

# DOGMÁTICA Y TEORÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA INTERPRETACIÓN DE ESTOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL \*

POR

LUIS AGUIAR  
Universidad Complutense

No es ninguna novedad afirmar que la Constitución española de 1978 expresa una voluntad garantista del constituyente, por reacción a la etapa inmediatamente precedente, estableciendo un prolijo tratamiento del tema de los derechos y libertades públicas fundamentales e introduciendo un amplio elenco de controles y garantías que aseguren la virtualidad de tales enunciados. Mayor novedad representa la peculiar transformación que ello provoca en nuestro ordenamiento jurídico en general (y, por ende, en la ciencia jurídica) y de modo particular en lo que se refiere al ámbito de libertades del ciudadano.

En efecto, como es sabido, el nuevo texto constitucional, retomando la tradición iniciada por el Tribunal de Garantías de la II República española e influido por los diversos órganos de Justicia constitucional implantados en Europa occidental en la segunda postguerra (en especial por el Tribunal Constitucional de la RFA), va a incorporar entre los citados mecanismos de garantía<sup>1</sup> un Tribunal Constitucional (arts. 159 y 165) que cuenta, como una de sus funciones primarias, con la de la salvaguarda de los Derechos Fundamentales.

Evidentemente, como no podía ser menos, los enunciados constitucionales cobran hoy la plenitud de su significado a través de las interpretaciones y contenido que a ellos atribuye la jurisprudencia del Tribunal mediante sus sentencias en recursos de inconstitucionalidad, amparo (son elocuentes al respecto las palabras de Rubio Llorente, profesor y magistrado del Tribunal Constitucional, cuando dice que la verdadera función a la que debe ordenarse el recurso de amparo es «la de servir de instrumento para precisar, definir y,

\* El presente trabajo constituye una ponencia presentada al Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política, celebrado en Zaragoza en abril del presente año. Se trata de una primera aproximación al tema, que espero desarrollar en próxima ocasión.

<sup>1</sup> De dicho tema, de carácter general, me he ocupado en mi trabajo *Las garantías constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución española*, «Rev. de Derecho Político», núm. 10, 1981. Véase también E. Linde, *Protección de los Derechos Fundamentales y libertades públicas en la Constitución española de 1978*, «Rev. Gen. de Legislación y Jurisprudencia», núm. 5, 1981; L. Frigonal Fernández Villaverde, *La protección de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento español*, Madrid, 1981.

en cuanto sea necesario, redefinir continuamente el contenido de los derechos fundamentales») o conflictos de competencias.

Pero es que más allá de esta primera constatación, obvia por lógica, como ha puesto recientemente de manifiesto el profesor Rubio Llorente («REDC», núm. 4, 1982), la incorporación a nuestra vida jurídica de un Tribunal Constitucional, y la forma en que se articula éste en la LOTC, provocan una judicialización del ordenamiento que nos aproxima a la tradición jurídica anglosajona. Las consecuencias que la nueva perspectiva acarrea en el plano teórico (papel de la Constitución y de la ley en la teoría de las fuentes), representan un giro de ciento ochenta grados en nuestra tradición jurídica, vinculada desde antiguo a la cultura jurídica continental y a la noción jacobina de la ley, pero a los efectos que aquí interesa, lo verdaderamente relevante es la importancia que cobra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para comprender el régimen de libertades públicas en nuestro país, máxime si se tiene en cuenta que, quizá como en pocas ocasiones, la Constitución española, aunque consagrando los típicos derechos de corte liberal-clásico, contiene igualmente un amplio elenco de derechos de carácter social y democrático, amén de unos principios generales, especialmente el principio de estatalidad social y democrática, que pueden desempeñar una función interpretativa de carácter dinámico del catálogo constitucional de derechos.

No obstante, el carácter consensuado con que discurrió el proceso constituyente condicionó que el texto constitucional fuera un punto de equilibrio y compromiso entre las diferentes fuerzas políticas abierto al futuro, pero sin que sea posible encontrar en el mismo una opción clara por alguna de las teorías de los derechos fundamentales elaboradas por la doctrina y la teoría jurídicas<sup>2</sup>. La única cláusula interpretativa expresa es la referencia al Derecho internacional contenida en el artículo 10.2, de la que ha hecho abundante uso el Tribunal Constitucional (así, entre otras, las sentencias de 13 de febrero, 10 de abril, 18 de mayo, 15 de junio, 2 y 14 de julio y 23 de noviembre de 1981), constituyendo las restantes cláusulas generales guías interpretativas que corresponde al Tribunal dotar de operatividad. En suma, podría afirmarse que el constituyente, sin perjuicio del papel que pueda corresponder en el plano político a las mayorías parlamentarias, ha dejado en manos del Tribunal Constitucional la tarea de elaborar una teoría jurídica de los derechos fundamentales acorde con la Constitución.

Cabría objetar que es demasiado breve el plazo que lleva actuando el Tribunal Constitucional español como para que el cuerpo jurisprudencial elaborado hasta hoy permita elaborar esa teoría general de los derechos fundamentales en base a dicha jurisprudencia, y la objeción no está falta de sentido. Ciertamente, existen todavía lagunas, falta todavía el planteamiento de algunas cuestiones centrales en torno a dicho tema y, lo que quizá sea más importante, se aprecian ciertas vacilaciones en cuanto a la teoría de los derechos fundamentales presente en su labor jurisdiccional.

