

CAPÍTULO 1

EL ESTADO LIBERAL, EL ESTADO SOCIAL Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Raúl Sanz Burgos*

I. Introducción

Una de las características más relevantes de la forma jurídico-política actual es la pretensión, recogida en numerosas constituciones, de que los poderes públicos actúen conforme a los derechos fundamentales. Esta aspiración sólo se ha planteado a la vista de la insuficiencia mostrada por los procedimientos del Estado de Derecho y la democracia formal para oponerse con éxito a su vaciamiento y funcionalización en favor de ideologías y regímenes autoritarios. De esa experiencia nace la necesidad de instituciones que garanticen el respeto de los poderes públicos hacia quienes se encuentren en el ámbito de su soberanía; que garanticen, por tanto, el respeto a los individuos y grupos con escasa o nula capacidad para constituir mayorías e incidir así en el gobierno y la legislación. La voluntad de alcanzar este objetivo explica que el constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial ya no se contente con someter al Estado a la división de poderes y establecer los cauces para la creación de normas válidas, sino que condicione la validez de las normas a su respeto de la dignidad humana y los derechos vinculados a ella.

* Profesor de filosofía jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. España.

El afán de cumplir estos objetivos constituye el sustrato de decisiones esenciales de una Constitución tan ejemplar del estado de ánimo post-totalitario como es la Ley Fundamental de Bonn (1949, desde ahora LF). En ella se establece que “la dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público” (art. 1.1), asimismo que “los derechos fundamentales (...) vinculan a los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable” (art. 1.3). El art. 10 de la Constitución Española de 1978 (desde ahora CE) sigue parcialmente el planteamiento alemán al afirmar que “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 fundamento del orden político y de la paz social”.¹

Prescripciones como ésta se complementan con otras que se dirigen expresamente a los poderes públicos para someter su actuación a los derechos fundamentales. Así, en el art. 9.2 de la CE se señala que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. El art. 53 establece además que los derechos y libertades fundamentales “vinculan a todos los poderes públicos”, lo que significa que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de [tales] libertades y derechos (...) ante los Tribunales ordinarios (...) y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. Con estos y otros preceptos de igual orientación se crean las vías para realizar lo que el artículo 1 de la CE afirma como una realidad ya dada: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

A la vista de estas breves referencias a las normas constitucionales vigentes es preciso preguntarse si la forma política alumbrada con ellas ha supuesto algún cambio verdaderamente radical respecto de la manera de proteger los derechos típica de las democracias liberales. Para contestar a esta pregunta es necesario reconocer, siquiera en sus rasgos más generales, la configuración del modelo de

¹ La cláusula de dignidad recogida en la LF de Bonn, (art. 1.1) ha tenido muchísima fortuna y se ha incluido de manera similar en numerosas constituciones. Una detallada enumeración de las constituciones que han incluido la dignidad como fundamento de sus sistemas políticos puede leerse en Pedro Serna, “La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el derecho alemán”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, t. II, 2005.

Estado previo al auge de las ideologías totalitarias (que la doctrina ha calificado o bien como Estado liberal o bien como Estado legislativo de Derecho)² para examinar después sus similitudes y diferencias con el modelo estatal perfilado en la posguerra mediante normas como las mencionadas y calificado como Estado Constitucional de Derecho.³

Dado que el Estado legislativo de Derecho ha aparecido históricamente como Estado liberal, resulta tentador equiparar ambos modelos de Estado; la determinación clara de las líneas generales del Estado social facilita, sin embargo, distinguirlos. Las divergencias entre el Estado legislativo y el Estado constitucional no hay que buscarlas en el mayor o menor intervencionismo estatal, sino en las diferentes relaciones entre la Constitución, la ley y los derechos fundamentales que caracterizan ambos modelos; diferencias que, ciertamente, reflejan una importante mutación de la filosofía política subyacente al sistema jurídico.

II. El Estado legislativo de Derecho y la filosofía social del liberalismo

Tal y como ya se ha señalado, la doctrina del Derecho público ha calificado a la forma estatal de las democracias liberales europeas anteriores a la LF de Bonn como Estado legislativo de Derecho. La denominación se debe a que, en esta forma estatal, la Constitución se limita a establecer las líneas generales sobre la organización del Estado así como de los procedimientos para la creación de normas y deja al representante de la voluntad popular, el poder legislativo, que mediante la ley preste todo su contenido al Derecho. El control del legislador se halla exclusivamente en manos de los ciudadanos, que lo ejercen a través de las elecciones periódicas de sus representantes. El poder judicial, en cambio, alejado

² Véase Gustavo Zagrebeky, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999, pp. 33 y ss.

³ Un modelo que se acerca al del constitucionalismo norteamericano, donde la Constitución es aplicable como cualquier otra ley y, en consecuencia, los derechos que incluye son inmediatamente ejercitables por los ciudadanos. En caso de conflicto entre la norma constitucional y cualquier ley aprobada por el Congreso, debe ceder ésta, pues la Constitución, creada directamente por el pueblo, es norma superior. El control del respeto del legislador a la Constitución y a los derechos constitucionales no se halla, por tanto, sólo en manos de los electores, sino también del poder judicial. Véase Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.

Raúl Sanz Burgos

del mecanismo legitimador de la representación,⁴ no puede ejercer control alguno sobre el contenido de las leyes y debe limitarse a juzgar conforme a ellas.⁵

La ley ocupa, en consecuencia, la cúspide del sistema: ninguna situación jurídica ni derecho alguno puede resistir su fuerza reguladora y sólo otra ley posterior puede corregir su contenido. Ante la legitimidad de la ley como resultado de la decisión del soberano (democrático o no), el anuncio de determinados derechos en las constituciones sólo opera como simple declaración no vinculante jurídicamente. Los derechos constitucionalmente reconocidos no suponen, por tanto, verdaderos límites al poder legislativo, pues éste disfruta de total libertad para darles forma. Así ocurre en el constitucionalismo decimonónico tanto en Francia, sintetizado por Raymond Carré de Malberg, como en Alemania, donde Georg Jellinek afirmaba que si hay “limitaciones para el Estado, estas limitaciones serán siempre reales o morales, pero jamás de naturaleza jurídica”.⁶

Este planteamiento sobre la legitimidad y los límites de la ley descansa en la doctrina de la soberanía y su representación, pero esta ideología no basta para

-
- ⁴ Raymond Carré de Malberg aclara perfectamente en qué consistía la representación y su relación con el poder legítimo durante la revolución francesa, cuya obra ofrece el primer modelo histórico del Estado legislativo de Derecho: “Según la teoría de la época, el representante es, en efecto, solamente aquel que, bien sea persona o corporación pública, tiene el poder de querer por la nación de una manera inicial. Ahora bien, si el juez está encerrado en una misión exclusiva de aplicación de las leyes, no puede considerársele como queriendo de esa manera, y a decir verdad, el juez comprendido de esta forma no tiene ningún poder de voluntad propia, pues no hace sino deducir judicialmente las aplicaciones de una voluntad anterior, que es la voluntad legislativa. Ese juez no sería, pues, un representante, sino que, lo mismo que los administradores, de los que la Constitución de 1791 (título III, cap. IV, sección 2, art. 2) decía que «no tienen carácter de representación», porque sólo ejercen una función de ejecución, los jueces sólo podían ser considerados como simples funcionarios”. *Vid.* Raymond Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, 2a. edición, México, Facultad de Derecho de la UNAM-FCE, 1998, pp. 655 y ss.
- ⁵ Como es bien conocido, la consecuencia extrema de este planteamiento fue la organización de los tribunales de justicia en la revolución francesa conforme a la prohibición dirigida a los jueces de interpretar la ley. En los casos en los cuales eso resultara imprescindible habrían de dirigirse a un órgano del poder legislativo (el *Tribunal de Cassation*) para que éste aclarase el sentido de la norma. La razón es sencilla, la voz del pueblo se expresa en la ley dictada por sus representantes, no puede haber motivo legítimo alguno para que otros poderes, por ejemplo los jueces, introduzcan cambios en ella; véase Alf Ross, *Teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 90 y ss.
- ⁶ Georg Jellinek, *Teoría general del Estado* (1900), Granada, Comares, 2000, p. 468.

explicar la totalidad jurídico-política en la que se inserta históricamente el Estado legislativo de Derecho. Otro principio determinante de esa totalidad es la concepción liberal de la función del poder público, que consiste en garantizar la libertad natural e ilimitada del hombre, previa al Estado; la definición que Carl Schmitt proporciona de los derechos fundamentales es ejemplar de este punto de vista:

...en el Estado burgués de Derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como *anteriores y superiores* al Estado, aquellos que el Estado no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de *Libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa. (...), existen según esta concepción *antes* que el Estado; no reciben su contenido de ley alguna, ni con arreglo a las leyes o dentro de los límites de las leyes; describen el ámbito, incontrolable en principio, de la libertad individual; el Estado sirve para su protección, y encuentra en ella la justificación de su existencia.⁷

Esta forma de entender el sentido del Estado entronca con la herencia ilustrada que, en su lucha contra el Antiguo Régimen, consideraba necesario liberar las esferas de interacción de los individuos de la intervención dirigista del poder público para hacer posible la justicia y la prosperidad.

