

ESCRITOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES (*)

MANUEL MEDINA GUERRERO

Hace ya algunos años, el profesor Rubio Llorente señalaba que el tratamiento dispensado por la Constitución española a los derechos fundamentales nos obligaba, en buena medida, a *germanizarnos* («La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, 1979, pág. 67). La recepción expresa en el artículo 53.1 CE de aquello que se ha dado en denominar «el derecho fundamental de los derechos fundamentales» (Cruz Villalón: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *REDC*, núm. 25, págs. 54 y 62), a saber, la vinculación inmediata y la garantía del contenido esencial, suponía, en efecto, asumir las decisiones básicas con las que la Ley Fundamental pretendió preservar la plena eficacia de los derechos fundamentales en cuanto *derechos subjetivos*, pues hasta entonces en la tradición weimariana —y, en general, continental— habían operado predominantemente en la práctica como meras manifestaciones del principio de legalidad. Asumidas estas decisiones de principio, era obvio que la influencia podía extenderse a otras construcciones conectadas con la vertiente subjetiva de los derechos fundamentales, y así, por citar algunos ejemplos, en nuestra jurisprudencia constitucional pueden hallarse ecos de la teoría de la interacción (*Wechselwirkungstheorie*), de los «límites inmanentes» y sobre todo del principio de proporcionalidad en cuanto «límite de los límites» de los derechos fundamentales.

Pero siendo sin duda ya determinante en esta obligada germanización el propio tenor literal de nuestra Constitución, no terminan aquí las vías de pe-

(*) ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de Francisco J. Bastida; trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, 1.ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

netración e influencia. De hecho, éstas se han multiplicado por obra del propio Tribunal Constitucional, quien, al reconocer muy tempranamente el *doble carácter de los derechos fundamentales* —no necesariamente impuesto por el texto constitucional—, trasladaba a nuestro sistema un sinfín de nuevos problemas de la dogmática de los derechos fundamentales que habían ocupado a la doctrina alemana a partir de la *Lüth-Urteil*. Desde el momento en que, además de la tradicional vertiente subjetiva, se asume la existencia de un contenido objetivo de los derechos fundamentales, va de suyo que debe asimismo incorporarse toda una gama de diversas —y debatidas— construcciones doctrinales que se derivan necesariamente de esta segunda vertiente. De este modo, por reseñar algunos ejemplos en los que la influencia alemana es manifiesta, nuestra jurisprudencia ha recurrido en ocasiones al «efecto irradiación» que producen los derechos fundamentales en los diversos sectores del ordenamiento o ha utilizado la concepción de los derechos como deberes de protección por parte del Estado.

En este contexto se hace evidente que todo intento de facilitar la recepción en España de obras clave de la dogmática alemana en materia de derechos fundamentales —como lo es sin duda la meritoria traducción que han efectuado los profesores Requejo y Pagés y Villaverde Menéndez de esenciales trabajos del profesor Ernst-Wolfgang Böckenförde— resulta no sólo conveniente, sino necesario. Necesario puesto que con ello no se está únicamente —con ser bastante— proporcionando el acceso a la Constitución que, como afirma Cruz Villalón (*ibidem*, pág. 54), más claramente ejemplifica las vicisitudes de los derechos fundamentales en la Europa del siglo xx, sino que es el conocimiento de nuestro propio sistema de derechos fundamentales lo que así se está propiciando. Especialmente necesario, incluso, en este momento, pues la teoría general de los derechos fundamentales parece seguir siendo una de esas materias en la que la doctrina, más que influir, es influida por una jurisprudencia constitucional que marca la pauta. De hecho, frente a una abundante literatura creada en torno al análisis de los derechos concretos, cabe apreciar —salvo notables excepciones sobradamente conocidas— cierto déficit doctrinal en el tratamiento de cuestiones de dogmática general que cada día resulta más apremiante cobrar.

Así, se hace sentir especialmente la necesidad de abordar el análisis monográfico del principio de proporcionalidad —en la práctica, de incomparablemente mayor relevancia como «límite de los límites» que el tanto más estudiado contenido esencial— al objeto de aclarar y sistematizar una jurisprudencia constitucional a veces confusa o la conveniencia de colaborar en la fijación de categorías de creación jurisprudencial, como la de «derechos de configuración legal». Fijación esta última que, sin embargo, requiere que pre-

viamente se haya profundizado en la definición de la regla, es decir, en la delimitación de la función que desempeña por lo general el legislador en su configuración. Tarea que, en fin, a su vez precisa que se hayan resuelto cuestiones básicas como la de la estructura de los derechos fundamentales (contenido esencial/contenido normal/¿contenido adicional?) y que se haya acordado un significado homogéneo, generalmente aceptado, de conceptos esenciales como el de «límite», utilizado tanto para describir el contenido constitucionalmente protegido de los derechos *prima facie* como las restricciones que éste eventualmente ha de sufrir al colisionar con otros derechos o bienes de naturaleza constitucional.

