

Fecha recepción: 19.11.2007

Fecha aceptación: 26.11.2007

ASPECTOS DE LA MULTIFUNCIONALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (I)

POR

LUIS QUINTÍN VILLACORTA MANCEBO

Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Cantabria

Dos opiniones de reputados constitucionalistas españoles, recordaban en fecha no excesivamente distante que «en cierta medida el constitucionalismo actual se define como el constitucionalismo de los derechos»¹, por cuanto su vigencia constituye «la verdadera prueba de que el Estado constitucional es una realidad y no una ficción»².

Pues bien, en la construcción jurídica de la materia empezamos hablando de Derechos Fundamentales. Ahora bien, nos dirá al respecto *Rubio Llorente* que al hablar de Derechos Fundamentales no estamos ante un nombre nuevo para categorías viejas, sino que representa un nuevo contenido para los derechos; si bien entendamos más bien que representa el contenido de los Derechos más propiamente dicho. A juicio del autor precitado, los «enunciados de los Derechos Fundamentales son enunciados de normas jurídicas que imponen conductas determinadas y ofrecen, en caso de conflicto, la solución adecuada, es decir, un “derecho para juristas” cuya aplicación requiere un sistema categorial complica-

¹ CARLOS DE CABO MARTÍN, «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, n.º 1, p. 55.

² MANUEL ARAGÓN REYES, «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, n.º 1, p. 54.

do y novedoso del que no disponemos aún»; aunque quizá, en nuestra opinión, es preferible decir y entender que el texto lingüístico generalmente conocido como Constitución al referirse a los diversos Derechos Fundamentales y su haz de garantías, se trata más bien de programas normativos en cuyo empleo han de tener especial cuidado los juristas y también los no juristas, por considerar que una vez integrados con sus ámbitos normativos, constituyen un Derecho para y de la Comunidad Política, en definitiva, porque estamos más de acuerdo con *Rudolf Smed* y su entendimiento como el «derecho profesional personal del ciudadano». En el famoso pasaje del autor al establecer la comparación entre el ciudadano y al *bourgeois*, los Derechos fundamentales terminan siendo para *Rudolf Smed* el programa y los principios de la integración nacional: «En la línea del compromiso que suponen este programa y estos principios, el pueblo alemán se ha unido en la Constitución de Weimar —en la realización de este programa—, el Estado de la Constitución de Weimar ha de encontrar su contenido para siempre, ha de realizarse». Pero quizá el punto de partida sea la declaración, frecuentemente citada por la literatura jurídica germana, debida al diputado *Düringer* en la Asamblea Nacional, y su calificación de la parte correspondiente a los Derechos Fundamentales como «el resultado de la actual cultura jurídica alemana y, al mismo tiempo en varios aspectos, como un programa de la evolución futura del Derecho».

De este modo, el texto constitucional español registra al efecto la influencia posterior en este punto de lo dispuesto por la Ley Fundamental de Bonn; y ya se sabe que esta última es considerada como la Constitución de los Derechos Fundamentales, habiendo sido desarrollada e interpretada siempre en función de los mismos³; no en vano, como formulara en sede constituyente *Carlo Schmid*, los Derechos fundamentales constituían la «decisión de formalizar la vida del Estado orientándola en una dirección determinada». Dispone así en sentido similar la Constitución Española como bases del orden constitucional, además de la Democracia Social y el Estado de Derecho, la garantía de la dignidad humana, las libertades garantizadas por los Derechos Fundamentales, en fin, el Principio de igualdad (asimismo entendido como Derecho Fundamental). Pues bien, a partir de las anteriores premisas, se comprende la vinculatoriedad reforzada, la reserva de Ley y la garantía del contenido esencial, previstas por el programa normativo del artículo 53.1 CE; y asimismo la dispensa de una especial protección jurisdiccional (artículos 53.2 y 161.1.b CE), llevando a sus últimas consecuencias, a decir de significativos sectores doctrinales españoles, la idea

³ Por todos, HANS-PETER SCHNEIDER, «Peculiaridad y función de los Derechos Fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 7, 1979.

kelseniana de que no basta la mera atribución de derechos al individuo, sino que es necesaria al mismo tiempo la articulación de procedimientos técnico-jurídicos en virtud de los cuales se le permita reaccionar jurisdiccionalmente contra cualquier violación de su status jurídico subjetivo. En fin, en la misma dirección ha de comprenderse la remisión interpretativa a los textos internacionales conforme a los términos declarados con sus pertinentes límites por el texto del artículo 10.2 CE.

En este sentido, como bien apuntara *Konrad Hesse*, la historia política e intelectual de otros estados occidentales había ido creando una cultura política que podía prescindir en cierto modo de un sistema de garantías jurídicas tan sofisticado y perfecto como el articulado por medio de la Ley Fundamental de Bonn, algo que también nosotros podemos afirmar por referencia a nuestro Estado. Pues bien, en España, en mayor medida aún que en Alemania (dónde ya se ha considerado que carecía de precedentes tanto histórica como comparativamente la decidida opción de implantar una fuerte y extensa tutela jurídica de los Derechos Fundamentales como reacción frente a las gravísimas violaciones sufridas por los mismos durante el período nacional-socialista), semejante posibilidad no había sido factible debido a los avatares de nuestra historia más reciente y asimismo más mediata. Ante el vacío cultural, en el sentido de realización de la cultura constitucional, y político, evidenciados en el momento constituyente, los Derechos Fundamentales tenían que cumplir una función sustitutoria. Por ello, el texto constitucional de 1978 no podía limitarse a constituir un texto legal supremo que estableciera competencias, procedimientos y límites a los poderes constituidos, sino que necesitaba proclamar, debido a su referida inexistencia, un sistema de valores, un sistema cultural sin el cual ninguna Comunidad Política puede vivir. En efecto, hace ya bastantes decenios consideró *Rudolf Smend* que los Derechos Fundamentales contenían los factores objetivos que permitían la integración, por cuanto eran expresivos de un sistema cultural de valores indicativo del sentido de la vida estatal conforme a la Constitución; y *Hermann Heller*, además de subrayar el carácter de compromisos formales propio de los Derechos, apuntaría a su definición como «formas de la vida social que habían penetrado la realidad cultural, política y económica». Comprensible por el momento histórico-concreto en el que escribe, pero conservando actualmente un considerable valor, según subrayara el propio *Hermann Heller*, aquellos «principios jurídicos» que para propiciar un comportamiento conforme a las normas carezcan de individualización o incluso de carácter positivo, no se pueden despachar como «simples tiradas», pues tanto los principios jurídicos como las normas programáticas, consideraba, unen una menor capacidad para imponerse a una mayor dignidad desde el punto de vista del Derecho constitucional.

De este modo, debido al especial trasfondo de la historia española, en 1978 adquirirían los Derechos Fundamentales el significado de constituir la base espiritual del nuevo orden estatal, en consonancia con el ámbito cultural de las actuales democracias pluralistas al que se accede, a lo que contribuiría, en idea formulada por *Peter Häberle*, la inexistencia de esfera social alguna en estas últimas que no se vea perneada por los Derechos Fundamentales. En tales circunstancias, no es ninguna casualidad esta importancia y este significado de los Derechos Fundamentales (que a algunos pueden considerar excesivo, aunque no sea nuestro caso, y con las precisiones que se harán más adelante); si bien, tal importancia real y determinante, corre asimismo el riesgo de exagerarse con cierta facilidad y llegar con ello a situarse en una dimensión «teológica», por lo que es preciso asimismo ser precavidos toda vez que el exceso nos colocaría ante otra situación. Es, pues, urgente proseguir en la construcción de una teoría de los Derechos Fundamentales constitucionalmente adecuada, y por ello mismo dinámica y acompasada al tiempo, pero más que para justificar la fundamentación de los Derechos, al objeto de optimizar la realización de los mismos en su diversidad de dimensiones. Por nuestra parte, no vamos a pasar ahora revista a las diversas teorías más importantes de carácter general desarrolladas, ni tampoco de las construidas específicamente en el análisis de cada Derecho, por cuanto las primeras son conocidas, y las segundas porque el esfuerzo hercúleo que ello supondría está fuera de nuestro alcance. No obstante, sí queremos incidir en que, por de pronto, rechazamos categóricamente aquellas tesis que contemplan a los Derechos Fundamentales orientados desde una perspectiva formal exclusivamente «hacia» los individuos, en el sentido de límites a la intervención, de acuerdo con una visión en la mejor de las hipótesis liberales, cual es el caso de un *Ernst Forsthoff* por ejemplo, quien paradójicamente viera en las perspectivas institucionales la resurrección del privilegio⁴; o más modernamente y, claro está, sin la precomprensión autoritaria del anterior, en los términos de la única perspectiva de los Derechos —la liberal— considerada útil, cual es el caso de *Christian Hillgruber*⁵. Efectivamente, valorando desde luego la importancia decidida de la vertiente subjetiva, consideramos más oportuno situar a los Derechos Fundamentales en el campo de las fuerzas sociales, como Derechos de status jurídico-material (así, en sentido considerable-

⁴ En los últimos decenios, a nuestro modo de ver, la perspectiva institucional de los Derechos Fundamentales ha sido defendida especialmente por *Peter Häberle*, pero no se debe olvidar que, ciertamente, en el autor, las entidades inferiores se enriquecen inordenándose en las superiores y éstas lo hacen en la misma medida en que se abren con talante pluralista a aquéllas; de este modo, opone a todo impulso universalista (o personalista).