La filosofía social de la ilustración liberal cuenta entre sus ideas nucleares la confianza en que la mejor forma de garantizar el bien común pasa por devolver al hombre su autonomía, negada radicalmente por el orden feudal-estamental, con sus estrictas reglamentaciones de todos los órdenes de la existencia. La novedad revolucionaria de la ilustración liberal consistió, por tanto, en suprimir ese orden reglamentado y jerárquico para elevar la autonomía individual a la condición de clave del sistema social, tanto en el ámbito cultural o de la sociedad civil como en el económico. La exigencia de promover la autonomía en el primero de esos aspectos resulta de la pérdida de capacidad de las instituciones del Antiguo Régimen –sobre todo la Corte y la Iglesia– para imponer sin discusión modelos tanto de legitimidad política como de maneras de entender el ser del hombre en el mundo. En el aspecto socio-económico, dicha exigencia responde

⁷ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, p. 169.

a la percepción como injusta de la sociedad feudal-estamental, en la cual los intercambios así como la prestación de servicios dependían de la voluntad de quien se hallaba más arriba en la pirámide social y su cumplimiento estaba jurídicamente asegurado por los vínculos estamentales.

El objetivo de la ilustración liberal se puede resumir, por tanto, en la construcción de un nuevo sistema social que hiciera posible que todas las relaciones de los individuos, desde las más personales hasta las que requieren la colaboración de un número más o menos amplio de sujetos, estuvieran presididas por la autonomía igual de todos los miembros de la sociedad. Con este objetivo se protegen las libertades imprescindibles para la existencia de la sociedad civil –como la libertad de conciencia y de expresión de opiniones–, cuyas instituciones y prácticas deben sustituir a las instituciones del Antiguo Régimen en la generación e implantación social de ideas y modelos de acción.

En el aspecto económico, por otra parte, se persigue la emancipación de las relaciones forzadas para dar paso a las obligaciones voluntariamente contraídas por las partes, cuya capacidad para analizar las ventajas e inconvenientes de cerrar o no un contrato ha de garantizar que se celebren sólo aquellos que resulten beneficiosos para todos los sujetos implicados. La eliminación de los vínculos estamentales como forma de establecer las obligaciones y los intercambios para sustituirlos por la *libertad contractual igual* debía facilitar el retorno de la sociedad natural ideal, en la que los intercambios se dan por el acuerdo de voluntades, sin la mediación de la violencia (aunque sea bajo la forma de mandatos). La esfera natural de la acción humana resulta ser la institución del mercado, de cuya naturalidad el liberalismo no duda y de la que espera la prosperidad y la justicia, pues en él las ganancias y las pérdidas se reparten conforme a la dedicación y cualidades individuales en lugar de en función de la posición de las partes en la escala social.⁸

En este nuevo panorama en el que el bien común resulta del acuerdo de las voluntades individuales no queda lugar alguno para el Estado absolutista, que pretende trabajar para el pueblo, pero actúa a sus espaldas bajo el pretexto de

⁸ Resulta un lugar común afirmar que el protagonista de la transformación de la sociedad desde su configuración estamental hasta su configuración burguesa fue obra del tercer estado, que veía en el orden feudal-estamental un freno tanto a su actividad económica como a su importancia política. Los intereses del tercer estado distaban, sin embargo, de ser homogéneos y sólo una parte del mismo puede ser considerada proclive a una transformación total del sistema y no sólo a su reforma. Véase Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 81 y ss.

poseer un conocimiento del bien común superior al de los individuos. El paternalismo estatal, que dicta a los súbditos qué es lo mejor para cada uno de ellos, es incompatible con la dignidad del ser humano (entendida por la ilustración liberal como autonomía en todas las áreas de la existencia) y se busca, por ello, erradicarlo. La erradicación del paternalismo estatal en aras de la dignidad humana no significa, sin embargo, que el Estado deba desaparecer; de hecho, conforme a los planteamientos liberales, está obligado a desempeñar una función esencial para que la sociedad pueda desarrollar su potencial de autorregulación a través del mercado. Ha de garantizar las condiciones de ejercicio de la libertad, esto es, ha de garantizar el cumplimiento de las leyes que hacen posible la libertad igual de todos.

La tarea del poder público consiste, en consecuencia, en proteger a los individuos de la amenaza que supone el resto de sus congéneres para el disfrute pacífico de sus bienes. La ficción iusnaturalista ilustra perfectamente ese temor cuando perfila el estado de naturaleza como una situación de conflicto, al menos latente, entre todos los seres humanos. La ilimitada libertad de la que disfrutaban en ese estado constituye una constante fuente de fricciones de la que resulta la necesidad de acotarla para hacer posible la libertad de todos; esto es, para que la libertad de unos no se dé a costa de la libertad de otros.⁹ El poder público es erigido para que haga efectivo, de forma coactiva si es preciso, el orden de los derechos naturales de los individuos. En las ideologías iusnaturalista y liberal, los derechos naturales son primariamente, por tanto, habilitaciones para la acción individual que, una vez constituido el poder político, se transforman en mandatos de protección dirigidos al Estado en favor de los individuos contra los excesos de otros individuos.

Con el fin de que el Estado desempeñe eficazmente esta tarea protectora se le confieren poderes extraordinarios: primero, el de dictar las leyes que hagan posible la libertad igual de todos, algo que el liberalismo considera que consiste

⁹ El artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 plasma perfectamente esta idea: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como límites sólo los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley”. La definición kantiana del Derecho va en la misma dirección: “El Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”; véase Immanuel Kant, *Metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 39.

simplemente en “positivizar” las leyes naturales de la sociedad civil y el mercado; se le concede también, en segundo lugar, el poder de coaccionar para obligar al cumplimiento de tales leyes. Esta facultad del Estado para intervenir en la esfera individual hizo que llegara a ser acuciante la necesidad de algún mecanismo que limitase el poder coactivo del Estado. El peligro que la existencia del poder público constituye para la independencia de la sociedad civil trata de conjurarse mediante el establecimiento de límites a la intervención estatal en la esfera individual. Tales límites son, precisamente, los derechos inherentes a los seres humanos, que las constituciones liberales simplemente “reconocen” como derechos fundamentales.¹⁰ La condición de garantías jurídicas frente a la intervención estatal en el área de la autonomía delimitada por ellas no resulta, por tanto, la función originaria de los derechos humanos, tal como sostiene Schmitt.¹¹ Esta tarea sólo se asigna a los derechos tras división funcional entre el Estado y la sociedad operada por el liberalismo.¹²

La coincidencia entre el liberalismo y el iusnaturalismo de la ilustración es, por tanto, sólo aparente, como muestra el cambio de funciones de los derechos naturales al ser positivizados en el Estado liberal. El liberalismo tal como se plasmó en los Estados del siglo XIX conservó del iusnaturalismo y la ilustración la doctrina de la distinción de funciones entre el Estado y la sociedad, así como la conveniencia de reducir los poderes del primero para que la interacción de las fuerzas sociales en el mercado hiciera posible la prosperidad de todos, pero olvidó que estos mecanismos se ordenaban, eran accesorios, a la promoción de la autonomía individual. De este modo, lo que sólo era un medio en aras de la libertad igual de todos los individuos (la igualdad jurídica para contratar en un espacio definido por la separación funcional entre la sociedad y el poder público), pasó a ser la nota definitoria del sistema jurídico-político. A la luz de este

¹⁰ Los derechos políticos, al menos en el liberalismo, son también funcionales a la protección de los intereses de la esfera privada; véase Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historias de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 26 y ss.

