalmente protegido, acaban comprendidas finalmente en él"[93].

3.2.2.2. Expansión y repliegue de la doctrina de la *State Action*.

Tocante al discurrir de la práctica, es de observar cómo, desde aproximadamente la mitad del siglo XX, fecha coincidente con un extenso

[91] Como documenta Daniel SARMENTO, se tiene por el caso más emblemático de aplicación de esta tesis el *Marsh versus Alabama*, juzgado en 1946, *Direitos fundamentais…, op. cit.,* p. 230.

[92] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 134.

[93] Juan María BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre…, op. cit.*, pp. 15 y 16.

período de inactividad del Congreso relativo a la problemática[94], el Tribunal Supremo norteamericano decidió realizar esporádicamente –ciertamente, cada vez con mayor frecuencia– comprensiones alargadas del concepto de *State Action*. A consecuencia de semejante evolución, del resultado de ese renovado quehacer jurisprudencial, estribó que acciones de origen privado pero intrínsecamente públicas, fueran fácilmente admitidas con la finalidad de considerarlas vinculadas a los límites establecidos por medio de los derechos individuales consagrados constitucionalmente. Buena parte de esas sentencias traen causa de supuestos en los cuales la cuestión debatida hacía referencia a la discriminación racial, sobresaliendo la sensibilidad con la que los *justices* del momento realizaran sus pronunciamientos acerca de la cuestión, hasta lograr elevarla a elemento propulsor de una especie de activismo judicial en el ámbito de los Derechos individuales.

Tal forma de proceder por la jurisprudencia norteamericana, esencialmente hasta el año 1968, supuso para una gran parte de las cuestiones conducidas hasta el Tribunal Supremo, el ofrecimiento por este de respuesta afirmativa respecto a la presencia de la subentendida *State Action*, comprendida en acciones de autoría privada[95]. Sin embargo, esencialmente a partir de 1970, por contraste a lo acaecido durante la época previa, la mayoría de las sentencias rechazaron considerar que se

[94] El Congreso norteamericano fue el primero en experimentar las limitaciones de la teoría de la *State Action*. Los *Civil Right Cases* de 1868, dejaron claro la imposibilidad para el Congreso de establecer regulaciones, tocante a las disposiciones constitucionales contenidas en la enmienda XIV para limitar las actividades privadas. El contenido de la enmienda, entendió el Tribunal Supremo, estaba direccionado solamente a los poderes públicos, no pudiendo los particulares sufrir limitaciones por medio de leyes en sus relaciones privadas. Únicamente a partir de 1957, con ocasión del conocimiento de los *Civil Right Cases* de 1957, pudo el Congreso recobrar la iniciativa para la producción de leyes restrictivas de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico privado.

[95] Recuerda Daniel SARMENTO, que entre los años 1953 y 1969, fue presidente del Tribunal Supremo el juez Eral WARREN, período que se caracterizó por un gran activismo en la defensa de los Derechos humanos y de las minorías, colocando al Poder judicial en una posición central en las controversias políticas y sociales de la Sociedad americana de la época, *Direitos fundamentais…, op. cit.,* p. 204.

estuviera ante un acto estatal inconstitucional, al negar reconocimiento a la presencia de una *State Action*. La doctrina constitucional ha explicado dicha vuelta hacia atrás, de una parte, como la consecuencia de las alteraciones operadas en la composición del Tribunal Supremo; y, de otros lado, debido a la circunstancia de que la inmensa mayoría de los supuestos planteados, previo a 1968, se ocupaban de la problemática referida a la discriminación racial, mientras desde ese término, resultaron ser predominantes casos de materias diferentes, para los cuales entraban en escena distintos Derechos Fundamentales, tales como la propiedad privada y el *due process*, entre los más frecuentes [96].

Como especie de balance, resume Laurence H. TRIBE, atendido sea el caos jurisprudencial observado y propiciado por el proceder de la judicatura norteamericana en torno a la cuestión, únicamente a través del estudio pormenorizado de varios casos y de sus especificidades, es quizá posible, no sin dosis importantes de esfuerzo, la estructuración, el conocimiento y el hallazgo de alguna posible solución a efectos de prestar cierto tipo de ayuda para resolver la problemática suscitada por una concreta y nueva *State Action* eventualmente a plantearse[97]. Porque, han sido tantas las concepciones empleadas de esta última, que, ante tamaña disparidad, es más propio hablar de antidoctrina en lugar de hacerlo de una doctrina propiamente dicha acerca de la misma[98]. Quizá a ello debido, explicará Klaus STERN, está fuera de toda lógica sostener la influencia de la doctrina y de la jurisprudencia norteamericana sobre el debate constitucional alemán acerca de la problemática, pues allí la cuestión ha consistido en lograr la dilatación del concepto de poder público a fin de involucrar al Estado para los supuestos de relaciones

[96] Juan María BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre..., op. cit.*, p. 38.

[97] Laurence H. TRIBE, *American Constitutional..., op. cit.*, p. 1691.

[98] Laurence H. TRIBE, *American Constitutional..., op. cit.*, p. 1668.

jurídico–privadas, atribuyéndole la condición de obligado por los Derechos Fundamentales, algo completamente ajeno a las finalidades perseguidas en la discusión científica alemana mayoritaria, así como las desarrolladas por la propia jurisprudencia acerca de la cuestión[99].

3.2.2.3. La matización introducida mediante las *Public function cases* o *Public function exception (theory)*.

De cualquier manera, y a pesar del desorden aludido, lo cierto es que la totalidad de las sentencias en las cuales la decisión ha sido adoptada de conformidad con la doctrina de la *State Action,* son susceptibles de ser clasificadas, como apuntamos, básicamente, con arreglo a dos criterios: 1º) las referidas al ejercicio por un particular de una función pública o cuasi pública (*the public function cases*); 2º) aquellas que ponen de manifiesto la presencia de una relación simbiótica (*symbiotic relationships*) cuyos componentes son el Estado y un sujeto privado, o bien muestran una implicación estatal significativa en el desarrollo de una actividad de naturaleza privada (*State commandment or encouragement of Private activities*). Concerniente al criterio primero, el Tribunal Supremo ha procurado delimitar en qué supuestos sujetos particulares desarrollan funciones propias, por su naturaleza, de los poderes estatales, hipótesis para las cuales resultarán estos responsables a causa de las vulneraciones de los derechos constitucionales cometidas. Con respecto al segundo criterio, la pretensión es identificar cuáles vulneraciones de Derechos traen causa realmente de actos realizados por sujetos privados que, sin embargo, evidencian una participación típicamente estatal relevante en los mismos (*a governmental hand*); y vinculan también a su observancia por aquellos particulares que reciben beneficios fiscales y subsidios con cargo a los poderes públicos.