⁵ Puede verse del autor su contestada monografía, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München, 1992.

mente similar *Konrad Hesse*, y *Friedrich Müller*, en tanto en una dirección sensiblemente distinta también *Peter Häberle*). Y puesto que se trata de libertad real para todos como horizonte vital, la dogmática de los Derechos Fundamentales requiere asimismo analizar con especial delicadeza (y decisión) la temática de la eficacia y protección de los Derechos Sociales Fundamentales, procurando explotar al máximo las posibilidades jurídicas ofrecidas por el programa normativo constitucional respectivo, con la finalidad de ir haciendo efectivos mandatos constitucionales entre los que citamos a modo de ejemplo y por todos, como con frecuencia e inevitablemente se hace al tratar estos temas, el recogido por el texto del artículo 9.2 CE. Porque, si seguimos a *Cascajo Castro* (quizá el autor que mayor partido ha sacado al poco esperanzador programa normativo del artículo 53.3 CE), la cristalización en el texto constitucional de los Derechos Sociales como Derechos Fundamentales, supone, de una parte, la mejor muestra superadora de la clásica tesis de los Derechos públicos subjetivos, y de otra, junto a la admisión también de una eventual «traducción en términos de figuras jurídicas subjetivas», la posibilidad de afirmar que los Derechos Fundamentales sociales han de ser asimismo entendidos «como un programa constitucional de distribución de bienes, que se realiza mediante el equilibrio de intereses públicos, colectivos y privados». La interpretación del artículo 53.3 de la Constitución, no puede hacerse de manera aislada, como pudiera incluso pensarse que hace el Tribunal Constitucional en sentencias como la 65/1997⁶, dónde se recuerda la libertad del Legislador en su valoración del contexto social y económico, lo que le permite establecer «el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modificaciones para adaptarlas a las necesidades del momento»; jurisprudencia, por cierto, jalonada por cierta doctrina reaccionaria y poco documentada en técnicas hermenéuticas, si es que tiene documentación alguna, y por muy rápido que pretenda hacer un mero sobrevuelo de rúbulas. Menos mal que la mayoría conoce las exigencias de la interpretación constitucional, y no pretende la hermenéutica aislada de precepto alguno, porque recuerda las exigencias de la interpretación sistemática, o de la concordancia práctica, por ejemplo; y claro, el enlace, entre otros, con el precitado 9.2 CE es inevitable. Cuando el Tribunal Constitucional habla de libertad del Legislador, lo hace, suponemos, lo cual no es ser precisamente demasiado avispados, desde la consideración marco de la Constitución.

⁶ Tampoco parece excesivamente afortunada la STC 35/1985, de 20 de febrero: «La naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo Tercero, del Título I de la Constitución, hace improbable que una norma pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por entender, aisladamente considerado, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta».

En otro orden de consideraciones, la vinculación material de los poderes constituidos a los Derechos Fundamentales, términos en los que se expresa por ejemplo el artículo 53.1 de la Constitución española, se explica actualmente atendiendo a su proyección en un doble sentido, aspecto al que vamos a aludir con brevedad, no sin previamente recordar de la mano del *Ernst W. Böckenförde*, la obligatoriedad que impone el principio estructural del Estado social y su influencia de modo determinante en los Derechos Fundamentales, abriéndolos a nuevas técnicas prestacionales y procedimientos de garantía; lo cual, dicho sea de paso, no está nada mal como conclusión al respecto de un para algunos schmittiano autor, y que puede resultar menos paradójico a quienes rechazamos categóricamente tal afirmación (el propio autor nos ha mostrado su propia perplejidad sobre la afirmación de la anterior por nosotros rechazada deducción, que desde una serena resignación considera en modo alguno acertada). Pues bien, desde una primera perspectiva, se prohíbe en lógica consecuencia que los poderes públicos, y de manera singular el Legislador al regular las modalidades específicas de ejercicio⁷, autoricen cualquier injerencia en el ámbito de los Derechos Fundamentales carente de base constitucional; de otro lado, se traduce en el mandato dirigido a lograr que los Derechos desplieguen plenamente su eficacia. Y es así, en este contexto, como realmente los Derechos Fundamentales terminan por convertirse en esa eficaz «palanca con la que el ciudadano puede hacer valer su libertad respecto a toda intervención injustificada, por lesiva del principio del Estado de Derecho, proveniente del Estado»⁸.

Ahora bien, para el constitucionalismo democrático la evolución más significativa de la teoría de los Derechos Fundamentales viene dada por el reconocimiento, junto a la aludida garantía individual concreta proveniente de su carácter subjetivo-individual, de la dimensión jurídico-objetiva (o jurídico-institucional) de aquéllos⁹. Nuevo planteamiento que, a la postre, terminará constituyendo la razón esencial de la ampliación del contenido, así como del reforzamiento e importan-

⁷ Es preciso insistir en la especial responsabilidad del poder legislativo, para decirlo con *Peter Häberle*, en el marco del Estado constitucional de los Derechos Fundamentales: la Ley como garantía de los Derechos Fundamentales y la vinculación inmediata del Legislador por los Derechos Fundamentales. Si la literatura jurídica viene refiriéndose a la consideración del Parlamento como foro privilegiado de la negociación, hay que insistir ahora, con apoyo del mismo *Peter Häberle*, en que allí, la constituida *res publica*, fundamentalmente negocia y decide —al menos debe— acerca de sus Derechos Fundamentales.

⁸ RAINER WAHL/JOACHIN WIELAND, «La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al Bundesverfassungsgericht», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 51, 1997, p. 16.

⁹ KLAUS STERN/MICHAEL SACHS, para quienes el afianzamiento de la dimensión jurídico-objetiva constituye uno de los grandes logros del Derecho Constitucional después de 1949, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, München, 1988, pp. 931 y ss.

cia de los Derechos Fundamentales con carácter general, en orden a la articulación de un ámbito de libertad material, y respecto de cuya realización —como ya hemos aludido e insistiremos más abajo— va a surgir para el Estado Social no sólo una prohibición de exceso sino asimismo una prohibición de omisión, en la búsqueda y garantía de esas adecuadas condiciones de realización material de los aludidos ámbitos de libertad jurídicamente constituidos.

En este sentido, aunque en diversas oportunidades nos recordara *Konrad Hesse* que la cuestión del doble carácter pertenece «desde los orígenes a la tradición de los Derechos Fundamentales», y que ya en la *República de Weimar* se pone sobre el tapete cuando con motivo de la interpretación de los Derechos se mostró con crudeza la insuficiencia del método formalista tradicional —vale decir, de la lógica formal¹⁰—, es con el constitucionalismo de la segunda postguerra cuando la teoría del doble carácter recibe su impulso definitivo¹¹. En concreto, por medio de la conocida *Lüth-Urteil*, de 15 de enero de 1958 —considerada por la doctrina científica europea una de las grandes decisiones en materia de Derechos Fundamentales, quizá la fundamental—, el Tribunal Constitucional federal alemán se ha referido a la naturaleza de los Derechos Fundamentales en los siguientes términos: «la función primordial de los Derechos Fundamentales es, sin duda, la de proteger la esfera de libertad del individuo contra las intromisiones del poder público. Ello es consecuencia de la evolución histórica de la idea de los Derechos Fundamentales, como asimismo de los acontecimientos históricos, lo que se ha traducido en la incorporación de los Derechos Fundamentales en las constituciones de los distintos Estados»; si bien, tuvo al mismo tiempo especial empeño en dejar suficientemente claro que con esta idea no se agotaba el contenido jurídico constitutivo de los Derechos Fundamentales. Por ello, asimismo desde la propia sentencia de 15 de enero de 1958, ha venido afirmando que la Ley Fundamental no constituye un orden «axiológicamente neutro» sino un verdadero orden objetivo-material de valores fundamentales cuya clave de bóveda es la dignidad intangible del ser humano¹²,

¹⁰ Para las posibilidades, ya de por sí limitadas de la lógica formal en orden al análisis jurídico, pero aún más restringidas en atención a la especificidad del Derecho constitucional, por todos FRIEDRICH MÜLLER, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1966, por ejemplo pp. 40 y ss. Y passim.

¹¹ KONRAD HESSE, «Significado de los derechos fundamentales», en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. de E. BENDA/W. MAIHOFER/H. J. VOGEL/K. HESSE/W. HEYDE, Madrid, 1996, pp. 91 y ss.