¹¹ Esta pretensión ha sido renovada posteriormente por Bernhard Schlink, “Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 11/17, 1984, pp. 461 y ss.

¹² Pedro Cruz Villalón, *La curiosidad del jurista persa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 219: “... más antigua (al menos en el orden lógico) que los derechos fundamentales –es decir, como derechos de los individuos frente al Estado– es [...] la garantía de los derechos fundamentales frente a los particulares a través de y por medio de la ley”.

planteamiento, se consideró que el poder político no debía llevar a cabo actividad alguna para promover el ejercicio de la libertad o para crear las condiciones materiales que hicieran posible ese ejercicio. El reconocimiento de una dotación igual de derechos a todos los ciudadanos, sobre todo la igual libertad contractual, se juzgó suficiente para situar a todos en plano de igualdad y cualquier argumento en contra de este planteamiento fue inmediatamente considerado como una amenaza autoritaria o paternalista para la autonomía individual.

Esta específica versión de la teoría liberal declara irrelevantes, por tanto, los presupuestos sociales para realizar la libertad garantizada mediante los derechos fundamentales.¹³ La esfera de la libertad natural ya no se considera protegida jurídicamente para promover la autonomía individual de todos, con lo que se pierde el núcleo ético de la ilustración liberal a manos de los intereses económicos de la burguesía, que encontraba en los derechos fundamentales entendidos como protecciones frente a la intervención estatal en la esfera privada una medida adecuada para la defensa de sus privilegios fácticos en el mercado; esto es, para apuntalar el *statu quo*. Cabe preguntarse, de todos modos, si esta configuración del Estado como Estado liberal resulta consustancial también al Estado legislativo de Derecho.

III. El Estado social, los derechos sociales y el Estado legislativo de Derecho

La teoría liberal de los derechos fundamentales y el orden social al que dicha teoría da forma jurídica mostraron pronto graves insuficiencias que fueron paliadas con la transformación del Estado liberal en Estado social; esto es, mediante la proclamación de una serie de nuevos derechos y, sobre todo, la reformulación de los papeles del Estado y la sociedad civil (en realidad, el mercado). La necesidad de tales transformaciones descansa en la refutación por los hechos de la confianza liberal en que basta la abstención de la intervención del Estado en la sociedad y la igualdad contractual de todos los individuos para alcanzar la prosperidad y la justicia: sin la creación de las condiciones que faciliten un mínimo de igualdad material, la igual capacidad jurídica para contratar, expresión jurídica de la reducción liberal de la dignidad humana, sólo resulta útil para una

¹³ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 52.

minoría, mientras constituye el fundamento de la miseria de quienes no tienen otra mercancía que llevar al mercado que su fuerza de trabajo.¹⁴ Esta circunstancia explica el desarrollo, ya en el siglo XIX, de legislaciones y políticas sociales públicas que trataban de atajar las consecuencias más graves del liberalismo económico puro; explica también la posterior inclusión de nuevos derechos, los derechos sociales, en las constituciones. Pioneras de este proceso fueron la Constitución mexicana de 1917 y la alemana de 1919.¹⁵

El punto de partida del Estado social se halla en la convicción de que para hacer viables las posibilidades de autodeterminación individual inauguradas por la ilustración liberal se precisa eliminar, o al menos atenuar, las diferencias de poder de las partes a la hora de negociar compromisos sancionados por el Derecho. De ahí que se pueda sostener que, en realidad, mediante la transformación del Estado liberal en Estado social no se persigue otro fin que hacer efectiva la autonomía de los individuos. Es decir, que todos los miembros del sistema social tengan los medios que hacen posible la libertad de elegir verdaderamente de qué relaciones quieren formar parte, sin tener que aceptar necesariamente las condiciones dictadas por el poder, ya sea político (el único reconocido como tal por la ilustración liberal) o socio-económico. El sentido del Estado social consiste, por tanto, en la voluntad de hacer posible la promesa de la filosofía ilustrada de facilitar a todos la posibilidad de vivir sin tener que sacrificar la dignidad a las exigencias de los poderes. Respecto de este objetivo se revelan accesorios elementos tan definitorios de la ideología liberal como la comprensión del poder pú-

¹⁴ A lo largo de toda la existencia del Estado social ha habido una enconada disputa en torno a la cuestión de la adecuación de la igualdad formal para alcanzar la meta del sistema liberal: la libertad igual de todos los individuos para llevar a cabo las decisiones que resultan del ejercicio de su autonomía. Disputa sobre si ha de considerarse adecuadamente protegida dicha facultad mediante el reconocimiento universal –dentro de ciertos límites– de la autonomía contractual y la igualdad ante la ley o si son necesarias medidas redistributivas, asistenciales o incluso de discriminación positiva orientadas a facilitar condiciones materiales de igualdad o si tales medidas conducían inevitablemente por un camino de servidumbre. En esa decisión se decide la continuidad o no con los fines de la ilustración.

¹⁵ Esta Constitución incluye algunos elementos que la alejan de las constituciones burguesas, como son algunos artículos de orientación socialista; sin embargo, se recogieron bajo la forma de principios finalistas de justicia material cuya realización se confiaba al legislador. En este punto se hallaba su debilidad, pues sin su desarrollo por los órganos del Estado estaban amenazados de “convertirse en mera retórica vacía”; véase Christoph Gusy, “Las constituciones de entreguerras en Europa central”, *Fundamentos*, 2/2000, pp. 606 y ss.

blico como salvaguardia neutral de las leyes naturales de la sociedad civil y del mercado, la separación de funciones entre el Estado y la sociedad o la suficiencia de la igualdad jurídica formal para hacer efectiva la libertad igual de todos los individuos.¹⁶

El poder público, por tanto, ya no puede limitarse a actuar sólo como garante del cumplimiento de las leyes naturales del mercado. Para superar la brecha entre la formal libertad igual y la libertad igual efectiva, el Estado debe dejar de ser el garante neutral de la dinámica de las leyes naturales de la sociedad civil y pasar a intervenir intensamente en ella. La articulación jurídica de esta nueva filosofía social exige someter al Estado al mandato de implantar las condiciones que hagan posible la libertad material igual entre los individuos (como se señala en el art. 9.2 de la CE), imponer restricciones a la autonomía contractual y, más específicamente, establecer derechos sociales. Estos derechos no regulan sólo las relaciones entre el individuo y el Estado, sino que tratan de hacer posible el equilibrio de fuerzas en la sociedad, pues la esperanza en la capacidad de autorregulación social ha resultado infundada a la vista de la enorme diferencia de poder negociador en el mercado entre sujetos supuestamente dotados de igual capacidad porque disponen de capacidad jurídica igual.

En una circunstancia de desigualdad como la señalada, resulta insuficiente garantizar jurídicamente la libertad individual sólo contra el poder público, pues el desarrollo alcanzado en el mercado por algunos de sus agentes ha revelado la importante amenaza que para la autonomía individual supone también el poder privado. Coherente con el reconocimiento de la insuficiencia de limitar los derechos fundamentales a la condición de garantías frente a la intervención del poder público en un área de supuesta libertad pre-estatal y ajurídica es el reconocimiento de los derechos de sindicación y huelga (art. 28.1 y 2 CE, respectivamente). Estos derechos protegen ciertas actividades pertenecientes al ámbito del derecho privado con el fin de equilibrar la capacidad negociadora de los trabajadores frente a los empresarios en el mercado de trabajo, cuyas leyes “naturales” han mostrado su inadecuación para facilitar la autonomía y la libertad igual de todos.