Sin embargo, la lectura y glosa de las 42 Sentencias (en lo sucesivo S.)

<sup>2</sup> Sobre las diferentes teorías de los Derechos Fundamentales (liberal, institucional, axiológica, etc.), véase E. W. Bockenforde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, «Neue Juristische Wochenschrift», 35/74.

dictadas en 1981 y las 86 de 1982<sup>3</sup>, permite ya entresacar una serie de rasgos que pueden permitir si no la elaboración de una teoría general, sí al menos extractar unas líneas generales, que, aunque sin duda necesitadas de una mayor profundización en el futuro, constituyen ya una primera aproximación que puede tener una cierta utilidad para el estudioso del tema.

De lo dicho se colige que no me referiré específicamente a ningún derecho fundamental en concreto, enfoque sin duda útil, pero que desbordaría, al menos en extensión, las pretensiones de este trabajo. El análisis del contenido que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha otorgado a cada uno de los derechos constitucionales, jurisprudencia que obviamente es dispar, puesto que es muy abundante para alguno de ellos (principio de igualdad y garantías procesales) y muy escasa en relación a otros (por ejemplo, el derecho de asociación), es una tarea complementaria respecto a la aquí propuesta, que pretende tan sólo extraer los principios de carácter general.

Así, a título meramente enunciativo, es posible hoy destacar los siguientes elementos de la jurisprudencia constitucional:

#### A) *Sujetos*

Al margen del problema de la capacidad procesal para activar un proceso de garantía de los Derechos Fundamentales (en lo sucesivo DF), y refiriéndome en concreto a la titularidad de tales derechos, el Tribunal Constitucional (en lo sucesivo TC) ha admitido la posibilidad de que sean sujetos de derechos fundamentales no sólo los españoles, sino también los extranjeros (en relación al art. 24), y las personas morales y jurídicas, de modo muy especial los sindicatos (el recurso que culmina en la S. 17-VII-81 es promovido por la Federación de CCOO de Transportes, y en igual sentido la S. 16-VI-82 por el Sindicato de Trabajadores de la Enseñanza, la S. 22-VII-82 por la USO y la S. 10-XI-82 por la ING) a los que, sin embargo, con una lectura literal del artículo 24 se les niega la posibilidad de ser sujetos del derecho de participación política (S. 22-VII-82), lo que, en el supuesto de hacerse extensivo a los partidos políticos, como parecería coherente, plantea el difícil problema de compatibilizar dicha negativa con la consideración de éstos como «instrumento fundamental de participación política» (art. 6.º).

Sin embargo, el aspecto quizá más novedoso e interesante a los efectos aquí propuestos en este punto (analizar la teoría jurídica de los DF en la jurisprudencia del TC) lo aporta la S. 8-II-82, que reconoce la posibilidad de que ostente dicha titularidad una persona jurídica de Derecho público, el organismo autónomo «Fondo Nacional de Garantías de Riesgo de la Circulación», que promueve un recurso de amparo ante una presunta violación del artículo 24, recurso que es admitido a trámite y parcialmente estimado en Sentencia, que, sin entrar ahora en el desarrollo en extenso de lo que

<sup>3</sup> El presente trabajo ha sido elaborado básicamente con la jurisprudencia dictada en los dos primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional. No obstante, ya en pruebas, y sin alterar su estructura básica, se ha procurado actualizar en algunos puntos con aspectos especialmente significativos tomados de las cincuenta y ocho sentencias dictadas en el primer semestre de 1983.

la misma representa, es insoslayable constatar que en ella late una reconsideración de los preceptos constitucionales reguladores de derechos fundamentales. En efecto, resulta innecesario recordar que los organismos autónomos, según la definición que de ellos ofrece la vigente ley de 26 de diciembre de 1958 en su artículo 2.º, así como el régimen jurídico de que gozan (artículos 6 y sigs. de dicha ley), forman parte sin duda alguna de la estructura del Estado frente a las empresas nacionales, también reguladas en aquel cuerpo legal de las que expresamente se dice que se constituirán como sociedades anónimas y se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, esto es, constituyen estas últimas un ejemplo del sometimiento del actuar estatal al ordenamiento jurídico privado. Pues bien: estimar un recurso de amparo, como se hace en la sentencia de referencia, planteado por un organismo autónomo, esto es, por el propio Estado, induce a pensar que tras ello late una indudable superación de la tradicional construcción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos mediante la que se intentaba dotar a las relaciones Estado-súbditos de un carácter jurídico que las tornara en relaciones jurídicas entre la persona jurídica estatal y los ciudadanos. Ciertamente, no es éste el único aspecto y la única sentencia en que se pone de manifiesto esta transformación; en el apartado inmediatamente siguiente será necesario volver sobre aquella construcción, su validez actual y su parcial superación; sin embargo, la citada sentencia constituye hasta el momento una de las más gráficas expresiones de este planteamiento de la teoría de los derechos fundamentales<sup>4</sup>.

