

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 10. Junio 1988

García Torres, Jesús

Letrado del Estado. Jefe en el Tribunal Constitucional

REFLEXIONES SOBRE LA EFICACIA VINCULANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Estudios

Serie: *Constitucional*

VOCES: DERECHOS FUNDAMENTALES. SEGURIDAD JURIDICA. CONTROL JURISDICCIONAL. PODER JUDICIAL. CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD. ADMINISTRACION PUBLICA.

ÍNDICE

- I. La tesis que se propone: Pluralismo en el efecto vinculante de los derechos fundamentales
- II. Una aclaración previa: Qué son derechos fundamentales en nuestra jurisprudencia constitucional
El problema de la eficacia vinculante de los derechos fundamentales como parte del problema general de la eficacia vinculante de la Constitución
- III. La primera esfera: Legislador y Tribunal Constitucional en su relación
Los derechos fundamentales como fuentes de posiciones jurídicas concretas: algunos ejemplos
Carácter necesario y no contingente de esa modelación de los derechos fundamentales
El Estado de Derecho contemporáneo y la "inseguridad jurídica estructural"
Modo de proceder del Tribunal Constitucional: Apertura y remisión a un metaplano
Implicaciones y consecuencias
- IV. La segunda esfera: El poder judicial.
Los jueces y tribunales y el Tribunal Constitucional
Poder Judicial y Legislador: La cuestión de inconstitucionalidad como expresión de un conflicto de vinculaciones.
La vinculación anormas inferiores a la Ley
La vinculación a los derechos fundamentales y las relaciones entre particulares
- V. La tercera esfera: Las Administraciones Públicas
Vinculación absolutamente mediada
Vinculación global

TEXTO

I

Me propongo en este trabajo (1) hacer algunas consideraciones en defensa de la tesis siguiente:

La mejor comprensión de la eficacia vinculante de los derechos fundamentales -reconocida especialmente en el artículo 53.1 CE- aconseja una estrategia de elaboración dogmática que dé preferencia al interés de la heterogeneidad sobre el de la homogeneidad. Puede haber sensibles diferencias en el modo y grado de vinculación a los derechos fundamentales según la esfera del poder público de que se trate y, a veces, según el tipo de relación sobre la que el derecho fundamental se proyecte. En expresión concisa: más que un único tipo de eficacia vinculante de los derechos fundamentales, existen tipos diversos y plurales de vinculación. Podríamos decir que, a la manera del Uno Inteligible de las Enéadas, la Constitución es un Sol cuya fuerza irradiante aumenta o decrece según la mayor o menor cercanía a ella de las sucesivas esferas del poder público (2). La vinculación es máxima en la primera esfera que consideraremos, en la que se hallan el legislador y el Tribunal Constitucional. La segunda esfera que merecerá nuestra atención es la de los jueces y Tribunales del Poder Judicial. La tercera, de la que trataremos sucintamente, es la esfera de la Administración Pública o de las Administraciones Públicas.

II

Antes de comenzar a desarrollar la tesis que ha quedado formulada, conviene una precisión. Como el propio título indica, este breve estudio se centra en la vinculación a los *derechos fundamentales*. Pero uso esta expresión en *su sentido Jurídico-positivo*, es decir, con el significado que tiene en el Derecho constitucional español, i.e., en la vigente jurisprudencia constitucional. Para el supremo intérprete de la Constitución, derechos fundamentales son únicamente los reconocidos como tales en la sección 1ª del capítulo segundo del título primero de la Constitución, sección que comprende los artículos 15 a 29 de la norma fundamental, o quizás estos derechos y el de igualdad del artículo 14, pero no el de objeción de conciencia aunque éste sea accionable en amparo constitucional. Así resulta de una serie de Sentencias constitucionales que arranca de un paso del FJ 22 de la STC 11/81, de 8 de abril (3), y termina en las dos Sentencias sobre la Ley de objeción de conciencia, las SS TC 160 y 161/87, de 27 de octubre (4), con dos eslabones intermedios de especial importancia: la STC 76/83, de 5 de agosto, FJ 2-a (5), y la Sentencia 26/87, de 27 de febrero, FJ 4-a (6).

En esta evolución hacia un concepto restringido, por no decir restrictivo, de *derecho fundamental* han tenido peso indudable -y a mi modesto entender desmedido- los arduos problemas que plantea la reserva a la Ley orgánica del desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas contenida en el artículo 81.1 CE. Estas dificultades han impulsado al Tribunal Constitucional a una interpretación cada vez más angosta del alcance de la reserva y han acabado curiosamente, tras mucho batallar y no pocos refinados ensayos y tentativas hermenéuticas, en el más elemental *argumento a rubrica*. Nótese que, en efecto, las palabras *derechos fundamentales* aparecen únicamente en la rúbrica de la sección 1.ª, capítulo II, título I, de la CE, *de los derechos fundamentales y de las libertades públicas* (7).

Así pues, y esta es la precisión, cuando escribo *derechos fundamentales* me refiero a los canónicos y estrictos, los *derechos de la sección 1ª*. Pero obro así más que nada por comodidad de razonamiento, y consciente de que, si no todas, la mayor parte de las afirmaciones que siguen podrían aplicarse a los

demás derechos cuya eficacia vinculante pregonan el artículo 53.1 CE. Y no sólo a éstos: algunas de las consideraciones que seguirán pueden extenderse también a otros preceptos constitucionales que no proclaman derechos. Excede, sin embargo, de nuestro tema indagar las premisas y condiciones para semejante ampliación de la tesis que ahora intentamos explorar.

III

En la *primera esfera* de esta procesión plotiniana cuyo Sol inteligible es la Constitución habitan, decíamos, el legislador y el Tribunal Constitucional. No me parece arbitrario reunirlos. Si legislador y Tribunal Constitucional aparecen en consorcio, es porque, primero, la vinculación de ambos a los derechos fundamentales comparte un rasgo de gran importancia: la *inmediatez o inmediatividad*; y porque, además y sobre todo, me interesa esclarecer un problema relativo a la eficacia vinculante de estos derechos que exige considerar al legislador y al Tribunal Constitucional no aisladamente sino en relación.

Hagámonos, ante todo, una pregunta que, a primera vista, podría parecer sorprendente: ¿Son los derechos fundamentales verdaderos *derechos*? ¿Cuál es el sentido en que se les aplica la noción teórico-general de *derecho*?

Echemos una rápida ojeada a la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 24.1 CE de la Constitución, *selva selvaggia* propicia a insólitos encuentros. El artículo 24.1 da derecho a las personas identificables como interesadas en el expediente administrativo, en el escrito de interposición o en la demanda contencioso-administrativa a ser emplazadas directa y personalmente (8). El artículo 24.1 CE otorga igualmente a quienes recurren de nulidad un laudo dictado por árbitros de equidad el derecho de que el Tribunal Supremo se limite a ejercer Jurisdicción rescindente (9). El artículo 24.1 concede también derecho a que las partes puedan usar de los recursos establecidos por el legislador, aunque no a que puedan entenderse existentes recursos no previstos en las Leyes procesales (10). Asimismo, el artículo 24.1 inviste del derecho a que las Sentencias contengan una motivación «reconocible como aplicación del sistema jurídico» (11). El artículo 24.1, en fin, confiere derecho no sólo a la «remoción inicial de los obstáculos» que la Administración pueda oponer al efectivo cumplimiento de una Sentencia contencioso-administrativa firme, «sino que postula además que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, y que lo hagan, esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución» (12).

Obsérvese lo variado de los supuestos, la distancia de unos a otros, la amplitud del campo que abarcan, prácticamente todo el Derecho procesal. Casi ocho años de jurisprudencia constitucional sobre el artículo 24.1 CE han creado una verdadera retícula de posiciones jurídicas incluidas en la esfera de protección del artículo 24.1 y accionables en amparo, a modo de oasis en el ancho desierto del proceso. El verdadero derecho subjetivo, la genuina «situación de poder concreto atribuida o atribuible a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica, a cuyo arbitrio deja el ordenamiento su ejercicio y defensa», que es como, en su *Derecho civil de España*, definía don Federico DE CASTRO el derecho subjetivo (13), es el derecho del interesado identificable a que se le emplazase directa y personalmente, o el derecho de la parte procesal a una motivación reconocible como aplicación del sistema jurídico, o el derecho a que se admita el recurso a quien pretende utilizarlo, o el derecho a promover un incidente de ejecución para reaccionar contra cumplimientos aparentes que son en realidad inejecuciones indirectas de la Sentencia contencioso-administrativa. Parece así evidente que el artículo 24.1 CE, más que atribuir o reconocer un derecho subjetivo *in concreto* o unos derechos subjetivos *in concreto*, es una *fuentes* de muchos y muy

plurales derechos subjetivos con fuerza estructurante de un determinado ámbito existencial, que en el caso del artículo 24.1 podemos designar abreviadamente como «el proceso» (14). Pero una *fuerza* de la que continuamente mana agua nueva: la reciente STC 37/88, de 3 de marzo, FJ 7, ofrece un ejemplo particularmente deslumbrante de ello al reconocer el derecho del condenado que recurre en casación defendido de oficio a que se le comuniquen las decisiones de los Letrados que se le asignen -y del Fiscal- acerca de si el recurso puede o no sostenerse (15).

Quizás pueda objetarse que esta descripción se ajusta al artículo 24.1 CE que declara un derecho fundamental de muy singulares características, pero que no sucede lo mismo con otros derechos fundamentales. Ciertamente, conviene distinguir entre unos y otros derechos. A veces se tratará de diferencias de esencia que derivan de la cosa *misma*, pero otras veces las diferencias serán *per accidens* o contingentes y dependerán del mayor o menor número de recursos que se hayan admitido y del mayor o menor número de ocasiones en que el Tribunal se haya pronunciado: el número y frecuencia de los pronunciamientos hace más probable la tendencia hacia los *derechos fundamentales-fuente*. Sin embargo, cualquier derecho fundamental lleva en su seno el germen de esta tendencia: nos encontramos ante un verdadero rasgo definitorio. Ahora bien, el demiurgo de los *derechos fundamentales fuente* es el Tribunal Constitucional. O formulado de otro modo: la jurisprudencia constitucional se caracteriza, y *debe* caracterizarse, por su resistencia a señalar confines precisos a los derechos fundamentales para que puedan seguir siendo mina y venero. Visto el fenómeno en perspectiva normativa, *derechos fundamentales-fuente* equivalen a normas constitucionales sobre derechos fundamentales con apertura máxima, más elevadamente *open-textured*. Y, aunque suene a paradoja, es función muy principal de la jurisprudencia constitucional -insistamos en ello- mantener y aun preservar esa indeterminación, esa difuminación de contornos, esa pródiga cuanto fecunda imprecisión de las normas de la Constitución sobre derechos fundamentales. Extremando la paradoja, podría decirse que el «deber» de preservar la indeterminación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales no es sino otro nombre del «deber» de prudente contención o *self-restraint* (16).