El espacio en el que los individuos ejercen su autonomía no puede ser considerado un espacio natural aún en otro sentido: la posibilidad de llevar a la

¹⁶ El Estado liberal y el Estado social no pueden ser considerados, por tanto, como encarnaciones de valores distintos, quizás incluso inconciliables: la libertad y la igualdad respectivamente.

práctica un plan de vida autónomamente trazado precisa la existencia de servicios e instituciones. En este punto se hizo patente de nuevo la insuficiencia del mercado para hacer efectiva la libertad igual de todos, pues sus servicios sólo llegan allí donde se avista un beneficio económico. De ahí que la garantía por el Estado de la prestación de algunos servicios se haya elevado a la condición de derecho fundamental, como en España ocurre con el derecho a la educación (art. 27 CE). Este derecho persigue, desde luego, fines mucho más ambiciosos que el de tratar de facilitar a todos los individuos el acceso al mercado laboral con mejores recursos que la desnuda fuerza de trabajo, pero este fin, cuyo cumplimiento es indispensable para hacer posible cierto grado de autonomía del individuo frente al poder social, está presente entre los motivos de su elevación a derecho fundamental.¹⁷

El Estado social conlleva, en consecuencia, no sólo la garantía de derechos sociales como los de sindicación y huelga, sino también la prestación de servicios. Dado que los derechos sociales prestacionales requieren decisiones sobre la distribución de los recursos financieros, dicha distribución se halla en manos del representante de la voluntad popular. La cuestión es si los jueces, cumpliendo el mandato de hacer efectivos los derechos, pueden controlar la adecuación de las medidas adoptadas por el legislador con ese fin. Es decir, si la garantía judicial de los derechos puede transformarse en control de la decisión política del reparto de los recursos económicos: los jueces podrían llegar a valorar si los recursos destinados a hacer factible el ejercicio de un derecho son suficiente o no. La opinión de los tribunales, en consecuencia, se alzaría por encima de la del legislador, con evidente quiebra de las funciones que la tradición de la división de poderes asigna a cada uno de los poderes del Estado.

Se planteó esta pregunta en la República Federal Alemana a propósito de las plazas en la universidad: el derecho a la educación no puede ser ejercido si no se crean las condiciones para hacerlo efectivo, en este caso, si no se crean plazas para los estudiantes. La cuestión era, por tanto, si los tribunales podían exigir a los otros poderes del Estado que proporcionasen los recursos económicos nece-

¹⁷ No hay que confundir, por tanto, derechos sociales y derechos prestacionales: uno de los mejores ejemplos de éstos últimos lo constituye el derecho a la tutela judicial efectiva, que no sólo resuelve los conflictos entre particulares sino que es la condición indispensable para que los derechos sean verdaderos límites al poder y que constituye por ello una condición institucional imprescindible para la efectiva realización de cualquier decisión individual en el ejercicio de su autonomía.

sarios para crear los medios que posibilitan realmente el acceso a una prestación. La respuesta de la jurisdicción constitucional alemana consistió en subraya que los mandatos dirigidos al Estado están sometidos a la reserva de lo posible¹⁸ y que el principio de división de poderes es tan importante como la cláusula del Estado social, que “no fundamenta a priori pretensiones individuales directas de ningún tipo”.¹⁹

El constituyente español, por su parte, para evitar los problemas añejos al control judicial del cumplimiento por los otros poderes públicos de la cláusula del Estado social, limitó la exigibilidad de la mayoría de los derechos sociales a la regulación previa de los mismos por el legislador. La CE en su art. 53. 3 confía “el respeto y la protección” de “los principios rectores de la política social y económica” (arts. 39-52) a la “legislación positiva”; establece también que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.²⁰

¹⁸ Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda *et.al*, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, 2001, p. 96.

¹⁹ *Ibid.*, p. 100.

²⁰ La doctrina constitucionalista mayoritaria en España considera indiscutible la imposibilidad de exigir el cumplimiento de los derechos sociales ante los tribunales cuando el Estado no los ha regulado legalmente ni previsto los recursos materiales necesarios para su prestación. Contra la exigibilidad judicial de los derechos sociales se apela a la regulación constitucional de estos derechos así como a la fundamentación axiológica que cabe desprender de esa regulación. La débil tutela judicial de los derechos sociales parece una decisión constituyente que se encarna en el art. 53 de la Constitución. Éste precepto establece tres categorías de derechos y prevé para cada una de ellas distintos mecanismo de protección. Los derechos que reciben mayor protección son los recogidos en la Sección I del Capítulo segundo (15-29) además del art. 14. Excepto el derecho a la educación, son derechos civiles y políticos. “Cualquier ciudadano puede recabar” su tutela “ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional” (art. 53.2.). Además, como se dice en el art. 81 CE, su regulación se ha de llevar a cabo mediante Ley Orgánica. Una protección ya atenuada respecto de la anterior reciben los derechos reconocidos en los artículos 30 a 38 de la Constitución. Tales derechos son derechos sociales laborales (al trabajo, art. 35; y a la negociación colectiva, art. 37), a la propiedad privada y a la herencia (art. 33) así como a la libertad empresa (art. 38). Quienes se consideren dañados en tales derechos no pueden hacerlos valer ante los Tribunales mediante un procedimiento preferente y sumario, tampoco mediante recurso de amparo. La protección que para ellos establece el art. 53.1 de la Constitución consiste en que “el ejercicio de tales derechos y libertades” habrá de regularse “por ley,

Raúl Sanz Burgos

Así pues, la inclusión en las constituciones de nuevos derechos no conlleva por sí misma la quiebra del Estado legislativo de Derecho. Si los derechos sociales se articulan en ellas como mandatos dirigidos al legislador no se produce ruptura alguna respecto del criterio de legitimación política del derecho positivo propio de esa forma de Estado. El legislador, como representante de la voluntad popular, proporciona mediante la ley todo su contenido a los derechos sociales fundamentales: determina quienes son sus beneficiarios, bajo qué condiciones pueden ejercerse, etc.²¹ Tales leyes sólo pueden ser derogadas por otras posteriores, generadas de idéntica manera, a menudo como consecuencia de la formación de una nueva mayoría parlamentaria. Es decir, el control de las leyes que hacen efectivos los derechos sociales corresponde en última instancia exclusivamente a los ciudadanos.

Las peculiaridades del Estado social no se agotan, sin embargo, en el establecimiento de ciertos nuevos derechos; mayor importancia tiene la necesidad

que en todo caso deberá respetar su contenido esencial”; leyes cuya adecuación a dicho límite puede ser controlada a través del recurso de inconstitucionalidad. Por último, los derechos sociales reconocidos en el capítulo III del Título primero, se catalogan como “principios rectores” que “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”; que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3). Así pues, la mayoría de los derechos sociales son derechos de configuración legal, que precisan de la acción del legislador para dar lugar a verdaderos derechos subjetivos. En consecuencia, para la mayor parte de la doctrina, la Constitución separa los derechos sociales de los verdaderos derechos fundamentales: los derechos civiles y políticos así como el derecho a la educación. De la dogmática constitucional brevemente referida se infiere además una diferente valoración por el constituyente de la importancia de unos derechos u otros. De la distinta protección se extrae la consecuencia de que el constituyente habría considerado más valiosos los derechos que protegen la libertad que aquellos otros que se orientan a hacer efectiva la igualdad. En consecuencia, el art. 10. 1 de la Constitución (que consagra la “dignidad de la persona” como “fundamento del orden político y de la paz social”) se interpreta a la luz de la casuística de las diferentes formas de protección de los derechos para concluir que los derechos civiles y políticos resultan para el constituyente los más aptos para proteger la dignidad, de ahí su mejor tutela. Los derechos sociales –los derechos de igualdad– serían, en cambio, secundarios a la hora de hacer efectiva la dignidad humana.