[99] Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band. III/1, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, C. H. Beck, München, 1988, p. 1522.

Así las cosas, a partir aproximadamente del decenio de los años cuarenta del pasado siglo, comienza a observarse cada vez con superior frecuencia un número importante de sentencias del Tribunal Supremo norteamericano que pasan a ser denominadas con la terminología de *public function cases*, momento en el cual se va a forjar la teoría denominada *public function theory*, plasmando su consolidación durante el transcurso de los siguientes decenios del pasado siglo; de este modo, desconsiderando algún antecedente menos claro, la doctrina de la mitigación fue aplicada ya en términos claros por primera vez el año 1946, al juzgar el célebre asunto *Marsh versus Alabama*, (326 US, 561, 66 s. Ct 276, 90 L. Ed. 265) según la doctrina mayoritaria. Ahora bien, entendemos llevan razón quienes sostienen que es en 1944 cuando el Tribunal Supremo inicia su alejamiento de la exigencia de estrictos requisitos para aceptar la presencia de una acción estatal, al juzgar del caso *Smith versus Allwright* (321 US 649, 64 S. Ct. 757, 88 L. Ed. 987), y a través de una hermenéutica audaz, anular la denominada "primaria blanca" por estimarla constitutiva de una violación de la prohibición contenida en la Decimoquinta enmienda, realizando una comprensión extensiva de esta al considerar para el supuesto la existencia de discriminación de voto basada en la raza, por lo que invalidaría así mediante este pronunciamiento la doctrina *Groovey* [100] . El Tribunal

[100] El Tribunal Supremo venía consintiendo una importante discriminación racial en los estados sureños, eludiendo en diversos casos la utilización necesariamente evidente de la Decimoquinta enmienda. Aún resonaban los ecos de una decisión muy invocada por la judicatura norteamericana del año 1883 (109 US 3, 3 S. Ct. 18, 27 L. E. 835), al mantener que actuar para los casos de *Derechos Civiles* bajo la Decimocuarta enmienda, es "una acción estatal de carácter particular que está prohibida", pues la invasión para casos individuales de los propios derechos civiles no fue objeto de la enmienda". El Tribunal Supremo basó su decisión en el texto de la enmienda, estipulante de que "ningún Estado" se ocupara de determinada conducta.

Por referencia a algunas decisiones importantes ya durante el siglo XX, en 1921, a través del fallo *Newberry versus United States* (256 US 232, 41 S. Ct. 469, 65 L. Ed. 913, sostuvo que los partidos los políticos eran organizaciones privadas, por lo que formaban parte del aparato electoral del gobierno. Consecuentemente, por medio del dispositivo primaria blanca, los afroamericanos fueron privados de su derecho de voto,

Supremo constató ahora que los partidos, aun cuando fueran asociaciones privadas, mediante la organización de las elecciones primarias desempeñaban una importante función pública para el proceso democrático y debían ser consideradas oficialmente sancionadas por el Estado por su sumisión a normas constitucionales. Después del fallo *Smith versus Allwright*, los miembros del partido demócrata de Texas fundaron una asociación privada de la cual excluyeron a los afroamericanos. Los integrantes de la asociación realizaron elecciones preprimarias al objeto de seleccionar candidatos para las primarias demócratas. En 1953, el Tribunal Supremo declaró mediante la decisión *Terry versus Adams* (345 US 461, 73 S. Ct. 809, 97 L. Ed. 1152) la estimación de que la fórmula adoptada era inconstitucional, toda vez hacía de las elecciones primarias y generales ratificaciones superficiales de las decisiones adoptadas durante el proceso de preprimarias, instrumentalizando el ejercicio de una función pública.

La intención de esta jurisprudencia no era, sin embargo, prescindir de la *State Action*, antes al contrario, la pretensión consistía en lograr atemperar un poco las exigencias de la última. De acuerdo con la información proporcionada por Laurence H. TRIBE, las sentencias aludidas del Tribunal Supremo, consolidaron la comprensión de que entidades y sujetos de aparente naturaleza privada (*seemingly prívate acrors*) pueden desarrollar funciones de carácter típicamente público

sin reconocer para el supuesto la existencia de una *State Action*, los que hubiera propiciado la revisión judicial bajo la cláusula de Igual protección de la Decimocuarta enmienda. En el caso *Nixon versus Herndon* (273 US 536, 47 S. Ct. 446, 71 L. Ed. 759, de 1927, concluyó que El Estado no podía endosar formalmente la primicia blanca. En 1935, caso *Groovey versus Townsend* (295 US 45, 55 S. Ct. 622, 79 L. Ed. 1292), sostuvo la validez de una primaria blanca de Texas basada tan solo en una resolución adoptada por el partido demócrata del Estado, y empleó en su razonamiento el criterio de que los partidos eran organizaciones privadas, y, por lo tanto, sus elecciones primarias eran constitutivas de una acción estatal ("primaria blanca"). En el caso *Estados Unidos versus Classic,* de 1941 (313 US 299, 61 S. Ct. 1031, 85 L. Ed. 13668), concluyó el Tribunal Supremos estimando que el Gobierno federal podría regular las primarias de los partidos al objeto de prevenir fraudes electorales, admitiendo que las elecciones primarias eran parte del esquema electoral de un Estado, anulando con ello el precedente *Newberry* y debilitando asimismo la doctrina de la sentencia *Groovey versus Townsend.*

(*powers or functions governmental in nature*), bien por delegación de los poderes estatales o bien por la naturaleza auténticamente estatal de la actividad desenvuelta, y, conforme a este sentido, quedar vinculadas inmediatamente a los límites que los Derechos Constitucionales establecen[101].