Veamos otro ejemplo referido ahora a la libertad sindical, artículo 28.1 CE. La reciente STC 51/88, de 22 de marzo, FJ 5, resume así una de las maneras en que el Tribunal ha obrado para convertir a la libertad sindical en fuente inagotable de *Rechtspositionen*, de posiciones jurídicas concretas: el artículo 28.1 CE encierra *derechos de actividad* de los sindicatos (negociación colectiva, promoción de conflictos) que constituyen un «núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical». Pero, junto a éstos, «los sindicatos pueden ostentar *facultades o derechos* adicionales atribuidos por normas infraconstitucionales que pasan a integrar el contenido del derecho», de tal suerte que

«el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por esos *derechos o facultades* básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho, de forma que los actos contrarios a esos otros derechos o facultades adicionales sí pueden calificarse de vulneradores del derecho fundamental».

No interesa disputar aquí acerca de la solidez dogmática, o incluso acerca de la base constitucional, de esa distinción entre *contenido esencial* y *contenido adicional* del derecho a la actividad sindical, que representa una de las más importantes vertientes del derecho fundamental de libertad sindical, una de cuyas consecuencias es que una ínfima norma reglamentaria pueda crear posiciones jurídicas a favor de los sindicatos que queden incluidas en la esfera de protección del artículo 28.1 CE y sean así de posible tutela mediante el amparo constitucional. Si destaco esta -para mí- discutible línea jurisprudencial (17), es como testimonio de que el Tribunal no es inconsciente de que está modelando *derechos fundamentales fuente*. Es sintomática de la oscilación expresiva «*facultades o derechos* adicionales», «*derechos* o facultades

básicas que las normas crean y puedan alterar o suprimir».

Otro ejemplo aún. El artículo 18.3 CE dice: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.» Este precepto ha sido comentado, de forma verdaderamente ejemplar, por el profesor JIMENEZ CAMPO (18). Afirma JIMENEZ CAMPO (19) que el artículo 18.3 de la Constitución «crea un derecho subjetivo que vale sólo, como tal pretensión inmediatamente exigible, frente a los poderes públicos, únicos sujetos, por lo demás, para los que adquiere sentido el inciso final (*salvo resolución Judicial*) del precepto. Se trata, pues, de un derecho de defensa frente al Estado (...) que se concreta en una norma impeditiva del actuar público si no es a través del cauce dispuesto en la Constitución».

Parece, pues, que nos encontramos ante un derecho subjetivo bien perfilado, con una clara tipicidad y consistencia interna, y no ante un hontanar del que fluyen múltiples situaciones de poder concreto que serían los verdaderos derechos subjetivos. Sin embargo, unas páginas antes (20) el comentarista afirma, citando la jurisprudencia del TEDH, caso *Golder*, que cuando se trata de presos, el artículo 18.3 les confiere el derecho a que no se les apliquen arbitrariamente las normas reguladoras del régimen de comunicaciones e incluso les otorga un derecho a comunicar. Y por otro lado, la STC I 14/84, de 29 de noviembre, la más importante de las sentencias sobre el artículo 18.3 CE, afirma en su FJ 7 que el artículo 18.3 «se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad de la comunicación por terceros (públicos o *privados*: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma». Huyendo de la tentación de caer (o de caer antes de tiempo) en el tremedal de la *Drittwirkung*, he de señalar que, en mi opinión, la concesión de *Drittwirkung* inmediata a un derecho fundamental (es decir, su directa eficacia y oponibilidad en las relaciones entre particulares) representa un auténtico cambio cualitativo en su alcance y sentido. Entre otras cosas, la *Drittwirkung* facilitaría evidentemente que el derecho del artículo 18.3 se convirtiera en *derecho fuente*.

Terminemos ya con los ejemplos. Preguntémonos ahora: ¿qué nos enseñan estos ejemplos cuando consideramos la relación entre legislador y Tribunal Constitucional?

La posición que el constituyente otorga al Tribunal Constitucional le permite a éste determinar la forma e intensidad con que el legislador está vinculado a los derechos fundamentales. Pero cuando precisa de qué manera y en qué grado está el legislador vinculado a los derechos fundamentales, el Tribunal expresa justamente su *propia vinculación* a los derechos fundamentales. Al describir más precisamente la forma en que este fenómeno se realiza, queda al propio tiempo demostrado por qué no es contingente sino necesaria la tendencia de los derechos fundamentales a convertirse en *derechos fuente*, o lo que es lo mismo, en formas singulares de creación jurídica en determinados ámbitos o esferas vitales.

En un reciente estudio, titulado *Conceptos clave del Derecho constitucional*, que considero una aportación de suma fuerza esclarecedora para el Derecho constitucional, alemán y no alemán, Erhardo DENNINGER ha llamado la atención acerca de la producción de una *Constitución izo escrita* por el Tribunal Constitucional mediante la elaboración y uso de una serie de conceptos y figuras de argumentación, que han hecho disminuir la importancia (y a veces han ocasionado la pérdida de sentido) de las tradicionales garantías del Estado burgués de Derecho (21). Una de las más señaladas características históricas del Estado burgués de Derecho es la que podía llamarse *positividad enérgica de la Ley*. La definición del interés general por el legislador y la delimitación del derecho de los particulares aparecían hechas de modo definitivo, concluyente, irrepreensible, inapelable, indiscutible, evidente. Como señala DENNINGER (22), en este modelo la *desobediencia civil* o el *derecho de resistencia* «podían constituir objeto de discusión para los politólogos y los sociólogos; pero no ofrecían particularidad alguna para los juristas: las acciones de *desobediencia civil*, que violaban el derecho vigente, eran, sin más, acciones ilegales. La invocación a una legitimidad más allá de la legalidad era impertinente». Una de las facetas capitales de esta forma del Estado de Derecho, la tradicional en Europa, viene formulada de mano maestra en la célebre nota de

CARRÉ DE MALBERG al informe que KEI..SEN presentó en 1928 al Instituto Internacional de Derecho Público sobre *La Justicia constitucional* (23). Podía predicarse una *positividad enérgica* en la Ley porque, decía CARRÉ, «lo que el legislador decidía era decisión legislativa del pueblo, es decir, no de una autoridad que hubiera recibido un encargo del pueblo, sino del mismo soberano». Y, añadía CARRÉ, « el soberano es siempre igual a sí mismo. Esté el cuerpo de ciudadanos idealmente representado por un constituyente o esté representado por el legislador ordinario, es siempre el mismo señor el que obra. Y como este señorío no padece cambio cualquiera que sea la denominación -Ley o Constitución- con que se ejerce, no puede concebirse racionalmente que una tercera autoridad sea llamada a interponerse entre el soberano y autor de la Constitución, y un legislador que, a su vez, es idéntico a este soberano» (24).

Estos tiempos han pasado, también entre nosotros. El modelo tradicional no da cuenta de la realidad. La potestad legislativa tiene «límites intrínsecos». «Las Cortes no pueden (...) colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente», pues la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente, el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución, custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos». Este pasaje, verdadero epítome de un imaginario *Anti-Carré de Malberg*, pertenece al FJ 4 de la Sentencia de la LOADA, la STC 76/83, de 5 de agosto.

Pues bien, para DENNINGER, al que seguiremos con alguna libertad, el *modelo II*, el que corresponde a nuestra Constitución, se caracteriza, entre otros, por estos dos rasgos básicos: *primero*, la afirmación resuelta de la *unidad de la Constitución*, concebida como orden objetivo de valores, que aboveda (*überwölbt*) lo mismo la parte orgánica que la relativa a derechos fundamentales; y, *segundo*, el efecto recíproco o interactivo (*Wechselwirkung*) entre derecho fundamental y Ley. Este *efecto recíproco* determina que en cada supuesto particular la línea exacta por donde haya de pasar el límite del derecho fundamental ya no quepa inferirla ni del texto de la Ley, ni del propio texto de la Constitución. Esa línea es obra de la lógica del caso concreto; y la traza el Tribunal Constitucional con todos los riesgos inherentes a semejante modo de proceder (25). Por consecuencia de todo ello, la Ley pierde positividad: la legalidad o ilegalidad de una conducta ya no es el *punto final*; lo que manda el legislador ya no es lo definitivo, irreprochable, inapelable. La *desobediencia civil* frente al mandato del legislador, la conducta ilegal, puede justificarse jurídicamente en virtud de un derecho más alto. Porque puede ser que la correcta interpretación de la Constitución dé la razón al desobediente frente al mismísimo legislador. De este modo, la desobediencia civil pasa a ser una figura jurídica (26). Tal pérdida de positividad de la Ley ha sido reconocida por nuestra doctrina. Me limitaré a recordar estas palabras del Magistrado del Tribunal Constitucional don Luis DIEZ-PICAZO (27):

«En el fuego cruzado de la Constitución como norma, y como norma jurídica directamente aplicable, se produce el menguante de la Ley: la Ley zarandeada y la Ley con escasa dosis de *auctoritas*.»

En el Estado constitucional de Derecho contemporáneo hay, pues, *eine strukturelle Rechtsunsicherheit*, una inseguridad jurídica estructural, «en el sentido», puntualiza DENNINGER, «de una fuerza vinculante del orden legal puramente provisional y condicionada» precaria incluso mientras no reciba *confirmatio* constitucional (28). Pero lo que ahora nos interesa es describir *una* forma de «inseguridad jurídica estructural»: precisamente la derivada de la vinculación del legislador -y de la vinculación del Tribunal Constitucional- a los derechos fundamentales. Ante todo, ¿cómo actúa el Tribunal sobre los productos legislativos cuando examina hasta qué punto éstos respetan la vinculación constitucional del legislador a los derechos funda-

mentales?

Empleando las certeras palabras de DENNINGER, cuando el Tribunal Constitucional examina los actos del legislador para decidir hasta qué punto respetan aquella vinculación, lo que hace es abrir un nuevo plano de discusión, un «*metaplano*» (literal traducción de la palabra que emplea DENNINGER, *Meta-Ebene*) (29). La apelación a la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, «abre un plano de discusión hasta entonces cerrado». Mejor dicho: *abre* un plano superior de examen al que se *remite* la discusión (30).