²¹ Sobre esto véase Ernst Forsthoff, también hay que tener en cuenta además que esa fue la forma de los derechos sociales en la Constitución de la República de Weimar. Las tesis de Forsthoff son una reacción a la efectiva creación del Estado social bajo la forma de Estado constitucional a raíz de la promulgación de la LF de Bonn y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.

de intervenir en la economía para cumplir su función de promoción de la libertad igual. En el orden social liberal el Estado se limitaba –al menos teóricamente– a garantizar las condiciones para que la sociedad desarrollara su potencial de autorregulación a través de un mercado sin distorsiones jurídico-políticas. El Estado social, en cambio, trata de crear condiciones de igualdad que la sociedad no genera por sí misma; es decir, trata de cambiar las condiciones sociales para hacer posible la libertad igual de los ciudadanos.

La actuación estatal para alcanzar ese objetivo –como, por ejemplo, la planificación económica– resulta difícil de realizar a través de los recursos tradicionales en manos del Estado, el mandato y la coacción, salvo que se transforme el orden político en sentido autoritario. El Estado social, si bien se vale del Derecho para modificar la estructura social, no persigue reconstruir la relación entre Estado y sociedad de un modo puramente vertical, en el que el primero manda y la segunda obedece, sino que trata de conservar la autonomía de la sociedad. Quizá como consecuencia de la conservación de planteamientos liberales, el Derecho típico de esta forma de estatal no se articula a través de mandatos apoyados en la coacción, sino mediante el establecimiento de fines que dejan a la autonomía privada determinar –dentro de ciertos límites– la manera de alcanzarlos.

Este tipo de regulación constituye una transformación radical del Derecho: en el orden jurídico-político que resulta de las revoluciones burguesas y se plasma en el Estado legislativo, la estructura del Derecho puede describirse como un programa condicional, que asigna determinadas consecuencias jurídicas a un supuesto de hecho. Las normas características del Estado social, en su faceta de Estado intervencionista, ya no se dejan describir, sin embargo, bajo la forma de los programas condicionales. En el nuevo escenario, si bien las normas llegan a “a prescribir a las instancias que aplican el Derecho la meta de su actividad”, dada la complejidad y mutabilidad de las circunstancias que pueden concurrir en su realización, la regulación de los aspectos que han de observarse en la persecución del objetivo sólo puede ser parcial.²² La consecuencia es que el “el criterio de la acción no está preestablecido en la norma, sino que su destinatario lo produce en cumplimiento de ésta, adaptándolo constantemente a situaciones cambiantes”.²³

²² Dieter Grimm, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, Múnich, Beck, 2001, p. 31.

²³ *Idem*.

Raúl Sanz Burgos

El Derecho entendido de esta forma apenas puede cumplir con su función directiva de la acción de sus destinatarios, pues si bien deben actuar para alcanzar un fin establecido por el legislador, disfrutan de un amplio margen sobre la manera de lograrlo. Una consecuencia de esta forma de regulación, en la que los criterios jurídicos que deben determinar la conducta de los destinatarios de las normas son imprecisos, es la dificultad de la jurisdicción para juzgar si los sujetos han actuado conforme a Derecho. Los jueces se ven abocados a establecer los criterios para determinar si este hecho se ha dado en cada caso concreto y, de esta manera, su acción penetra en el ámbito de la creación de Derecho con mucha mayor intensidad que al aplicar los bien definidos programas condicionales que constituyen el Derecho que surge de las revoluciones burguesas,²⁴ así como el ideal positivista de legislación.

Las nuevas exigencias dirigidas a los jueces a la hora de aplicar el Derecho suponen una evidente ruptura con los criterios legitimidad del Estado legislativo de Derecho, que separa la tarea política de crear normas de la competencia jurídica de aplicarlas. Cuando los jueces se ven obligados a crear Derecho como consecuencia de la nueva estructura de las normas llevan a cabo una acción típica de la política, pero liberados de la obligación de rendir cuentas al electorado; es decir, al margen de los mecanismos de control de la responsabilidad política. Los tribunales sólo pueden actuar dentro de la distribución de funciones que le asigna la división de poderes si el poder legislativo facilita normas aplicables; no es así cuando han de aplicar el Derecho constituido bajo la forma de programas finales. Que las normas se den bajo tal forma no libera a los jueces, sin embargo, de juzgar, para lo cual tienen que crear “sus propios criterios de decisión con el material jurídico existente”.²⁵ La práctica de la aplicación judicial del Derecho en el Estado constitucional genera problemas similares, que dificultan sostener su racionalidad política.

IV. El nacimiento del Estado constitucional

La Constitución de la época liberal consagraba la separación de las esferas pública y privada; como Constitución del Estado legal de Derecho establecía las líneas generales de la organización institucional del poder público, regulaba las

²⁴ Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 32.

²⁵ *Ibid.*, 29.

competencias de los órganos estatales y esbozaba los procedimientos para la creación de normas. Que incluyera un elenco de derechos subjetivos fundamentales no llevaba consigo ampliación alguna del contenido material de la Constitución que hubieran de tener en cuenta los tribunales. De hecho, se puede decir que dicha inclusión no rompía con un modo de entender la Constitución puramente formal, es decir, el tipo de Constitución que confía al legislador toda la determinación de qué es Derecho, con cuyas reglas han de juzgar los jueces sin poder poner en tela de juicio su validez a la luz de criterio material alguno.

La LF de Bonn no difería a primera vista de ese modelo, pero la doctrina y la jurisprudencia constitucionales alemanas tomaron los derechos fundamentales como la expresión jurídica de un sistema de valores objetivo en cuyo vértice se halla la dignidad humana, cuyo respeto y protección es “obligación de todo poder público”. De hecho, una sentencia del Tribunal Constitucional Federal (desde ahora TCF) de 15 de enero de 1958 (sentencia Lüth), justifica un cambio radical en el modo en que se entendían hasta la fecha las funciones de los derechos.²⁶ A raíz de esa sentencia, los derechos fundamentales ya no sólo se entienden como protecciones frente a la injerencia del Estado en la esfera privada (aspecto subjetivo), sino también como un orden objetivo de valores que preside todo el ordenamiento. Es decir, los derechos fundamentales dejan de limitarse a regular las relaciones de los individuos con el poder público para ser también tenidos en cuenta en los ámbitos regidos por el derecho privado. Hasta entonces, los particulares sólo eran destinatarios de las normas constitucionales de derechos fundamentales en el caso de la libertad de asociación sindical, pues se hallaba recogido en el art. 9. 3 de la LF de Bonn; a partir de esa sentencia el resto de los derechos fundamentales también va a regir en el resto de las relaciones reguladas por el derecho privado.

En los fundamentos jurídicos de la sentencia Lüth se reconoce que la función asignada por el liberalismo a los derechos fundamentales sigue vigente: asegurar la esfera de la libertad individual frente a las intervenciones estatales. Se advierte, sin embargo, que los derechos incluidos en la Constitución expresan un sistema de valores que debe regir también en todos los ámbitos del Derecho: la LF no pretende ser, a juicio del Tribunal, “un orden neutral de valores; en sus artículos sobre derechos fundamentales ha erigido un orden objetivo de valores que se manifiesta en un refuerzo fundamental de la pretensión de validez de los

²⁶ El objeto de la disputa eran los límites de la libertad de expresión, que el TCF redefine contra la norma vigente en el Código Civil Alemán.

derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana desarrollada libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad, debe ser válido como fundamento jurídico-constitucional para todas las áreas del Derecho; la legislación, la administración y la judicatura reciben de él pautas e impulsos”.²⁷ Esto es, de los derechos fundamentales parte lo que se ha denominado su “efecto de irradiación” sobre todo el ordenamiento.²⁸ De este modo, los derechos fundamentales adquieren en las relaciones jurídicas entre particulares una validez equivalente a la de los mandatos constitucionales dirigidos a los poderes públicos.