En consecuencia, puede alegarse la eficacia de los Derechos Fundamentales para los casos de relaciones jurídicas entabladas entre particulares, cuando dentro del contexto de la relación jurídico una de las partes comprendida en la misma actuara ejercitando funciones de naturaleza pública, presentándose, con todo, siempre dificultades a fin de determinar cuándo el particular ejerce una especie de "función pública" o "cuasi pública", o cuando se detecta una "conexión o implicación estatal significativa". De conformidad a la teleología perseguida, el Tribunal Supremo centró su criterio a efectos de la finalidad de la aplicación inmediata de las normas constitucionales para tales supuestos, en el *status* público del que resultan susceptibles de revestimiento determinadas entidades de carácter privado [102] ; sin embargo, rechazó por el contrario como circunstancia válida el supuesto de la prestación de un servicio dirigido al público por una entidad privada, considerándolo insuficiente causa motivadora al efecto de identificar en el caso la presencia de una *State Action*. De igual modo, ha rechazado que las empresas sujetas a algún tipo de licencia estatal o a una intensiva regulación de sus actividades con cargo a la legislación del Estado, pueda ello ser considerado suficiente para caracterizar sus actividades como *State Action*[103].

---

[101] Laurence H. TRIBE, *American Constitutional…, op. cit.*, p. 1705.

[102] Laurence H. TRIBE, *American Constitutional…, op. cit.*, pp. 1705-1706.

[103] Con fundamento en esta comprensión, para el caso *Moose Lodge Number 107 versus Irvis* (1972) sentenciaría que la circunstancia de que un club privado haya recibido del Estado licencia para la venta de bebidas alcohólicas no era suficiente para vincularle a la Constitución y a la cláusula de igualdad, que prohíbe discriminaciones raciales. Y,

Llegado el año 1982, la sentencia del caso *Lugar versus Edmondson Oil Co*, contiene una síntesis explicativa de la doctrina de la *State Action*, pero no siempre ha discurrido luego la práctica conforme a esos términos: "En nuestros precedentes hemos insistido en que la conducta supuestamente causante de la privación de un Derecho Constitucional (federal) sea razonablemente atribuible al Estado. Esos precedentes se traducen en el abordaje bipolar del problema de la "atribución razonable". En primer lugar, la privación ha de ser el resultado del "ejercicio de algún derecho o prerrogativa creada por el Estado o por una persona de la cual el Estado sea responsable (…). En segundo lugar, la persona acusada de causar la privación ha de ser alguien de quien razonablemente pueda decirse que se trata de un actor estatal. Esto es, por ser él una autoridad del Estado, por haber actuado juntamente con una autoridad, o bien haber obtenido significativa ayuda de agentes estatales, o porque su conducta es de alguna manera atribuible al Estado"[104].

Así las cosas, de acuerdo con esta jurisprudencia, de una parte, se impide para el Estado la liberación de su vínculo a los Derechos Fundamentales mediante la constitución de empresas privadas, o a través de la delegación de funciones típicas suyas a particulares, pues en ambos casos, al asumir funciones de carácter esencialmente público,

asimismo, en una sentencia del año 1973, el denominado Columbia *Broadcasting System versos Democratic Nacional Committee*, conforme a la cual, el hecho de que las redes re radio y televisión en los Estados Unidos estén sujetas a la licencia y a la regulación del Gobierno federal, no era suficiente para vincularlas a los Derechos Constitucionales, y con apoyo en este fundamento, rechazó la alegación de que la CBS estuviera violando las libertades constitucionales, al negarse a admitir propaganda de grupos pacifista contra la guerra de Vietnam; pronunciamiento recogidos por Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais…, op. cit.,* p. 233.

[104] Síntesis recogida por Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais…, op. cit.*, pp. 233-234.

pasan a estar sometidas a los mismos condicionamientos iusconstitucionales impuestos a los poderes públicos[105].

La tesis de la "función pública" (entidades privadas encargadas de desarrollar materialmente funciones públicas relevantes) se seguiría por la jurisprudencia del Tribunal Supremo principalmente en un par de esferas: a) con motivo de la celebración de elecciones primarias (iniciada por los denominados *White Primary Cases*), supuestos en los que el Tribunal Supremo exigiría la vinculación de los partidos políticos al principio de igualdad, obligando a los comités partidarios de los Estados del sur a admitir que personas de raza negra pudieran afiliarse a ellos y participar en sus elecciones primarias[106]; b) al dictaminar respecto de la problemática suscitada a causa de las reglas establecidas en orden al acceso y utilización de determinados espacios de propiedad privada, caso de parques o centros comerciales (son los denominados *Trespass Cases*).

Por lo referido a estos últimos, los supuestos de mayor interés, son susceptibles de espigarse a través del seguimiento de una importante serie de supuestos, conforme a los cuales, la cuestión debatida era la exclusión de acceso y atención a personas en locales abiertos al público por causa apoyadas en motivos raciales; se trata de los denominados *Sit-in-cases*. Realmente, estamos ante la presencia de casos en los cuales los órganos judiciales habían procedido a la condena de determinadas personas por motivos de su oposición a la discriminación racial, conducta imputable a restaurantes, bares u otros establecimientos. Los discrepantes, de raza negra en su casi totalidad, accedían a esos recintos y, una vez recibida la negativa de atención por parte de los propietarios,

[105] John E. NOWAK–Ronald D. ROTUNDA, citados por Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais..., op. cit.*, pp. 229-230.

[106] Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais..., op. cit.*, p. 230, quien, no obstante hablará de oscilaciones en la jurisprudencia sobre la cuestión, de la que la propia doctrina científica ha destacado su carácter errático y falta de un criterio seguro respecto de cuándo aplicar la *public function theory*, *ibídem*, p. 231.

persistían permaneciendo en el local a modo de praxis reivindicativa. De otra parte, los locales en los cuales eran reservados espacios para los ciudadanos de raza blanca y otros sitios destinados a su ocupación por ciudadanos de raza negra, estos últimos, también como forma de protesta, se acomodaban en los espacios reservados a los ciudadanos de raza blanca. Semejante modo de protesta caló y se extendió por una serie de Estados durante el decenio de los años sesenta del pasado siglo. El resultado fue que, para la casi totalidad de los supuestos, los ciudadanos de raza negra fueron condenados aplicándose a tal fin de las denominadas leyes de *Trespass*.