Este *metaplano* se caracteriza por la existencia de una bipolaridad (fundamento axiológico de la limitación *versus* valor que subyace al derecho fundamental limitado, por ejemplo), que crea un campo de tensión en que la Ley limitativa tiene que justificarse suficientemente (aun cuando este «suficientemente» puede representar intensidades distintas) frente al valor encarnado en el derecho fundamental que le sirve de contrapolo. DENNINGER demuestra el carácter *formal* y sobre todo *relacional* de los que denomina «conceptos constitucionales clave». Y hace la siguiente e importante advertencia: estos conceptos *no* proporcionan «un patrón de medida de *contenido* seguro e inmediatamente aplicable» (de ahí su carácter *forma*. Dado su alto grado de complejidad y abstracción, señalan solamente una «tendencia a la consideración de determinadas estructuras en una ponderación valorativa, pero no contienen ni una clara definición de los bienes jurídicos ni una indicación de su importancia» (31). En su estructura bipolar, *relacional*, carecen de perfiles precisos y señalan sólo cuna tendencia», la «orientación a un ideal». «La plena irradiación del significado de un derecho fundamental en el orden jurídico»: *was ist das?*, ¿qué es esto?, se pregunta DENNINGER (32). «Mantener toda la eficacia posible de la intervención judicial que [sea] compatible con la voluntad, también de la Constitución, de posibilitar la suspensión singular de estos derechos»: ¿qué es esto?, podríamos preguntarnos nosotros (33). «La fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo»: ¿qué es esto? (34). «La autonomía universitaria es la dimensión constitucional de la libertad académica que garantiza y completa su dimensión individual, constituida por la libertad de cátedra»: ¿qué es esto? (35).

Esto es que el Tribunal Constitucional ha *abierto* un nuevo y superior plano de examen y ha *remitado* a él la norma impugnada. *Esto* significa que ha creado un campo de tensión bipolar y que, elevado a este *metaplano*, el producto del legislador necesita justificarse, ante todo según consideraciones de valor. *Esto* significa que, en este plano, las cosas no están delimitadas con precisión, sino que quedan envueltas en una atmósfera de orientaciones valorativas. *Esto*, en fin, significa que, tras su elevación y paso por el *metaplano*, la Ley ya no es la misma, no vuelve como llegó, sobre todo ya no vale por sí misma -como obra autojustificada de la representación popular-, sino por *su confirmatio* constitucional.

Llegados a este punto, es observable una poco inesperada convergencia entre el carácter *frontal*, de fuente, que presentan los derechos fundamentales y las virtualidades productivas de la apertura del *metaplano* y de la remisión a él de los productos legislativos por obra de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. El carácter *frontal* y el *metaplano* son dos fenómenos de una única *cosa en sí*. También podría sostenerse que son dos maneras de describir la operación del Tribunal Constitucional, lo que equivale a afirmar que la «pérdida de positividad» de la Ley y la «inseguridad jurídica estructural» son otras tantas formas de expresar que éste es el impacto del Tribunal Constitucional -creador de Derecho- sobre el orden legal o, expresado metafóricamente, el precio de que la Constitución sea la norma jurídica suprema, ese -para nosotros españoles- nuevo continente cuyo Adelantado Mayor fue el profesor GARCIA DE ENTERRIA (36). Como ha escrito recientemente el Magistrado del Tribunal Constitucional don Francisco RUBIO LLORENTE, la introducción de la jurisdicción constitucional en Europa ha supuesto una «transfor-

mación de la estructura ordinamental»: los Tribunales Constitucionales europeos «están creando un Derecho que se aparta radicalmente del modelo que hasta ahora era el nuestro». Nuestro Derecho, concluye RUBIO LLORENTE, « se convierte de manera creciente en un derecho de juristas cuya ignorancia resultará cada vez más difícil no aceptar como excusa de su cumplimiento» (37).

Planteadas así las cosas, la pregunta por la vinculación del Tribunal Constitucional a los derechos fundamentales puede formularse y quizá contestarse con mayor exactitud. La vinculación se produce y se manifiesta al mismo tiempo en que el Tribunal Constitucional hace efectiva la vinculación a los derechos fundamentales de los demás poderes (y especialmente del legislador), es decir, cuando crea jurisprudencia constitucional. La única forma de « reducir» la *inseguridad* jurídica estructural nacida de este modo de vinculación es el atenuamiento del Tribunal Constitucional a su propia jurisprudencia. Pero este atenuamiento no puede ser absoluto, como es lógico. Por razones del todo obvias, no se puede ni se debe excluir los cambios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (38). Para conciliar ambas exigencias, habrá que pedir no sólo que el Tribunal Constitucional razone los cambios de su jurisprudencia, sino que los declare expresamente e, incluso, los avise con suficiente antelación. De nuestro Tribunal puede decirse que, en general, razona los cambios de su jurisprudencia, pero lo reconoce expresamente en escasas ocasiones (39). El aviso lo ha utilizado en alguna aislada ocasión, pero, desde luego, sin exceso (40).

IV

¿Cuál es el modo de vinculación de Jueces y Tribunales del Poder Judicial a los derechos fundamentales? La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 ha contribuido a precisar los términos en que esta pregunta ha de ser formulada.

Según el artículo 7.1 de esta Ley, los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I de la Constitución vinculan «en su integridad a todos los jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos. Y según el apartado 2 del propio artículo, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución, es decir, los accionables en amparo, se reconocerán en todo caso de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar su contenido. Estos preceptos plantean algunas dificultades de interpretación, considerados en sí mismos y en relación con el artículo 5.1 de la propia LOPJ, de las que no trataremos aquí (41). Nos reduciremos a un brevísimo apunte sobre las palabras «*contenido constitucionalmente declarado*» que, acabamos de ver, utiliza el artículo 7.2 LOPJ.

La expresión la ha tomado el legislador de la LOPJ del artículo 55.1. b) LOTC. Según este precepto, uno de los pronunciamientos posibles de la Sentencia que conceda el amparo es, justamente, el de reconocer el derecho o libertad pública «de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado». Este contenido «declarado constitucionalmente» no puede ser otro que el que haya fijado el mismo supremo intérprete «en todo tipo de procesos», por emplear una expresión de otro artículo de la LOPJ, el artículo 5.1, que prescribe, asimismo, que esa interpretación vincula a jueces y Tribunales del Poder Judicial.

Pues bien: la vinculación de los jueces y Tribunales a los derechos fundamentales se produce *individualmente*, con referencia a cada juez o Tribunal. Pero esta *vinculación individualizada* a los derechos fundamentales, que se actualiza ante todo en las Sentencias y en las demás resoluciones judiciales, no es inmediata -como sucede en la del legislador o la del Tribunal Constitucional-, sino *mediata* en el sentido siguiente: está necesariamente *mediada* por el legislador (o, más extensamente, por las normas jurídicas infraconstitucionales) y por el Tribunal Constitucional. Pero esta mediación *no es incondicionada*, aunque su

condicionamiento -y, por tanto, el grado y forma de vinculación- varíe según los casos. A más de ello, en el análisis de la vinculación judicial a los derechos fundamentales es de máxima importancia el tipo de relación justiciable, y especialmente el que se trate de relaciones uno de cuyos términos es un poder público que pretende intervenir sobre un derecho fundamental o bien que la relación se trabee entre particulares (lo que remite al problema de la *Drittwirkung* en derechos fundamentales).

a) Frente al *Tribunal Constitucional*, los jueces y Tribunales no tienen en principio más que someterse. Los derechos fundamentales les vinculan «de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado», lo que ya sabemos que significa: conforme a la interpretación que de tales derechos haga el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. No hay aquí *tensión* con la independencia judicial que la CE garantiza (arts. 24.2 y 117.1 CE). Esa independencia es perfectamente conciliable con la supremacía hermenéutica del Tribunal Constitucional. Los Jueces y Tribunales son -cierto- intérpretes de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales e intérpretes *independientes* cada uno de ellos; sólo que esa independencia han de ejercerla respetando los pronunciamientos del intérprete supremo, sin entrar a dilucidar ahora si las Sentencias y demás resoluciones del Tribunal Constitucional son o no fuente formal de Derecho y de qué tipo. Si un juez o Tribunal disiente de la interpretación que el Tribunal Constitucional da a un derecho fundamental y entiende que su vinculación a ese derecho le exige otra interpretación distinta, no le queda más que sostenerla a su propio riesgo y ventura y confiar en que lo poderoso de sus razones logre persuadir al Tribunal Constitucional para que mude su jurisprudencia. Ahora bien: esto mismo puede hacerlo cualquier ciudadano. A cualquier ciudadano le cabe, en efecto, aducir en un litigio una propuesta hermenéutica contraria a la jurisprudencia constitucional con la esperanza de modificar ésta. La mediación que la vinculación judicial a los derechos fundamentales experimenta a través de la jurisprudencia constitucional -indirectamente expresiva del modo en que el propio Tribunal Constitucional se entiende vinculado a los derechos fundamentales- está caracterizada así por una neta sumisión. Los Jueces y Tribunales, en suma, están vinculados a los derechos fundamentales según los interpreta el Tribunal Constitucional.

b) No sucede lo mismo respecto al *legislador*. Una norma legal incidente sobre un derecho fundamental presupone necesariamente una determinada manera en que el legislador entiende que está vinculado a los derechos fundamentales. Los jueces y Tribunales están sometidos al imperio de la Ley (art. 117.1 CE) y, por tanto, su vinculación *individualizada* a los derechos fundamentales (entendida como posibilidad de hacer valer su propia concepción del significado y alcance del derecho fundamental en causa) puede entrar en conflicto con la sumisión a la Ley que el constituyente les impone, y a través de ella con el modo en que el legislador se estima vinculado a los derechos fundamentales. El *conflicto de vinculaciones* se encauza mediante la concesión de todo juez o Tribunal de la potestad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Esta potestad representa la más acabada expresión de la *Vinculación individualizada* a la Constitución de jueces y Tribunales, que, a su vez, casa con la independencia judicial que nuestra Constitución garantiza. Puede afirmarse, por tanto, que la cuestión de inconstitucionalidad es la cifra de la independencia judicial garantizada por la Constitución y, al propio tiempo, el instrumento para ella. En materia de derechos fundamentales, la cuestión de inconstitucionalidad aparece como la técnica mediante la que el juez defiende su privativa y peculiar concepción de la vinculación a los derechos fundamentales (expresada a través de la duda sobre la constitucionalidad de una norma legal) frente a la pretensión ínsita en todo acto legislativo de que el juez aplique, en virtud de su sumisión al imperio de la Ley, la norma legal que es portadora del modo en que el legislador se entiende vinculado a los derechos fundamentales (42).