## B) *Naturaleza de los DF*

Parece innecesario advertir que es éste el punto más crucial para la elaboración de una teoría jurídica de los DF, y probablemente a causa de ello el tema menos elaborado a nivel general por la jurisprudencia del TC. No obstante, y sin perjuicio de las conclusiones que pueden extraerse de los restantes apartados del presente trabajo, es posible indicar algunos aspectos de la jurisprudencia de nuestro TC que se refieren expresamente a este punto.

Por de pronto es preciso constatar una posición que no por obvia ha de ser pasada por alto: los DF constituyen básicamente un derecho subjetivo que deja en manos de su titular un haz de facultades que éste puede actualizar con carácter puntual ante las posibles restricciones que en su ámbito de *agere licere* se produzcan por vía de una actuación de los poderes públicos. Se trata, en suma, de la consideración de los derechos fundamentales como derechos subjetivos (más precisamente como derechos públicos subjetivos) propios de la concepción tradicional del Estado liberal de Derecho, y que está reiteradamente presente en la jurisprudencia de nuestro alto Tribunal, como corresponde a la función que a la misma otorga el artículo 55 de la LOTC. En este sentido, es preciso dejar constancia de que, sin perjuicio de

<sup>4</sup> Más recientemente y en la misma línea, pero aún más elocuente, es la sentencia de 14 de marzo de 1983, que reconoce a una entidad local la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24. Dicha sentencia hace especial mención al tema, indicando que «la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos».

los intentos de superación de dicha posición, de los que se intentará dar cuenta más tarde, no es posible en el estadio actual de desarrollo, como ha puesto de manifiesto Zagrebelsky<sup>5</sup>, abandonar totalmente dicha concepción sin incurrir en unos riesgos aún mayores para la dignidad de la persona humana.

En conexión con lo anterior, y como puntualización de dicha construcción, el Tribunal ha proclamado igualmente el carácter irrenunciable de tales derechos (S. 8 de abril de 1981) con una hábil distinción entre titularidad y ejercicio (y en conexión con ella, la distinción entre suspensión temporal y renuncia), que no por indiscutida en el plano doctrinal (Leuenberger, *Die unverzichtbaren und unverjähren Grundrechte*, 1976) deja de tener interés y virtualidad, en especial en conexión con la posible eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado, tema sobre el que se volverá más tarde.

Sin embargo, y pese a lo anteriormente expuesto, «en la actualidad no es posible mantenerse anclado en la concepción decimonónica que ve los derechos fundamentales como un estricto problema de colisión entre libertad (privada) y autoridad (pública)» (Pace, en Barile y cols., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, 1982). La doctrina y jurisprudencia comparadas más recientes se esfuerzan, no sin serias discrepancias, en construir nuevas categorías explicativas de la naturaleza jurídica de los preceptos constitucionales reguladores de los derechos fundamentales que superen la tradicional construcción de éstos como generadores de derechos públicos subjetivos que se revela hoy insuficiente. En efecto, en el marco del Estado social de Derecho, los derechos fundamentales se ven acosados desde un doble plano que no es posible olvidar: de un lado, la diferenciación y complejización de la organización estatal (la acción pública reviste múltiples formas no siempre reconducibles a los esquemas conocidos<sup>6</sup>) y la interpenetración Sociedad-Estado, propias del Estado contemporáneo, sitúan la protección de los derechos fundamentales de corte liberal en un nuevo contexto y con una nueva índole de problemas que no siempre pueden resolverse con los instrumentos y conceptos tradicionales; de otra parte, los nuevos derechos de prestación que se derivan de las nuevas funciones que asume el Estado social tampoco son fácilmente garantizadas de modo adecuado con las construcciones propias del Estado liberal<sup>7</sup>. Todo ello conduce a un replanteamiento de tales categorías tradicionales al que no ha sido ajeno el Tribunal Constitucional español.

Así, en algunas sentencias encontramos la consideración de tales cláusulas constitucionales como elementos objetivos del ordenamiento o como elementos de Derecho objetivo (así, en la S. 14 de julio de 1982 se considera a los DF como «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional»), que permiten su extrapolación a otros sectores del orde-

<sup>5</sup> G. Zagrebelsky, en Favoreu (ed.), *Cours constitutionnelles européennes et Droits Fondamentaux*, Economica, 1982.

<sup>6</sup> Es significativo al respecto la reelaboración de la noción de poder público que realiza la sentencia de 11 de mayo de 1983.

<sup>7</sup> «De otra parte, el *Welfare State* no desarrolla a su vez una propia y específica normativa. No elabora una teoría del derecho del Estado social... No produce una estructura institucional garantística análoga a la del viejo Estado liberal de Derecho, específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado» (Ferrajoli, *Stato sociale e stato di Diritto*, en «Política del Diritto», 1 [1982]).