Pues bien, ante supuestos de *Sit-in-cases*, las referidas condenas fueron revocadas por el Tribunal Supremo, quien con todo, hizo bandera de no repetir la jurisprudencia que había sentado en el caso *Shelley versus Kraemer*, y ni siquiera consistió aludir a la misma –supuesto al que luego nos referiremos brevemente–. Y ello, por temor a que la comprensión entonces expresada pudiera llegar a ser nuevamente repetida. Ahora bien, sí admitió que los respectivos órganos judiciales vulneraron la *equal protection clause* cuando respaldaron la eficacia de las leyes *Trespass*[107]; y de esta forma, la problemática llegó a establecerse bajo la forma del choque surgido entre el derecho de propiedad y la *equal protection clause*.

Desde hace algún tiempo, sin embargo, el Tribunal Supremo ha iniciado una etapa de "repliegue o retroceso", esto es, un "giro hacia posiciones más templadas que se explica en buena medida como una reacción frente a un desenfrenado activismo judicial" propio de etapas previas[108]. Corolario de todo lo anterior, es que la aceptación de

[107] Juan María BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre..., op. cit.*, p. 98.

[108] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares…?", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 279.

encontrarse ante la presencia de una *State Action*, ha pasado a quedar delimitada por aquellos supuestos en los cuales es llevado a término el desarrollo de funciones reservadas exclusivamente al Estado, y el "sentido último" de la misma, a modo de presupuesto necesario para poder "reclamar la protección constitucional, es, desde un punto de vista sustancial, la salvaguarda de la autodeterminación individual y el pluralismo (…), la clave está entonces no tanto en la búsqueda de indicios de una implicación oficial, como en las diferentes propuestas de ajuste o equilibrio (*balancing*) entre el impacto negativo que la acción presuntamente ilícita tiene sobre el agraviado, y la necesidad de preservar un reducto intangible de intimidad y libertad en las decisiones personales"[109].

3.2.2.4. En particular: la participación estatal en actividades privadas.

Concerniente al esclarecimiento del concepto de *State Action* por referencia al segundo grupo de supuestos, la presencia de la misma se halla fundamentada en la hipótesis de reconocer para el caso la necesidad de una más profunda coimplicación existente realmente entre sujetos privados y entidades gubernamentales (el Estado), a efectos de diferenciar las funciones a considerar como públicas respecto de las que son de carácter privado, tomando siempre en consideración el sometimiento de los sujetos privados para tales supuestos, a las limitaciones establecidas constitucionalmente.

[109] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares…?", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 278.

Las sentencias inicialmente decantadas por esa orientación, pueden ser halladas mediante la lectura de supuestos relacionados con la aplicación de los *racially restrictive convenants* afectantes al mercado inmobiliario norteamericano. El concepto aludido era empleado con la finalidad de individualizar las estipulaciones contractuales restrictivas a través de las cuales el propietario de un inmueble adquiría el compromiso a fin de evitar la venta o alquiler a personas de raza negra, o pertenecientes a otras minorías raciales, tales como judíos, afroamericanos etc.

La sentencia del Tribunal Supremo (1948) mediante la cual fuera decidido el caso *Shelley versus Kraemer* (334 US 1, 68 S. Ct. 836, 92 L. Ed. 1161), ha sido valorada como la *leading decision* sobre esta cuestión[110], y supuso ciertamente un auténtico hito (al menos temporal) para la construcción jurisprudencial de la teoría de la *State Action*[111]. El Tribunal Supremo, una vez venía convalidando durante largos años la legitimidad de esos convenios inmobiliarios discriminatorios, trocó su jurisprudencia a través de una "motivación ingeniosa"[112], con objeto de pasar a sostener, unánimemente, que la validación o la ejecución por parte de los órganos judiciales de las *racially restrictive clauses*, vulneraba los límites propios de la cláusula constitucional de la *equal protection*, recogida por la enmienda Decimocuarta. Enmienda introducida en su momento con la finalidad de asegurar "la igualdad de los esclavos recién liberados y para otorgar estatus constitucional al ideal

[110] Así es calificada, por ejemplo entre otros, por Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…*, *op. cit.*, p. 41.

[111] Según estima Pedro DE VEGA GARCÍA, este caso y el decidido en 1944 *Smit v. Allright*, supusieron "auténticos reconocimientos tácitos de la eficacia frente a particulares de los derechos políticos y civiles", "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales)", en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio–Enrique Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 275.

[112] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.*, p. 41.

racial", y de igual modo que la Primera enmienda, buscaba la promoción de la democracia "protegiendo la autodeterminación colectiva", pero con la Decimocuarta enmienda, la autonomía no es protegida como un "bien en sí mismo", ni si quiera en cuanto "medio de autorrealización individual", sino en cuando modo de "promover los fines políticos más amplios atribuidos a la Primera enmienda" [113]. A partir de ahí, dictaminó que los convenios restrictivos racialmente discriminatorios que afectaban a la venta o alquiler de bienes inmuebles eran jurídicamente imposibles de validar.

De este modo, desarrollando un poco más la idea, el Tribunal Supremo entendió con absoluta nitidez que para aquellos supuestos en los cuales el contrato inclusivo de cláusulas discriminatorias era cumplido de modo voluntario por las partes, desaparecía la legitimidad a fin de poder entender que se estuviera ante la presencia de una vulneración de la norma constitucional, pues la discriminación quedaba confinada dentro del ámbito privado. Por consiguiente, se denotaba la presencia de una acción de carácter privado, y, consecuentemente, no quedaba afectada la misma por el mandato constitucional de la *equal protection*. Contrariamente, cuando uno de los propietarios llevara a cabo la venta del inmueble a una persona de color, tal como había ocurrido en el caso, vulnerando por consiguiente las cláusulas contractuales, y el tema era reconducido a la consideración de los órganos judiciales, la problemática pasaba a ser otra. Semejante supuesto, colocaba al órgano judicial frente a la siguiente situación dilemática: o bien validaba la cláusula discriminatoria y la ejecutaba, al entender la presencia en el caso de una acción privada, y, por consiguiente, considerada al margen de lo establecido por las restricciones de naturaleza constitucional; o, por el contrario, negaba validez a esa estipulación contractual y aplicaba la

[113] Por todos Owen FISS, "¿Por qué el Estado?", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007, pp. 108-109.