Así pues, la formulación razonada de este conflicto de vinculaciones mediante auto, autoriza al juez a entender suspendido su deber de fallar mientras el Tribunal Constitucional no se pronuncie. Cuando éste lo haga, tanto estimatoria como desestimatoriamente, la vinculación del juez o Tribunal al derecho funda-

mental (o a otro precepto constitucional) habrá quedado mediada de nuevo por la doctrina del *guardián de la Constitución* (y en la cuestión de inconstitucionalidad, un tanto paradójicamente, también *protector de la Ley*) (43). Con la cuestión de inconstitucionalidad, el juez o Tribunal tiene en su mano el poder de elegir -según plantee o no la cuestión- el mediador de su vinculación a los derechos fundamentales (o a otra norma constitucional), el legislador o el Tribunal Constitucional. No se entienda lo anterior en el sentido de que el juez o Tribunal pueda elegir mediador a su capricho. Por el contrario, la presencia de la duda de constitucionalidad (la patencia del conflicto de vinculaciones) le *obliga* a plantear la cuestión (44).

c) Ahora bien, la sujeción de los jueces y Tribunales al imperio de la Ley no alcanza sólo a la Ley formal, aunque a ella se predique eminentemente. El juez está vinculado a toda norma escrita, a la Ley en sentido amplio o material (45). Lo que sucede es que no está vinculado con la misma intensidad a la norma con fuerza formal de Ley que a la norma reglamentaria. Cuando se trata de las primeras, sólo le cabe plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Si, en cambio, se trata de una norma reglamentaria inconstitucional (o meramente ilegal o, incluso, contraria sólo a una norma reglamentaria de rango superior), el artículo 6 LOPJ le otorga el poder de inaplicada. Este poder lo ostenta cualquier juez o Tribunal de cualquier orden jurisdiccional. Únicamente, el orden contencioso-administrativo tiene el poder no ya de inaplicar, sino de *invalidar* reglamentos inconstitucionales (y, por supuesto, también los ilegales o contrarios a una norma reglamentaria de grado superior) (46). No se ha subrayado debidamente la importante función de garantía de la Constitución que desempeña la jurisdicción contencioso-administrativa cuando invalida normas reglamentarias directamente inconstitucionales, pese a que ya KELSEN se mostró favorable a incluir la invalidación de normas reglamentarias dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional (47).

Cualquier Juez o Tribunal, pues, podrá inaplicar cualquier disposición reglamentaria que viole, según su criterio, un derecho fundamental. La vinculación judicial al derecho fundamental (y, en general, a la Constitución o, sin más, a la norma de rango superior) es, acabamos de decirlo, más fuerte que su vinculación a la norma reglamentaria inconstitucional (o en general contraria a una norma superior). Ahora bien, esta vinculación más débil queda sobrepujada, pero no aniquilada. Su última forma de manifestación es el deber de motivar la inaplicación. Será, pues, irregular una inaplicación no fundamentada de una norma reglamentaria a la que se reprochaba -sin razonamiento alguno- inconstitucionalidad, ilegalidad o infracción de una norma reglamentaria de grado superior.

Se refiere cuanto llevamos dicho hasta ahora a relaciones uno de cuyos términos es un poder público. Veamos ahora lo que sucede con la vinculación de jueces y Tribunales a los derechos fundamentales cuando se trata de relaciones *inter privados*. Nos las habemos, pues, con el problema arduo e importante de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Sin embargo, el haber expuesto en otro lugar con el profesor JIMENEZ-BLANCO algunas consideraciones sobre esta cuestión (48), en la que he reincidido recientemente (48), me dispensa, creo, de hacer otra cosa que una brevísima referencia a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia para subrayar luego lo que tiene verdadera relación con el asunto de que aquí tratamos.

Nuestro Tribunal ha venido rehuyendo con empeño los pronunciamientos generales sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, ante todo mediante el expediente de afirmar que la violación del derecho fundamental es imputable al juez o Tribunal que no lo protegió debidamente, según un esquema de razonamiento de resonancias más bien alemanas (50), pero en que, asimismo, cabe percibir algún eco de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre la *state action*, a la que BLACK ha motejado poco piadosamente de *a conceptual disaster area* y TRIBE de campo en el que no es posible construir doctrina, sino anti-doctrina (51). Ahora bien: si al órgano jurisdiccional le es imputable un déficit de protección del derecho fundamental es porque el derecho fundamental

debía ser protegido, lo que es tanto como *dar por supuesto* que debía ser canon de valoración y pauta de medida en las relaciones entre particulares. Pero el artículo 44.1 LO TC exige como condición de procedibilidad del amparo contra actos y omisiones de jueces y Tribunales que la lesión del derecho tenga «origen *inmediato y directo*» en la conducta positiva o negativa del órgano jurisdiccional. Y sin discutir que el déficit de protección del derecho sea imputable al juez o Tribunal, la lógica obliga a aceptar que la lesión inicial u originaria del derecho se produjo en la relación *inter privados* (52).

En otro lugar he sostenido con el profesor JIMÉNEZ-BLANCO que, aunque unos se presten a ello mejor que otros, casi todos -por no decir todos los derechos fundamentales son susceptibles de *Drittwirkung* (53). Si la decisión de dotarles de *Drittwirkung* la toma el legislador, por ejemplo, al reformar el Código Civil o el Derecho de Sociedades, esto lo hará dentro de una perspectiva general y amplia, ponderando su incidencia en todo un ámbito vital y componiendo «políticamente» los intereses en presencia. Si la decisión de conceder *Drittwirkung* a los derechos fundamentales la adopta el Tribunal Constitucional, nuestra tesis es que debe fundamentar explícitamente esta opción y no sostenerla con la finta del *déficit* de protección judicial (54). Se trata de una opción seria, pues representa un cambio esencial en el sistema y función de los derechos fundamentales, que el intérprete supremo habrá de hacer con mucho tiento. En cambio, no se debería dar sin más por bueno que un juez o Tribunal (incluso el Supremo) se entendiera investido al mismo nivel que el legislador o el Tribunal Constitucional, con la facultad originaria de conceder o no conceder *Drittwirkung* al aplicar el derecho en casos concretos, que pueden ir desde la sucesión nobiliaria a la propiedad horizontal, pasando por el nombramiento de los administradores de una sociedad. Admitir irrestrictamente semejante proceder en un sistema jurídico como el nuestro constituiría una elevación del nivel de *inseguridad jurídica estructural* hasta extremos no fácilmente soportables y agudizaría, hasta afectar al mismo principio democrático, la *pérdida de positividad* de la Ley en menoscabo de la posición constitucional de la representación popular. La *Drittwirkung* inmediata, en manos de jueces y Tribunales, supondría, por ejemplo, otorgarles la posibilidad de resolver pleitos *civiles sub specie* de delimitación, coordinación y resolución de colisiones de derechos fundamentales de las partes. Como dice el mismo DENNINGER -aunque en otro trabajo que el antes citado (55)-, «la seguridad jurídica del ciudadano quedaría inevitablemente entregada al arbitrio de una *kasuistischen Rechtskonkretisierung*, una concretización jurídica casuística».

Todas estas consideraciones se dirigen a un punto bien preciso: cuando se trata de relaciones *inter privados*, la *mediación* de la vinculación de los jueces y Tribunales a los derechos fundamentales debe entenderse que cobra una singular intensidad. Quiero decir con ello que los jueces y Tribunales deben adoptar una línea de prudente continencia o *self restraint* en las decisiones que puedan entrañar extensión de los derechos fundamentales a las *relaciones inter privados*, limitando el reconocimiento de la *Drittwirkung* a aquellos ámbitos en que *de forma clara el constituyente, el legislador o el Tribunal Constitucional lo hayan hecho posible y en la estricta medida en que lo hayan hecho posible* (56). Los casos en que un juez o Tribunal puede reconocer u otorgar

Drittwirkung inmediata por existir base constitucional expresa para ello son escasos y algunos discutibles. Un ejemplo es el derecho de igualdad plena entre cónyuges (art. 32.1 CE). Los casos de *Drittwirkung* concedida por el legislador (*Drittwirkung* mediata para el juez) son más numerosos: hay muchos ejemplos en las leyes laborales posconstitucionales. Veamos ahora algún ejemplo en la reciente jurisprudencia constitucional. Citaré sólo tres casos que me parecen particularmente llamativos, aunque no son, ni mucho menos, los únicos que podrían traerse a colación.

La STC 170/87, de 30 de octubre, resuelve un curioso caso. El primer *barman* de un hotel canario decidió dejarse barba, a lo que se opuso el empleador. Ante la reiterada negativa del trabajador a quitársela, le sancionó dos veces con suspensión de empleo y sueldo y finalmente le despidió. El trabajador sostenía que el artículo 18.1 CE (derecho a la intimidad y a la propia imagen) amparaba su decisión de

dejarse barba frente al ejercicio del poder disciplinario del empresario. En su FT 4, la Sentencia reconoce que la vulneración de los derechos del artículo 18.1 CE «no sería imputable a las resoluciones judiciales, sino a *la decisión del empresario*, adoptada en el marco de un contrato de trabajo, de que el trabajador por estar en contacto directo con los clientes se afeitase la barba». En el párrafo siguiente, sin embargo, la Sentencia reitera la forma de planteamiento usual en la jurisprudencia constitucional: «es la desprotección de tales derechos [los del art. 18.1 CE] por las Sentencias impugnadas lo que se recurre en amparo». La Sentencia deniega el amparo y su *ratio decidendi* es que la «decisión personal sobre su apariencia física» adoptada por el *barman* «trasciende de la esfera estrictamente personal para pasar al ámbito de las relaciones sociales y profesionales». Lo que hay que resolver, por tanto, es «si esa decisión [sobre la apariencia personal] puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales». La respuesta es afirmativa: puede condicionarse y, de hecho, la prueba por el empleador de que existía el uso local en el sector de hostelería de que los empleados que tengan contacto con los clientes permanecieran afeitados le supuso al *barman* perder el pleito en la vía laboral y luego en la constitucional. Es importante señalar que lo determinante es la apreciación del marco *concreto* en que se pretende el respeto e indemnidad para el supuesto acto de ejercicio del derecho fundamental frente a otro particular. El Tribunal Constitucional pondera, por un lado, las exigencias de la relación laboral en los *barman* de la Gran Canaria (ésta es la función argumental de la invocación del uso local y, por otro, el capricho de dejarse barba, en amparo del cual se había invocado el artículo 18.1 CE (57).