Pues bien, de libros como el presente cabe asegurar inspiración y criterio para profundizar en el resbaladizo terreno de los derechos fundamentales. Aunque, a decir verdad, el mismo no se limita a ellos estrictamente, como puede fácilmente apreciarse al leer el título de los cinco trabajos que lo integran: «Los métodos de interpretación constitucional. Inventario y crítica», «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», «Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución», «Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema» y «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras cuarenta años de Ley Fundamental». El tercero de los citados versa específicamente sobre los derechos sociales y más concretamente sobre la forma en que éstos pueden incardinarse en una Constitución presidida por el principio del Estado de Derecho, que reclama la nítida separación de las esferas legislativa y judicial. Asumiendo en línea de principio que dicha separación impide que los derechos sociales puedan fundamentar directamente pretensiones reclamables judicialmente, Böckenförde pretende salvar al máximo su eficacia jurídica. Objetivo que, según el autor, puede lograrse concibiendo a estos derechos sociales como *mandatos constitucionales*, lo que permitiría mantener una vinculación jurídica proyectada en tres planos: 1) los órganos políticos quedan sujetos al fin o al programa por ellos perseguidos; 2) aun teniendo libertad en la elección de los medios, no es admisible su inactividad o una manifiesta desatención en el cumplimiento de dichos programas, y 3) las decisiones adoptadas en un momento dado para la consecución del fin no pueden ser suprimidas definitivamente o desatendidas de un modo manifiesto (págs. 80-81).

Asimismo, excede con creces el preciso tema de los derechos fundamentales el bien conocido trabajo con el que se abre el libro: «Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica» (1976). Y, sin embargo, su inserción e incluso su ubicación son poco menos que obligadas, puesto que en él ya se aborda la tesis de fondo que bien puede considerarse la clave de bóve-

da del libro en su conjunto: que los problemas que plantea la interpretación de la Constitución (y que se manifiestan de modo ejemplar en la interpretación de las normas de derechos fundamentales) sólo pueden ser razonablemente resueltos sobre la base de una *teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada*. Pero vayamos por partes.

Manteniendo el orden cronológico, quizá sea más conveniente a nuestro propósito detenernos inicialmente en el trabajo que aparece en segundo lugar, «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales» (1974), en donde Böckenförde desvela que en la doctrina y en la jurisprudencia no se utiliza una sola teoría de los derechos fundamentales, entendiendo por tal «la concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa y el alcance material de los derechos fundamentales» (pág. 45). Muy por el contrario, descubre la existencia de diversas teorías, ancladas «por lo general en una determinada concepción del Estado y/o en una determinada teoría de la Constitución» (*ibidem*), ofreciendo una sistematización ya clásica de las mismas: además de la tradicional teoría *liberal*, constata la presencia de la teoría *institucional*, la *axiológica*, la *democrático-funcional* y la *teoría de los derechos fundamentales del Estado social*. Cada una de ellas, en la medida en que son a su vez un reflejo de una determinada concepción de la Constitución y del Estado, puede dotar —y, de hecho, a menudo dota— de un contenido y alcance diferentes a un mismo derecho fundamental. Es más, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, y a semejanza del método tópico, las diversas teorías se presentan como meros puntos de vista para la resolución del problema, correspondiendo al intérprete su elección según su pertinente precomprensión. Con esta práctica no es ya que la eficacia del derecho fundamental quede en buena medida a expensas de un intérprete libre en exceso; es que se presupone que la propia Constitución carece de una determinada idea de «la relación de dependencia individuo-comunidad estatal», estando abierto —como se está— a la recepción de muy diversas teorías de derechos fundamentales investidas con su particular concepto de ordenamiento. De este modo, «la Constitución se reduce a un edificio formal que brinda entrada, sucesiva y coordinadamente, por la puerta de la interpretación, a muy diferentes, también heterogéneas, ideas de ordenamiento, sin ser portadora ella misma de tal cosa» (pág. 68). Este resultado, inaceptable para cualquier Constitución dotada de un título completo de derechos fundamentales, le conduce a defender la necesidad de elaborar una *teoría de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuada*; esto es, le lleva a indagar cuál puede ser la teoría de los derechos fundamentales asumida por la propia Constitución, que, en cuanto tal, tendrá carácter vinculante, por lo que dejará de estar al albur de las libres decisiones del intérprete el contenido de los concretos derechos fundamentales. Pues bien,