¹² Ante lo que entiendo son ciertas vacilaciones —excesivas— mostradas por algunos sectores minoritarios de nuestra doctrina científica, acerca de la procedencia —entendida en sentido

plural, por así decirlo— del concepto orden de valores, y su adecuación al objeto de expresar el sentido y fines del sistema de Derechos Fundamentales, y al margen de sus dificultades de concreción sea material sea funcionalmente, conviene repasar la propia *Lüth-Urteil* —*BVerfGE* 7, 198, 204 y ss.—, en la cual, al definir los Derechos Fundamentales, destaca el empleo de las expresiones «*objektiven Wertordnung*», o «*eines Wertsystems*», en fin, «*der Grundrechte als Wertrangordnung*»; y a la hora de hallar el fundamento de éste, como se apuntó en el texto, dirá: «*seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden Persönlichkeit und ihrer Würde findet*». Además, son múltiples las referencias a la Constitución como orden de valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, recogándose expresiones como: «*grundgesetzlichen Wertordnung... unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems*», o se reclama la resolución de cualquier conflicto interno relativo a un Derecho Fundamental conforme al orden de valores constitucional: «*nach Massgabe der grundgesetzlichen Wertordnung un unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems*», orden de valores que encuentra precisamente en la dignidad humana su valor supremo —«*oberster Wert*»—. En este sentido, como explica *LUIS RECASÉNS SICHES*, corresponde al pensamiento genial de *MAX SCHELER*, y luego a *NICOLAI HARTMANN*, el mérito de haber subrayado que los valores son esencias ideales, a priori, con dimensión objetiva, objetividad que debe entenderse simplemente no como no subjetividad, sino como la afirmación de que los valores no son la simple expresión de mecanismos psicológicos, no son el segregado de funciones mentales, antes bien, por el contrario, constituyen ideas con intrínseca validez, pero esa validez objetiva de los valores es intravital, es decir, se da dentro de la vida humana y en relación esencial con ésta, lo mismo con los términos generales de ella, como también con referencia a cada una de sus situaciones particulares, de modo que tales valores sirven para darnos los criterios y las medidas a ser utilizadas en la promoción de la igualdad, unas veces aritmética, otras proporcional, de la armonía que la idea formal de la justicia demanda (...). La tarea de establecer una igualdad (...) presupone o requiere criterios para medir o evaluar las realidades que deben ser igualadas o armonizadas, (...) porque la idea de igualdad, de proporcionalidad o de armonía, no nos suministra ningún criterio de mensura, no nos da el principio práctico mediante el cual podamos establecer esa igualdad simple o esa igualdad proporcional o armónica, no nos muestra cuál deba ser el punto de vista desde el cual podamos determinar la igualdad o la proporcionalidad. De acuerdo con el autor, los valores no son esencias parecidas a las ideas platónicas. Por el contrario, los valores están esencialmente referidos y vinculados a la vida humana; tienen sentido en la vida humana y para ella, si bien ese sentido sea objetivo, y asimismo los valores tienen sentido también con referencia a las situaciones particulares de la vida; de esos valores derivan directrices necesariamente válidas, criterios de inspiración con intrínseca validez. Los valores no son meras esencias, por así decirlo, flotantes, sin directriz determinada de realización, sin destinatario. Por el contrario, tienen su sentido esencial en constituir fuentes de inspiración para el comportamiento individual humano. Es precisamente en la vida humana, tanto en la individual como en la social, donde los valores deben ser realizados. Por lo tanto, nada tiene de extraño el hecho de que exista una íntima y profunda conexión entre los valores y el sentido de la realidad humana, *Tratado general de filosofía del derecho*, 4ª ed.; México, 1970; *Nueva filosofía de la interpretación científica*, México, 1956, y «Unicidad en el método de interpretación del Derecho», en *Estudios jurídicos y sociales: Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Vol. I, pp. 213-243. Asimismo, puede verse la consideración de *ROBERT ALEXY*, conforme a la cual, «en gran medida, la dogmática jurídica es el intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución en el material autoritativamente ya dado», lo que «confronta a la dogmática jurídica con el problema de la fundamentalidad racional de los juicios de valor», *Teoría de*

que irradia sus efectos incluso sobre las relaciones de los ciudadanos entre sí, expresando con ello una intensificación de la fuerza creadora de los Derechos Fundamentales.

La idea, por otro lado, ha sido resumida con singular acierto por *Ernst G. Mahrenholz*, quien considera que únicamente cabe hablar de Derechos de defensa cuando éstos sean capaces de impedir intromisiones por la vía judicial, y se interroga: «desde la lógica jurídica ¿de qué otra forma se puede establecer realmente una vinculación a los Derechos de defensa si no es “considerándolos” como normas objetivas»¹³. Posteriormente, el Tribunal Constitucional alemán ha reproducido una y otra vez la línea argumental contenida en la sentencia de 1958¹⁴, y proseguirá así hablando del contenido jurídico de los Derechos Fundamentales como normas objetivas —«*Rechtsgehalt der Grundrechte als objektive Normen*»¹⁵—. Más precisamente, vendrá afirmando con continuidad que la tabla de Derechos Fundamentales integra toda ella un sistema de valores objetivos constitutivo en sí mismo de una unidad normativa, fundamento, a su vez, de la unidad normativa global de la Constitución; y al mismo tiempo ha especificado la idea esencial de la teoría del doble carácter de los Derechos a través del establecimiento de varios principios fundamentales que, en este contexto, sólo vamos a esbozar sumariamente.

los Derechos Fundamentales, Madrid, 1993, p. 32. En fin, a juicio de GUSTAVO ZAGREBELSKY, el concepto de Constitución que cristaliza en la segunda postguerra, «asume un y particularmente cargado de significado», en cuanto «se presenta como ordenamiento jurídico de las funciones del Estado y como determinación fundamental de los valores de la vida social», *Società-Stato-Costituzione*, Turín, 1988, p.15. De cualquier modo, el programa normativo de la Constitución española, y ello con independencia de que guste más o menos, ha incorporado en su texto la proclamación de unos valores superiores del ordenamiento (artículo 1.1); lo que, dicho sea de paso y en nuestra estimación, constituye uno de sus méritos principales.

¹³ ERNST G. MAHRENHOLZ, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung», en *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Symposion aus Anlass des 70. Geburtstages von Peter Lerche*, ed. de P. BADURA/R. SCHOLZ, München, 1998, pp. 28-29.

¹⁴ Entre otras, en su primera sentencia relativa a la interrupción del embarazo formuló aún con mayor claridad, si cabe, la tesis del doble carácter de los Derechos Fundamentales: «de acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas de Derechos Fundamentales no solamente contienen derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que encarnan al mismo tiempo un orden objetivo de valores que, en tanto que decisión constitucional en materia de Derechos Fundamentales, es válido para todos los ámbitos del orden jurídico, y proporciona directrices generales y da impulsos a la legislación, a la administración y a la jurisdicción», *BVerfGE* 39, 1 (41).

¹⁵ La terminología del Bundesverfassungsgericht es variada en cuanto a la referencia de la vertiente objetiva; por ejemplo: *objektive Wertordnung*; *verfassungsrechtliche Grundentscheidung*; *objektivrechtliche Wertentscheidung*; *Grundrechte als objektive Normen*.

Así, y en primer término, los Derechos Fundamentales despliegan un efecto de irradiación que se proyecta a todos los ámbitos jurídicos, incrementando de forma decidida su capacidad de incidencia en el ordenamiento; y, a la inversa, esto significa que el llamado Derecho legislado se presenta en muchos aspectos como Derecho constitucional concretizado¹⁶. De este modo, la Norma Suprema «se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico»¹⁷, ordenamiento que debe ser interpretado en su totalidad «conforme a aquella y en la medida más favorable a los Derechos Fundamentales»¹⁸. Expresado un poco más detenidamente, con el constitucionalismo democrático los Derechos Fundamentales adquirirán una eficacia distinta y más intensa, de irradiación al conjunto del ordenamiento jurídico: «Han pasado a estar siempre presentes en el ordenamiento jurídico en su totalidad, a tener efectos no sólo bilaterales, sino *erga omnes*, adquiriendo un carácter absoluto»¹⁹; por lo cual, no puede resultar extraño las profundas implicaciones derivadas del tal carácter, dado que, en efecto, no solamente se toman como base de la verificación los derechos subjetivos clásicos sino también como normas constitucionales jurídico-objetivas, tal es el caso por ejemplo e incluso, de las reglas de organización y procedimiento —vale decir, derecho procedimental— esto es, el derecho organizativo o procesal. En atención, pues, a esta perspectiva, los Derechos Fundamentales tienen la consideración de «universales» en todos los ámbitos del Derecho²⁰.

En segundo lugar, y en lógica conexión con el anterior punto de vista, los Derechos Fundamentales, naturalmente, inciden también en el Derecho privado: cada Derecho Fundamental, en tanto que norma objetiva, desarrolla «su contenido jurídico en el Derecho privado y con esta singularidad se proyecta sobre la interpretación y la aplicación de las normas de derecho privado. En virtud del mandato constitucional, el juez debe examinar si la aplicación de normas de Derecho civil afecta, en un caso concreto, a los Derechos Fundamentales. Si así fuera, estará obligado a interpretar y aplicar estas normas a la luz de los Derechos Fundamentales»²¹. Por consiguiente, los Derechos Fundamentales tienen un efecto ante terceros o un efecto que doctrinalmente se viene denominando horizontal, siendo de menor importancia ahora la modalidad del mismo, ya sea in-

¹⁶ KLAUS STERN/MICHAEL SACHS, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik...*, op. cit., pp. 931 y ss.

¹⁷ STC 112/1989, de 19 de junio.

¹⁸ SSTC 4/1981; 9/1981 y 112/1989, de 19 de junio, entre otras.

¹⁹ RAINER WAHL/JOACHIN WIELAND, «La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al Bundesverfassungsgericht», en op. cit., p. 16.

²⁰ KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a ed., Heidelberg, 1995, pp. 290 y ss.

²¹ BVerfGE 84, 192 (1994).

directo o directo —este último, a decir verdad, no precisamente del agrado de la jurisprudencia constitucional española—; lo verdaderamente relevante es que el contenido de los Derechos Fundamentales también debe prevalecer y tener eficacia en las relaciones horizontales —recíprocas— de los ciudadanos entre sí²².

