

LA EFICACIA HORIZONTAL DEL RECURSO DE AMPARO: EL PROBLEMA DE LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE*

Pedro de VEGA GARCÍA

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *La crisis de la concepción constitucional clásica.* III. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales: Drittwirkung indirecta.* IV. *La eficacia inmediata (unmittelbare Drittwirkung).* V. *Las aporías de la Drittwirkung der Grundrechte.* VI. *Los nuevos planteamientos en la dogmática jurídica de los derechos fundamentales.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El amparo, como institución básica de garantía de los derechos fundamentales, aparece recogido en la Constitución española en los artículos 53,2 y 161,1,b. Superó de esta forma nuestro constituyente los celos y las críticas que inicialmente tuvo, por ejemplo, el constituyente alemán que no introdujo la *Verfassungsbeschwerde* (la queja constitucional), hasta el momento de publicación de la Ley del Tribunal Constitucional, a cuyo través se produjo la reforma del artículo 93 de la Ley Fundamental de Bonn. Fue entonces cuando la queja constitucional adquirió carta de naturaleza.

No vamos a discutir las razones y peligros aducidos desde la lógica jurídica y la utilidad política en contra del amparo, tanto en España como en Alemania. Baste recordar que entre los argumentos más utilizados en contra de su introducción en el sistema constitucional, se apeló, en uno y otro país, al riesgo de convertir a los tribunales constitucionales en una última instancia de supercasación, y al desprestigio social y pérdida de credibilidad política que para esos tribunales podría derivar del hecho de verse incapacitados para resolver puntualmente las muchas reclamaciones presentadas ante ellos. Lo que terminaría convirtiendo a la propia institución del amparo en una pieza perfectamente inútil, en un

recurso, como se ha llegado a decir con evidente sarcasmo en Alemania, “sin costo, sin esfuerzo y sin esperanza”.

Con independencia de la validez que este tipo de consideraciones puedan merecer, es lo cierto que los artículos 53,2 y 161,1 de la Constitución española, desarrollados en el título III de la Ley Orgánica (2/1979) del Tribunal Constitucional, establecen una acaudada sistemática del amparo, conforme a la cual:

cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 de la Constitución y en la Sección 1ª del capítulo 2º del Título I, ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Caracteriza al sistema español, en consecuencia, la doble circunstancia: por un lado, de limitarse la protección del amparo solamente a los derechos comprendidos en la sección 1ª del capítulo 2º del título primero; y por otro lado, el hacerse necesario agotar la vía judicial ordinaria para poder recurrir ante el Tribunal Constitucional. No voy a preocuparme de analizar las múltiples implicaciones teóricas y prácticas que de este planteamiento derivan. Si la reducción de la protección del amparo implica una auténtica graduación en el sistema de derechos, rompiendo con el carácter monolítico y de sistema global que éstos tuvieron en el primer constitucionalismo, el establecimiento de una doble vía de amparo, ante la jurisdicción ordinaria y ante el Tribunal Constitucional, abre el camino a una serie de interrogantes de política judicial de indubitado interés. Mis preocupaciones son, sin embargo, más modestas.

Siguiendo criterios idénticos a los recogidos en el derecho comparado, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español establece, en el artículo 41,2, que “el amparo procede contra violaciones de derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado [...] así como de sus funcionarios o agentes”. Queda, pues, claro que el amparo se ejercita únicamente contra actos de autoridad y no contra violaciones de derechos operadas por particulares.

Se construye de esta forma la regulación del amparo sobre las premisas ideológicas pre-democráticas y decididamente individualistas del constitucionalismo liberal clásico, en el que la dialéctica

libertad-autoridad se circunscribe al área de la tensión individuo-autoridades públicas, o más concretamente, al momento patológico de la violación por éstas de la esfera de libertad reconocida al ciudadano. En este planteamiento, los derechos fundamentales se conciben como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) o de omisión (*Unterlassungsrechte*), cuyo respeto es exigible únicamente al Estado, porque se entiende que es el Estado el único que puede lesionarlos.

Y he aquí la cuestión: ¿No cabe la lesión de los derechos fundamentales por la acción de los particulares? Y si este tipo de lesiones efectivamente se producen, ¿no debería extenderse también la protección del amparo contra ellas? Surge así la problemática de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, la llamada *Drittwirkung der Grundrechte*, que inicialmente planeada en la atmósfera política de Weimar, sería desarrollada ampliamente en Alemania y en otros países a partir de los años cincuenta.

A esa denominada también “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales quisiera ceñir mis consideraciones.