para Böckenförde, tanto las deliberaciones parlamentarias como el catálogo de derechos incluido en la Ley Fundamental permiten afirmar que ésta ha asumido «los clásicos derechos de libertad y el principio de libertad del Estado de Derecho liberal como respuesta a las elementales lesiones de la libertad de la época nacional-socialista» (pág. 69). Ahora bien, esta tradicional concepción liberal aparece modulada por la cláusula del Estado social, con lo que se superaría la mayor deficiencia que cabe imputarle a aquélla, a saber, la de su relativa ceguera frente a los presupuestos sociales que pueden impedir la efectiva eficacia de los derechos. La cláusula del Estado social, sin embargo, lejos de extender los tradicionales derechos de libertad a pretensiones de participación y prestación, operaría más bien como título jurídico que amplía las posibilidades de regulación e intervención del Estado, especialmente para poner medida y límite a las libertades de los socialmente poderosos, al objeto de asegurar la realización de la libertad para todos (idea desarrollada por extenso en el trabajo que aparece en cuarto lugar: «Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema»).

No habrá pasado inadvertido al lector que en esta teoría de los derechos fundamentales adecuada a la Ley Fundamental poco es el espacio que se cede al contenido objetivo de los mismos. No debe, sin embargo, extrañar esta omisión, pues buena parte de lo escrito en el libro se dirige, mediata o inmediatamente, contra el carácter objetivo de los derechos fundamentales o —para ser más exactos— contra la lectura que éste ha recibido de forma predominante. En efecto, según opinión generalizada, el «nuevo» carácter que se añade a la clásica vertiente liberal implica que los derechos fundamentales, en cuanto dotados de un contenido objetivo, pasen a exigir ahora su aplicación en todos los ámbitos del Derecho; la tradicional relación de bilateralidad Estado-ciudadano es ampliamente superada por unos derechos que amparan a su titular frente a todos. Un salto cualitativo de su eficacia jurídica de tal envergadura —cuya delimitación constituye, hoy por hoy, el problema por antonomasia de la dogmática de los derechos fundamentales— no puede, obviamente, erigirse en el vacío, sino que requiere una edecuada fundamentación. Inicialmente, como es sabido, esta vertiente objetiva nace en la jurisprudencia constitucional íntimamente ligada con la teoría de los valores (de «orden objetivo de valores» y de «sistema de valores» habla la *Lüth-Urteil*); pero las críticas que dicha teoría recibió desde los más diversos sectores —y que podrían sintetizarse con la afirmación de nuestro autor de que no supone sino «una fórmula velada del decisionismo judicial» (pág. 60)— motivaron que la doctrina buscara otras fundamentaciones más sólidas y que el propio Tribunal Constitucional Federal fuera paulatinamente sustituyendo sus referencias axiológicas por otras en las que son apreciables la influencia de las nuevas corrientes doctrinales.

De estas recientes tendencias fundamentadoras del contenido objetivo sólo interesa traer a colación aquella que pretende basarlo en la noción de «principio» y, más concretamente, la defendida por Robert Alexy, ya que es de ésta precisamente de donde parte nuestro autor para desarrollar su razonamiento en «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras cuarenta años de la Ley Fundamental». Así es; para Böckenförde, desde el momento en que se acepta la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico, las normas que lo contienen pasan a concebirse de acuerdo con la estructura de las normas-principio en el sentido de Alexy. A saber: operan como *mandatos de optimización* caracterizados porque pueden realizarse en diferente medida, dependiendo dicha medida no sólo de las posibilidades reales de realización, sino también de las jurídicas. Son, pues, normas carentes de un contenido previamente definido y, por ende, necesariamente accesibles a la ponderación (véase R. Alexy: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1986, págs. 75 y sigs.). Por ello, habida cuenta de que las normas-principio carecen de un contenido preexistente, la *interpretación*, esto es, la aclaración del sentido de algo precedente, cede el paso a la *concretización*, entendida como actividad creativa llamada a «llenar» algo que se presenta abierto, en cuanto sólo está fijado en la dirección o el principio.