En tercer término, la plasmación más reciente —aunque de mayor envergadura desde el punto de vista tanto cualitativo como sistemático— de la dimensión jurídico-objetiva, viene constituida por la teoría de las obligaciones o deberes de protección a cargo del Estado²³, que se revela como el concepto central, aunque sólo fuera por lo obligado una vez más de hacer de la necesidad virtud, y ante el carácter meramente hipotético de las tesis abstencionistas en orden a alcanzar una igual libertad-autonomía sin la intervención del Estado; deber de protección dirigido en primer lugar al Legislador, sin que necesariamente se le obligue en todo caso a llevar a cabo una habilitación subjetiva y aunque evidentemente no se la excluya²⁴, pero que informa asimismo la interpretación, ejecución y aplicación de las normas. En efecto, como hemos apuntado, los Derechos Fundamentales no sólo garantizan un espacio de libertad rechazando intromisiones concretas o un derecho general de intervención en el ámbito protegido, sino que incorporan además un orden de valores objetivo, considerado como decisión fundamental de Derecho constitucional para todos los sectores del ordenamiento. Y si los Derechos Fundamentales como orden de valores pretenden adquirir notoriedad y eficacia concreta en el ordenamiento jurídico, penetrar en todo él²⁵, resulta lógica su conversión en directrices, guía y criterio para todas las leyes que se refieren al ámbito vital amparado por el Derecho Fundamental en cuestión²⁶. Los Derechos Fundamentales adquieren, en consecuencia, una importancia «positiva», activadora o promocional, por cuanto incluyen, al mismo tiempo, la obligación para los poderes públicos de cooperar a la realización del haz de facultades integrantes de su contenido; de este modo, el Estado Social viene obligado a proporcionar recursos personales, materiales y financieros, e institucionales, en orden a la realización de los Dere-

²² KLAUS STERN/MICHAEL SACHS, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik...*, op. cit., pp. 931 y ss. Para la conveniencia de que el Legislador se tome más en serio la cuestión de las eventuales modulaciones acerca del alcance concreto del respectivo derecho fundamental ante terceros, KONRAD HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, 1995, pp. 66-67.

²³ KLAUS STERN/MICHAEL SACHS, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik...*, op. cit., pp. 931 y ss.

²⁴ DIETER GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1991, p. 234.

²⁵ Recuerda HANS D. JARAS que el Tribunal Constitucional Federal alemán no ha dejado de reconocer a ningún derecho fundamental el contenido jurídico objetivo, «Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 110, 1985, pp. 371 y ss.

²⁶ KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, op. cit., pp. 290 y ss.

chos²⁷. Por consiguiente, el efecto de los Derechos Fundamentales no se refiere, en este caso, a un acto de omisión por parte del Estado, sino inversamente al desarrollo de una acción positiva; en definitiva, en esta obligación de protección —*Schutzpflicht*— se desarrolla en buena parte el contenido objetivo del Derecho Fundamental²⁸, y se estructura conforme a una relación triangular: el Estado protege el comportamiento de los individuos en el ejercicio de un Derecho Fundamental sea contra los perjuicios que puedan causarles los poderes públicos, sean frente a los ocasionados por los otros ciudadanos o grupos sociales que pretenden beneficiarse de la intromisión ilegítima²⁹. De otro lado, esta comprensión del Estado como una superior asociación pluralista de derechos —que había tenido eximios antecedentes en un *Hugo Preuss*, o en *Harold Laski*—, no significa solamente un enriquecimiento, sino también el contrapunto pluralista y público —*die Öffentlichkeit*— a la vieja unidad del Estado cerrado en sí mismo³⁰. Pero ello sin olvidar que la trilogía Estado, grupos sociales y personas individuales, se sobrentiende como interpenetrados y libres; corrigiendo, pues, la tendencia natural de todo intento de rebasarse los unos a los otros, encontrando además frecuente apoyo para legitimar esto último en teorías unilaterales e inadecuadas de los Derechos Fundamentales.

Por consiguiente, la denominada doble vertiente, doble carácter o doble funcionalidad, e incluso más allá la multifuncionalidad —y multidimensionalidad— de los Derechos Fundamentales, es tesis que recibe hoy plena aceptación científica, hasta considerarse indiscutible parte integrante de la teoría actual de los Derechos Fundamentales, y habiendo sido incorporada por una parte importante del Derecho constitucional de los Estados democráticos europeos, e incluso por el Derecho de la Unión Europea. Pues bien, como concluye *Konrad Hesse*, la idea del doble carácter tiene consecuencias de enorme calado, en cuanto los Derechos Fundamentales «permean la totalidad del ordenamiento jurídico, el Derecho Privado no menos que el Derecho de las organizaciones y de los procedimientos». De este modo, «El legislador y las instancias aplicadoras del Derecho, en particular los órganos judiciales, se harán eco de los Derechos Fundamentales» en la producción, exégesis y empleo de los textos lingüísticos mediante los que se expresan los programas normativos de las normas jurídicas. Y, en cuanto cuestión

²⁷ Ibidem, pp. 290 y ss.

²⁸ *BVerfGE* 92, 26 (46); algo que ya había apuntado la *BVerfGE* 39, 1, (42).

²⁹ HANS D. JARAS, «Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 120, 1995, p. 351; R. Singer, «Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst», en *Juristen Zeitung*, 1998, pp. 1133 y ss.

³⁰ PETER HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 2.ª ed., Berlin, 1996, *passim*.

constitucional, «compete al control del *Bundesverfassungsgericht* enjuiciar si tal postulado ha sido o no tenido suficientemente en cuenta»³¹. Aunque también existan perspectivas distintas, como la expuesta entre nosotros por *Juan-Luis Requejo*, y su forma de entender la jurisdicción constitucional como «una jurisdicción de mínimos, subsidiaria de la que, en materia de derechos, tiene la primera (y principal) palabra», de tal suerte que las soluciones «más atentas a la justicia material del caso pasan por la irradiación absoluta de unos derechos que, perfectamente objetivados, llevan en sí mismos la perversión del orden constitucional»³². En definitiva, concluirá el propio *Konrad Hesse*, a partir de las consecuencias extraídas del desarrollo de la teoría del doble carácter de los Derechos Fundamentales, se evidencia no sólo la conveniencia sino la obligatoriedad de concebir al Derecho Constitucional como Derecho Fundamental, y como Derecho que pone un fundamento universal de las personas individuales, de las sociedades y del Estado, debajo de un Derecho de la Comunidad Internacional (incluso de la Unión Europea), que no es solamente Comunidad de Estados como pretende la achatada y unidimensional concepción positivista clásica del Derecho Internacional; de otra parte, queda así al descubierto la insuficiencia de una teoría y un modelo de la disciplina dominados por el postulado de un Derecho Constitucional como Derecho del Estado y como Derecho Público General³³.

³¹ KONRAD HESSE, «Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, n.º 1, p. 107.

³² JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el último cuatrimestre de 1997», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 52, 1998, p. 154. El planteamiento del autor germano tiene, a nuestro modo de ver, numerosos matices, y tampoco podemos ahora descender a su consideración, al margen del mayor o menor acierto que se tuviera en el empeño. No obstante, hay un punto que consideramos importante, y en el que estaríamos en disposición de oponernos a ERNST W. BÖCKENFÖRDE, nos referimos a su consideración de los Derechos Fundamentales como próximos al concepto de normas de principio, si bien el autor entendemos que no cae en la desafortunada dicotomía en los términos que ha presentado ROBERT ALEXI, y ciertamente el primero no se remite al segundo en su equiparación entre normas de principio y mandatos de optimización; luego las cosas van al menos por otro lado.

³³ La cuestión requeriría mayor detenimiento, pero no es la ocasión. En todo caso, somos conscientes de la identificación expresa o tácita para sectores doctrinales entre Derecho Constitucional y Derecho del Estado; o más sencillamente la consideración del Derecho Constitucional como Derecho del Estado. Sin embargo, creo que ya en KONRAD HESSE, y desde luego en FRIEDRICH MÜLLER, de un lado, el Derecho Constitucional tiene un ámbito considerablemente más amplio que el Derecho del Estado (*Staatsrecht*), que por su significado y por su objeto designa sólo, como apunta el último autor citado, el Derecho estatal (*Recht des Staates*); y de otro está limitado más estrechamente, en la medida en que el Derecho del Estado (*Staatsrecht*) comprende también Derecho estatal (*Recht des Staates*), que no conviene incluir en el orden fundamental (*Grundordnung*) de la Comunidad Política, cual es el caso del Derecho Administrativo o del Procesal.

Ahora bien, asimismo sigue siendo válida la idea de que los Derechos Fundamentales no pueden distanciarse de su significado propio y autonomizarse en un complejo de normas objetivas, en cuyo caso el sentido, también originario y constante de los derechos, pasaría a segunda línea³⁴, cuando propiamente es en la vertiente de derechos subjetivos de defensa donde los Derechos Fundamentales despliegan inmediata y totalmente su fuerza vinculante³⁵; en realidad, existe una concomitante e indisoluble conexión entre ambas vertientes³⁶. A su vez, esta transformación estructural de los Derechos y del ordenamiento en su conjunto, ha terminado por difuminar en toda su extensión la línea que separa el Derecho constitucional —dotado de primacía—, del Derecho ordinario: «en último término, todo está influido, irradiado e informado por los Derechos Fundamentales (...) lo que ha llevado a que respecto de una resolución contraria a Derecho (ya sea judicial o administrativa) no quepa ya distinguir, desde un punto de vista material, si la antijuricidad es debida a la infracción únicamente del Derecho ordinario o a la vulneración del contenido en Derecho Fundamental (por irradiación) de un determinado precepto»³⁷.

En lo que hace el Tribunal Constitucional español, desde la consideración de la dignidad humana (artículo 10 CE) junto al derecho a la vida (artículo 15 CE) como el «prius» lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos³⁸, y claramente influenciado una vez más por la jurisprudencia constitucional alemana sobre la materia, ha reconocido asimismo desde la sentencia 25/1981, de 14 de julio, la doble vertiente de los Derechos Fundamentales de forma indubitada, al expresar: «los derechos fundamentales y las libertades públicas (...) constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto (...) ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales». Además, el Tribunal también concibe los Derechos Fundamentales, en primer término, como derechos públicos subjetivos

³⁴ *BVerfGE*, 50, 337. De interés acerca de este aspecto, las reflexiones de GUILLERMO ESCOBAR ROCA, *Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos*, Madrid, 2005, pp. 46 y ss.