Los derechos, como siempre, despliegan sus efectos en la esfera del derecho privado por medio de las normas que regulan las actividades en dicha esfera; es decir, la irradiación del ordenamiento objetivo de los derechos fundamentales se da primariamente a través de las normas dictadas por el legislador. Sin embargo, dado que tal orden objetivo de valores obliga a todos los poderes del Estado, también el juez, como todo representante del poder público, se halla sometido a la obligación de juzgar teniendo a la vista ese orden tal como se ha plasmado en los derechos constitucionales. Esto es, el juez debe interpretar y aplicar el Derecho conforme a los derechos fundamentales, pues de otro modo, “en cuanto titular del poder público, viola mediante su sentencia el derecho fundamental, a cuyo respeto, también por el poder judicial, tiene el particular un derecho jurídico-constitucional”.²⁹ En consecuencia, contra una sentencia dictada sin atender al “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales en la esfera del derecho privado cabe el recurso de amparo ante el TCF.

De todo lo dicho resulta, por tanto, que la lesión de los derechos entendidos como orden jurídico objetivo no proviene de la acción de los particulares sin más, sino que requiere la actuación defectuosa del poder judicial al enjuiciar el conflicto entre las partes sin atender al orden objetivo de los derechos o hacerlo de manera insuficiente. De ahí que pueda plantearse el recurso de amparo constitucional, pues su función consiste en proteger a los particulares de la lesión de sus derechos fundamentales por el poder público.

La obligación de los jueces de aplicar las leyes atendiendo al orden jurídico objetivo constituido por los derechos fundamentales junto con la posibilidad procesal concedida a los particulares de interponer recurso de amparo cuando

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 7, 198 (205).

²⁸ *Ibid.*, (207).

²⁹ Pedro Cruz Villalón, *op. cit.*, p. 227.

consideran no cumplida esa obligación genera uno de los puentes desde el Estado legislativo de Derecho hacia el Estado constitucional. En el primero, ya sea bajo la forma de Estado liberal o bajo la de Estado social, se otorga exclusivamente al legislador la potestad de plasmar mediante sus normas el orden de los valores constitucionales; en el segundo, en cambio, el poder judicial también es destinatario de ese mandato al tener que aplicar el Derecho a la luz del orden de valores que establece la Constitución. Otro de los pasos de esa transición se halla en la competencia concedida a un órgano judicial, el Tribunal Constitucional, de controlar la adecuación tanto de las sentencias judiciales como de las leyes dictadas por el legislador al sistema de valores contenido en la norma fundamental.³⁰

La transformación desde el Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional requiere, por tanto, la inclusión de valores y principios como condiciones de validez de las normas creadas por el legislador así como la elevación de los valores constitucionales a la condición de principios que han de tener en cuenta los jueces a la hora de aplicar el Derecho. Sin embargo, elevar el sentido de los derechos fundamentales hasta su consideración como “núcleo de todo el ordenamiento jurídico” amenaza con convertir “cualquier cuestión jurídica [...] en una cuestión de derechos fundamentales, tema sobre el que en última instancia compete al Tribunal Constitucional decidir”.³¹

En el Estado legislativo de Derecho, la configuración del ordenamiento jurídico, a través de la ley, está en manos del poder legislativo, que tiene la competencia exclusiva para crear Derecho. Es decir, éste es producto de una decisión política adoptada en la sede de la soberanía popular, el parlamento, sin más límites que el respeto de los procedimientos establecidos por la Constitución. En cambio, en el Estado constitucional existe ya un conjunto de normas que predetermina o condiciona la decisión política: el contenido de la decisión no se halla plenamente a disposición del poder legislativo, pues al dictar leyes no puede hacer caso omiso del sistema de valores que preside la Constitución. Su obligatoriedad para el legislador se halla garantizada por el TC, que controla su acierto o no a la hora de concretar el alcance normativo de esos valores en cada norma; esto es, mediante su control de la “irradiación” en todo el ordenamiento de

³⁰ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *op. cit.*, p. 130, califica este proceso como “tránsito desde el Estado legislativo parlamentario hasta el Estado jurisdiccional de justicia constitucional”.

³¹ Konrad Hesse, *op. cit.*, p. 93.

los derechos fundamentales en los que se encarna el orden constitucional de valores.³² La realización de esta tarea amenaza con convertir al TC en el verdadero legislador en materia de derechos fundamentales.

Por lo demás, la nueva configuración de las funciones de los poderes públicos en relación con los derechos, así como la ampliación del sentido de los mismos, ha atravesado las fronteras de su país de origen. En España, la Constitución establece el sometimiento de la judicatura a los derechos fundamentales; aunque no resuelve cómo ha de llevarse a cabo, la práctica del TC ha seguido la vía alemana³³ en la sentencia 101/1983 (Fundamento jurídico 3º), a la luz del art. 9.1

³² Los tribunales constitucionales actuales sólo parcialmente entroncan con la previa teorización kelseniana, que trata de ser respetuosa con la legitimidad democrática de las normas creadas por los representantes legítimos del pueblo. Por ello, el Tribunal ideado por Kelsen se limita a revisar si la Ley ha sido dictada o no por el órgano competente y conforme con los procedimientos previstos en la Constitución. Si el Tribunal constata que no se han cumplido esas condiciones expulsa del ordenamiento a la norma en cuestión, por eso se califica al Tribunal Constitucional kelseniano de legislador negativo. Este planteamiento supone considerar a la Constitución como “límite procedimental de la Ley”, carente de cualquier contenido material, se limita a repartir competencias y establecer procedimientos para la generación de normas. En cambio, el contenido de las normas es materia de la política, objeto de la decisión del pueblo a través de sus representantes y en consecuencia, de forma coherente con la legitimidad democrática, no es susceptible de control jurisdiccional. Antonio López Pina e Ignacio Gutiérrez, *Elementos de Derecho Público*, Madrid, Marcial Pons, p. 83.

³³ El art. 161 b. de la CE sólo dice que el Tribunal Constitucional es competente para conocer “del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art 53. 2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca”. El art. 41. 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) declara que el “recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos (...) frente a las violaciones de los derechos y libertades (...) originadas por disposiciones, actos jurídicos, o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”. De ahí la imposibilidad, igual que en la República Federal Alemana, de interponer el recurso de amparo frente a las lesiones de particulares, sino que se requiera también la intervención del poder público. El art. 44 de la LOTC exige que las violaciones que posibilitan el uso del recurso de amparo tengan “su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial” y que “la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión de un órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional”.

CE, declara la sujeción tanto de los poderes públicos como de los ciudadanos a la “Constitución y al resto del ordenamiento”.

V. La aplicación del Derecho en el Estado constitucional

Añadir al carácter técnico de los derechos –esto es, a la cualidad de protecciones jurídicas del individuo frente al Estado– la condición de plasmación jurídica de un sistema de valores ha sido objeto del importante cargo de que la aplicación del Derecho en tales circunstancias, atendiendo a los valores, no puede eludir el peligro de la arbitrariedad.³⁴ Frente a este grave reparo Konrad Hesse trata de justificar retrospectivamente la remisión de los derechos fundamentales a un sistema de valores recordando que a lo largo de la historia del constitucionalismo alemán no se había destilado “una elaboración del contenido normativo concreto y del alcance de derechos fundamentales específicos, de sus recíprocas relaciones y de los requisitos de su limitación”.³⁵ Esta justificación pragmática de la jurisprudencia constitucional basada en los valores no basta, sin embargo, para hacer frente a las críticas dirigidas contra ella; quizá por esa razón Hesse añade también que la tarea de definir los límites y relaciones entre los derechos se llevó a cabo “con ayuda de un adecuado instrumental jurídico, evitando considerablemente el recurso directo a los valores”.³⁶

³⁴ Desde la elevación de la teoría de los valores en fundamento explícito de la jurisprudencia del TCF alemán ha sido ferozmente atacada, entre otros, por Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en sus *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 44-71 y Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 326 y ss; Ernst Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 254 y ss.

³⁵ Konrad Hesse, *op. cit.*, p. 92. Por otra parte, la teoría del sistema de valores también ha pasado a la práctica del TC español, véase Eduardo García de Enterría, “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4 (1984), nº 10, especialmente las pp. 13 y ss; también Luciano Parejo Alfonso, “Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (Coord.) *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 923 y ss.