namiento. En este sentido, es paradigmática la multifacética virtualidad conferida al artículo 24, que ha permitido no sólo restablecer al recurrente el amparo de la plenitud de sus derechos procesales frente a posibles violaciones del derecho fundamental consagrado en dicho artículo, sino que se ha configurado como un elemento básico del ordenamiento procesal que materializa diversos principios del Estado de Derecho, tales como el tradicional *nulla pena sine previo iudicio* (S. 18-V-81), plasma la conquista histórica de un proceso penal público, acusatorio, contradictorio y con todas las garantías (S. 10-III-82) o se interpreta alguno de sus apartados como un elemento central de todo el derecho sancionatorio (así la S. 1-IV-82 afirmará que el derecho a la presunción de inocencia «preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio»). En menor medida, pero también con un alcance objetivo que traspasa la tradicional consideración del derecho público subjetivo, se ha interpretado el principio de igualdad formal, en especial en cuanto mandato constitucional que se impone al poder legislativo (así en las S. 2-VII-81 y 10-XI-81, entre otras), y principio estructural que modula el significado de los restantes DF, lo cual, de otra parte, no resulta novedoso, habida cuenta de las dificultades con que la doctrina y jurisprudencia comparadas se han encontrado para englobar dicho principio en la categoría de derechos públicos subjetivos (véase, por todos, Zagrebelsky, en Favoreu [ed.], *Cours constitutionnelles européennes...*, 1982). Finalmente, en esta línea de interpretación, merece mencionarse la jurisprudencia establecida en la S. 26-I-81, que, en congruencia con esa concepción de los DF, ve en el recurso de amparo no sólo una garantía de derechos subjetivos individuales, sino también una defensa objetiva de la Constitución, doctrina expresamente ratificada más tarde en la S. 22-XII-82, en que, pese a constatar en la propia Sentencia la irrelevancia de un pronunciamiento favorable al recurrente en amparo, por haber mediado una solución negociada en el curso de la tramitación del recurso en sede constitucional, la Sala dicta sentencia y otorga el amparo, precisando que lo hace por la función que en el plano objetivo, como garantía del orden jurídico y de la observancia de la Constitución, corresponde al recurso de amparo.

Menos explícitas y con menor alcance son las referencias que puedan encontrarse en la jurisprudencia constitucional en relación a una posible construcción de carácter institucionalista de los DF (los Derechos Fundamentales no cobran la plenitud de su significado más que en la medida en que se plasman en instituciones objetivas orientadas a tal fin, o como ha dicho Barberá, «a las demandas de nuestro tiempo no se puede responder sólo en términos de determinados intereses individuales, esto es, en términos meramente garantísticos o defensivos; no puede darse una respuesta más que en el sentido de tutelar plenamente más institutos de libertad que situaciones de libertad, más contrapoderes que libertad negativa», Barbera, *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, 1975) o una teoría democrática de los DF («Los Derechos Fundamentales cobran su sentido y su significado principal en calidad de factores constitutivos de un proceso libre de producción democrática, esto es, de abajo arriba del Estado y de

un proceso democrático de formación de la voluntad política», Böckenförde, *op. cit.*).

Sin intentar aquí reelaborar tales enfoques, sí es preciso dejar constancia de la conexión de ambos entre sí, y de éstos con la noción de garantía institucional con la que en cierta medida se confunden, aunque para ello sea necesario rectificar la noción originaria de C. Schmitt, como bien ha visto L. Parejo en su excelente trabajo *Garantía institucional y autonomías locales* (Madrid, 1981), que critica precisamente la consideración de los derechos fundamentales como garantías institucionales.

Sin embargo, y pese al criterio citado del profesor Parejo, nada parece impedir esta aplicación del concepto de garantía institucional a determinados preceptos constitucionales que contienen también la consagración de derechos fundamentales, en una relación de complementariedad o servicio (aunque aquí la relación servicial haya que entenderla en sentido contrario, esto es, de la institución al derecho fundamental). En efecto, desde dicha perspectiva, en cierta medida presente en alguna Sentencia, los preceptos constitucionales reguladores de derecho fundamental no serían tan sólo generadores de derechos subjetivos, sino que también consagrarían ciertos elementos institucionales básicos para la plenitud de los principios de estatalidad social y democrática que proclama el artículo 1.º, a los que el legislador debería dotar de contenido gozando en ello de un mayor margen de configuración del que dispone para los derechos fundamentales en sentido estricto, dado el valor positivo que corresponde a los poderes públicos a la hora de dotar de contenido a tales elementos institucionales, pero que en todo caso son inatacables en su reducto esencial, indisponible para el propio legislador.

Pues bien, al margen de la S. 2-II-81, y muy especialmente la S. 28-VII-81, en las que el TC emplea la noción de garantía institucional en relación a la autonomía local (que, como es sabido, es donde mayor significado cobra dicha noción), también en relación a algunos derechos fundamentales el Tribunal ha enfocado éstos desde esa perspectiva. Así, en relación al derecho al trabajo, la S. 2-VII-81, aunque no corresponda estrictamente con la noción de garantía institucional, sí le confiere una dimensión social a este derecho cuando constata que, junto a la dimensión individualista de éste («igual derecho a la continuidad o estabilidad en el trabajo»), el citado derecho cuenta con una dimensión colectiva en cuanto mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo. También tiene un sentido más amplio, y en cierta medida institucionalista, el concepto que ofrece la S. 29-XI-82 de la libertad sindical, comprendiendo no sólo «el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección», sino también «el derecho a que los sindicatos así fundados realicen las funciones que de ellos es dable esperar de acuerdo con el carácter democrático del Estado... como piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores». Pero es, sobre todo, la libertad de expresión la que más ha sido interpretada en esta línea, como garantía de una institución política fundamental, la opinión pública libre, y elemento esencial para el principio de legitimación democrática (SS. 16-III-81 y 31-III-82), aplicación prioritaria de tales nociones a la libertad de expresión que parece congruente con la naturaleza de ésta en el Estado contemporáneo, pues, como ha señalado

Barbera, «la tutela de la libertad de prensa quedaría anquilosada y privada de perspectivas si se limitase a la tutela de un interés individual y no se analizase como instituto de participación y forma no ambigua de intervenir en el poder público» (Barbera, *op. cit.*).