II. LA CRISIS DE LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL CLÁSICA

El estatuto jurídico de la sociedad liberal, y del Estado liberal de derecho clásico, tuvo ya en Kant una formulación meritoria. “El Estado civil —escribió Kant— como Estado jurídico está fundado en los siguientes principios *a priori*: 1) La libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano. 2) La igualdad del mismo respecto a todos los demás como súbdito. 3) La independencia de todo miembro de una comunidad como ciudadano”. En conexión directa con la proclamación de la libertad, la igualdad y la independencia, como supuestos apriorísticos del Estado jurídico kantiano, se presentaba la tajante separación entre la sociedad y el Estado. Así las cosas, de lo que consecuentemente se trataba era de organizar los medios a través de los cuales en la tensión sociedad-Estado, la sociedad pudiera efectivamente configurarse como el reino de la libertad, de la igualdad y de la independencia, frente a toda posible injerencia del poder. Para ello, los derechos y libertades del individuo, concebidos también como un *a priori* histórico y conceptual a la propia organización estatal, se entenderán como derechos absolutos que, sin limitación alguna, el hombre podría

ejercitar siempre frente al poder político. Nada tiene de particular que, en estas circunstancias, su mejor garantía se expresara en la reducción al máximo de la acción estatal.

Ahora bien, la consideración unitaria y en bloque de los derechos fundamentales frente al poder como derechos absolutos, exigía que la organización jurídica de la sociedad se produjera de forma tal, que ese sistema de derechos y libertades burguesas, fuera en todo caso respetado. Se forjó de este modo un estatuto jurídico de la sociedad asentado en tres dogmas indiscutibles: *a)* el principio de la generalidad de la ley; *b)* el reconocimiento de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, y *c)* la consagración de la autonomía de la voluntad privada.

Fue desde la generalidad de la ley, la igualdad formal ante la misma, y la autonomía privada, desde donde se procedió a la organización jurídica de las relaciones entre particulares. De esta forma, y como correlato a lo que los derechos fundamentales presuponían en la órbita de lo público, se crearía en el campo de lo privado una legislación inspirada en esos tres dogmas indiscutibles de la generalidad, la igualdad y la autonomía. Se comprende así, tal y como lo señalaron Thieme y Wieacker, el contenido materialmente constitucional de la codificación, en la medida que el Código Civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que se veían tutelados y amparados por la ley. En cuanto estatuto fundamental de la sociedad civil, bien se podría comparar al Código Civil con la Constitución, como estatuto organizador del Estado.

Ocurre, sin embargo, que el modelo de sociedad prefijado por la concepción individualista y burguesa nada tiene que ver con las formas de organización social del presente, y que los sociólogos —Schmitter, Panitch, Jessup, Winker— estudian ahora bajo los curiosos epígrafes del “corporatismo” y la “sociedad corporatista”. Serán los fenómenos nuevos que en ella se producen —como, por ejemplo, la aparición de los poderes privados— los que tendrán que constituir el ineludible punto de referencia para entender la quiebra y el fracaso histórico del modelo estatutario de las relaciones jurídicas entre particulares, con el que ha operado y continúa operando la sociedad burguesa. Quiebra y fracaso que comenzarán a manifestarse desde el momento en que, en el seno de la sociedad corporatista actual, empiezan a entrar en crisis los tres grandes dog-

mas jurídicos del liberalismo clásico, y a los que acaso no resulte ocioso hacer una mínima referencia.

a) En primer lugar, y en relación al principio de generalidad de la ley, la propia estructura organizativa de la sociedad corporatista, y la multiplicidad de grupos e intereses que la componen, hacen que las normas concebidas abstractamente, según la utopía liberal, como normas generales para todos los individuos, pasen a convertirse en muchas ocasiones en normas *ad hoc*, bajo la presión de los propios grupos que han de resultar luego sus más directos beneficiarios. “¿Qué tienen aún en común —se pregunta Bachof— con el concepto clásico de ley, por dar sólo un par de ejemplos, las leyes de ayuda a la inversión, o los preceptos sobre el fomento de la industria pesquera del arenque?” Es desde este punto de vista desde el que se puede afirmar con razón que la ley “ha dejado de ser la regla abstracta del comportamiento humano”, para transformarse en medida concreta, en acto de confirmación política y, a menudo, en puro convenio entre los mismos grupos de intereses privados (Burdeau).