Decimocuarta enmienda. Planteada, pues, la cuestión ante el Tribunal Supremo, dictaminó este, frente a la opción seguida por algunos órganos judiciales de seguimiento de la primera posibilidad aludida otorgando validez a los denominados *racially restrictive convenants* a fin de proceder a su ejecución, porque había supuesto ello a juicio del más Alto Tribunal la violación frontalmente del derecho a la igualdad consagrado por la Decimocuarta enmienda. Dicho mediante otros términos, la validación del contrato discriminatorio a cargo de los órganos judiciales inferiores (*judicial enforcement*) suponía una *State Action*, radicada en la decisión mediante la que hacía su pronunciamiento la jurisdicción inferior, imputando de este modo a esa sentencia el efecto discriminatorio[114]. Hasta 1948, esta forma de discriminación privada venía siendo considerada legal por entender que el Estado no estaba involucrado; pero el Tribunal Supremo incluyó ahora una restricción relativa a los actos inmobiliarios privados que prohibían la aludida venta o alquiler por considerar tales convenios racialmente discriminatorios y, debido a ello, resultaba imposible su ejecución por los tribunales estatales, toda vez cualquier medida de ejecución adoptada por estos, equivaldría a una acción estatal en palmaria contravención de la Decimocuarta enmienda[115].

Así las cosas, ha llegado a afirmarse en ocasiones con verdadero énfasis, que esta sentencia del Tribunal Supremo terminó sentando la jurisprudencia conforme a la cual, desde el punto de vista de la praxis, los actos de autoría privada han de someterse de modo inmediato, en ciertos supuestos, a los límites fijados por los Derechos Constitucionales. La doctrina científica ha entendido que la imputación del efecto

[114] Giorgio LOMBARDI, *Potere privatoi..., op. cit.*, pp. 41-42.

[115] Así Bernard SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*, Forense Editora, Rio de Janeiro, 1966, pp. 273 y ss, lamenta el autor lo poco armonioso de la jurisprudencia constitucional en materia de eficacia horizontal iusfundamental, muy condicionada por la composición específica del Tribunal Supremo, cuando sería deseable el mantenimiento de una línea coherente, o cuando mínimo, menos oscilante.

discriminatorio a la sentencia judicial en lugar de hacerlo al contrato firmado entre particulares, constituiría realmente una especie de subterfugio, buscado con el fin de extender la eficacia de la Decimocuarta enmienda al ámbito de las relaciones jurídico–privadas. Y ello supone afirmar, ni más ni menos, que determinadas acciones privadas se encuentran inmediatamente sometidas a la prohibición constitucional de vulneración de los Derechos Constitucionales. Por consiguiente, se concluiría estimando que el argumentario empleado por el Tribunal Supremo para solventar el caso, ofrece cobertura jurídica a la decisión de invalidar todas las cláusulas contractuales efectivamente discriminatorias debido a motivos raciales[116].

El Tribunal Supremo difícilmente iba a atreverse a dar el paso de aceptar abiertamente la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para el supuesto de relaciones jurídicas establecidas entre particulares, sin embargo, con su forma de proceder, terminaba por conseguir casi idénticos resultados, y ello, a consecuencia de la referida interpretación extensiva del concepto de *State Action*. Desde el punto de vista del resultado, y aparcando ahora la cuestión de las justificaciones a partir del plano de la teoría, es preciso reconocer que, atendiendo a esta tesitura, el Tribunal Supremo efectivamente ampliaba en buena medida la eficacia de las normas constitucionales protectoras de Derechos Fundamentales al ámbito de las relaciones jurídico–privadas, restringiendo correlativamente en mayor o menor proporción el campo de actuación de los sujetos privados al desarrollar entre sí sus relaciones jurídicas[117].

[116] Juan María BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre..., op. cit.*, p. 87.

[117] Juan María BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre..., op. cit.*, p. 88.

Durante el decenio de los cincuenta y la mayor parte del decenio de los sesenta, e Tribunal Supremo aplicaba aún análisis sofisticados, como han sido calificados por la doctrina científica, a fin de determinar si se había cumplido para el caso la presencia de una acción estatal. Así, refiriéndonos a la decisión *Burton versus Wilmington Parkin Authority*, del año 1961 (365 US 715, 81 S. Ct. 856, 6 L. Ed. 2d 45), el Tribunal Supremo halló la presencia de una *State Action* cuando una agencia estatal arrendara con fines comerciales una propiedad a un restaurante y este se negara después a atender a los afroafricanos. El Tribunal Supremo, revocando la decisión de la Corte de Delaware que había validado la decisión argumentando que se trataba de una sociedad privada, declaró entonces la existencia de una *State Action* al efecto del apoyo corrector a cargo del Estado de la situación discriminatoria, que este ha de llevar a cabo cuando existe un "estrecho nexo" entre las funciones del Estado y la discriminación a cargo de sujetos privados.

Así hasta aquí las cosas, como hemos mentado más arriba, la situación dio un giro de importante trascendencia aproximadamente a partir aproximadamente de 1968. El Tribunal Supremo no abandonó la doctrina de la *State Action*, pero sí se volvió mucho más exigente para justificar la presencia en el caso de la misma. En la decisión *Moose Lodge versus Irvis,* año 1972 (407 US163, 92 S. Ct. 1965, 32 L. Ed. 2d 627, un club privado racial-restrictivo rechazó prestar servicios a un huésped afroamericano. Pues bien, el Tribunal Supremo sentenció el caso estimando que la mera concesión de una licencia para expender licores no convertía la política discriminatoria del club privado en una acción estatal bajo la cobertura de la Decimocuarta enmienda.