³⁶ *Idem.*

La apelación a la prudencia y al uso de los métodos tradicionales de interpretación de las normas jurídicas puede resultar, sin embargo, insuficiente para determinar cómo llevar a cabo la irradiación de los derechos en el orden jurídico y si es correcta la irradiación ya realizada por los poderes públicos. Esta exigencia de control puesta en manos de los jueces arroja una sombra sobre la capacidad del Derecho para orientar nítidamente la acción de sus destinatarios y, por tanto, constituye una fuente de inseguridad jurídica. La impredecibilidad de la aplicación resulta de que “el efecto de irradiación no determina por sí mismo su identidad y extensión, por tanto [los tribunales] han de juzgar conforme a parámetros que ellos mismos establecen”.³⁷ Así se produce una nueva excepción a la distribución de funciones que establece el discurso de legitimación del orden jurídico-político vigente en la actualidad, basado en la soberanía popular y la división de poderes. Los jueces, en tanto que crean la norma para decidir en el caso particular, se sitúan en el lugar del legislador; esta sustitución del representante del pueblo, además de constituir una grave anomalía dentro del relato de legitimación del Estado democrático, conlleva un importante menoscabo de la garantía esencial al Estado de Derecho en favor de los individuos que consiste en separar a quien crea la norma general de quien la aplica en el caso concreto.³⁸

La elevación de los derechos fundamentales a normas de Derecho objetivo inmediatamente aplicable por los poderes del Estado en todas las circunstancias exige al juez crear la norma que debe aplicar como consecuencia de la extrema generalidad de las declaraciones constitucionales que los contienen. Esta circunstancia impide que puedan ser aplicadas tales declaraciones a cada caso concreto del mismo modo que las tradicionales reglas jurídicas (o programas condicionales), que con mayor o menor precisión vinculan una consecuencia jurídica a una situación de hecho. La aplicación de los enunciados constitucio-

³⁷ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *op. cit.*, p. 115.

³⁸ En el Estado absolutista tanto la administración como la impartición de justicia eran tareas propias del monarca, tareas que simplemente delegaba en algunos agentes; por lo demás, éstos se hallaban sometidos en muy escasa medida al control de los tribunales y el rey podía además revocar las delegaciones para decidir personalmente sobre la vida y la hacienda de los súbditos. Este gobierno personalista y en permanente peligro de actuar conforme a la más pura arbitrariedad constituye el caldo de cultivo de la insistencia ilustrada en la necesidad y bondad del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres. Explica la búsqueda de mecanismos jurídicos capaces de controlar al poder público para asegurar con ello la vida, la propiedad y la libertad de los ciudadanos. Uno de esos mecanismos consiste precisamente en separar quien crea la ley de quien la aplica.

nales elevados a la condición de valores de obligada aplicación se da más bien del modo que Robert Alexy ha establecido que actúan los principios: “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida a su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado por los principios y reglas opuestos”.³⁹

Asimilar el aspecto objetivo de los derechos fundamentales a principios significa reconocer en ellos el mandato de extender al máximo la gama de conductas que pueden disfrutar de protección iusfundamental. La consecuencia obvia de esta exigencia es la colisión entre conductas y expectativas que se hallan protegidas por distintos principios: a esto se refiere Alexy cuando sostiene que “las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto”.⁴⁰ Es así porque, para establecer qué principios han de prevalecer y cuáles postergarse en caso de conflicto, el juez no puede recurrir a los criterios usuales para determinar la norma aplicable –jerarquía, especialidad, fecha de la promulgación–, pues, conforme a esos criterios, todos los principios disfrutan del mismo rango.

En una situación normativa como la descrita, en la cual no caber esperar auxilio alguno de los criterios tradicionales de determinación del Derecho aplicable, el juez ha de adoptar una decisión teniendo a la vista las circunstancias, pues “bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia [de un principio u otro] puede ser solucionada de manera inversa”.⁴¹ Es decir, la relación entre principios constitucionales se resuelve en cada ocasión mediante “una ponderación de los intereses opuestos”. A través de este procedimiento se trata de establecer “cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”.⁴²

Para determinar la importancia relativa de cada uno de los principios en cada conflicto concreto se utiliza, por tanto, la ponderación, que se rige por la

³⁹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 86.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 92.

⁴¹ *Ibid.*, p. 89.

⁴² *Ibid.*, p. 90.

siguiente máxima: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁴³ De todos modos, a través de este procedimiento es factible llegar a conclusiones distintas sobre cuál es la decisión que optimiza el derecho fundamental y a la vez restringe en la menor medida posible el disfrute del resto de los derechos en conflicto. Cabe preguntarse si la casi inevitable discutibilidad de cualquier decisión que verse sobre estos extremos exige calificar la ponderación de procedimiento irracional y rechazable, o bien cabe reconsiderar que posee algún tipo de racionalidad; una racionalidad que, quizás, sólo es posible reconocer si se abandona la insistencia positivista en la necesidad de alcanzar, a través de algún método, la supuesta única solución correcta aplicable al caso concreto.

El problema de la racionalidad de la ponderación excede el objeto de estas páginas; no se puede pasar por alto, sin embargo, que la elevación de los derechos fundamentales a la categoría de núcleo normativo de todo el sistema jurídico puede llevar al TC a crear Derecho en todas las áreas del ordenamiento, pues, como ya se ha señalado, cualquier conflicto jurídico puede configurarse como conflicto entre derechos fundamentales. Los resultados no deseados de la presencia de los derechos fundamentales como derecho objetivo que ha de “irradiar” todo el sistema de normas son, por tanto, la inseguridad jurídica y la constitucionalización del ordenamiento como consecuencia de las decisiones del TC, que convierten a las regulaciones así surgidas, al menos tendencialmente, en invulnerables a las posteriores decisiones del legislativo.⁴⁴ La competencia atribuida al TC para encauzar y corregir la obra del legislador conlleva, aparentemente, la clausura de la legítima supremacía de éste frente al poder judicial en la tarea de dar forma a la sociedad y al orden jurídico. Los únicos límites que parecen levantarse a las facultades de las que disfrutaban hoy los tribunales constitucionales son los que resultan de la llamada a la prudencia en su utilización, la llamada a la *self-restraint*, tal como se dice en el constitucionalismo estadounidense.

Como respuesta a la pretendida limitación por el TC a la libertad del legislador, Jutta Limbach ha señalado que el poder legislativo conserva su carácter de poder supremo en el Estado constitucional puesto que conserva la iniciativa para promulgar normas y, por consiguiente, ostenta el papel principal en la modela-

⁴³ Robert Alexy, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *op. cit.*, nota 34.

ción jurídica de la sociedad.⁴⁵ Frente a la prioridad del órgano político por excelencia dentro de los poderes del Estado, los tribunales constitucionales sólo revisan su acción “a instancia de parte”.⁴⁶ Además, el legislador puede valorar las consecuencias sociales de su actividad y revisarla a través de la promulgación de nuevas normas; los jueces, en cambio, no, salvo que haya una nueva ley y un nuevo impulso a su acción por la vía de un recurso de inconstitucionalidad.

Lo que se discute, por tanto, es si, como afirman los críticos, las sentencias de los tribunales constitucionales cierran de veras el paso a posteriores decisiones políticas, si el legislador queda realmente constreñido por las decisiones del TC. La autora mencionada responde a esta pregunta teniendo a la vista la evolución de la jurisprudencia constitucional alemana en relación con la protección de la vida no nacida, regulada en el art. 219 del código penal alemán. En una primera sentencia, de 1975, el TCF avaló el recurso al derecho penal como la mejor manera de proteger la vida no nacida; más tarde, en 1993, juzgó adecuada la protección a través de la tutela consultiva. En el primer momento el argumento descansaba en la idea de que “el medio [de protección] más severo es el más eficaz”;⁴⁷ la alta cifra de abortos clandestinos provocó, sin embargo, dudas sobre la verdad de esa tesis. Por ello, en la segunda sentencia mencionada, si bien se consideró indiscutible la existencia de un deber constitucional de proteger la vida no nacida, se consideró válido que su protección se preste mediante la tutela consultiva, dejando a un lado la amenaza de sanción penal.