b) En segundo lugar, es claro que otro tanto puede sostenerse respecto a la igualdad formal ante la ley. En una sociedad estructurada en grupos, a los que los propios individuos se acogen voluntariamente, el poder del grupo —como es evidente— se impondrá siempre al poder del individuo aislado. Se crean de este modo situaciones de supremacía social ante las que la declaración formal de igualdad ante la ley no pasa de ser una frase sin sentido y vacía. Que esas situaciones de preeminencia social se traducen en la posibilidad de abusos (que aunque no tengan la configuración de un abuso de derecho entre iguales, no por ello dejan de ser abusos de la propia situación de privilegio y que eclipsan, por lo tanto, el principio de igualdad formal ante la ley) es algo que se demuestra recordando simplemente las dos facetas —interna y externa—, desde donde los grupos sociales operan. Desde el punto de vista interno, y cara a los componentes del grupo, la preeminencia se traduce, por ejemplo, en el establecimiento de medidas sancionadoras. Por otro lado, desde el punto de vista de la actuación externa, la supremacía se manifiesta en la imposición de condiciones a las que otros sujetos u otros grupos tienen la necesidad o la obligación de someterse. Piénsese, en este orden de ideas, en el sentido de las cláusulas exorbitantes de los contratos de adhesión.

c) En tercer lugar, y en atención al principio de la autonomía de la voluntad privada, es también indiscutible que en la sociedad corporatista del presente, y como consecuencia precisamente de la quiebra del principio de igualdad, frente al utópico credo liberal de un mundo de individuos libres e iguales en derechos, lo que la realidad presenta son situaciones de disparidad y asimetría entre las partes que intervienen en las relaciones tanto contractuales como extracontractuales. Lo que supone romper definitivamente, en el orden práctico, con los esquemas justificadores del dogma de la autonomía privada, cuyo fundamento último descansa precisamente en el entendimiento “de las relaciones entre particulares en términos de igualdad, paridad y simetría” (Pugliatti, Ferri).

Porque la sociedad moderna es una sociedad corporatista, que por establecer situaciones de privilegio da lugar a la creación de auténticos poderes privados (Lombardi), sólo ficticiamente cabe seguir manteniendo la tesis de que su estatuto jurídico continúa siendo el mismo que el de la sociedad liberal clásica. Máxime cuando esos poderes privados pasan no sólo a ocupar un lugar relevante en el campo de las relaciones particulares, sino que además inciden definitivamente en las decisiones políticas, asumiendo en muchas ocasiones con su actuación un carácter público evidente. Con acierto ha podido escribir Habermas que

la norma jurídica liberal que era antes fundamento de la existencia burguesa, en la actual fase de estrecha independencia de todos los sectores de la sociedad, no sólo no impide llevar a cabo al estado social todas sus intervenciones, sino que bajo su protección, los intereses privados organizados consiguen, a la inversa, ejercer una influencia sobre los órganos del Estado. El poder social es hoy *eo ipso* poder político.

Es en estas circunstancias en las que el problema de la libertad del individuo cambia radicalmente de sesgo. Con su habitual lucidez, Norberto Bobbio ha sabido captar perfectamente la cuestión de fondo:

No importa que el individuo sea libre políticamente si después no es libre socialmente. Por debajo de la “no libertad”, como sujeción al poder del príncipe, hay una no libertad más profunda [...] y más difícilmente estirpable: la “no libertad” como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que

la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno. El problema actual de la libertad, no puede restringirse ya al problema de la libertad del Estado y en el Estado, sino que afecta a la misma organización de la sociedad civil, afecta no al ciudadano en cuanto tal, esto es, al hombre público, sino al hombre entero en cuanto ser social.

Lo que significa que, procediendo con una elemental coherencia, la protección del amparo no deberá reducirse a las violaciones de los derechos fundamentales procedentes sólo de la acción de los poderes públicos, sino que habrá de contemplar también la acción de los particulares que, operando desde posiciones de privilegio, se configuran como auténticos poderes privados.

III. LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA LLAMADA DRITTWIRKUNG INDIRECTA

La situación de indefensión a la que se ve sometido el individuo en una sociedad dominada, controlada y dirigida por poderes privados, hace que el planteamiento de los derechos y libertades no se conciba ya sólo en relación al poder del Estado, sino además ante ese conjunto de poderes privados capaces también de conculcarlos. Lo que supone un cambio radical —como veremos— en el entendimiento de la problemática constitucional.

Sin demasiado fundamento no han faltado los autores que quieren conectar la *Drittwirkung* con las formulaciones del constitucionalismo clásico. Es la tesis de Leisner, por ejemplo, mantenida en su libro *Grundrechte und Privatrecht*. Para Leisner los derechos fundamentales fueron desde su origen derechos concebidos no sólo frente al Estado, sino también frente a los particulares. Y ello por una doble razón.

En primer lugar, porque desde el punto de vista histórico y concreto —entiende Leisner— los derechos fundamentales no germinan sólo en la dialéctica poder-libertad, Estado-individuo, sino que surgen también en tensión clara y en confrontación evidente contra la idea de privilegio. Lo que significaría que, en la medida en que se enfrentan no sólo al Estado, sino también a los privilegios, en su origen adquieren una dimensión pública y a la vez privada.