Una formulación aún más precisa de esta exigencia de *enmarcamiento* (digámoslo así) *en un orden concreto* es la STC 6/88, de 21 de enero. Esta Sentencia, además de hacer pronunciamientos de gran trascendencia sobre los derechos de libre expresión y de libre comunicación y recepción de información veraz, reconoce la eficacia configuradora de la relación laboral sobre los citados derechos fundamentales. Dice así su FJ 6: «El ejercicio por el actor de su libertad de información se hubo de enmarcar, sin embargo, en el específico ámbito de derechos y obligaciones correspondientes a la legislación laboral», de manera que «esta libertad (...) no podrá invocarse lícitamente para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas, pero tampoco los principios que informen a estas últimas, y que preservan el correcto y leal cumplimiento por las partes de sus obligaciones respectivas podrán entenderse en términos tales que se impida, más allá de los imperativos impuestos por el contrato, el ejercicio de la libertad civil que la Constitución preserva». Nótese la suma prudencia con que el Tribunal, casi *sub conditione*, concede *Drittwirkung* a la libertad de expresión o información en la esfera de las relaciones laborales.

El último ejemplo que citaremos es el de la STC 51/88, de 22 de marzo, que ya hemos traído a colación antes para otro propósito. El FJ 1 de esta Sentencia, al identificar el acto de poder público contra el que se dirige el amparo (ya que, como es sabido, éste sólo puede pretenderse frente a violaciones del derecho fundamental atribuibles a un poder público de acuerdo con el art. 41.2 LOTC), razona lo siguiente: como las mesas electorales -en las elecciones para órganos de representación de los trabajadores en las empresas- no pueden incluirse entre los poderes públicos, hay que estimar recurrida la Sentencia de la Magistratura de Trabajo « a la que habrá que imputar, en su caso, las vulneraciones pretendidas, en concreto, la desprotección de los derechos fundamentales». Pero agrega esto:

«La construcción técnico-procesal del amparo en los artículos 41 a 43 de la LOTC obliga, pues, a incluir este proceso en el marco del artículo 44, excluidos, como están, directamente del recurso de amparo los actos que no proceden de poderes públicos; *ello no impide hablar de que estos actos de "particulares" puedan suponer lesión de derechos fundamentales como los aquí aducidos*, pues tal es una forma de expresión que el propio legislador orgánico ha empleado a propósito de la libertad sindical, concretamente en el artículo 13 de la LOLS; pero, por las exigencias técnico-procesales referidas, el recurso de amparo sólo es viable si, en caso de lesión de la libertad sindical por persona o entidad privada, media un acto judi-

cial que no repare las lesiones supuestamente verificadas (o si media acto de cualquier otro poder público reiterativo o no reparador de la lesión previa, si tal hipótesis de intervención de otro poder público que no sea el judicial se diera).»

A nuestro juicio, ésta es una pulcra formulación de los términos de principio en que el asunto ha de plantearse. Esperemos que cuando al Tribunal Constitucional le llegue la hora de decidir si concede o no *Drittwirkung* a un derecho fundamental -ya hemos visto que en el derecho de libertad sindical ha cooperado el legislador- exteriorice cumplidamente las razones por las cuales se inclina en un sentido u otro (58).

Y así pasamos a la tercera y última esfera: la Administración. Nos limitaremos a unas pocas pinceladas.

V

La vinculación de la Administración a los derechos fundamentales (y a la Constitución en general) es, asimismo, mediata, pero no individual, sino global. Para la Administración, la mediación legislativa es *absoluta*. Como ningún órgano administrativo tiene la potestad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, los órganos de la Administración no pueden hacer valer frente al legislador su propia concepción de la vinculación a los derechos fundamentales y en general a la Constitución. Es factible, pues, afirmar que la Administración no tiene concepción propia de la vinculación a los derechos fundamentales: se limita a ejecutar la del legislador. Se trata de una consecuencia evidente del principio de legalidad. El funcionario que suspendiera la ejecución de una Ley, por suponerla inconstitucional, podría entenderse que comete el delito del artículo 377 del Código Penal. Le sería lícito, sin embargo, defenderse en el proceso penal, aduciendo la inconstitucionalidad de la Ley. El Tribunal penal podrá plantear cuestión de inconstitucionalidad y, si es estimada, cabrá la absolución.

Pero, además, la vinculación de la Administración a los derechos fundamentales y a la Constitución en general, tiene carácter *global*, vale decir, es una vinculación que ha de predicarse a la organización como un todo y no de cada uno de sus órganos, a diferencia de lo que sucede con jueces y Tribunales. En consecuencia, los órganos inferiores no pueden pretender hacer valer sus propias concepciones constitucionales respecto a los órganos superiores. Si el inferior se obstina en hacerlo, puede cometer, amén de grave falta disciplinaria, el delito de desobediencia del artículo 369 del Código Penal. Es razonable pensar, con todo, que la palabra *Ley* del párrafo segundo de este precepto penal habrá de interpretarse, entendiéndose que incluye la Ley constitucional, la Constitución. Por tanto, el inferior quedará exento de responsabilidad criminal al menos cuando la orden del superior constituya «infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto» de la Constitución. Habrá, pues, una cierta revitalización de la *vinculación individual* a los puros efectos de defenderse en el proceso penal -lo mismo se diga de un eventual procedimiento disciplinario o de cualquier otro de exacción de responsabilidad-, haciendo valer la inconstitucionalidad de la orden desobedecida (59).

La vinculación *global* de la Administración significa, pues, que corresponde a los órganos superiores de cada Administración, según la distribución interna de competencias, la determinación -dentro de la Ley, de lo resuelto por el Tribunal Constitucional y de lo decidido por Jueces y Tribunales- de cómo entienden vinculada la organización que coronan a los derechos fundamentales y, en general, a la Constitución. Los órganos inferiores no pueden pretender hacer valer sus propias concepciones constitucionales más que por la vía de la justificación constitucional de su desobediencia (60). Y ello es así por mandato de la misma Constitución que consagra los principios de eficacia y jerarquía como máximas o criterios fundamentales de

organización de la Administración en su artículo 103.1.

Y en este punto terminamos. ¿Hemos conseguido razonar que la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales -y quizás a la entera Constitución- es un concepto sólo aparentemente homogéneo o, si queremos expresarnos con mayor precisión, que no debe excluirse una estrategia de diferenciación para elaborarlo dogmáticamente? Al lector corresponde decirlo.

NOTAS:

(1) El presente trabajo es una adaptación de la conferencia que dicté en las XII Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General del Servicio jurídico del Estado (mayo de 1988). No he corregido su texto más que muy levemente, aunque he suprimido aquellos pasajes y expresiones más acusadamente dependientes de la forma oral.

He procurado reducir en lo posible las notas a pie de página. Cito sólo aquellas Sentencias y obras mencionadas o aludidas en el texto o que fueron objeto de consideración directa cuando preparé la conferencia. Variando ligeramente las palabras lapidarias del doctor JOHNSON, «*jootnotes are ojtten necessary, but they are necessary evils*».

Abreviaturas: CE, Constitución Española de 27 de diciembre de 1978; FJ/FFJJ, fundamento(s) jurídico(s); LOTC, Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; LOPJ, Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; STC/SSTC, Sentencia(s) del Tribunal Constitucional.

(2) PLOTINO, *Enéadas*, V, 1, -4-6,, por ejemplo.

(3) «Esta colocación sistemática (del derecho de huelga consagrado en el artículo 28.2 CE y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo reconocido en el artículo 37 CE, el primero derecho de la sección 1ª, el segundo de la sección 2ª, del capítulo II, título I, CE] comporta evidentes consecuencias (...). Así, es claro que el primero de ellos en cuanto contenido en la sección 1ª del capítulo segundo, está garantizado por la reserva de Ley orgánica y admite la tutela de los Tribunales ordinarios por el procedimiento de preferencia y sumariedad de que habla el artículo 53 y el recurso de amparo ante este Tribunal. *A más de ello, el constituyente consideró la huelga como uno de los derechos fundamentales, mientras que el derecho de adopción de medidas de conflicto es un derecho sin aquella categoría.*»

(4) STC 160/87, FJ 3: «Se trata, pues, de un derecho constitucional [el de objeción de conciencia] reconocido por la Norma suprema en su artículo 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el artículo 16 (libertad ideológica) *no autoriza ni permite calificarlo de fundamental.*» El FJ 2 de la STC 161/87 reitera la doctrina y califica al derecho de objeción de conciencia de «derecho constitucional autónomo».

(5) La equiparación entre las materias que pueden ser objeto del recurso de amparo y las que han de ser reguladas por Ley orgánica no resulta constitucionalmente defendible (...). [E] l artículo 81.1, al definir las materias propias de la Ley orgánica, *se refiere al «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», que es precisamente la rúbrica utilizada para designar el conjunto de los artículos comprendidos en la sección 1ª del capítulo II.* Es preciso señalar que la actual expresión contenida en el artículo 81.1 es el resultado de la transformación experimentada por el texto constitucional a lo largo del debate parlamentario (...). Existe, pues, una exclusión expresa del artículo 14 en el artículo 81.1 de la Constitución. Tal exclusión está justificada porque la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas.

(6) La autonomía universitaria « se configura en la Constitución como un derecho fundamental por su reconocimiento en la sección 1ª del capítulo II del título I entre otras razones (...). Allí donde, dentro de la sección 1ª, se reconozca un derecho, y no hay eluda de que la autonomía universitaria lo es, su *configura-*

ción Como fundamental es precisamente el presupuesto de su ubicación».

El autor de estas líneas se suma a la autorizada opinión de don Francisco RUBIO LLORENTE, que, en el apartado primero de su voto particular a esta STC 26/87, hizo notar los inconvenientes de esta «restringida concepción de los derechos fundamentales». No estoy seguro, sin embargo, de que el voto particular de RUBIO LLORENTE acierte a sostener que la STC 26/87 reducía los derechos fundamentales a «aquellos que están protegidos por el recurso de amparo», como creo que queda demostrado en las notas anteriores. Así pues, tal vez la concepción era más restringida aún de lo que RUBIO LLORENTE supuso.