Sin embargo, para terminar este apartado, es de notar que esta objetivación de los derechos fundamentales no ha abierto paso a la más amplia consideración de éstos como un orden objetivo de valores al modo como se ha producido en la jurisprudencia del TC de la RFA, tomando como punto de partida las cláusulas generales con que cuenta la Ley Fundamental de Bonn (véase Amirante, *La Costituzione come sistema di valori...*, «Politica del Diritto», 1981) y que existen igualmente con un alto grado de paralelismo en la Constitución española. En efecto, son contadas las ocasiones en que el Tribunal Constitucional español contempla de modo explícito las cláusulas generales que posibilitarían la interpretación de los derechos fundamentales como expresión de un orden objetivo de valores, y cuando lo hace no llega a elaborar una teorización general sobre el tema, ni a emplearlas como eje central de su argumentación, constituyendo tales referencias más elementos retóricos, que construcción normativa de ese pretendido orden de valores objetivamente extraído de la Constitución. Valga a título de ejemplo la utilización del concepto de Estado social que se realiza en las SS. 8-IV-81, 14-VII-81 ó 5-VII-82, siendo paradójicamente un voto particular (el formulado al fundamento jurídico número 1 de la S. 13-II-81) el que más explícitamente se ha referido a la consideración de los derechos fundamentales como orden objetivo de valores: «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 orden jurídico entero».

Ese rechazo (o al menos no desarrollo) de la teoría de los derechos fundamentales como orden objetivo de valores es especialmente estimable, por cuanto a través de ello el Tribunal estaba rechazando una línea interpretativa, no sólo llena de riesgos<sup>8</sup>, sino que ampliaba enormemente el ámbito de sus posibilidades de valoración, pues, como indica Amirante (en posición compartida por otros numerosos autores de la RFA; por todos, U. K. Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts*) en relación a la RFA, «la transformación de los derechos fundamentales en valores instaura una práctica con la que el Tribunal se reserva la más amplia discrecionalidad valorativa». Por el contrario, el Tribunal español parece haberse inclinado por una línea interpretativa que, alcanzando parecidos logros, en lo que se refiere a profundizar en

<sup>8</sup> Además de los peligros clásicos que entraña el desdoblamiento del principio de legalidad (me refiero a la tesis de la llamada legalidad de doble plano, entendida en el sentido de que el Estado constitucional cuenta con una doble legitimidad, la del principio de legalidad y la de los valores proclamados en el texto constitucional, tesis que hizo su aparición en la República de Weimar, criticada por Kirckheimer, *Legalität und Legitimität*, en «Id. Politische Herrschaft», Frankfurt, 1967), éstos se hubieran visto probablemente aumentados en España, dado el nivel de concreción de las fórmulas constitucionales de los preceptos materiales de nuestra carta fundamental, así como la falta de tradición constitucional (o mejor, la tradición de falseamiento constitucional) peculiar de nuestro país.

la plena vigencia de los derechos fundamentales en los diversos ámbitos de la vida social (ello no obsta para que en algunos aspectos, en especial en la teoría de los límites que más tarde se analizará, no haya sido así), se muestre más respetuosa con la literalidad del texto constitucional (acerca de la dicotomía «literalismo» y «no literalismo» tomada de J. H. Ely, así como una enérgica defensa de este último, véase el conocido libro de García de Enterría *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1981) y con la metodología jurídica más estricta<sup>9</sup>. Esta literalidad no debe, sin embargo, ser confundida con la estricta interpretación gramatical. Por el contrario, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español es frecuente encontrar referencias a una interpretación histórica (SS. 20 de julio y 12 de noviembre de 1981), teleológica (SS. 18 de mayo de 1981 y 16 de junio de 1982) o sistemática (S. 10 de marzo de 1982), pero sin llegar a desbordar el marco que la propia Constitución supone.

### C) *Ámbito de vigencia*

El Tribunal Constitucional español ha tenido que pronunciarse en diversas ocasiones en torno al ámbito de vigencia de los enunciados constitucionales, y lo ha hecho básicamente en torno a tres aspectos que pueden constituir también importantes elementos de esa hipotética teoría general de los Derechos Fundamentales. Me refiero concretamente a «la eficacia inmediata» que se proclama de tales enunciados, a «la eficacia en cierta medida retroactiva», según términos del propio Tribunal, y, finalmente, a la muy discutida a nivel doctrinal «eficacia entre privados» de las normas constitucionales sobre Derechos Fundamentales.