Se olvida, no obstante, con este razonamiento que aunque es verdad que los derechos fundamentales nacen confrontados al con-

cepto medieval de privilegio, no por ello se puede equiparar esta circunstancia a la idea de eficacia contra terceros como sujetos privados que ahora se preconiza. Y ello porque el privilegio no deriva del ejercicio de un poder privado, sino que, como demostró definitivamente Ruggiero, el privilegio (explicado desde la no distinción feudal entre lo público y lo privado) no era más que la traducción económica y social de un privilegio jurídico. La confrontación frente a los privilegios no presupone, por tanto, una confrontación de los derechos ante un poder privado, sino ante un auténtico poder público.

El segundo argumento de Leisner toma una dimensión más abstracta y general. Los derechos fundamentales cabría entenderlos desde el principio como derechos oponibles no sólo al Estado, sino también frente a los particulares, en la medida en que se presentan como derechos absolutos y que, en consecuencia, son válidos y deben ser eficaces frente a todos. Ocurre, sin embargo, que a la hora de organizar jurídicamente esa eficacia universal, en el Estado liberal de derecho se entenderá, que los derechos fundamentales, en cuanto derechos públicos subjetivos, son ejercitables únicamente frente al Estado, habida cuenta que en las relaciones entre particulares se conciben global y definitivamente consagrados con la proclamación de la igualdad de todos ante la ley. Los únicos derechos subjetivos ejercitables serían, en esas condiciones, los derivados de la ley ordinaria. Es más, como consecuentemente han razonado autores como Schmitt, Forsthoff, Mangold, admitir la *Drittwirkung* en los esquemas del Estado liberal de derecho, implicaría destruir los presupuestos y las bases cimentadoras de toda su arquitectura.

El reconocimiento de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales equivaldría a confirmar, a fin de cuentas, no sólo la limitación de la legislación ordinaria para hacer valer, como instrumento mediador en el campo de las relaciones privadas, el sistema de principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sino además, la incapacidad y la incongruencia de una forma de organización social en la que la autonomía de la voluntad y el axioma de la igualdad formal ante la ley, han perdido su justificación real y su legitimidad como mecanismos al servicio de la libertad. Nada tiene de particular, por lo tanto, el hecho de que, ante tan paradójica situación, el tema de la *Drittwirkung* se haya planteado doctrinalmente desde una ambigüedad manifiesta. Por un lado, al no poderse negar que los derechos fundamentales, para no quedar

reducidos a fórmulas retóricas, donde efectivamente se proyectan en la vida real de los hombres, se entiende que es ciertamente en el campo de la sociedad donde se produce su realización concreta. Pero, por otro lado, para no alterar el estatuto jurídico de la sociedad y el Estado, tal y como lo concibe el constitucionalismo clásico, se estimará que si los derechos fundamentales tienen una eficacia directa en relación al poder público, en relación a los particulares su eficacia es mediata y se integra en los actos normativos por los que se regulan las relaciones privadas (Stein, Rivero, etcétera). De esta suerte, por ejemplo, la eficacia de los derechos sindicales se haría valer a través de la ley de convenios colectivos de trabajo, o la defensa del consumidor a través de las leyes protectoras al consumo.

Se forja de este modo la llamada doctrina de la *Drittwirkung* mediata o indirecta (Dürig, Klein, etcétera) conforme a la cual no se niega que los derechos fundamentales deben operar en la existencia real de los hombres, pero ese reconocimiento debe darse sin alterar mínimamente el mundo de la libertad social, simbolizado en el principio de la autonomía de la voluntad. Como hemos dicho, los derechos fundamentales se ejercerían socialmente sólo de modo indirecto a través de la ley ordinaria, quedando como única opción para apelar a los mismos directamente, en las relaciones entre particulares, la que vendría determinada por los vacíos y lagunas de la legislación ordinaria, como estatuto de la sociedad, en la que el Código Civil ocupa un lugar preeminente. En ese supuesto, de lagunas y vacíos interpretativos, que el juez tiene que cubrir a través de las llamadas *cláusulas generales* (buena fe, buenas costumbres, orden público, etcétera), sería como tendrían entrada los derechos fundamentales, como mecanismo para dar contenido y significación jurídica a dichas *cláusulas generales*. Con lo cual, sin renunciar al significado social de los derechos fundamentales, no se renegaría tampoco del dogma de la autonomía de la voluntad.

No merece la pena detenerse en la crítica de la doctrina de la *Drittwirkung* indirecta. Baste con constatar que ni las cláusulas generales pueden dar entrada a los derechos fundamentales sin trastocar su significado, ni tiene sentido plantear sólo a través de la legislación ordinaria la eficacia de los valores y derechos constitucionales.