(7) Vid. notas 5 y 6. Léanse los FFJJ de las SSTC citadas en la nota 4. La duda acerca de si el artículo 14 CE es o no derecho fundamental obedece a que son varias las SSTC que lo siguen denominando así: *derecho fundamental*. Ejemplos recientes de ello: STC 189/87, de 24 de noviembre, FJ 10 [«Decir que una norma reglamentaria (...) no viola derechos fundamentales, en el caso del derecho a la igualdad»]; STC 67/1988, de 18 de abril, FJ 5 (« el derecho fundamental a la igualdad en la Ley reconocido en el citado artículo 14...»); STC 73/1988, de 21 de abril, FJ 5 (en el recurso de amparo *de quo* «sólo puede ser examinada la violación de derechos fundamentales y libertades públicas y, en concreto, la del derecho que deriva del artículo 14 de la Constitución»).

(8) Esta conocida jurisprudencia, más varia de lo que a primera vista pudiera parecer (véase un resumen en la STC 87/88, de 9 de mayo), tuvo su comienzo real en la STC 63/82, de 20 de octubre, aunque no es infrecuente que algunas SSTC pretendan hacerla remontar a la STC 9/81, de 31 de marzo, FJ 6. Es particularmente recomendable la lectura del voto particular de don Francisco RUBIO LLORENTE a la STC 24/1988, de 13 de febrero, que contiene una vigorosa crítica al rumbo de la jurisprudencia constitucional sobre el emplazamiento personal y directo en el recurso contencioso-administrativo. El voto particular contiene, además, un pronunciamiento digno de ser meditado por el propio Tribunal y, en general, por cuantos interpretan y aplican la Constitución: «La garantía de los derechos fundamentales debe ser asegurada al margen de la mayor o menor buena fe de quienes los invocan en su favor, en la medida en que tal invocación no constituya simplemente un abuso, pues sólo manteniendo una garantía en términos muy rígidamente formales se protege la libertad de todos.» Hagamos votos por que un Tribunal Constitucional tan proclamadamente «antiformalista» como el nuestro acabe descubriendo algunas virtudes del formalismo en el Derecho.

(9) STC 43/1988, de 16 de marzo, FFJJ 5 y 6.

(10) Sólo unas islas en un vasto archipiélago de Sentencias: SSTC 59/88, de 6 de abril, FJ 4; 61/88, de 8 de abril, FJ 2; 06/88, de 14 de abril, FJ 4 (que «enriquece» el derecho al recurso establecido por el legislador, con el derecho a que la resolución judicial del recurso no se dicte inaudita parte); 78/88, de 27 de abril, FJ 3.

(11) La frase entrecomillada pertenece a la STC 13/87, de 5 de febrero, FJ 3. Pueden verse, asimismo, entre otras, las SSTC 55/1987, de 13 de mayo; 56/87, de 14 de mayo, FJ 4, y 75/88, de 25 de abril, FJ 3.

(12) Las frases entrecomilladas pertenecen a la ya célebre STC 167/87, de 28 de octubre, FJ 2.

(13) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España, I*, Madrid, 1949 (reproducción facsimilar Madrid 1984), pág. 573. Para mí sigue siendo la definición más autorizada.

(14) Aplicación de la conocida tesis «institucional» de HABERLE: P. HABERLE, *Die Wesengehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (La garantía del contenido esencial del artículo 19, apartado 2, de la Ley Fundamental), Karlsruhe, 1962, esp. págs. 70 y sigs. P. BADURA, *Staatsrecht (Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland)* [Derecho político (Comentario sistemático de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)], Munich, 1986, pág. 81, habla de una «eficacia codificadora» de los derechos fundamentales: «Lo imperfecto y fragmentario de la legislación (...) ha sido colmado frecuentemente mediante el derecho de creación judicial (*Rechterrecht*) que supone la jurisprudencia constitucional. En este sentido, algunos derechos fundamentales (...) pueden llegar a desarrollar

una eficacia codificadora que compense una legislación inexistente o defectuosa.»

(15) Solución provisional «mientras el legislador no se pronuncie en favor de alguna de las opciones compatibles con los citados límites derivados *ex Constitutione*». Pero expresada en términos imperativos: «la Sala Segunda del Tribunal Supremo *habrá* de utilizar las posibilidades que le brinda el ordenamiento de modo que quien quiere recurrir y quiere y debe ser defendido no se vea privado de uno y de otro derechos fundamentales» (derecho al recurso establecido por el legislador, derecho a la defensa y a la asistencia del letrado). Como dice esta misma STC en su FJ 6, la jurisprudencia constitucional «ha estado siempre orientada por el principio de que los textos constitucionales que reconocen derechos fundamentales no contienen palabras vanas, sino garantías jurídicas inviolables por los poderes públicos».

(16) Por reducir las muchas citas posibles a unas pocas: J. P. SCHNEIDER, *Continencia judicial y estructura normativa abierta de Derecho constitucional*, en A. LOPEZ PINA (ed.), *División de poderes e interpretación*, Madrid, 1987, pág. 75; G. ZAGREBELSKY, *La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución*, en A. LOPEZ PINA (ed.), *División*, cit., págs. 172-178; E. DENNINGER, *Principios constitucionales y derechos fundamentales como normas abiertas*, en A. LOPEZ PINA (ed.), *División*, cit., págs. 179-182. *Opentextured*. H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1977, págs. 155 y sigs. «La labor de interpretación de la Constitución» se entiende, de una Constitución basada en el pluralismo político como la nuestra, artículo 1.1 CE, esto es, de una «verdadera Constitución» en el sentido «ideal» «no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos» (STC 11/81, de 8 de abril, FJ 7): *vid. J. RODRIGUEZ-ZAPATA, Métodos y criterios de interpretación de la Constitución en los sets primeros años de actividad del Tribunal Constitucional*, en *División*, cit., págs. 155 y sigs. En una perspectiva más general, M. ARAGON REYES, *La interpretación de la Constitución 1, el carácter objetivado del control jurisdiccional*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 17, mayo-agosto de 1986, págs. 110-130.

(17) Me atrevo a sugerir que el concepto de *contenido adicional* del derecho a la actividad sindical comprendido en la esfera de la libertad sindical (art. 28.1 CE) se resuelve en muchas ocasiones en un derecho a no ser discriminado o en un derecho de igualdad. Si este grupo de casos se hubiera incluido en la esfera del artículo 14 CE y no en la del artículo 28.1 CE (considerado *lex specialis*), tal vez no habría lugar a la discutible construcción del *contenido adicional*, hoy por hoy privativa del artículo 28.1 CE. Es cierto que el tenor del artículo 2.12), en relación con el 2.22), de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, de 2 de agosto de 1985, ha sido, sin duda, un poderoso estímulo a esta construcción. *Vid. A. OIEDA AVILES, Derecho Sindical*, Madrid, 1986, págs. 116 y sigs. y 163 y sigs.

(18) J. JIMENEZ CAMPO, *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 20, mayo-agosto de 1987, págs. 35 a 82.

33 (19) *La garantía*, cit., pág. 56.

(20) *La garantía*, cit., pág. 44.

(21) E. DENNINGER, *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, en *Festschrift für Rudolf Wassermann* (separata), 1985, págs. 279 a 298.

(22) *Verfassungsrechtliche*, cit., pág. 281.

(23) La nota de CARRE se encuentra en las págs. 215 a 218 del libro HALAS KELSEN, *La giustizia costituzionale* (a cura di C. GERACI), Milán, 1981. En este libro se indica que la nota apareció originalmente en las págs. 144 a 161 del *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 1919.

El trabajo de KELSEN, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution* (*La justice constitutionnelle*) se encuentra en *La giustizia*, cit., págs. 143-214, y se publicó originalmente en la *Revue de droit public et science politique*, XXV, 1928, págs. 197-257.

(24) En *La giustizia*, cit., págs. 220 y 221. Para conocer los fundamentos de la concepción de CARRÉ

DE MALBERG -que se basa en su doctrina de la soberanía-, véase R. CARRE DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, Méjico, 1948, págs, 199-215, 860-863 y 1266 y sigs.

(25) En efecto: del *efecto recíproco* es ejemplo eminente, aunque no único, la doctrina del límite de los límites (*Scranken-Schranken*), corolario fundamental del deber de respeto del legislador al contenido esencial de los derechos fundamentales (*rectiús*: a los derechos y libertades del capítulo segundo del título I CE) que establece el artículo 53.1 CE. El legislador puede regular el ejercicio de estos derechos y, por tanto, establecer sus límites; pero esta posibilidad de introducir límites está, a su vez, limitada porque el constituyente ha sustraído al legislador el poder de disposición sobre el contenido esencial del derecho. Así, el legislador puede regular y limitar el derecho fundamental (o constitucional); pero el contenido esencial del derecho fundamental (o constitucional) -tal y como lo interpreta el Tribunal Constitucional-- limita a su vez al legislador limitador.

La STC 159/86, de 16 de diciembre, FJ 6, dice así:

«Los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero (...) tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades (...) Tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo.»

«Efecto recíproco» (*Wechselwirkung*), límite a los límites (*Scranken-Schraatken*)... Falta el «contenido esencial», verdadero, propio y único «límite a los límites» con base constitucional.

(26) DENNINGER, *Verfassungsrechtliche*, cit., pág. 285.

Hay aquí una cierta simplificación que creo permisible en pro de la nitidez de la exposición. Me refiero a que el camino a la desobediencia civil no es tan llano. Por ejemplo, al tratar de los *prior restraints* al ejercicio de derechos de la Primera Enmienda, TRIBE (*American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1978, págs. 726-128) distingue los estatutos o regulaciones que limitan una actividad sujetándola a *autorización administrativa*, según que sean «facialmente nulos» (*void on its face*), es decir, nulos considerados en su propio tenor, o «facialmente válidos» (aunque puedan haber sido aplicados inconstitucionalmente). Si lo primero, cabe desobedecer a la norma y objetarla como inconstitucional en el subsiguiente procedimiento sancionatorio *Sbattlesworth v. City of Birmlngbam*, 394, U. S. 147 (1969). Si se trata de una norma «facialmente válida», pero inconstitucionalmente aplicada, es necesario utilizar « el remedio judicial disponible, aun a costa de un cierto retraso» en el ejercicio del derecho. Pero si el ciudadano «no puede obtener una pronta revisión judicial de la decisión administrativa que deniega la petición de licencia» que solicitó, la obligación de obedecer se «disuelve» *Ponlos v. New Hampshire*, 345 U. S. 395 (1958)).