Esta permeabilidad de las fronteras que separan a la interpretación de la concretización en sentido creativo ya había centrado las críticas que Böckenförde dirigió en general contra los métodos hermenéutico-concretizadores en «Los métodos de la interpretación constitucional». De ellos no sólo reprocha el que no logren atajar la arbitrariedad interpretativa característica del método tópico del que parten, puesto que —a su juicio— ni los principios de interpretación con los que Hesse aspiraba a encauzar el proceso hermenéutico ni —aunque se acerque más— la teoría de la norma de F. Müller garantizan que la interpretación sea controlable racionalmente. Como decía, las críticas abarcan también a la confusión entre interpretación y concretización a la que parecen abocados los citados métodos; una confusión que, como sucede a menudo, se ve ampliada por la falta de claridad terminológica. Y es que, en efecto, el concepto de «concretización» se emplea para designar dos actividades de diverso alcance: de una parte, y como un paso necesario en el proceso de aplicación del Derecho, es la tarea de descifrar el *contenido preexistente* de una norma que tiene lugar cuando ésta se utiliza en la resolución de un caso concreto; en este sentido, no hay en realidad sino interpretación de la Constitución, abierta al juez constitucional; de otra, concretizar consiste en la actividad puramente creativa de dotar de sentido a un principio cuyo *contenido no está predefinido* por la Constitución, tarea cuyo desarrollo ha de corresponder al legislador. Ciertamente, hay que convenir con Rainer Wahl en que

los defensores de los métodos hermenéutico-concretizadores emplean el concepto en el primer sentido; pero no es menos cierto, como también afirma este autor, que la definición de la interpretación como proceso concretizador amenaza la diferencia existente entre ambas acepciones, favoreciendo un llenado verdaderamente creativo de la Constitución a través de la interpretación («Der Vorrang der Verfassung», en *Der Staat*, 1981, pág. 506). De este modo, difícilmente puede aspirarse a separar con nitidez el ámbito de lo genuinamente constitucional de aquel otro que, en cuanto atinente a la legalidad ordinaria, debe confiarse al proceso político.

Pues bien, este riesgo genérico que presentan los métodos hermenéutico-concretizadores resulta incrementado cuando se abraza la concepción objetiva de los derechos fundamentales como normas-principio directamente vinculantes en todo el ordenamiento jurídico. Y a Böckenförde corresponde el mérito de haber profundizado en las hondas consecuencias que su aceptación produce en la propia estructura del Estado, habida cuenta de que dicha concepción objetiva no deja de hacer sentir sus efectos en la relación entre legislación y justicia constitucional, transformándola sustancialmente. En primer término, porque el Parlamento pierde capacidad de creación jurídica originaria, que ahora deviene concretización. Y en segundo lugar, porque el Tribunal Constitucional, obligado —como está— a dar aplicación a unos derechos que rigen inmediatamente en el entero ordenamiento, se ve impelido a desarrollar una tarea de concretización *jurídico-creativa* destinada a inferir del principio normas de decisión aptas para resolver los casos concretos. De este modo, y excluido como posible remedio el recurso puramente subjetivo del *self-restraint* (pág. 132), se produce un evidente acercamiento entre la función legislativa y la jurisdiccional, entre lo que es creación y lo que es «simplemente» aplicación del Derecho, y con ello, es el propio principio de división de poderes del Estado constitucional europeo-continental, que se basa en una cualitativa diferenciación de ambas categorías, el que resulta afectado. Pero es más: no se trata tan sólo de un desdibujamiento del mencionado principio, es que en este nuevo marco de relaciones entre Parlamento y Tribunal Constitucional trazado por la concepción objetiva de los derechos fundamentales el centro de gravedad se desplaza con claridad hacia este último. Pues no ha de olvidarse que la tarea de concretización mediante la cual el juez constitucional obtiene de la norma-principio una norma de decisión para resolver un caso concreto pasa, en la práctica, por *interpretación* de la Constitución; esto es: la norma de decisión se convierte en lo sucesivo en el —único válido— contenido de la norma de derecho fundamental. La libertad de configuración del legislador deviene, así, cada vez más angosta, dada la creciente predeterminación

de los contenidos de las normas-principio por parte de la jurisprudencia constitucional. El corolario que de todo ello se sigue puede fácilmente intuirse: «Se produce un resbaladizo tránsito desde el Estado legislativo parlamentario hasta el Estado jurisdiccional de justicia constitucional» (pág. 130).