Resulta muy probable que el Tribunal Supremo se viera compelido a rectificar esa comprensión a la que había llegado años atrás, al tomar conciencia respecto de los riesgos consiguientes derivados de interpretaciones excesivamente amplias del concepto de la *State Action*. Efectivamente, a partir de una reiteración de la interpretación extensiva empleada para resolver el caso *Shelly versus Kraemer*, estimó que podría llegarse a admitir la comprensión de que cualquier acción imputable a sujetos privados pueda ocasionar un conflicto de alcance constitucional, la distinción entre acción privada y acción estatal prácticamente dejaría de existir, y, de ese modo, se estaría ante el fin de la inmunidad disfrutada históricamente por las acciones proveniente de sujetos particulares en la realidad social norteamericana, con respecto a las disposiciones constitucionales y el libre juego de la autonomía privada[118].

3.2.2.5. Crítica y propuestas de reforma de la doctrina de la *State Action*.

Una vez efectuadas las previas consideraciones tocante a la postura del Tribunal Supremo estadounidense con relación a la *State Action requirement for the applicaction of certain constitucional protections*, llegamos comprender aún mejor las críticas efectuadas por Laurence H. TRIBE, quien calificara la jurisprudencia del Tribunal, según hemos dicho, como una auténtica "antidoctrina".

Verdaderamente puede comprobarse, a través del estudio de casos con un cierto detenimiento, que realmente nos topamos ante un enmarañado de decisiones individuales y concretas construidas para cada supuesto específico, resultando imposible su sistematización a

[118] Juan María BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre..., op. cit.*, p. 94.

través del trazado de reglas generales adecuadas, tocante a la construcción de una teoría coherente, de un criterio sólido aplicable a los casos futuros arribados al conocimiento de los órganos judiciales. Por ello, expresa el propio Laurence H. TRIBE, observada la realidad jurisprudencial a lo largo del discurrir de los años, esta es la situación deparada por una inmensa gama de casos conocidos, pues el Tribunal Supremo ha desenvuelto un cuerpo ciertamente asistemático de jurisprudencia que, con todo, cada sentencia a su modo y mostrando sus especificidades, puede de alguna forma emplearse cual parámetro de decisión para nuevas controversias[119]. El Tribunal Supremo, asimismo, ha logrado crear expresiones tales como *public function*, *nexus*, *symbioticrelationhips*, *insolvement* etc, terminología susceptible de ser alterada según las situaciones en las cuales haga acto de presencia una *State Action,* atendiendo a las concretas peculiaridades que presente. Puede así decirse que para los supuestos de presencia de una *State Action*, la equivalencia a realizar respecto de una acción privada para tratarla como si se tratara del desarrollo de la función a cargo de un poder público, es una asimilación realizada para el caso concreto y carente de criterios predefinidos, aun cuando buceando en la jurisprudencia puedan encontrarse, como hemos dicho, algunos precedentes, al menos parciales. De otro lado, el examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, está en condiciones de mostrar que esa homologación habitualmente hecha de la acción, equivalente a la aceptación de una *State Action,* sucede prioritariamente cuando existe la finalidad deliberada de admitir la vulneración de un Derecho Fundamental producida por medio de la acción debida a un sujeto particular. De esta manera, la doctrina constitucional norteamericana ha mantenido que el criterio para la identificación de una acción estatal es de carácter prevalentemente teleológico, vale decir, el criterio resulta ser la propia finalidad de control de los actos desarrollados por los sujetos

[119] Laurence H. TRIBE, *American Constitutional…, op. cit.*, p. 1720.

privados, pues los supuestos en que los se pretende no sancionar el órgano judicial da entrada a la *State Action*. Por lo tanto, al resultar clara la prevalencia del aludido criterio teleológico, el razonamiento va a ser en la mayoría de los supuestos de carácter circular, como es fácilmente comprensible.

Con todo, pese a los precedentes producidos, y las expresiones terminológicas acuñadas y desarrolladas, la jurisprudencia de Tribunal Supremo nunca ha acabado de obtener consenso respecto a la elaboración de una tesis dominante respecto de la *State Action*, esto es, acerca del aquietamiento de un conjunto coherente de reglas conforme a las cuales sea factible y relativamente sencillo establecer cuándo los sujetos privados han de ser responsabilizados por una vulneración de Derechos constitucionales. Según el Tribunal Supremo terminará reconociendo, únicamente por medio del análisis de los hechos y el sopesamiento de las circunstancias concretas concernientes al caso sometido a juicio, es susceptible de ser esclarecido el desarrollo de las acciones de los sujetos privados en su auténtico y real significado. Por ello, ha podido también estimarse que la *State Action* constituye una doctrina amorfa –*whithout shape or line*–, y realmente los *tests* aplicados hasta el momento ayudan muy escasamente a fin de clarificar la doctrina aludida, o a mejorar tanto la calidad como la coherencia de las decisiones judiciales acerca de la materia, ante la inexistencia para el sector de conceptos delimitados y claros: estamos ante meros slogans, así como frente a un conjunto de tópicos y estereotipos[120]. Es un hecho cierto que la teoría, profundamente asociada al caracterizador radical individualismo asumido como cultura constitucional y a la global cultura jurídica norteamericana, ha sido incapaz de construir estándares mínimamente seguros y confiables y, desde luego, no proporciona un

[120] Juan María BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre..., op. cit.*, p. 164.

tratamiento adecuado de los Derechos Fundamentales ante el hecho de que los mayores peligros y amenazas para estos provienen no solo del Estado, sino también de grupos, personas y organizaciones privadas[121].

Y quizá las cosas no puedan desarrollarse de modo sensiblemente diferente, pues la misma doctrina científica norteamericana termina aceptando aunque sea "a remolque siempre de las decisiones judiciales, que la delimitación del ámbito de operatividad de las libertades proclamadas en la Constitución es, en la práctica, una cuestión harto complicada, que no se resuelve con las simplificaciones convencionales"[122]. De otra parte, también ha considerado y valorado las consecuencias prácticas a las que es susceptible llegar con la doctrina de la *State Action*, estimándolas insuficientes desde el punto de vista cuantitativo al objeto de ofrecer cobertura para todo el universo de casos en los cuales se pone de relieve la problemática de una eficacia de los Derechos Fundamentales a fin de la resolución de casos comprensivos de relaciones jurídicas entre particulares[123].