³⁵ GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden, 1988, pp. 37 y ss.

³⁶ En sentido crítico «zur Priorität des objektiven Rechts», GERHARD ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, 1987, pp. 144 y ss.

³⁷ RAINER WAHL/JOACHIM WIELAND, «La jurisdicción constitucional como bien escaso», en op. cit., pp. 15-16. Y, en este sentido, el Tribunal Constitucional español se ha referido en diversas oportunidades a la extrema dificultad tocante a la delimitación entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad, por lo que a los Derechos Fundamentales se refiere; por ejemplo, y de frecuente cita al respecto, la STC 50/1986.

³⁸ STC 53/1985, de 11 de abril.

vos, exigibles por sus titulares frente a los poderes públicos, al afirmar: «En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia». No obstante, de inmediato se refiere a su vertiente objetiva, ya que asimismo estima han de considerarse normas objetivas de un sistema de valores, esto es, «al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta 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 expresamente 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» (...) En el segundo aspecto, 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 (...) fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático (...) son elemento unificador (...) 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». A su vez, el efecto irradiación derivado de su condición de normas objetivas supremas, se dibuja, entre otras, en 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». Y de forma si cabe aún más clara, la doble dimensión de los Derechos vuelve a reflejarse en otra importante sentencia del Alto Tribunal español, nos referimos a la STC 53/1985, de 11 de abril: «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 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»³⁹.

Pues bien, precisamente porque los Derechos Fundamentales tienen la considerada eficacia normativa inmediata, así como en atención a éste su reconocido carácter esencial para la constitución y pervivencia de la Comunidad Política, su vigencia, respeto y garantía, constituye una cuestión esencial de la legitimidad del Estado, y, en consecuencia, «los derechos fundamentales se protegen por su importancia», si bien, «obviamente, no deben su importancia a su protección»⁴⁰, al menos no sólo. Encontramos ahí la justificación de que buena

³⁹ Asimismo, entre otras, la STC 129/1989, de 17 de julio: «En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales, que 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 (...). 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 positivizados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales».

⁴⁰ JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «Los derechos fundamentales en la Constitución española», en *Revista de Estudios Políticos*, 1999, p. 22.

parte de los mismos —aquellos que tienen en nuestro ordenamiento un «plus de fundamentalidad», para decirlo con *Javier Pérez Royo*, aunque en algunos de estos derechos se suscite cierta perplejidad, dicho sea por comparación a los incluidos en la Sección 2.⁴¹— reciban una protección jurisdiccional privilegiada y última —tutela a través del recurso de amparo— por parte de órganos constitucionales independientes que ocupan una posición y desarrollan una función central en la estructura del Estado constitucional moderno⁴², atendida sea su condición de «intérpretes» y «guardianes» de la Constitución, esto es, de parte de la denominada «*giurisdizione costituzionale della libertà*»⁴³; tribunales constitucionales, en fin, cuya legitimidad democrática de origen —por el modo de designación de sus miembros— es más intensa que la de los jueces y tribunales ordinarios (*Dieter Simon*). Aspecto este último determinante —aunque ahora no podemos detenernos⁴⁴—, habida cuenta de los «elementos políticos que inevitablemente alberga toda interpretación de normas constitucionales abiertas» (*Konrad Hesse*), y considerando asimismo que a la mayor legitimidad democrática de la norma a enjuiciar debe corresponder una mayor legitimidad democrática de origen del órgano encargado de su enjuiciamiento. Porque, el papel extraordinario desarrollado por la jurisdicción constitucional, en definitiva su autoridad, deriva precisamente de éste lugar «singular» que el Tribunal Constitucional ocupa en el orden constitucional, lo que le permite desarrollar «su influencia en la democracia conforme al postulado del Estado de Derecho (...) cuyo contenido y peculiaridad no serían concebibles sin la jurisprudencia constitucional».

⁴¹ Actualmente la mayor parte de la literatura jurídica española considera Fundamentales, al menos, la totalidad de los Derechos comprendidos en el Capítulo II, del Título I de la Constitución.

⁴² A juicio de ERNST G. MAHRENHOLZ, el Tribunal Constitucional es jerárquicamente superior a los tres poderes del Estado que enumera el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn, por lo tanto, prosigue, «es ineludible que el Tribunal —en palabras de BÖCKENFÖRDE— tenga “prioridad” ante el legislador, pero que a este último le corresponda “la primera mano”, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung», en op. cit., p. 27.

⁴³ MAURO CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale della libertà*, Milano, 1976.

⁴⁴ En todo caso, como ha advertido HANS-HUGO KLEIN, el procedimiento actual de nombramiento de magistrados se traduce, en cierto modo, en una relación de proximidad entre los actores políticos y los propios magistrados, y esta relación es, precisamente, imprescindible, puesto que un tribunal cuyas competencias son tan amplias, de modo que sus decisiones pueden incidir de una manera profunda en el proceso político, incluso hasta modificarlo por completo, debe contar con la confianza de las fuerzas políticas determinantes que han de aceptar sus fallos, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung», en *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Peter Lerche*, ed. de P. BADURA/R. SCHOLZ, München, 1998, p. 59.

Tales órganos, en atención al antedicho su lugar constitucional privilegiado, a diferencia de los tribunales ordinarios que producen sólo normas individuales, deciden a través de decisiones de alcance general⁴⁵, porque el Tribunal Constitucional al anular una norma general produce un *contrarius actus* que le convertía ya a juicio de *Hans Kelsen* en legislador negativo, aun cuando hoy se haya dado prácticamente la vuelta a la tesis, y si bien en el propio autor citado el Tribunal termine por configurarse como legislador negativo y positivo al mismo tiempo. Recuerda así nuestra Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que en cuanto intérprete supremo —artículo 1— el Tribunal está sometido exclusivamente a la Constitución cuya primacía garantiza —artículo 27.1— y a la propia Ley Orgánica precitada. Por lo tanto, también cuando se trata de Derechos Fundamentales en el juicio de constitucionalidad el Tribunal funda su decisión en los propios preceptos constitucionales, o al menos a partir de los textos de los mismos, y contribuye una y otra vez a la «conformación jurisprudencial» dinámica de los Derechos Fundamentales⁴⁶. No es, pues, precisamente desdeñable la idea del amparo constitucional como control de la Ley y garantía de los Derechos Fundamentales allí donde no alcanza la función restauradora o reparadora del Poder Judicial. Porque, además del interés propio y subjetivo, del interés legítimo que resulta obligado invocar para interponer el recurso de amparo constitucional —tal como dispone el artículo 162.1 b) de la Constitución española—, a la postre, está siempre presente en un recurso de este carácter la defensa de un interés abstracto u objetivo a consecuencia del considerado doble carácter de los Derechos, esto es, de protección del orden jurídico-objetivo de valores establecido por la Constitución a través del sistema de Derechos Fundamentales.

Por consiguiente, también en vía de amparo el Tribunal Constitucional opera como supremo intérprete constitucional. Para apreciar si existe una efectiva vulneración de los Derechos Fundamentales, puede ser ineludible abordar la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales de la normativa infraconstitucional que desarrolla o incide en el Derecho Fundamental afectado, al objeto de proceder, en su caso, a la revisión de la decisión judicial. Es así como la «gloria del recurso de amparo», sostiene *Rubio Llorente*, estriba en la posibilidad de impugnar ante el Tribunal Constitucional «las decisiones judiciales alegando que en ellas se han aplicado normas inconstitucionales o se han aplicado de

⁴⁵ Por todos, ERNST W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1991, p. 15.

⁴⁶ PEDRO CRUZ VILLALÓN, «La prohibición de valoración de las pruebas ilícitas ante el «crecimiento orgánico» de los derechos fundamentales», en *Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia, 1999*, Madrid, 2000, p. 76.

manera inconstitucional las que en otra interpretación no lo serían»⁴⁷. Al mismo tiempo, a partir de la comparación entre los sistemas alemán y español, el propio autor precitado considera decisivo en ambos ordenamientos que la impugnación de decisiones judiciales no ha de fundarse «necesariamente en un defecto de constitucionalidad de la ley aplicada», porque resulta posible «no dirigir reproche alguno contra la legitimidad constitucional de la ley aplicable al caso e imputar al órgano judicial la lesión del derecho fundamental por no haber aplicado la norma que debió o no haberlo hecho correctamente». Por esta razón, el recurso constitucional de amparo se ha convertido en un eficaz medio de control de los actos del juez, puesto que el Tribunal Constitucional no sólo controla las leyes y otras normas y actos de los poderes públicos sino también la interpretación previamente realizada por los órganos judiciales. En consecuencia, dejando ahora apartada la cuestión de si la función básica del Tribunal Constitucional es o no la de una concreta reacción frente a singulares vulneraciones de Derechos Fundamentales, se puede afirmar que el control aludido opera sobre el modo en que los jueces y tribunales ordinarios aplican los preceptos constitucionales que consagran los Derechos Fundamentales. De esta suerte, cuando el Tribunal Constitucional decide en un recurso de amparo constitucional, no sólo preserva o restablece a un ciudadano en el Derecho Fundamental que le ha sido vulnerado, sino que realiza, además, una función de alcance general, en cuanto determina la forma conforme a la cual los jueces y tribunales ordinarios han de operar en este tipo de supuestos. En definitiva, por medio del recurso del amparo el Tribunal Constitucional puede llevar a término un control efectivo sobre el modo a través del cual los tribunales ordinarios aplican el sistema de fuentes establecido y, en particular, impone la observancia de la jurisprudencia constitucional como única vía posible con el fin de lograr una interpretación uniforme de la Constitución.