Por lo demás, la asunción de esta vertiente objetiva de los derechos fundamentales como normas-principio enraíza en una determinada comprensión de la Constitución: la que concibe a ésta como el *ordenamiento jurídico fundamental de la comunidad en su conjunto*; concepción que fuerza al Tribunal Constitucional a determinar incluso las posiciones jurídicas singulares al objeto de realizar los principios básicos en ella contenidos (pág. 137). Y cabría añadir, una concepción que —como el propio Böckenförde reprocha en general a los diversos métodos hermenéuticos pretendidamente superadores de esta deficiencia del método clásico (pág. 36)— permanece anclada, si bien implícita o inadvertidamente, en la atribución a la Constitución de la *función de ley*, ya que se presupone que aquélla tiene tal grado de certeza que puede permitir la decisión de casos jurídicos concretos.

En suma, teoría de los derechos fundamentales, teoría de la Constitución y estructura del Estado se hallan profundamente imbricados. Interconexión tan estrecha, que quien asume la referida concepción objetiva de los derechos fundamentales parte necesariamente de la comprensión de la Constitución como ordenamiento jurídico de la entera colectividad y a su vez debe aceptar como consecuencia obligada las alteraciones que sufre el clásico principio de división de poderes de raigambre continental. Lo uno conduce inevitablemente a lo otro.

Por eso quien, desde el punto de vista del Estado de Derecho, considere preferible que el ordenamiento jurídico siga siendo fundamentalmente configurado por el legislador, no le queda otra alternativa que aceptar que los derechos fundamentales sólo pueden ser considerados derechos subjetivos de libertad en la relación directa Estado-ciudadano y no normas objetivas ya vinculantes *ex Constitutione* a todos los ámbitos del Derecho. No quiere decirse con ello que la vertiente objetiva desaparezca, lisa y llanamente, según Böckenförde, ésta ha de conservar cierta eficacia de orientación para el legislador. Lo que sucede es que la misma no puede ser exigida judicialmente de un modo directo ni, por supuesto, ser fijada por el Tribunal Constitucional a través de una concretización vinculante para el legislador. La ley, bajo este prisma, «conserva la función de la transformación *originaria* de principios éticos y políticos (principios jurídicos) en derecho aplicable, susceptible de ejecución» (pág. 134).

Naturalmente, dado que toda teoría de los derechos fundamentales suele

tener su anclaje en un concreto entendimiento de la Constitución, también esta perspectiva dogmática se corresponde con una específica comprensión de la misma: la Constitución ha de concebirse como *ordenamiento marco* del proceso político. Concepción clave sobre la que debe girar la construcción de una *teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada*, propugnada por Böckenförde con la finalidad de asegurar la normatividad de la Constitución, al tiempo que se evita la usurpación del ámbito del legislador por parte del juez constitucional; doble objetivo cuya satisfacción conjunta no ha alcanzado ningún método hermenéutico ni parece que sea accesible a la sola reflexión metodológica. Y es que entender que la Constitución es un marco supone asumir que «no contiene ninguna regla singular susceptible de ejecución en un sentido judicial o administrativo» (pág. 17), sino que sólo determina e impone ciertas claves, ciertas orientaciones, ciertos límites definitorios de un espacio de maniobra dentro del cual puede y debe moverse libremente el legislador. De la Constitución, pues, no cabe esperar hallar decisiones específicas que delimiten posiciones jurídicas concretas, y, por tanto, no correspondiendo esta tarea creativa sino al propio legislador, al juez constitucional no puede reconocerse más funciones que la de definir los contornos del marco trazado por la Constitución y la de velar para que el legislador no los rebase. Los planos de lo constitucional y de lo legal ganan de este modo distancia y se hacen tanto más reconocibles, dificultándose así el paso a un llenado creativo —esto es, político— de la Norma suprema que el juez constitucional pueda imponer al legislador bajo la apariencia de interpretación de la Constitución.

Decía anteriormente que de este libro podía asegurarse al que se inicia —o profundiza— en la dogmática de los derechos fundamentales inspiración y criterio. Criterio, porque el autor claramente advierte que las decisiones que se adopten en este ámbito pueden afectar al propio esquema de poderes del Estado. Inspiración, porque salta a la vista que la comprensión de la Constitución como ordenamiento marco, eje medular de su esbozada teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada, y su entendimiento de la vertiente objetiva de los derechos fundamentales son terrenos que el libro explora dotados de una enorme capacidad de sugerencia. Pero no son los únicos ni es de gran utilidad que ahora desvelemos aquellos otros asimismo fértiles. Al fin y al cabo, estas líneas sólo pueden ofrecer un pálido testimonio de una obra integrada, entre otros, por algunos trabajos que son ya auténticos clásicos del Derecho constitucional alemán: su verdadero calado habrá, pues, el lector directamente de comprobarlo.