Con todo, hacen su presentación dos hipótesis a diferenciar: de una parte, en diversas situaciones, los órganos judiciales norteamericanos amplían excepcionalmente el ámbito de aplicación de los Derechos Fundamentales constitucionales, a través del acogimiento del concepto de poder público, con la finalidad de referirse a las situaciones en las cuales el sujeto privado desarrolla una función estatal característica; de

[121] Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais..., op. cit.*, p. 237, destaca asimismo el autor que, pese a sus fragilidades, la doctrina de la *State Action* ha sido acogida por el Derecho Constitucional canadiense a partir 1986 por el Tribunal Supremo, mediante el pronunciamiento *Retail, Wolesale and Department Store Union, Local 580 versus Dolphin Delivery Ltd*, en el desarrollo del cual se decidió que los Derechos Fundamentales previstos por la Constitución de Canadá no son aplicables en los litigios privados, *ibídem*, p. 237.

[122] Juan María BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre..., op. cit.*, p. 12.

[123] Aspecto resaltado por Ingo VON MÜNCH, "Drittwirkung de Derechos Fundamentales en Alemania", en *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada*, edición de Pablo Salvador Coderch, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 45-46.

otro lado, hallamos los casos en los que existen suficientes puntos de conexión y aspectos comunes como para poder imputar al Estado la responsabilidad surgida a consecuencia de la actuación debida a la acción de un sujeto privado[124]. Como hemos visto, la problemática se sitúa, para el supuesto primeramente aludido, en esclarecer si la actividad desenvuelta por los particulares es susceptible de comprenderse, por analogía, como una función propia de los poderes estatales; respecto de la segunda hipótesis, va a resultar necesario verificar si el poder público está suficientemente involucrado en el desarrollo de la actividad considerada[125]. Así las cosas, va a ser el grado de involucración gubernamental lo que los tribunales fundamentalmente valoran a fin de dictaminar sobre el caso[126]. De todos modos, la situación es inestable, y cada vez en mayor medida levantan su voz sectores hasta ahora minoritarios de la doctrina científica, y contestatarios frente a las construcciones jurisprudenciales. Así, la rígida distinción entre la esfera pública, en la cual inciden las normas constitucionales garantes de las libertades fundamentales, de la esfera privada, para la que los individuos atomizados en posición de igualdad (presuntamente), pueden perseguir con libertad el logro de sus intereses individuales, ha sido objeto de una fuerte contestación por parte de los integrantes del denominado movimiento del *Criticar Legal Studie*; artifiosidad de la dicotomía considerada uno de los principales argumentos al objeto de calificar de auténtico descrédito como rasgo caracterizador del actual discurso de los Derechos humanos desarrollado en Norteamérica, según concluye este movimiento crítico[127].

---

[124] Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais…, op. cit.*, pp. 226-238, con análisis de algunos de los casos más trascendentes.

[125] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 134.

[126] Andrew CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 163.

En este mismo sentido, reproduce Daniel SARMENTO dos críticas más: el comentario "ácido" de David KAIRYS, y la bien "articulada contestación a los pilares de la doctrina de la *State Action* elaborada por el Prof. Erwin CHEMERINSKY, en un polémico artículo publicado en la década de los 80"[128]. Referido al caso primero, D. KAIRYS comentaría que en Estados Unidos, para la esfera pública, los "conceptos básicos de libertad, democracia e igualdad son aplicables. Mientras tanto, en la esfera privada, que incluye casi toda la actividad económica, no nos permitimos ninguna democracia o igualdad, solo la libertad para comprar y vender"[129]. En cuanto al artículo de Erwin CHEMERINSKY, titulado *Rethinking State Action*, comienza el profesor californiano aludiendo a la base justificativa de la doctrina de la *State Action*, apoyada en dos argumentos fundamentales: a) protege la libertad individual, "definiendo un espacio de conducta privada que no tiene por qué adecuarse a la Constitución"; b) garantiza la autonomía de los Estados, preservando su plena competencia para regular el comportamiento privado. Sin embargo, para él, ninguno de los dos argumentos es procedente. Relativo al primero, sin duda, el más importante, observa que una vez reconocida la libertad de alguien para violar el Derecho Fundamental de un tercero, ocurre una restricción ilegítima del Derecho de esta víctima. En consecuencia, para él: "afirmar que la doctrina de la *State Action* es deseable porque preserva la autonomía y la libertad, significa mirar solo para uno de los dos lados de la ecuación (…). De hecho, de acuerdo con la doctrina de la *State Action*, los derechos del violador privado son siempre favorecidos en relación a los derechos de las víctimas. De esa forma, la *State Action* solo promueve la libertad si se considera que la

[127] Andrew CLAPHAM, *Human Rights in the…, op. cit.*, pp. 150-151.

[128] Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 235.

[129] David KAIRYS, citado por Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 235.

libertad de violar la Constitución es siempre más importante de lo que son los derechos individuales infringidos [130] . Por lo referido a la autonomía de los Estados, prosigue Erwin CHEMERINSKY afirmando algo que parece obvio, esto es, tal autonomía tiene el límite en la Constitución americana, y por eso no puede ser invocada contra ella. Pues bien, después de esta crítica, propone Erwin CHEMERINSKY sencillamente eliminar la doctrina de la *State Action*, y su sustitución por un modelo de ponderación. De este modo, en cada caso, los tribunales valorarían lo que resultara más importante a proteger: la libertad individual del sujeto privado o los derechos de la supuesta víctima de su actuación. Con ello, adicionalmente, la Constitución norteamericana dejaría de ser vista como una norma dirigida solo a regular la organización del Estado, pasando a su consideración como Ley Fundamental de toda la Sociedad[131].