En efecto, se desvirtúa el entendimiento de las cláusulas generales al pensar que su contenido puede nutrirse con los derechos

fundamentales, habida cuenta que no se trata de normas en blanco, susceptibles de remisión a otro tipo de normas o conceptos jurídicos, sino que a lo que hacen referencia es a supuestos y principios sociales incapaces de cristalizar en normas. Por otro lado, carece de fundamento —y en definitiva no es más que un modo de eludir la cuestión— planear la eficacia de los derechos fundamentales sólo a través de la legislación ordinaria, en la medida en que el problema no es de reconocimiento legal o de desarrollo legal de los derechos fundamentales, sino de la posibilidad existencial de actuarlos debidamente. Dicho con más claridad y contundencia, lo que se trata de discutir es si las situaciones de oligopolio social de los grupos y poderes privados, no determinan que la autonomía de la voluntad quede reducida en el plano real, sólo a la autonomía de esos poderes privados, y la igualdad ante la ley se convierta en pura justificación y legitimación de las desigualdades de hecho.

Pensar que, a través de la ley ordinaria, se ejercita la libertad constitucional, equivale a reconocer *a priori* que los conceptos de la libertad constitucional y la libertad que, por ejemplo, da validez a un contrato, son sinónimos. Ocurre, sin embargo, que esta equiparación es imposible. Si la validez de un contrato es admisible desde la fórmula *volenti non fit injuria*, difícilmente se podría admitir que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, se entienda como un ejercicio pleno de la libertad un contrato suscrito desde la situación de necesidad, de dominio y preeminencia que impone un poder privado.

Porque la realidad social del Estado constitucional no funciona desde la simetría y paridad en las relaciones privadas que exigiría la autonomía de la voluntad, y porque, en consecuencia, desde situaciones privadas de privilegio se pueden conculcar los derechos y libertades de quienes ocupan las posiciones más débiles, existe una tendencia generalizada doctrinal, jurisprudencial e, incluso, legalmente, a admitir la fórmula de la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales.

IV. LA EFICACIA INMEDIATA (UNMITTELBARE DRITTWIRKUNG)

Salvo la Constitución portuguesa, donde en el artículo 18.1 se establece que: “los preceptos relativos a los derechos y libertades son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y

vinculan a éstas”, no se encuentran en el derecho constitucional comparado, normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a particulares de los derechos fundamentales. Será, pues, en el ámbito doctrinal y jurisprudencial donde las exigencias de la lógica jurídica harán necesario su desarrollo. Una serie de contradicciones evidentes, determinadas por el propio enriquecimiento numérico y de contenido de los derechos fundamentales, hacen que el planteamiento de la tutela jurídica de los mismos no pueda producirse ni resolverse conforme a los cánones del derecho constitucional clásico.

Aunque la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español consagre en los artículos 41 y 44 que el recurso de amparo sólo procede contra los actos de autoridad, lo cierto es que las más elementales razones de la lógica obligan en una serie de circunstancias más que considerables, a poner en entredicho el valor y el alcance de esas disposiciones.

Para empezar, existen derechos fundamentales concebidos no frente a la acción hipotética del Estado, sino de los particulares, y que, en consecuencia, será frente a éstos, frente a quienes habrá que articular los mecanismos de garantía. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho a una información veraz, recogido en el artículo 20,1 de la Constitución española, que vincula a cualquier medio de difusión y no sólo a los de titularidad pública. Otro tanto cabría indicar con los derechos sindicales —y en particular con el derecho de huelga— establecido en el artículo 28, y cuya efectividad opera frente a sujetos económicos privados. En el mismo sentido, cuando la Constitución española reconoce en el artículo 18,1, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, establece un derecho cuyas hipotéticas lesiones hay que presuponer más en el ámbito de lo privado que por la actuación de los poderes públicos.

Por otro lado, existen derechos fundamentales cuyas posibles colisiones sólo se generan en las relaciones entre particulares. Es el caso de la libertad de cátedra asentada en el artículo 20,1,c de la Constitución, y de la libertad de creación de centros docentes, sancionada en el artículo 27,6. Si conforme al artículo 20,1,c el profesor puede exponer libremente su pensamiento, es claro que el ejercicio de esa libertad a quien afectará más directamente, será a quien en virtud del artículo 27 crea un centro de enseñanza y aspira a establecer su propio ideario.

Nada tiene de particular que, desde estas perspectivas, y a pesar de lo explícitamente consagrado en los artículos 41 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el propio Tribunal Constitucional se haya visto obligado en los *obiter dicta* de determinadas sentencias, y en su misma praxis jurisprudencial a reconocer, a veces, la *Drittwirkung* directa.