Así las cosas, se ha considerado que la institucionalización de los Tribunales constitucionales obedeció a la confianza que se tuvo en que estos específicos y cualitativamente exclusivos tribunales iban a proteger de modo especial a la Constitución y a los Derechos Fundamentales en particular; en consecuencia, la jurisdicción constitucional vive de la confianza depositada en ella como institución destinada a «perfeccionar la vigencia del Estado de Derecho en el que se constituye la nación española en virtud de una decisión fundamental expresada en el preámbulo y en el artículo 1.1 de la Constitución»⁴⁸, confianza que ha de

⁴⁷ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «El recurso de amparo», en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, ed. de F. RUBIO LLORENTE/J. JIMÉNEZ CAMPO, Madrid, 1998, pp. 31 y ss.

⁴⁸ MANUEL GARCÍA-PELAYO, «El «status» del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1, 1981, p. 15; la idea de que la jurisdicción constitucional culmina el sistema de Estado de Derecho, se reitera a lo largo del artículo.

ganarse luego a través de su actividad decisoria⁴⁹. Porque, es preciso tener en cuenta que bajo formas jurisdiccionales, con carácter general, el control llevado a cabo por el Tribunal Constitucional tiene naturaleza política⁵⁰; algo obvio, por demás, si partimos de la idea subyacente a la jurisdicción constitucional, esto es, la de «someter la acción política al control de un Tribunal»⁵¹. Y, en este sentido, el Tribunal Constitucional es también una instancia política de poder que participa en la dirección de la política constitucional del Estado⁵², aunque no fuera más que por su contribución al desarrollo y evolución del Derecho constitucional, un Derecho, como recordara *García Pelayo*, al que interpreta y aplica el Tribunal Constitucional con carácter supremo, «un Derecho de contenido político al menos en el sentido de que establece los principios configuradores de la unidad política nacional» en cuanto «normativiza los valores en que ésta se sustenta»⁵³. No obstante, sin remitirnos a autores por así decir más clásicos, autores actuales vamos a decir «experimentados» que parten de precomprensiones distintas o en algunos casos más coincidentes, como son entre otros los casos de *Dieter Grimm*, *Peter Badura*, *Friedrich Müller* o *Josef Isensee*, son plenamente cons-

⁴⁹ RAINER WAHL/JOCHEN WIELAND, «La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al Bundesverfassungsgericht», en op. cit., p. 32.

⁵⁰ ENZO CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, p. 64. El rebrote del debate acerca del carácter político de la justicia constitucional, desarrollado en los años noventa en Alemania, fue desencadenado por sentencias que resolvían recursos de amparo, lo que permitió aludir a la denominada «*konfliktive Linie zwischen Gericht und Politik in der kleine Streitgeschichte zwischen Bonn und Karlsruhe*», puede verse JOSEF ISENSEE, «Bundesverfassungsgericht – Quo vadis?», en *Juritenzeitung*, 1996, pp. 1085 y ss., y del mismo autor «Die Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik», en *Das Bundesverfassungsgericht. Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, ed. de M. PIAZOLO, Mainz/München 1995, pp. 49 y ss.; también RAINER WAHL, «Quo Vadis – Bundesverfassungsgericht?. Zur Lage von Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassung und Staatsdenken», en *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?. Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, ed. de B. GUGGENBERGER/TH. WÜRTEMBERGER, Baden-Baden, 1998, pp. 81 y ss.

⁵¹ KONRAD HESSE, «Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana», en op. cit., p. 101.

⁵² La participación del *Bundesverfassungsgericht* en la dirección del Estado, desde el clásico HEINRICH TRIEPEL, es reconocida sin dificultades por la literatura jurídica alemana, aunque sólo sea por el hecho del análisis que lleva a cabo del «*Politisches Recht*», dice KLAUS SCHLAICH, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 39, Berlin/New York, 1981, pp. 99 y ss. Asimismo más recientemente, HANS-PETER SCHNEIDER, «50 Jahre Grundgesetz», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, pp. 1497 y ss., especialmente p. 1500.

⁵³ MANUEL GARCÍA PELAYO, «El «status» del Tribunal Constitucional», en op. cit., p. 24, para más adelante afirmar que «la Constitución tiene decisiva función integradora que se muestra en la afirmación de unos valores que sustentan y orientan el proceso integrador», en op. cit., p. 27.

cientes y alertan acerca de la imposibilidad de una juridificación total de la política, y más dada la intensidad actual de la misma; de otra parte, ello tampoco es precisamente deseable, por constituir un peligro del que se debe huir en no menor medida que del peligro opuesto, por así decirlo, esto es, el de una politización total del ordenamiento. Por ello, de nuevo es necesario estar de acuerdo con *Friedrich Müller* acerca de la necesidad no sólo de renovar continuamente la dogmática de los Derechos Fundamentales sino asimismo la política constitucional de los Derechos Fundamentales, pues existen dimensiones iusfundamentales que no pueden hacerse prevalecer ante los tribunales o sólo de forma muy restringida, mientras proseguirán apareciendo otras justiciables y no justiciables apenas hoy insospechadas. Pero ahora, y al mismo tiempo, si nos ceñimos a la tarea de los juristas, la dogmática de los Derechos Fundamentales, por así decirlo «no justiciables», tiene también una importancia general y específica de primera magnitud, y es éste un ámbito al que la literatura jurídica apenas se ha aplicado; y en fin, tocante a la renovación de la política constitucional de los Derechos fundamentales, los juristas no sólo deben, están obligados a contribuir, a intervenir de manera decidida, responsable, e imaginativa. Ciertamente la plena justiciabilidad de los Derechos Fundamentales se ha perfilado como un ideal, pero tampoco consideramos que ni tal ideal sea susceptible de ser cumplido en términos absolutos, ni sobre todo deseable. En consecuencia, no debemos proseguir subestimando la fecundidad de la teoría constitucional no justiciable de los Derechos Fundamentales, tan importante cualitativamente como la teoría constitucional justiciable; los sistemas democráticos sin Constitución justiciable pueden constituir un espejo óptimo al respecto.

De este modo, como afirma en los últimos tiempos la doctrina científica alemana, no debe extrañarnos que ya no sea posible su descripción con claridad — ni hoy ni en la retrospectiva de los años cincuenta— con el concepto de tribunal, pues si se le compara con otros tribunales sólo se le asemeja: el Tribunal Constitucional Federal se llama tribunal —utilizando el concepto sin prejuicio alguno, se dirá— aunque sólo se parece a un tribunal⁵⁴. Las diferencias respecto a otros tribunales conciernen fundamentalmente a la forma de su participación extraprocesal en los acontecimientos políticos, y desde luego también a su forma de aplicar justicia, incluso a veces por la vía de asesoramiento; la diferencia alcanza incluso a aspectos meramente externos, la representación del Tribunal, su labor de relaciones públicas, sus comunicados de prensa, todo ello de una habilidad no-

⁵⁴ INGWER EBSEN, «Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zum politischen Grundkonsens», en *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, ed. de G. F. SCHUPPERT/CHR. BUMKE, 2000, pp. 83 y ss.

table buscando la aceptación: sobre todo si en las resoluciones pretende provocar un «cambio de concienciación en la política y en el público»⁵⁵. Pero, simultáneamente, y en lógica consecuencia, es uno de los garantes de la estabilidad democrática⁵⁶, porque el pueblo no está presente únicamente el día de las elecciones como magnitud unitaria sino pluralmente en el proceso de interpretación constitucional, ya sea como partido, grupo de interés e incluso como ciudadano⁵⁷. A tal efecto, la propia doctrina científica alemana recuerda con frecuencia la fórmula ritual: «en nombre del pueblo», con la que inicia el *Bundesverfassungsgericht* sus sentencias, así como la «función de reserva» propia de la jurisdicción constitucional, y aun sin llegar al extremo de interpretar que los jueces constitucionales sean meros portavoces del titular de la soberanía, considera que el derecho judicial emanado del recurso de amparo permite concretar la Constitución así como ayudar a que ésta eche raíces⁵⁸. Porque, hace ya tiempo que la Constitución, concebida como proceso público, ha dejado de ser únicamente un asunto del Estado y de su Derecho público, en cuanto su alcance —sobre todo en lo que concierne a los Derechos Fundamentales— llega a ámbitos descritos tradicionalmente como propios de la esfera de la Sociedad, hasta hacerla aparecer así como el orden fundamental normativo de toda la colectividad⁵⁹. En este contexto, los tribunales constitucionales, por las aludidas procedencia de sus miembros y características de su función, se proyectan como órganos auténticamente «idóneos para mantener viva la llama de los valores constitucionales»⁶⁰; valores, de otra parte, de alcance universal, pues al margen de las peculiaridades propias del contexto nacional, sobresale con creces el rasgo de la homogeneidad de aquéllos.

Conviene recordar a este propósito que las constituciones democráticas han demostrado su eficacia, pues no solamente los órganos estatales sino también los

⁵⁵ HELMUT SCHULZE-FIELITZ, «Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung», en *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, ed. de G. F. SCHUPPERT/CHR. BUMKE, 2000, pp. 111 y ss. En términos de HANS-PETER SCHNEIDER: «La jurisdicción constitucional es de por sí justicia política en el sentido de que tiene que enfrentarse con un objeto político (derecho constitucional como derecho político), que sus miembros son designados por instancias políticas y sus sentencias tienen efectos políticos más o menos amplios», *Democracia y Constitución*, Madrid, 1985, p. 198.