La posición favorable a sustituir la doctrina de la *State Action* por un modelo basado en la ponderación de intereses –*balancing test*– como solución más adecuada de la problemática de la incidencia de los derechos constitucionales en las relaciones jurídicas privadas, es defendida asimismo por John E. NOWAK y Ronald D. ROTUNDA, quienes rechazan la racionalidad de la solución aportada mediante la búsqueda de un coeficiente mínimo de acción estatal comprendido en el caso a resolver. Para los citados autores, desde un punto de vista lógico, siempre que un actor privado realiza una determinada acción vulneradora de libertades fundamentales ajenas, y las leyes no sancionan esta conducta, existe una falta omisiva del Estado en orden a la garantía de aquellas libertades. Así, siempre que los tribunales se encontraran con una situación en la cual la acción lesiva de los Derechos Fundamentales

[130] Erwin CHEMERINSKY, citado por Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais..., op. cit.*, pp. 235-236.

[131] Erwin CHEMERINSKY, citado por Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais..., op. cit.*, p. 236.

es imputada a un particular, deberían siempre proceder a la ponderación entre la libertad de aquel particular cuya forma de actuar es contestada, y, de otro lado, el derecho del tercero supuestamente lesionado[132].

A pesar de todo, y admitiendo estar de hecho ante la presencia de uno de los grandes dilemas, sobre todo de legitimación teórica, históricamente arrastrados por la doctrina científica norteamericana, hemos de reconocer, tal como ya ha sido propuesto, que no obstante el tenor literal frecuentemente oscuro de las cláusulas constitucionales empleadas para el establecimiento de los Derechos Fundamentales, direccionan exclusivamente hacia el Estado, así como la importancia de una cultura jurídica y política mayoritariamente ancladas de modo firme en la concepción liberal de los Derechos, la judicatura norteamericana logrará, en la práctica, dotar de la misma eficacia –e incluso en algunos casos superior– para las relaciones intersubjetivas a las normas constitucionales iusfundamentales, respecto de la alcanzada por sus colegas de otros muchos sistemas jurídicos, en los cuales la eficacia bidireccional de los Derechos Fundamentales es, cuando mínimo, cuestionable en no pocas oportunidades [133]. No obstante, Daniel SARMENTO considera que, con carácter general, desde el decenio de los ochenta, la protección de los Derechos Fundamentales por la jurisprudencia norteamericana atraviesa como cuestión central por un claro declive[134]. Tal vez sería época de ensayar algunos cambios, pero ello

[132] John E. NOWAK–Ronald D. ROTUNDA, citados por Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais..., op. cit.*, pp. 507 y ss.

[133] Juan María BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre..., op. cit.*, p. 173.

[134] Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais..., op. cit.*, p. 206; y la crítica global que le merece la situación jurisprudencial, la formula como sigue: "Enfim, parece-nos que a doutrina da *State Action,* a pesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provém apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir standars minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana", *ibídem*, pp. 196-197.

tropieza además de con el conservadurismo del carácter general propio de los políticos y de los juristas norteamericanos, con la inacción de los afectados, debido particularmente "a las fuertes dificultades que parecen existir en los Estados Unidos para la participación ciudadana"[135], de lo que no cabe entonces esperar excesiva presión pro cambio, pues colocarse en tal perspectiva sería poco realista.

Resulta sin duda alguna, obviamente, que la cultura constitucional norteamericana inadmite la eficacia de los Derechos Fundamentales dentro del ámbito iusprivado como línea de principio, pues aceptarla supondría, para los defensores de esta posición de rechazo –son casi todos– que la libertad individual podría incluso "llegar a desvanecerse si los individuos tuvieran que ajustar su comportamiento en todo tipo de relaciones a los cánones constitucionales", pero esta afirmación encubre otra realidad[136], porque, también puede considerarse verdadero que, admitiendo ciertas precisiones y con evidentes oscilaciones jurisprudenciales, numerosas acciones de sujetos privados han ido progresivamente sujetándose a considerables límites a través de las normas iusfundamentales del ordenamiento constitucional norteamericano. Así las cosas expuestas, también ha sido defendido que, mediante la operatividad de la *public function doctrine*, la jurisprudencia norteamericana procura atenuar algunos de los aspectos más significativamente radicales a que diera lugar la *State Action Doctrine*[137]; lo cual, lejos de apaciguar la cuestión, para algunos comentaristas no ha

[135] Juan F. GONZÁLEZ BERTOMEU, "Estudio introductorio", a *Nuestra Constitución antidemocrática. En qué se equivoca la Constitución (y cómo puede corregirla el pueblo)*, de Sanford Levinson, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, p. 22.

[136] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan…?", *loc. cit. en op. cit.*, p. 278.

[137] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2007, p. 1274.

dada lugar si no a una inevitable incoherencia que afectaría a ambas doctrinas[138].

Consiguientemente, y para muy diversas hipótesis, favorecidas por la creciente imbricación entre la esfera pública y la privada, los órganos judiciales norteamericanos han relativizado los conocidos dogmas de corte liberal, ampliando excepcionalmente el ámbito de aplicación de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico–privado[139]. De esta forma, tal como venimos afirmando, si bien la aplicación de los Derechos Fundamentales a las relaciones jurídicas entre particulares dista mucho de asumir contornos dogmáticos claros, y tanto por la judicatura como desde la doctrina científica norteamericana existe la asentada posición negatoria de la aplicación inmediata de las normas constitucionales en las relaciones jurídicas privadas, como igualmente es bien conocido, tampoco en los países europeos esa eficacia, al menos la inmediata, es aceptada sin objeciones de relevancia. Como consecuencia, no podemos decir con seguridad que exista una diferencia excesiva, desde el punto de vista cuantitativo al menos y en algo inferior medida desde el cualitativo, entre la dinámica seguida por el mundo jurídico–constitucional norteamericano y el modelo continental de afrontar la eficacia de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares. Aun cuando, ciertamente, el Derecho Constitucional estadounidense requiere la mediación llevada a cabo por los poderes estatales cualquiera sea el escalón en que se hallen, de similar modo actúa la teoría de la eficacia indirecta incorporada precisamente por la jurisdicción constitucional alemana y por la mayoría de la doctrina científica de aquel Estado pionero acerca de la cuestión, así como

[138] Michael J. PHILLIPS, "The Inevitable Incoherence of Modern State Action Doctrine", en *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 28, 1984, pp. 687 y 692.

[139] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", en *A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, p. 134.

también a imitación de estos, por una parte de las jurisdicciones europeas.