a) Como es sabido, la noción de que la Constitución goza de eficacia inmediata, y en cuanto tal es generadora por sí misma de derechos subjetivos, fue tempranamente elaborada a nivel doctrinal (recuérdese la conferencia pronunciada por el profesor Rubio Llorente en mayo de 1979 con ocasión de las jornadas organizadas por la Dirección General de lo Contencioso, recogida en el volumen primero de *La Constitución española y las fuentes del Derecho*) y más tarde aceptada como cosa obvia. Sin embargo, la plena aceptación de dicha tesis en la práctica jurídica de nuestro país representaba (y representa) un giro de 180 grados en nuestra tradición jurídica, no siendo de extrañar ciertas resistencias en algunos sectores. Ello ha obligado al Tribunal Constitucional a proclamarlo en reiteradas ocasiones, depurando paulatinamente su alcance. En una de sus primeras sentencias (2 de febrero de 1981, recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley de Régimen Local) consagrará esa eficacia inmediata como principio derivándola de la especial protección que el artícu-

<sup>9</sup> En suma, lo que pretendo poner de manifiesto es que la mayor amplitud de los DF, que se alcanza con la construcción de éstos como expresión de un orden objetivo de valores y consiguiente teoría de la gradación de interés y ponderación de bienes (ampliación que en gran medida se concreta en la posibilidad de extrapolación a otros sectores del ordenamiento), puede lograrse con la más ponderada consideración de éstos como elementos objetivos del ordenamiento, sin llevarse a cabo «el alejamiento de los cánones tradicionales de la hermenéutica jurídica» (Amirante) que se ha producido en la RFA.

lo 53 otorga a los derechos enunciados en los artículos 14 a 30 y extrayendo una primera conclusión: la fuerza derogatoria del texto constitucional respecto de las normas precedentes. Más tarde dicha eficacia inmediata servirá de base para afirmar que la Constitución genera por sí misma derechos subjetivos sin necesidad de mediación legislativa (S. de 8 de junio de 1981), incluso en supuestos menos nítidos como la objeción de conciencia (S. de 23 de abril de 1982). Finalmente, esa eficacia inmediata se proclama como fundamento de una especial fuerza vinculante de la Constitución tanto en el ámbito de la actuación de los poderes públicos (S. de 28 de abril de 1982) como de entes privados (sobre ese tema y sus aplicaciones se volverá inmediatamente a continuación).

b) «La eficacia en cierta medida retroactiva» se consagrará ya en las primeras Sentencias del Tribunal (31-III-81), tomando como principio teórico la tesis de que la Constitución tiene el significado de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general, estructurándose técnicamente en base a la ambigua redacción de la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la LOTC. Posteriores Sentencias (24-VII-81, 3-VI-82 y 6-VII-82) aplicarán este criterio general que paulatinamente se irá interpretando en sentido más restrictivo, poniendo especial énfasis en la necesidad de que el acto preconstitucional, presuntamente vulnerador de Derechos Fundamentales, precisa no haber agotado sus efectos. Finalmente, la S. 20-X-82 abordará el tema desde una perspectiva más teórica, como un problema de colisión entre los principios de justicia (art. 1), que lleva a extremar la preocupación por la justicia del caso concreto y declarar la invalidez de todos los actos de los poderes públicos que los desconozcan, y seguridad jurídica (art. 9), que lleva a maximalizar la intangibilidad de la cosa juzgada.

c) La concepción tradicional a partir de la dogmática iuspublicista alemana que, según se ha visto, considera los Derechos Fundamentales como derechos públicos subjetivos que sellaban un orden de relaciones entre la persona jurídica estatal y los ciudadanos individualmente considerados, vetaba toda posibilidad de que tales preceptos pudieran cobrar igualmente vigencia en las relaciones entre particulares, amén, obviamente, de las dificultades derivadas del propio contenido de tales preceptos. Sin embargo, en el Estado contemporáneo y en la sociedad organizacional en que aquél se asienta (véase G. Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*) es manifiesto que los DF se ven atacados no sólo por los poderes públicos, sino también por los particulares. Sin embargo, la técnica jurídico-pública no cuenta con instrumentos definitivos para atender a dicho reto, refugiándose con frecuencia en el ordenamiento privado mediante la denominada eficacia mediata de los DF en el ámbito privado, esto es, aquéllos cobran eficacia a través de las nociones de moral y orden público del Derecho privado (art. 1.255 del Cc), posición que es contestada por otro sector doctrinal que aboga por una eficacia inmediata, aunque ponderada a través del juez, de los DF en las relaciones entre particulares<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Al margen de las referencias en la doctrina comparada imposible de recoger aquí, por su amplitud, de dicho tema se han ocupado en este último sentido en nuestro país Embid Irujo (*El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado*, «REDA», 1980) y Quadra Salcedo (*El recurso de amparo y los De-*