⁵⁶ JUTTA LIMBACH, «Papel y Poder del Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad constitucional*, n.º 4, 1999, p. 120.

⁵⁷ PETER HÄBERLE, citado por J. LIMBACH, *ibidem*, p. 124.

⁵⁸ JUTTA LIMBACH, *ibidem*, p. 105.

⁵⁹ PETER HÄBERLE, «Offentlichkeit und Verfassung», ahora en *Verfassung als öffentlicher Prozess...*, op. cit., p. 121.

⁶⁰ JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA, «Encuesta sobre el Pacto para la reforma de la justicia», en *Teoría y Realidad constitucional*, n.ºs 8-9, 2001-2002, p. 29.

ciudadanos las llenan de vida y las hacen realidad; en particular, la igualdad, la libertad y la democracia, sólo pueden existir si son vividas por los que participan en ellas (*Roman Herzog*). Sólo cuando los ciudadanos realizan voluntariamente aquellas acciones que fueren necesarias para alumbrar un proceso democrático libre, abierto, cooperativo y comunicativo, puede funcionar un ordenamiento estatal como el que pretende organizar y garantizar el constitucionalismo actual (*Peter Badura*). En consecuencia, «hay que agradecer a su atención, su sentido del Derecho y, no en última instancia, a su espíritu de resistencia, que el Tribunal constitucional pueda actuar como defensor de los Derechos individuales»⁶¹. Un tema que, a decir por ejemplo de la misma literatura jurídica alemana, ya se suscitó en las deliberaciones sobre la introducción del recurso de amparo en aquel país, y que modernamente se ha resumido en términos de: la movilización de los ciudadanos por la ejecución del Derecho constitucional (en expresión de *J. Massing y Chr. Gusy: Die Mobilisierung der Bürger für die Durchsetzung des Rechts —des Vefassungsrechts—*). En este proceso, como ya se apuntó, el recurso de amparo desempeña un papel decisivo, porque abre el procedimiento democrático a la participación de los ciudadanos en la vida constitucional desde el punto de vista jurídico-procesal y material: la inmediatez generalizada de las personas individuales con la Constitución. Y es que, ante el tribunal de más alto rango para salvaguardar e imponer la Constitución, los órganos supremos del Estado no pueden quedarse solos como partícipes de un procedimiento de tal trascendencia⁶². Más concretamente, por medio del recurso de amparo el ciudadano ha tomado conciencia de que no está inerte ante medidas estatales autoritarias y arbitrarias, y ha dotado de rasgos firmes a los principios estructurales del Estado de Derecho⁶³: «El recurso de amparo ha hecho de los ciudadanos gendarmes de la Constitución»⁶⁴.

La institución del recurso de amparo desarrolla, por consiguiente, una función múltiple. Inicialmente, dice *Christian Gusy*, era cierta la pretensión de que sirviera a la defensa eficaz y a la protección inquebrantable de los Derechos Fundamentales, en cuanto pieza capital y en definitiva justificadora de la estructura constitucional⁶⁵; se aludía así a la protección jurídica a desarrollar por el am-

⁶¹ JUTTA LIMBACH, «Papel y poder del Tribunal Constitucional», en op. cit., p. 105.

⁶² PETER HÄBERLE, «Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 45, 1997, pp. 107 y ss.

⁶³ JUTTA LIMBACH, «Papel y poder del Tribunal Constitucional», en op. cit., p. 105.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 105.

⁶⁵ CHRISTIAN GUSY, «Die Verfassungsbeschwerde», en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, ed. de P. BADURA/H. DREIER, Tomo I, Tübingen, 2001, especialmente pp. 654 y ss. En este sentido, la recepción del modelo alemán de la *Verfassungsbeschwerde* en la configuración del recurso español de amparo, ha sido resaltada en diversas ocasiones por nuestra doctrina científica.

paro, pero sin por ello descartar otras funciones. De esta forma, aunando ideas democráticas y de Estado de Derecho, pronto se observó que el procedimiento estaba en condiciones de promover también la participación activa del ciudadano en la realización jurídica de la Constitución: se trataba de inculcar al individuo la conciencia y la posibilidad de enfrentarse al Estado como sujeto y defensor de un elemento esencial de la democracia⁶⁶. En consecuencia, el recurso de amparo debía representar, entre otras cosas, un instrumento de participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad política del Estado, en su compromiso de garantizar la libertad, permitiendo la integración de lo dinámico, lo fluido y lo precario del Derecho constitucional (*Peter Badura*). Por lo tanto, se vislumbraban desde sus orígenes varios objetivos del nuevo procedimiento: en primer lugar, se pretendía que fuera, muy en la línea tradicional, un medio para hacer realidad la protección jurídica del individuo, es decir, de derechos subjetivos de personas físicas y jurídicas a instancia propia; pero al lado de esta finalidad del procedimiento que era por así decirlo egoísta, había desde el principio otro objetivo procedimental altruista: los demandantes en amparo debían cooperar al objeto de la realización de los valores constitucionales dentro del Estado (*Christian Gusy*). Asimismo, desde la misma creación del Tribunal Constitucional se aludía al «efecto educativo», didáctico, al objeto de fortalecer el empeño de los órganos del Estado tocante a la salvaguarda de los Derechos Fundamentales. El planteamiento se comprende, porque, como hemos referido, en el constitucionalismo democrático los Derechos no tienen tan sólo el carácter de simple expresión de una dimensión individual de los mismos, sirven también para mover la participación de los ciudadanos en la común determinación de la dirección política de la vida colectiva⁶⁷, y en esta tarea, a falta de tradición al respecto, los tribunales constitucionales han contribuido al reforzamiento de los Derechos —de su eficacia— en la conciencia de los individuos y en la práctica estatal. De este modo, por mor de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, los Derechos Fundamentales determinan hoy «no sólo la vida estatal, sino toda la vida jurídica (...) y la impregnan hasta en los menores detalles»⁶⁸. No es lícito, pues, pasar por alto el efecto generador de consenso de un sinnúmero de decisiones poco discutidas, ni tampoco el efecto integrador que emana de la garantía protectora de los Derechos Fundamentales creada por la jurisdicción constitucional. De este modo, como expresivamente ha resumido

⁶⁶ Ibidem, pp. 654 y ss.

⁶⁷ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 59.

⁶⁸ KONRAD HESSE, *Derecho constitucional...*, op. cit., 1995.

Balaguer, «nello Stato costituzionale di diritto, oltre alla Costituzione ed al legislatore, anche la giurisdizione costituzionale svolge un'importante funzione in relazione alla garanzia dei diritti fondamentali. Si tratta di una funzione interattiva con quella del legislatore che collega l'attività costituente con quella legislativa. La giurisdizione costituzionale produce diritto su entrambi i fronti. Ma anche la giurisdizione costituzionale è sottomessa a limiti strutturali che impediscono un ruolo eccessivo della giurisprudenza, pregiudizievole della capacità di configurazione del legislatore. Così, quindi, nello Stato costituzionale di diritto si instaura un certo equilibrio nella realizzazione dei diritti fondamentali tra tre fonti essenziali (costituente, legislativa e giurisdizionale) che interagiscono in un contesto previamente definito dalle disposizioni e dalle norme costituzionali»⁶⁹.

En el mismo sentido, y referido a nuestro país, también desde su primera época la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional produjo «un avance histórico en la aplicación judicial de todas las ramas del Derecho, y supo introducir en España las categorías dogmáticas europeas de un Derecho constitucional que era extraño a la práctica judicial (...) Debemos reconocer que ni la doctrina universitaria de aquella época ni la Justicia ordinaria hubieran sido capaces de desarrollar tal labor con la brillantez y rapidez con la que lo hizo nuestro Tribunal Constitucional, gracias a la poderosa herramienta del recurso de amparo»⁷⁰. Más específicamente, la atribución de amplias competencias al Tribunal Constitucional español y, de manera particular, en materia de Derechos Fundamentales, ha sido explicada desde las reticencias hacia el juez ordinario entreteneradas en el proceso constituyente ante el problema de su escasa conciencia constitucional, tanto más acentuadas «en la medida en que, al igual que otras instituciones estatales, el aparato judicial fue heredado en su integridad del régimen franquista, lo que sin duda puede explicar la cuestionable sensibilidad constitucionalista detectada en las diversas instancias de la jurisdicción ordinaria, mostrada de forma escandalosa en algunos casos, en especial durante los primeros años de vigencia del texto constitucional»⁷¹. Según se comprende, por lo tanto, la introducción del recurso de amparo en España respondió a una necesidad histórica, la de proteger los Derechos «no sólo frente al poder legislativo, sino también frente al ejecutivo y la administración y, sobre todo, frente al poder

⁶⁹ FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale», en *Tecniche di garanzia dei Diritti Fondamentali*, ed. de G. ROLLA, Torino, 2001, p. 116.

⁷⁰ JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA, «Encuesta sobre el Pacto de Estado para la reforma de la justicia», en op. cit., p. 29.