No es el momento de traer a colación las sentencias del Tribunal Constitucional español que confirman la veracidad de este aserto, básicamente referidas al ámbito sindical y laboral, y a las colisiones entre los derechos fundamentales establecidos en los artículos 20 y 27. Tampoco merece la pena recordar los esfuerzos de un sector de la doctrina española que se ha ocupado del tema —Salas Hernández, Embid Irujo, Quadra Salcedo, Pabón de Acuña, Palomero López, Varela Díaz, Jiménez Blanco— para intentar compatibilizar el contenido de los artículos 41 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con el obligado reconocimiento de la *Dritt-wirkung*, impuesto por la naturaleza, el contenido y el alcance de ciertos derechos fundamentales.

Lo que importa tan sólo es poner de manifiesto que, tanto en el orden doctrinal, como en el jurisprudencial, se reproduce en España un fenómeno similar de acogida de una problemática cada vez más significativa en el derecho constitucional comparado.

A este respecto, constituyen paradigmas notables la famosa sentencia de 1956 del Tribunal Constitucional alemán, o las de la Corte Suprema argentina, en los casos Siri y Kot, donde se llega a afirmar que

nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita sostener que la protección de los derechos humanos se circunscriba a los ataques que provengan de la constitución solamente. Hay ahora una categoría de sujetos que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales.

Respondiendo a esta misma lógica actuó el Tribunal Constitucional alemán en los casos Luth y Blinkfüer; la Corte Constitucional italiana en las sentencias de 9 de julio de 1970 y 26 de junio de 1979, y el mismo Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, a

propósito de la aplicación de las enmiendas XIV y XV, y en referencia al problema de la discriminación racial, consagró en los casos Smit v. Allright de 1944; Schelley v. Kremer de 1948 auténticos reconocimientos tácitos de la eficacia frente a particulares de los derechos políticos y civiles.

Desde estas consideraciones no tiene por qué causar extrañeza que notables sectores de la doctrina se hayan pronunciado por la eficacia inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*) de los derechos fundamentales. De obligado recuerdo serían nombres como los de Nipperdey, Lombardi o Gómes Canotilho, quienes, con buen criterio, entienden que apelar a la *Drittwirkung* mediata, y considerar que los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se hacen efectivos a través de la legislación, y por mediación del juez ordinario que la aplica, supone una desnaturalización del propio concepto de derecho fundamental como derecho público subjetivo.

En efecto, los derechos y libertades que, frente a los poderes públicos se configuran como auténticos derechos públicos subjetivos, aparecerían de esa forma definidos frente a los particulares no como derechos subjetivos, ni siquiera como lo que la doctrina italiana ha llamado *diritti affievolitti* (como figura intermedia entre el verdadero derecho subjetivo y el interés ocasionalmente protegido), sino como simples intereses ocasionalmente amparados, esto es, como derechos reflejos del derecho objetivo establecido en la legislación ordinaria. En definitiva, la eficacia de los derechos fundamentales se haría depender de la actividad estatal.

A lo sumo que se podría llegar sería a hablar, en paralelismo con la noción de interés legítimo del derecho administrativo, no de unos derechos públicos subjetivos, sino de unos intereses constitucionalmente protegidos por la legislación ordinaria.

La lógica jurídica más elemental debe imponer, por lo tanto, junto al reconocimiento de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, la admisión de la eficacia horizontal del recurso de amparo como garantía jurídica y mecanismo protector de los mismos. Las apelaciones a la *Drittwirkung* indirecta o el reconocimiento del significado objetivo y el vigor expansivo de los derechos fundamentales, defendido por la *Werttheorie* o teoría de los valores, y asumido por el propio Tribunal Constitucional de Alemania, en la célebre sentencia que puso fin al caso Luth (*BVerfGE* 7, 198-200), no pasarían de ser meros subterfugios, más o menos

ingeniosos, para eludir el obligado reconocimiento y la asunción doctrinal de la eficacia de los derechos y libertades fundamentales ante los particulares.

Ahora bien, la admisión de la *Drittwirkung* directa no deja de encerrar sus riesgos y sus dificultades. Que las normas constitucionales suplanten en su aplicación las normas de derecho privado puede implicar, como han recordado Khol, Amato, Scheuner y Faune, un atentado notable al principio de legalidad y, sobre todo, al principio de autonomía de la voluntad que sirvió de base cimentadora a todo el derecho constitucional clásico.

Recientemente, el civilista español Carlos Rogel, en el libro *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, ha insistido en esta problemática para llegar a la conclusión de que los derechos de la personalidad son en rigor derechos privados, y es en el ámbito privado donde deben ser protegidos y defendidos. El mantenimiento a ultranza de la autonomía de la voluntad privada conduciría de esta suerte a la negación del propio concepto de derecho público subjetivo, o a su conversión en un simple *flatus vocis* del sistema constitucional.