Pues bien, pese a la importante carga polémica del tema a nivel doctrinal, y las dificultades que acarrea para poder justificar una competencia del órgano de jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional español se ha ocupado de dicha cuestión en cuatro ocasiones, pronunciándose, congruentemente con lo anteriormente expuesto en torno a la «naturaleza jurídica de los DF»; claramente en favor de la citada eficacia entre privados, e incluso cabría afirmar que, bien que sin expresa mención de ello, en su sentido más radical, esto es, la eficacia inmediata sin necesidad de mediación legislativa, ni reinterpretación de principios generales del ordenamiento privado, arbitrando cauces procesales para poder plantearlo en sede constitucional. Así, la S. 13-II-81 constatará que la diferencia de criterio entre el titular de un centro de enseñanza y el profesor que en él presta sus servicios puede dar origen a conflictos «cuya solución habrá de buscarse a través de la jurisdicción competente y en último término, y en cuanto haya lesión de derechos fundamentales, de este mismo Tribunal»<sup>11</sup>. Más tarde, en la sentencia 23-XI-81, se declarará nulo un despido (afectado de nulidad radical), en cuanto que éste viene provocado por el libre ejercicio de actividades sindicales. En tercer lugar, la S. 24-V-82 apunta la posibilidad de que una cláusula testamentaria contraria al principio de igualdad pudiera ser ilícita «si a ella se quisiera vincular el nacimiento o ejercicio de un derecho público subjetivo» o incluso como mera condición para heredar. Finalmente, en la S. 78/82, de 20 de diciembre, nuevamente sin pronunciamiento expreso sobre el tema, vuelve a acoger la posibilidad de que los DF tengan plena eficacia en las relaciones entre privados, aunque procesalmente, a efectos de poder comprenderlo dentro de los términos de los artículos 41 y sigs. de la LOTC, se acuda al «expediente» de entender como acto recurrido a la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo que en recurso de súplica había revocado la Sentencia del juez de instancia, construcción procesal que me permito calificar de «expediente» por cuanto el propio TC en anterior ocasión se había expresado en contra de esa línea interpretativa<sup>12</sup>.

*rechos Fundamentales en las relaciones entre particulares*, 1981), así como el autor de estas páginas (*Los Derechos Fundamentales en las relaciones entre privados*, «Actualidad Jurídica», 1981). En sentido contrario, Varela Díaz, *La idea de deber constitucional*, «REDC», 1982.

<sup>11</sup> En el mismo sentido, pero de forma más radical, en el voto particular al Motivo Jurídico de la misma Sentencia: «Sería nula de pleno derecho, no sólo en base a los artículos 6.3 y 1.255 del Cc, sino en virtud de los citados preceptos constitucionales, cualquier cláusula de un contrato laboral en la que el profesor se comprometiera a renunciar en un sentido determinado a cualquier derecho o libertad fundamental en atención al ideario del centro.»

<sup>12</sup> Concretamente se trata de un trabajador-representante sindical de Ford España que, tras ser despedido, y en tanto se sustancia el recurso de casación correspondiente a ese despido, desea seguir desempeñando su función representativa, deseo que es impedido por la empresa al prohibirle la entrada al lugar de trabajo, decisión patronal revocada primero por la Magistratura de Trabajo y ratificada después por el Tribunal Central de Trabajo, siendo esta última Sentencia la que, en opinión de la Sentencia 20-XII-82 del TC, constituye el objeto del recurso de amparo. Sin embargo, en el Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia 7-V-81 se había sostenido, en un caso de estructura procesal análoga, que el verdadero objeto del recurso de amparo era el acto originario vulnerador de un DF (en aquella ocasión un acto administrativo sancionador) no la Sentencia del Tribunal Supremo, que, revocando la Sentencia del juez de Instancia, retomaba

### D) Teoría de los límites

Que los Derechos Fundamentales no son unos derechos absolutos y, por lo tanto, están sujetos a límites, es hoy una afirmación generalmente admitida y no plantea problemas en sí misma.

Sin embargo, constituye este punto uno de los aspectos de mayor interés para el análisis de la teoría jurídica de los DF en la interpretación del TC, tanto por la naturaleza y alcance de dichos límites como por la peculiar relación dialéctica que se establece entre los DF consagrados por la Constitución y los operadores jurídicos del sistema llamados a consagrar dichos límites.

En la incipiente jurisprudencia del TC español, y en estrecha conexión con el ámbito de vigencia de los DF, se aprecia ya tanto la idea de que los derechos constitucionales son unos derechos limitados (la S. 29-I-82 dirá expresamente «no existen derechos ilimitados, todo derecho tiene sus límites»), como la naturaleza de tales límites (sobre dicho tema véase Parejo, «REDC», número 3/81) o la noción que podríamos calificar de «límite de los límites» en base a lo que la jurisprudencia del TC alemán ha denominado la fuerza de irradiación de los DF (*Ausstrahlungskraft*), si bien es de notar que en algunas de las Sentencias dictadas se confiere amplitud a los límites de los DF, en tanto que esta última idea ha quedado prácticamente inédita, siendo así que, tomada como eje interpretativo, quizá hubiera alterado el sentido de algunas de sus decisiones. Veamos separadamente.

Por lo que se refiere a los límites de los DF, cuya sistematización se realiza en el Fundamento Jurídico 7 de la S. 8-IV-81 («La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones; en otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos»), tienen su punto central de referencia en el artículo 10 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona y el respeto de los derechos de los demás como fundamento del orden político (S. 29-I-82 y S. 31-III-82), haciéndose eco de la utilización que la jurisprudencia constitucional italiana ha llevado a cabo del principio de solidaridad que proclama el artículo 2 de su texto constitucional (Zagrebelsky, *op. cit.*).