⁷¹ MARC CARRILLO LÓPEZ, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, 1995, p. 39.

judicial»⁷². Creo que no se trataba así de controlar a los controladores, como dijera *Brun-Otto Bryde*⁷³; más bien era cuestión de controlar a los imprevisibles, por no decir a los incontrolados, venturosamente ahora controlables. Por todo ello, puede sostenerse que ha sido decisiva la tarea del Tribunal Constitucional respecto de la consolidación del orden constitucional español, y muy específicamente su contribución al establecimiento de un auténtico y eficaz sistema de Derechos Fundamentales. Era bastante poco probable una imposición incluso de pequeño calado de los Derechos Fundamentales sin la intervención del eficaz mecanismo de control y garantía de un Tribunal Constitucional comprometido ante la nueva Constitución, habida cuenta de la cultura jurídica preconstitucional (vamos a ser recatados en el calificativo) de nuestra jurisdicción ordinaria, y a lo sumo avezada en la tarea de la interpretación legal pero, obviamente, carente de la necesaria capacitación técnica para la interpretación constitucional.

En este sentido, se ha concluido entre nosotros estimando que si el recurso de amparo ha terminado identificándose esencialmente con la protección de los Derechos Fundamentales, recíprocamente, la protección de los Derechos Fundamentales finalmente se ha identificando en líneas esenciales con el recurso de amparo⁷⁴. En consecuencia, tocante a la cautela con la que debe considerarse la «subsidiariedad» del recurso de amparo, pueden verse los buenos argumentos apuntados por *Carrasco Durán*⁷⁵, si bien termina reconociendo que la mayor parte de la doctrina se ha inclinado a favor de la tesis del carácter subsidiario del recurso⁷⁶. Las distintas posiciones doctrinales respecto a una eventual regulación de carácter restrictivo tocante al trámite de admisión así como sus reticencias al respecto, son bien sintetizadas también por este mismo autor⁷⁷, quien advierte acerca de que una eventual modificación de los criterios de admisión y de en-

⁷² ROBERTO-LUIS BLANCO VALDÉS, «La política y el Derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España», en AA.VV., *Estudios de Derecho Constitucional*, Valencia, 2001, p. 430.

⁷³ BRUN-OTTO BRYDE, Baden-Baden, 1982; lo que le ha valido el comentario en línea con su campechanismo bávaro del maestro Friedrich Müller: estructuralmente se pudiera compartir, culturalmente es mejor considerar caso por caso.

⁷⁴ Así, ROBERTO-LUIS BLANCO VALDÉS, «La política y el derecho: veinte años de Justicia Constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4, 1999, pp. 260 y ss.

⁷⁵ MANUEL CARRASCO DURÁN, «El concepto constitucional de recurso de amparo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 63, 2001, pp. 83 y ss.

⁷⁶ MANUEL CARRASCO DURÁN, «El concepto constitucional de recurso de amparo», en *op. cit.*, especialmente p. 108.

⁷⁷ MANUEL CARRASCO DURÁN, «El concepto constitucional de recurso de amparo», en *op. cit.*, especialmente pp. 89 y ss.

juiciamiento, no debería redundar «en merma de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales»⁷⁸. Y, al referirse a la superioridad del recurso de amparo sobre los procesos ante órganos constitucionales, entre otros aspectos, destaca que esta condición se hace efectiva a través de dos mecanismos: «a) la eficacia correctora del recurso de amparo (...), b) la *auctoritas* que confiera a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional su condición de máximo órgano jurisdiccional en materia de interpretación de la Constitución, y, en particular, en lo relativo a garantías constitucionales o derechos fundamentales»⁷⁹. E incluso prosigue: «Constituye este dato un poderoso elemento persuasivo cuya eficacia no puede minusvalorarse, tanto más cuanto que se encuentra reforzado por la eficacia correctora del recurso de amparo. En fin, la confluencia de estos dos mecanismos produce en la práctica una sólida tendencia en los órganos judiciales al seguimiento de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional»⁸⁰. Todo lo cual, nos permite un apresurado comentario acerca del proyecto español de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en lo referente a las posibles causas de inadmisión del recurso, a buen seguro el aspecto más trascendental de la reforma proyectada.

En este sentido, tocante a los requisitos de admisión, la reforma pretende añadir un último inciso al primer apartado del artículo 49 LOTC, y propugna asimismo un cuarto apartado nuevo. Vamos a dejarlo en razones de cortesía por el espacio, y me limitaré a hacer ahora algún comentario respecto del añadido al número 1 del actual artículo 49: «*En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso*», que valga la redundancia, nos anuncia la modificación más trascendente que se propone. Pues bien, la idea se desarrolla del siguiente modo: la especial trascendencia «*se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*». Ahora bien, ¿se puede minimizar el alcance de la reforma bajo el argumento de que la idea ya estaba implícita en la causa de inadmisión por carencia manifiesta de contenido constitucional del artículo 50.1.b. LOTC? En nuestra opinión, de prosperar la reforma, se estaría abriendo un portillo que permite ir bastante más lejos, y desde luego eliminar *a limine* los recursos de amparo de «escasa» relevancia, pero al fin y al cabo de relevancia... de naturaleza consti-

⁷⁸ MANUEL CARRASCO DURÁN, «El concepto constitucional de recurso de amparo», en op. cit., p. 125.

⁷⁹ MANUEL CARRASCO DURÁN, «El concepto constitucional de recurso de amparo», en op. cit., especialmente pp. 104-105.

⁸⁰ MANUEL CARRASCO DURÁN, «El concepto constitucional de recurso de amparo», en op. cit., p. 105.

tucional, ¿y ésta puede ser escasa?; lo cual nos parece sensiblemente distinto de la inadmisión por falta de contenido constitucional (actual regulación), y eventualmente lesiva de la vertiente subjetiva del amparo y de los Derechos —también de la subjetiva de éstos, pues aunque sean lesiones de menor calado, siempre tendrán la consideración de tales—. De otra parte, también cabe preguntarse si la reforma va terminar convirtiendo al Tribunal Constitucional en un tribunal de casación constitucional como entendemos indisimuladamente se pretende, y me atrevo a responder en sentido cuando menos dubitativo. El problema del manido «atasco» del Tribunal Constitucional es de carácter estructural, y trae probablemente causa del deficiente funcionamiento de la tutela jurisdiccional, por lo que mientras la situación siga así, las peticiones de amparo seguirán aumentando. Quizá se consiga alguna agilización inicialmente, pero los jueces constitucionales deberán seguir ocupándose de determinar, en una escala ahora de «trascendencias», cuáles son especiales y cuáles no; y aún acertando, la proyección sólo será parcial —no olvidemos, además, que el concepto de providencia permite eludir los razonamientos jurídicos explícitos—, con lo cual, se habrá llevado a cabo una parcial desaparición del recurso de amparo bajo la capa de la siempre socorrida racionalización. En fin, si la respuesta a la cuestión de si ello está permitido por los artículos 53.2 y 161.1.b CE, se pretende salvar reflexionando aisladamente acerca de qué significa «en su caso», lo que permitiría interpretar que el amparo sólo es aplicable a determinadas lesiones de los Derechos Fundamentales, también nos parece cuando menos una hartamente discutible conclusión, y sobre todo triste, porque, ¿no se estará optando aquí por una tutela limitada de los Derechos Fundamentales a tenor de las breves consideraciones que más arriba se han hecho sobre la virtualidad del recurso de amparo?

Resumen

En el actual estadio del constitucionalismo los Derechos Fundamentales, comprendidos en su multiplicidad de dimensiones como Derechos de status jurídico-material, constituyen el sistema de valores que permite la pervivencia de la Comunidad. Ahora bien, para el constitucionalismo democrático la evolución más significativa de la teoría de los Derechos Fundamentales viene dada por el reconocimiento, junto a la garantía individual concreta, de la dimensión jurídico-objetiva. Nuevo planteamiento que ha terminado constituyendo la razón esencial de la ampliación del contenido, así como del reforzamiento de los Derechos Fundamentales en su multidimensionalidad, y respecto de cuya realización va a surgir para el Estado Social no sólo una prohibición de exceso sino asimismo una prohibición de omisión. El Tribunal

Constitucional español ha reconocido asimismo desde la sentencia 25/1981, la doble vertiente de los Derechos Fundamentales. En primer término, concibe los Derechos Fundamentales como derechos públicos subjetivos, exigibles por sus titulares frente a los poderes públicos. No obstante, de inmediato se refiere a su vertiente objetiva, en cuanto son también considerados «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional». Y dado que los Derechos Fundamentales tienen eficacia normativa inmediata, así como en atención a su reconocido carácter esencial para la constitución y pervivencia de la Comunidad, su vigencia y garantía constituye una cuestión esencial de la legitimidad del Estado. De ahí la justificación de que buena parte de los mismos reciban una protección jurisdiccional privilegiada y última por parte de un órgano constitucional que desarrolla una función central en la estructura del Estado. Ahora bien, las constituciones democráticas han demostrado su eficacia, pues no solamente los órganos estatales sino también los ciudadanos las llenan de vida y las hacen realidad. El tema, a decir por ejemplo de la literatura jurídica alemana, se suscitó ya en las deliberaciones sobre la introducción del recurso de amparo en aquel país, y modernamente se ha resumido en términos de la movilización de los ciudadanos por la ejecución del Derecho constitucional. En tal proceso, pues, el recurso de amparo desempeña un papel decisivo, porque abre el procedimiento democrático a la participación de los ciudadanos en la vida constitucional desde el punto de vista jurídico-procesal y material. A su través, el ciudadano ha tomado conciencia de que no está inerme ante medidas estatales arbitrarias. En España, la introducción del recurso de amparo respondió además a una necesidad histórica. Era poco probable una imposición de los Derechos Fundamentales sin la intervención del eficaz mecanismo de control y garantía de un Tribunal Constitucional comprometido ante la nueva Constitución.

Palabras clave:

Derechos Fundamentales; Valores; Derechos objetivos; Derechos Subjetivos; Multidimensionalidad; Tribunal Constitucional; Recurso de Amparo