«Es mucho más difícil en la práctica», prosigue TRIBE, «hacer caso omiso de un requerimiento judicial (*injunction*) y oponer la excepción de su inconstitucionalidad frente a la subsiguiente imputación de *contempt* (menosprecio del Tribunal)». En el caso de *Walker v. City of Birmingham*, 388 U. S. 307 (1967), la Corte Suprema confirmó una condena por desatender un requerimiento judicial razonando que unos ciudadanos que lo habían desobedecido sin haberse tomado el trabajo de impugnarlo jurisdiccionalmente antes de manifestarse, no podían hacer valer su inconstitucionalidad en el subsiguiente proceso por *contempt*. El Juez Stevens, que expresaba el parecer de la mayoría (*bare majority*, de la «mayoría pelada»), resaltó la negligente despreocupación de los acusados en reaccionar por las vías de derecho contra el requerimiento judicial y concluyó que «el respeto por la administración de justicia (*judicial process*) es un precio pequeño que ha de pagarse por el Derecho como instrumento de civilización». Una solución distinta hubiera sido admisible si el Tribunal hubiera carecido de Jurisdicción para dictar el requerimiento o si, cons-

tituyendo éste un prior restraint inconstitucional, los interesados lo hubieran recurrido judicialmente antes de desobedecerlo y no hubieran obtenido tutela tempestiva.

(27) *Constitución, Ley*, Juez, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 15, septiembre-diciembre de 1985, pág. 12.

(28) *Verfassungsrechtliche*, cit., pág. 284.

(29) *Verfassungsrechtliche*, cit., pág. 289.

(30) En la terminología de DENNINGER, *Verfassungsrechtliche*, cit., pág. 290, *Erschliessungsfunktion* (función de apertura) y *Verweisungsfunktion* (función de remisión).

Aclaro la principal libertad que me tomo con el tantas veces citado trabajo de DENNINGER. Este autor pretende describir el funcionamiento de una serie de «conceptos constitucionales clave» acuñados por el Tribunal Constitucional alemán, unos relativos o preferentemente aplicables a los derechos fundamentales (efecto recíproco, proporcionalidad, «reserva de lo posible», «protección dinámica de los derechos fundamentales») y otros no (*Bundestreue*, «capacidad de funcionamiento de una institución»). En mi modesta opinión, la descripción de DENNINGER saca a la luz un rasgo esencial en la relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador que cobra singular relieve expresivo cuando el Tribunal enjuicia la incidencia del legislador sobre los derechos fundamentales. El modo en que la jurisdicción constitucional impone al legislador el vínculo a los derechos fundamentales se lleva a efecto ante todo mediante apertura de un *metaplano* al que se remite el producto legislativo. Al diseccionarlo en el *metaplano*, el Tribunal Constitucional expresa oblicuamente su *propia* vinculación a los derechos fundamentales. Podría tal vez decirse que, sujetando a los demás a la Constitución, el Tribunal se sujeta a sí mismo. Esto es verdad ante todo cuanto se trata del legislador, ya que, a diferencia de los demás poderes constituidos, el legislador está vinculado inmediatamente a la Constitución, como el propio Tribunal Constitucional, aunque *post festum* (esto es, una vez que el Tribunal ha fallado), el legislador esté vinculado a las Sentencias del Tribunal (art. 38.1 LOTC) y, en ese sentido, se produzca una mediación. Pero, en cualquier caso, es una mediación de distinto tipo a la que veremos en las otras esferas.

Por lo demás, apertura de «metaplano» y remisión a él es un modo de proceder que el Tribunal Constitucional no emplea solamente con el legislador. Pero para lo que aquí nos interesa señalar (transformación de sentido del Estado de Derecho), lo significativo es, justamente, la apertura y remisión al *metaplano* de los productos del legislador, representante del pueblo (o de la mayoría, según el criterio filosófico-político que se use): *antimajoritarian difficulty*.

(31) *Verfassungsrechtliche*, cit., pág. 293.

(32) *Verfassungsrechtliche*, cit., pág. 294.

(33) Las palabras entrecomilladas pertenecen a la STC 199/87, de 16 de diciembre, FJ 7 y puede entenderse que formulan el «principio de concordancia práctica» cf. K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Madrid, 1983, págs. 48-49.

(34) Las palabras entrecomilladas pertenecen a la STC 37/1987, de 26 de mayo, FJ 2. Comp. S. RODOTA, *El terrible derecho (Estudios sobre la propiedad privada)*, Madrid, 1986, págs. 324 y sigs. y 419 y sigs., por ejemplo.

(35) Estas palabras son de la STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4, a. MAUNZ-DURIG-HERZOGSCHEIDT, GG Kommentar, artículo 5 III, números marginales 131 y sigs. (SCHO12).

(36) Me refiero a los dos estudios *La constitución como norma jurídica y La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español*. Los estudios, que han hecho época entre nosotros, se encuentran reunidos en el libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985.

(37) *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 22, enero-abril de 1988, págs. 9-51. La cita se encuentra en las págs. 50-51. *La juris-*

dicción constitucional, cit- es un estudio comparativo, a mi juicio excelente, al que sólo cabe oponer un reparo: que el autor no haya desarrollado con mayor extensión el punto III, 2 («Transformación de la estructura ordinamental»). Esperemos contar pronto con una exposición más detallada del pensamiento de RUBIO LLORENTE sobre el particular.

(38) ZAGRELBESKY, *La Corte Constitucional*, cit., en A. LOPEZ PINA (ed.), *División*, cit., pág. 175, habla del «principio de la continuidad jurisprudencial críticamente evaluada».

(39) Lo ha hecho recientemente de manera encomiable en la STC 81/88, de 28 de abril, FJ 2. En esta STC, la Sala Primera efectúa una revisión crítica de la jurisprudencia constitucional sobre la aplicación de la presunción de inocencia a los procesos laborales de despido, y lo hace con gran vigor y precisión. Aunque la materia es polémica, la doctrina revisada parece ardua de contradecir.

(40) Sobre las *Appell-Entscheidungen* o Sentencias exhortativas, RUBIO LLORENTE, *La jurisdicción constitucional como forma*, cit., pág. 42, y CHR. PESTALOZZA, *Verfassurrgsprozessrecht*, Munich, 1982, págs. 179-180. Una célebre exhortación en nuestra jurisprudencia constitucional es la contenida en las SSTC 103/86, de 29 de julio, FJ 22, y 99/87, de 11 de junio, FJ 6,a (la anticipación de la edad de jubilación origina una «frustración de las expectativas» que puede «merecer algún género de compensación»). La dureza de oído (y de corazón) del legislador ha obligado al Tribunal Constitucional a pasar de la pura paréntesis al estímulo del activismo judicial en la fijación de estas «compensaciones», nada menos que fomentando la consolidación jurisprudencial de la responsabilidad del Estado-legislador en la STC; 70/88, de 19 de abril, FJ 3. Lo curioso de este asunto es que el propio Tribunal Constitucional había declarado reiteradamente que la «actividad legislativa queda fuera de las previsiones» del artículo 106.2 CE (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 16; 127/87, de 16 de julio, FJ 3; 129/87, de 16 de julio, FJ 4, y finalmente *la misma STC 70/88*.. FJ 21. Pero es que, además, la responsabilidad del Estado-legislador (*responsabilité du fait des lois*) es una construcción del *Conseil d'Etat* (jurisprudencia *La Fleurette-Bovero*) nacida justamente de la imposibilidad de juzgar *de legibus*, es decir, de la inexistencia de jurisdicción constitucional (GARCIA DE ENTERRIA-FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo, II*, Madrid, 1982, págs. 196 y sigs. y 343-344; SANTAMARIA PASTOR, *La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador*, Revista de Administración Pública, núm. 68, págs. 57-136, especialmente, 81-85, 91-92 y 112 y sigs.). Verdaderamente toda una paradoja.

(41) De estos preceptos se ha ocupado P. PEREZ TREMPs en *La aplicación, de la Constitución por los jueces y el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, *Documentación jurídica*, tomo XII, vol. I, abril-diciembre 1984, págs. 499 a 515. P. PEREZ TREMPs es autor de un excelente libro (*Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid, 1985) que, junto con el estudio de F. RUBIO LLORENTE, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional núm. 4, enero-abril de 1982, siguen siendo, en mi opinión, los mejores análisis de este siempre difícil problema.

(42) No sería, pues, exacta la afirmación de que la cuestión de inconstitucionalidad sea la vía mediante la que un juez o Tribunal puede desvincularse de la Ley, haciendo del artículo 163 CE una suerte de *excepción* al artículo 117.1 CE *in fine*. Más adecuado resulta decir que la cuestión de inconstitucionalidad es el modo en que el juez o Tribunal exterioriza razonadamente un *conflicto de vinculaciones*: un conflicto entre la vinculación que para él deriva de la Constitución (en lo que toca a los derechos fundamentales, del mandato expreso del artículo 53.1 CE) y su vinculación a la Ley (impuesta por la propia Constitución).

(43) *Protector de la Ley* frente a eventuales demasías judiciales que lesionaran la norma primaria puesta por la representación popular. A esta función protectora de la Ley aludió la STC 17/81, de 1 de junio, FJ 1: este Tribunal es «no sólo defensor de la Constitución, sino *defensor también de la Ley*». F. RUBIO LLORENTE, *La jurisdicción constitucional como forma*, cit., pág. 26, nota 45, escribe que en el recurso abstracto el Tribunal Constitucional actúa «más como guardián de la Constitución» y en el proœ-

dimiento de control concreto «más como protector del legislador frente a eventuales excesos del Juez».

(44) Si el juez o Tribunal «se encuentra con la necesidad de aplicar un precepto con fuerza de Ley que considera contrario a la Constitución, queda *obligado* por virtud del artículo 163 de la Constitución y 35 de la LO del Tribunal Constitucional a plantear la cuestión de inconstitucionalidad» (STC 95/88, de 26 de mayo, FJ 3, que cita la STC 23/88, de 22 de febrero).

(45) Interpretación común en la República Federal de Alemania del artículo 97.1 GG (*Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen*, los Jueces son independientes y sólo están sometidos a la Ley). Para W. MEYER (*GG Kommentar*, Ingo VON MUNCH, III, Munich, 1978, comentario artículo 97, números marginales 9 y 10), «el juez no está vinculado a ningún acto estatal que no posea la cualidad de Ley», pero «Ley, en el sentido de este precepto, son también, además de las Leyes formales, las meras normas jurídicas materiales (*bloss materielle rechtliche Rechtssätze*), que hayan sido dictadas por el Poder Ejecutivo mediante un procedimiento constitucionalmente admisible». La misma opinión de HERZOG, en MAUNZ-DURIGSCHOLZ, *GG Kommentar*, III, Munich, 1987, comentario al artículo 97, número marginal 5.