Conscientes de los riesgos que la admisión de la *Drittwirkung* comporta para la libertad contractual, e incluso para el propio principio de legalidad y la idea de seguridad jurídica a él vinculado, no dudan sus defensores en establecer ciertos condicionamientos. Gómes Canotilho, por ejemplo, defiende una eficacia inmediata “con soluciones materiales diferenciadas”, que se concreten en un esfuerzo de “concordancia práctica”, a fin de evitar que la eficacia irradiadora de los derechos fundamentales llegue al punto de forzar la “capitulación” de los principios del orden civil.

Por su parte, Giorgio Lombardi considera que la eficacia inmediata no puede ser indiscriminada, ni puede desplegarse indiferentemente, sin exigir la concurrencia de condiciones especiales. En este sentido, dada la multiplicidad de bienes jurídicamente garantizados, y con diferente intensidad, no basta con las previsiones abstractas del texto constitucional. Se hace necesario la existencia de normas de conexión (*norme di collegamento*) que aseguren la accionabilidad de los derechos fundamentales frente a determinados poderes privados, precisando así su verdadero alcance y eficacia.

Quedaría en este contexto por señalar cómo en el ordenamiento español, el reconocimiento del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, en el artículo 24 de la Constitución, ha actuado

de auténtica *norma de collegamento*, según la terminología de Lombardi, convirtiendo el recurso de amparo en una especie de última panacea en todo tipo de procesos.

No es este el momento de discutir la funcionalidad o los inconvenientes de la ampliación abusiva del recurso de amparo, ni de tratar más o fando los problemas de derecho material y de derecho procesal que esa ampliación comporta. Convendrá, no obstante, hacer una última alusión a las consecuencias políticas que la admisión de la *Drittwirkung* lleva aparejadas en el marco del Estado social de derecho del presente.

V. LAS APORÍAS DE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE

El reconocimiento de la *Drittwirkung* directa encierra, como acabamos de indicar, una serie de problemas y de dificultades de notable envergadura. La aparición de la sociedad corporatista, y la consiguiente descomposición del individualismo social burgués, se ha visto acompañada de un fenómeno que no se puede ignorar. Me refiero a ese espectacular proceso de carácter universal de privatización de lo público, con la paralela sustitución del Estado, en cuanto definidor de los intereses generales, por los grupos y corporaciones que, naturalmente, dejan sentir su influencia como poderes privados. Con agudeza ha podido constatar Schmitter, el más significativo teórico del “corporatismo”, que “el Estado se ha convertido, como el tiempo atmosférico, en algo vaporoso”:

Paralelamente a esa privatización de lo público, se genera el inverso movimiento de publicización de lo privado, con lo que la unidad del sistema jurídico, basada en el escalonamiento de las normas, se descompone. Ni todo el derecho procede ya de la Constitución, ni, lo que es más grave todavía, el derecho emanado en consonancia con la normatividad constitucional, es considerado como el más eficaz para resolver los problemas de la vida cotidiana. Si nos fijamos en el mundo laboral y sindical, constituye una evidencia incontestable, en la mayoría de los países, que las reglas reguladoras de la disciplina sindical se producen al margen, y muchas veces en contra, de la legalidad estatal. El hecho, sin embargo, no tendría mayor trascendencia, si no fuera porque esos sectores privados, y jurídicamente autónomos, se convierten en los verdaderos centros de referencia para los individuos aisladamente considerados.

Proceder, en estas circunstancias, al reconocimiento de la *Drittwirkung* directa si, por una parte, obligaría a restaurar el papel del Estado como único y definitivo definidor del interés general, eliminando las tendencias privatizadoras que se producen en su seno, por otro lado, supondría la aniquilación de los centros privados que, con autonomía jurídica propia, regulan y ordenan la existencia real de los individuos. Dicho con más claridad y contundencia, la igualdad formal ante la ley (como norma jurídica general que regula las relaciones entre particulares) sólo tiene sentido en la medida en que esa igualdad abstracta no queda destrozada socialmente por la desigualdad material y económica de las posiciones de los individuos que deberán ejercitarla. Aparece así la *Drittwirkung* como correctivo de unas formas de organización social que, en el plano real, chocan frontalmente con el sistema de valores que, en el plano ideal, definen al ordenamiento constitucional. Lo que a la postre significa dar el salto de un derecho constitucional de la libertad a un derecho constitucional concebido, ante todo, como derecho de la igualdad.