En un sentido más concreto, la jurisprudencia constitucional se ha referido también en algunas ocasiones a límites más puntuales de los DF, como en la S. 17-VII-81, donde ha glosado el significado de la limitación del derecho de huelga, destinada a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad; la S. 29-I-82, en la que construye un ambiguo, indeterminado y peligroso límite («la violencia moral de alcance intimidatorio») para aquellos derechos fundamentales que, como el de reunión o manifestación, suponen (además de una vía de participación en la conformación de la opinión pública) un instrumento de presión social, o la S. 15-X-82, en la

la situación jurídica originaria. En términos próximos, el Fundamento Jurídico 2 de la Sentencia 16-III-81.

que, con criterio extremadamente formal, analiza el concepto de moral pública como límite a la libertad de expresión.

De otra parte, también es posible detectar en esa configuración de los límites de los DF unos elementos limitadores de los citados límites (lo que en otra ocasión he calificado en el sentido de que «las técnicas limitadoras de los derechos han de ver reinterpretados sus significados y limitada su eficacia limitativa», «RDP de la UNED», núm. 10/81), aunque es preciso advertir que el Tribunal lo hace sin extraer quizá todas las posibilidades que ofrece dicha noción, ni llevarla a sus últimas consecuencias (en suma, sin una teorización general de ésta). Como aspectos más relevantes de la jurisprudencia constitucional en favor de esa interpretación limitativa de los límites de los DF hay que destacar los siguientes: necesidad de previa habilitación legal para cualquier tipo de injerencia o restricción por parte del ejecutivo en el ámbito del ejercicio de los DF (de modo expreso y minucioso en la S. 15-X-82 ya citada); necesidad de causalización cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución (S. 17-VII-81); definición en la S. 8-IV-81 de las vías de aproximación al concepto de contenido esencial en el que ve igualmente un límite de los límites (Parejo, *op. cit.*); necesaria «proporcionalidad entre medios y fines» cuando se trata de limitaciones de los derechos fundamentales (S. 17-VII-81); y, finalmente, el Tribunal consagra lo que podríamos calificar como una «reserva jurisdiccional» (Zagrebel'sky, *op. cit.*), esto es, la posibilidad en todo caso de recurrir a las autoridades jurisdiccionales como vía reparadora del caso concreto, posibilidad ésta en relación a la cual el TC ha declarado una importante alteración de la carga de la prueba cuando el tema del litigio sea una vulneración de DF (S. 17-VII-81 y S. 23-XI-81)<sup>13</sup>.

De otra parte, parece innecesario advertir que, tras dicha importante cuestión, y conectada con ella, se esconde una ardua problemática en torno a las posibles colisiones entre interés individual, interés colectivo y otros intereses constitucionalmente protegidos (véanse las Sentencias del TC italiano 55/1968 y 5/1980), y, vinculada con ello, la tensión precedentemente mencionada entre la consideración de los DF como derecho subjetivo o como expresión de un orden objetivo de valores; sin embargo, es de notar que el Tribunal no abordara dicho problema desde esa perspectiva en ninguna de sus Sentencias.

Como se anunciaba al comienzo, la jurisprudencia dictada hasta hoy en materia de DF por nuestro Tribunal Constitucional no permite extraer conclusiones definitivas; ni cuantitativamente representa un verdadero cuerpo jurisprudencial, ni su orientación es claramente definida, probablemente porque la interpretación unidimensional sea incompatible en este tema con la naturaleza de la función jurisdiccional, como muestra en general la experiencia de los órganos de justicia constitucional del Occidente europeo (véase *Cours constitutionnelles européennes et Droits Fondamentaux*, sous la direc-

<sup>13</sup> Una expresa aplicación de este principio general se encuentra en la sentencia de 25 de mayo de 1983, en la que podemos leer: «Se realiza así una extensión de la formulación legal, de modo que una norma delimitadora negativamente de un derecho de elegibilidad se interpreta extensivamente... La técnica hermenéutica no es válida para restringir un derecho.»

tion de L. Favoreu) o describe Bockenforde en relación al Tribunal Constitucional de la RFA («las distintas teorías de los derechos fundamentales se utilizan optativamente como perspectivas de solución de problemas al objeto de alcanzar un resultado óptimo, en un procedimiento comparable al de la tónica», Bockenforde, *op. cit.*). La jurisprudencia del Tribunal español no es una excepción, y así lo más que podemos constatar es que la consideración de los Derechos Fundamentales como derechos públicos subjetivos se ve complementada con otros enfoques más objetivistas que posibilitan una mayor virtualidad a los preceptos constitucionales en las diversas esferas y ámbitos de la vida jurídica, si bien las bases teóricas a través de las que esto se pretende llevar a cabo se emplean de modo alternativo o al menos vacilante y sin una previa explicitación. A partir de esta constatación, la dogmática de los preceptos constitucionales reguladores de DF se ve sustancialmente modificada en múltiples aspectos concretos, algunos de los cuales se ha intentado exponer precedentemente, y, congruentemente, aquélla precisa una profunda remodelación, que constituye hoy un reto para los estudiosos del Derecho constitucional. El propósito de este trabajo, como paso previo a otro que espero de mayor envergadura, es poner de manifiesto algunos puntos de la jurisprudencia del TC que incitan especialmente a esa reflexión teórica. Espero haberlo logrado.