(46) Aparte, claro es, la Jurisdicción del Tribunal Constitucional, que puede invalidar reglamentos tanto en Sentencias de amparo (si el reglamento lesiona directamente el derecho), como en la decisión de conflictos (arts. 67 y 75.2 LOTC) o de un procedimiento del «título V» LOTC.

No hay base constitucional clara para los poderes de invalidación de disposiciones reglamentarias que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa. No pueden servir como tal ni el artículo 106.1 CE (porque se refiere a todos los Tribunales, ya que el poder de inaplicar implica control), ni el artículo 153.d) CE (porque este precepto ha de interpretarse en relación con el artículo 106.1 CE y sólo puede alcanzar, como máximo, el significado de que la jurisdicción contencioso-administrativa asume como función peculiar, pero no exclusiva, el control de las normas reglamentarias autonómicas). Así es que el poder de invalidación resulta del artículo 24 LOPJ en relación con los artículos 1, 28.1, 37.3, 39, 41, 83.2, 84.a) y 86.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

(47) Véase, por ejemplo, *La giustizia*, cit., págs. 172 y 177-179.

(48) A. JIMENEZ-BLANCO y J. GARCIA TORRES, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986. Críticas extensas, sensatas y bien razonadas en *Poder Judicial*, núm. 4, págs. 343-346 (Fernando LLORENTE HURTADO) y *Revista de Administración Pública*, núm. 112, págs. 401-406 (J. M. ROMERO MORENO).

(49) J. GARCIA TORRES, *Sint ut sunt aut non sint: pequeña contribución al novísimo Derecho nobiliario de creación judicial*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-abril de 1988, págs. 223-236.

(50) Véase el librito citado en la nota 48, esp. págs. 19-38 y 70 y sigs.

(51) TRIBE, *American*, cit., págs. 1147-1149 (la cita de BLACK está tomada de este pasaje, pág. 1149). Asimismo, W. B. LOCKHART-Y. KAMISAR-J. M. CHOPPER, *Constitutional Law*, St. Paul, 1980, págs. 1511-1573, y R. ROTUNDA, *Modern Constitutional Law*, St. Paul, 1981, págs. 450-502. He aquí algunos casos célebres de *state action*: *Marsh v. Alabama*, 326 U. S. 501 (1946) testigos de Jehová condenados por *trespass*, invasión o allanamiento, por repartir literatura religiosa en edificios de una ciudad de la que era propietaria la *Gulf Shrubbuilding Corporation (company-owned town)*, contra los deseos de los administradores de la ciudad, que es uno de los *public function cases*; *Shelley v. Kraemer*, 334 U. S. 1 (1948) convenio *inter privados*, de los llamados *restrictive covenants*, cuyo objeto era la exclusión de personas de determinada raza o color como propietarios u ocupantes de ciertos inmuebles, para lo cual prohibían a las partes del *covenant* los actos de disposición o cesión de uso a favor de quienes pertenecieran a la raza o color excluidos; o los llamados *Sit-In cases* negros condenados por *trespass* o por *breach of the peace*, desórdenes públicos, por sentarse en la sección *white-only* (sólo blancos) de restaurantes y otros establecimientos de hostelería.

La tipología es muy variada. En algunos casos se llega a razonar la *state action* (o, en nuestros términos, la imputación al poder público) remontándose hasta la inacción del legislador estatal en dictar una legislación (*statute law*) que declarara ilícitos los *common law covenants* que harían posible la discriminación racial. Es tan difícil como quizás innecesario dar una idea cabal de este complejo problema. Digamos, con todo, que *Shelley* sigue siendo un caso controvertido. La cuestión es nada menos que «trazar la línea» entre, por ejemplo, discriminaciones raciales claramente imputables a un poder público (preferencia de blancos sobre negros para ser atendidos en una ventanilla administrativa) y las «discriminaciones» preferentemente amparadas en el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad (invitación a cenar en casa a compañeros de trabajo excluyendo a los negros, negativa a mantener relaciones de amistad con negros). Así por ejemplo TRIBE, *American*, cit., pág. 1120, razona que los casos de los *restrictive covenants* habían de resolverse con los criterios de la *0 equal protection* ante la ausencia de «*any countervailing value of privacy*» (cualquier valor de intimidad que los contrarrestara).

(52) Resumen parte de la argumentación desarrollada con A. JIMÉNEZ BLANCO, en *Derechos fundamentales*, cit., págs. 59-96. Véase una crítica a esta tesis en M. SANCHEZ MORON, *El recurso de amparo constitucional; características actuales y crisis*, Madrid, 1987, pág. 67.

(53) *Derechos fundamentales*, cit., págs. 47-57 y 142-143.

(54) *Derechos fundamentales*, cit., págs. 56 y 142-143. Toda opción en pro de la *Drittwirkung* implica una decisión de «política de derechos fundamentales» que el Tribunal Constitucional está autorizado para tomar en virtud de su posición constitucional como intérprete supremo. Pero esa decisión política no debe quedar inexpressa (o, peor aún, aceptada acríticamente como premisa *natural*). Debe ser formulada expresamente y razonada en Derecho cuidadosamente y procurando tener en cuenta sus implicaciones y consecuencias. Esto se echaba de menos en la jurisprudencia constitucional hasta 1985 y es una de las ideas en que coincidimos JIMENEZ BLANCO y el autor de estas líneas. La imputación judicial del *déficit* de protección puede ser el punto de partida, pero no es final del camino. SÁNCHEZ MORON tiene razón en lo que dice en loc. cit. nota 52, pero cuando hablábamos de *finta* pretendíamos aludir a esa cierta *alusión*. De hecho, el Tribunal viene haciendo últimamente planteamientos mucho más nítidos.

(55) E. DENNINGER, *Freiheitsordnng-Wertordnzung-Pflichtordnung* (Orden de libertad, orden de valores, orden de deberes), en *Verfassung, Verfassungsgerechtbarkeit, Politik*, ed. Mehdi TOHIDIPUR. Frankfurt, pág. 168.

(56) Supongo que la redacción deja bien claro que empleo un «lenguaje prescriptivo», si no exhortativo, bien que procurando justificar mi tesis racionalmente, en términos de mayor o menor congruencia o adaptación a las exigencias fundamentales del sistema jurídico en su conjunto (reducción de la inseguridad, prevención del *pérdidas de positividad* de la Ley en grado contradictorio con el principio democrático). Por ello acabo con una apelación a la «prudente continencia».

Obvio es que una decisión judicial «inadecuada» de conceder *Drittwirkung* podrá ser corregida por el Tribunal Constitucional. Pero para que el supremo intérprete pueda imponer su punto de vista, lo primero que se necesita es que le llegue el asunto en la forma debida, lo que desde luego ni es fácil ni -sobre todo seguro pues el remedio más apropiado (el recurso de amparo) está entregado a la discreción de los particulares. De *algunos* particulares mejor dicho: si un Tribunal civil aplica la preferencia del varón sobre la mujer en una sucesión nobiliaria, la perjudicada tendrá una gran probabilidad de que el Tribunal Constitucional admita (¡por lo menos!) su amparo. Pero si otro Tribunal entiende derogada semejante regla de preferencia por contradecir el artículo 14 CE, es difícil que el varón perjudicado (al denegársele la tradicional preferencia) pueda razonar que se ha violado alguno de sus derechos fundamentales. En un hipotético caso *Shelley* (vid, nota 51), el negro discriminado tendría expedito el amparo, no así los blancos signatarios del *restrictive covenant* que pretendieran su cumplimiento. Esta que aludimos es una dimensión esencial del amparo constitucional.

(57) Véanse los *dress and kruoming* cases (casos de vestimenta y arreglo), que TRIBE expone y comenta en *American*, cit., págs. 958 a 965.

(58) A estos casos cabría añadir el resuelto por la STC 81/88, de 28 de abril. En el FJ 3 se contiene este pasaje, a mi juicio clave para entender el sentido de la sentencia, que dejo casi sin comentar a la libre reflexión del lector.

«[T] al proceso el laboral por despido no persigue, como es obvio, la declaración de culpabilidad del despido ¿despedido? frente al que no existe *acusador*, sino la calificación del mismo como procedente o improcedente (...). La afirmación de la procedencia, sostenida por la parte demandada ha de apoyarse en pruebas que ésta tiene que aportar, pero el proceso deductivo por el que a partir de simples indicios probados se llega a la existencia de la causa de despido no es efectuado en primer término por el juez, sino por el empresario, por lo que difícilmente podría exigir este Tribunal que aquél explicitase los elementos básicos de un razonamiento de inculpación.»

Sólo si el derecho de presunción de inocencia se diese *frente al empresario* que despide, sería aplicable la jurisprudencia constitucional sobre la prueba indicaría (SSTC 173 a 175/85, de 1G-17 de diciembre, sobre las cuales *vid.*, F. TOMAS Y VALIENTE, *In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba Y presunción de inocencia*. Revista Española de Derecho Constitucional núm 20, mayo-agosto de 1987, págs. 26 a 34).

(59) Probablemente habría que matizar más (bastante más) los dos casos, pero eso pertenece a los penalistas, a cuya opinión gustosamente me someto. Apunto, no obstante, la conveniencia de tener en cuenta la clásica exposición de KELSEN en el § 41 de su *Teoría General del Estado*, Méjico, 1979, págs. 370-387.

(60) El artículo 34 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre) exige a los militares de obedecer las órdenes que «entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución», cláusula con que el artículo 21 del Código Penal Militar define el límite de la eximente (o atenuante) de obediencia. Sin duda *acto que manifiestamente constituya delito contra la Constitución* es un concepto mucho más restringido que *acto contrario a la Constitución*. Ahora bien, el artículo 102 del Código Penal Militar castiga como delito de desobediencia negarse a obedecer o no cumplir «órdenes legítimas». Queda por decidir que si «órdenes legítimas» son todas aquellas que el artículo 34 de las Reales Ordenanzas no exige de obedecer, o se trata de un concepto más limitado (lo que llevaría a admitir la existencia de «órdenes ilegítimas» que el artículo 34 de las Reales Ordenanzas no dispensa de obedecer, v. gr., órdenes contrarias a la Constitución pero no delictivas). El artículo 84 de las Reales Ordenanzas («Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las Leyes y usos de la guerra o que constituyan delito») parece favorecer la primera interpretación, i.e., que *órdenes legítimas* son las que el artículo 34 de las Reales Ordenanzas no exige de obedecer, a saber, las que no sean manifiestamente contrarias a las Leyes, y usos de la guerra o constitutivas de delito, « en particular contra la Constitución».