En consecuencia, cabe afirmar que el TCF depende de la acción del legislador y que éste no se encuentra atado por una sentencia previa. Los hechos muestran que el legislador puede promulgar una regulación muy similar a otra ya rechazada por el TC, justificando esa nueva decisión legislativa en la experiencia habida con la regulación vigente y que los magistrados pueden tener en cuenta esa experiencia. Las sentencias mencionadas dejan claro, por tanto, que las decisiones de los tribunales constitucionales no conllevan necesariamente la petrificación del ordenamiento, pues no restan capacidad al legislador para llevar adelante su tarea conforme a la experiencia y las necesidades de la sociedad. El poder político legitimado democráticamente conserva la capacidad de crear Derecho, de ahí que no sea correcto afirmar que la implantación de tribunales cons-

⁴⁵ Véase Jutta Limbach, “Papel y poder del Tribunal Constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 4, 1999, p. 97.

⁴⁶ Jutta Limbach, *op. cit.*, p. 97

⁴⁷ *Ibid.*, p. 98.

titucionales desvirtúa la dinámica democrática en la configuración del orden jurídico.

De todos modos, la autora reconoce tácitamente que la objeción de activismo político que a menudo se plantea a los tribunales constitucionales podría no ser del todo infundadas, que los excesos que se achacan a los tribunales constitucionales podrían no descansar sólo en la retórica política. Por eso, ante ciertas decisiones legislativas, la actitud del TCF debe estar presidida por la *selfrestraint* e iluminada por criterios que se pueden adscribir al ámbito de la racionalidad procedimental.⁴⁸ En los casos más conflictivos, aquellos donde es más difícil el acuerdo por la agudeza del conflicto entre valores, si el procedimiento parlamentario necesario para la elaboración de una ley ha sido cumplido atendiendo a las exigencias de racionalidad, entonces hay que respetar la decisión.⁴⁹ El criterio para actuar conforme a la *selfrestraint* consistiría entonces en tratar de determinar si en la formación de la voluntad política ha habido “información, competencia profesional y reflexión”.⁵⁰

Llevando a su extremo la exigencia de limitación de los tribunales constitucionales podría exigirse su supresión, para acabar así con el permanente peligro de la adopción de decisiones políticas bajo la forma de un procedimiento judicial. Junto a una sospecha como ésta, que desautoriza radicalmente la institución, cabe reconocer también ciertas ventajas que acompañan a la implantación de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes. Como señala Dieter Grimm:

... la debilidad para imponerse, que se adhería al derecho constitucional casi por doquier donde no tenía tras de sí una sanción organizada, ha sido superada gracias a la introducción de la jurisdicción constitucional; su efecto preventivo desempeña quizá un papel más importante que el represivo. La sola existencia del control mediante jurisdicción constitucional motiva que en los procesos políticos de decisión se plantee la cuestión de la constitucionalidad antes y de manera más imparcial que en los sistemas políticos sin jurisdicción

⁴⁸ El planteamiento está muy cerca del de Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, pp. 348 y ss., citado por Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 160: “El tribunal aparece ahora como un defensor de la democracia deliberativa, que en una comprensión republicana ha de operar en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa, que son las que fundan legitimidad”.

⁴⁹ Véase Jutta Limbach, *op. cit.*, p. 101.

⁵⁰ *Idem.*

constitucional. La decisión por un tribunal neutro de los conflictos que se producen pese a todo contribuye a que la Constitución pueda cumplir mejor su función de base del consenso entre adversarios políticos que en sistemas en los cuales, cuando surgen conflictos constitucionales, la razón siempre cae del lado de la mayoría. La vinculación jurídica de la política que debía efectuar la Constitución, en todo caso, ha llegado a ser efectiva muchas veces sólo a raíz de la introducción de la jurisdicción constitucional.⁵¹

VI. Conclusiones

No cabe duda que el orden jurídico-político actual supone una importante mutación respecto del Estado legislativo de Derecho. El uso de las técnicas legislativas del Estado intervencionista y la práctica judicial del Estado Constitucional han hecho inviable la manera de considerar la aplicación el Derecho propia del Estado legislativo y de su ideología jurídica, el positivismo. El Derecho ya no se reduce a precisos programas condicionales determinados en exclusiva por el legislador, sino que incluye también normas que exigen la creación por los jueces de los criterios aplicables al caso, así como valores y principios necesitados también de concreción judicial. Las consecuencias de estos cambios en la forma del Derecho son, por una parte, la atenuación de la seguridad jurídica y, por otra, el arrumbamiento de la garantía de los derechos de los ciudadanos que consiste en separar a quien crea la norma de quien la aplica.

A la vista de esta falla en la capacidad garantista del Derecho –y constitutiva de la forma estatal actual, que reúne el Estado intervencionista y el Estado constitucional de Derecho– un importante sector doctrinal considera que el retorno a los presupuestos y prácticas del Estado legislativo de Derecho constituye la mejor opción para conservar la seguridad jurídica de los ciudadanos. Desde sus planteamientos, la consideración de los derechos fundamentales como expresión de valores y principios, consideración esencial al Estado constitucional, produce un fuerte menoscabo en la consistencia del ordenamiento y la previsibilidad de su aplicación precisamente como consecuencia de las diferentes

⁵¹ Dieter Grimm, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, Múnich, Beck, 2001, pp. 28 y ss. La eficacia del TC en el ejercicio de su función requiere que sus decisiones no sean percibidas como continuidad por otros medios de las posiciones políticas.

interpretaciones posibles sobre las acciones que deben quedar protegidas por cada principio en caso de conflicto.

A la vista de las dificultades para la racionalidad de la aplicación del Derecho que trae consigo la elevación de los derechos fundamentales a la condición de orden objetivo de valores que debe informar todo el sistema jurídico se presenta como solución devolver la racionalidad a la aplicación del Derecho limitando los derechos fundamentales a su condición de garantías de la esfera privada frente a la intervención del poder público, en perjuicio de su aspecto objetivo. Los derechos fundamentales, en consecuencia, deberían dejar de considerarse valores o principios en favor de su consideración como límites a la intervención estatal bajo la forma de programas condicionales susceptibles de ser interpretados y aplicados con los métodos hermenéuticos tradicionales de los juristas. En favor de esta restricción se afirma que, de este modo, se garantiza la seguridad en su aplicación, a diferencia de lo que ocurre con la casuística que resulta de la jurisprudencia de los valores. En último término, la restricción de los derechos a su condición de garantías significa excluir los derechos fundamentales de la condición de clave que cierra el sistema jurídico y da forma a toda la sociedad.

De los planeamientos sobre la condición de los derechos emanan consecuencias sobre el contenido de la Constitución, así como sobre el radio de acción legítimo de los tribunales, tanto ordinarios como constitucionales. Que los derechos se limiten a regular las relaciones entre el individuo y el poder público significa reducir la Constitución a la condición de norma que establece, sin más, la organización de los poderes del Estado y los procedimientos para la creación de normas dejando al legislador la tarea de dar su contenido al Derecho. En cuanto al radio de acción de los tribunales, si éstos han de limitarse a considerar si el Estado ha violado o no un derecho subjetivo tal como se recoge en una norma de rango legal, su participación en el proceso de creación del Derecho se reduce al mínimo. En cambio, si los preceptos constitucionales sobre derechos se toman como normas de principio que presiden todo el ordenamiento y han de ser aplicadas en todos los casos, entonces los tribunales, en tanto que tales preceptos pueden ser interpretados de muy distintas maneras, disfruta de una amplia habilitación para dotar de contenido al Derecho.

El TC controla tanto la aplicación correcta por parte de los jueces ordinarios del efecto de irradiación de los derechos en el ordenamiento como la plasmación por el legislador de esos principios, lo cual pone en sus manos la posibilidad de ser el verdadero legislador en materia de derechos fundamentales. Esta capacidad debería ser ejercida por el alto tribunal teniendo en cuenta el respeto

El Estado liberal, el Estado social y el Estado constitucional

por el legislador de los procedimientos de la democracia deliberativa, pues de otro modo no resulta posible conservar la credibilidad del fundamento democrático del orden jurídico-político en el Estado constitucional, con el consiguiente deterioro de su legitimidad.