Convencionalmente, el tránsito del derecho constitucional de la libertad al derecho constitucional de la igualdad, se ha venido expresando desde Heller en las fórmulas Estado liberal de derecho y Estado social de derecho. Y sin excesivo rigor crítico se ha entendido al Estado social de derecho como superación histórica del Estado liberal, a través de la cual, de lo que en definitiva se trataba, era de compatibilizar los derechos y libertades clásicos con los nuevos derechos sociales. De esta suerte, el Estado social de derecho podría entenderse como el propio Estado liberal enriquecido con los derechos materiales de contenido social.

Sucede, en cambio, que en el momento en que se planea a nivel real y social el ejercicio de los derechos formales (que es lo que pretende el Estado social), el correctivo en el dogma de la autonomía de la voluntad privada se hace absolutamente necesario. Con lo cual, la estructura del Estado liberal se tambalea. El Estado social de derecho no podría presentarse entonces como la continuación histórica del Estado liberal, sino como su negación (Forsthoff).

Es desde este punto de vista que la admisión o negación de la *Drittwirkung* adquiere una relevancia y un alcance político que trasciende los límites de la estricta discusión jurídica. Aunque sean los propios textos constitucionales los que establecen preceptos, a

través de los cuales se pretende otorgar valor normativo a los postulados del Estado social (piénsese en el artículo 3 de la Constitución italiana, o en el artículo 9,2 de la Constitución española), lo cierto es que, al intentar compatibilizar esas declaraciones con los principios del Estado liberal y del derecho constitucional de garantía (entre los que sigue teniendo vigencia capital la autonomía de la voluntad privada) quedan reducidas a meras declaraciones retóricas. El Estado social no aparece entonces como la negación histórica del Estado liberal, sino al contrario, como un concepto perfectamente inútil —como dijo Giannini— que para lo único que serviría, como fórmula banal, sería para ocultar la *mauvaise conscience* de un derecho constitucional en el que cada vez la contradicción entre lo que quiere ser y lo que realmente es, aparece más evidente.

VI. LOS NUEVOS PLANTEAMIENTOS EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El reconocimiento de la *Drittwirkung* presupone, ciertamente, una opción política, según la cual, sin negar el constitucionalismo de la libertad, se pretende abrir una vía razonable para asentar el constitucionalismo de la igualdad, otorgando una traducción efectiva al sistema de derechos reconocidos constitucionalmente en el Estado social, y que conforme a la arquitectura jurídica del Estado liberal de derecho, resultan inoperantes.

Las necesarias modificaciones en los esquemas jurídicos y en las construcciones dogmáticas, que la opción política a favor de la *Drittwirkung* comporta, no deberían, sin embargo, presentarse con excesivo dramatismo. A fin de cuentas, las mismas exigencias y motivaciones sociales que determinaron su planteamiento teórico, han condicionado ya un giro copernicano en el tratamiento de los derechos fundamentales, cuya construcción dogmática actual en muy poco se parece a la formulada por el primer constitucionalismo. No en vano la doctrina de la *Drittwirkung* tuvo sus incipientes manifestaciones en la atmósfera intelectual de Weimar, que fue cuando aparecieron, junto a los derechos y libertades formales, las primeras declaraciones de carácter social, y cuando Heller acuñó la expresión de Estado social.

Porque las transformaciones operadas en la concepción teórica de los derechos fundamentales, fueron las que, en último término, abrieron el camino a la *Drittwirkung* en el plano jurisdiccional y doctrinal, resulta obligado hacer a ellas una breve y última referencia.

Frente al entendimiento propio de las primeras y solemnes declaraciones de derechos (norteamericana y francesa), en las que éstos aparecen como absolutos e ilimitados, las exigencias de la vida comunitaria y la ineludible solidaridad entre los distintos derechos, condicionaron en la propia praxis política liberal, interpretaciones relativas y, en ocasiones, restrictivas de los mismos. Es bien cierto que existen derechos sagrados e inviolables en torno a los cuales, por ejemplo, si en los Estados Unidos se elabora la teoría de la llamada posición preferente (*preferred position*), en Alemania se consagra su condición de irreformables, en las llamadas cláusulas de intangibilidad constitucional.

Es igualmente verdad, que el recíproco sistema de limitaciones que unos derechos imponen sobre otros, es, en definitiva, interpretable como mecanismo jurídico de armonización, que permitirá seguir proclamando globalmente su condición de valores y principios esenciales de los ordenamientos constitucionales, tal y como estableció el famoso artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa.

Sin embargo, no es menos evidente, que las formulaciones abstractas; el carácter unitario y el tratamiento en bloque de los derechos fundamentales ha dejado de tener sentido. Cuando las Constituciones hablan actualmente de derechos y libertades, la expresión se refiere a entidades heterogéneas, no reducibles a un mismo orden conceptual y, por lo tanto, no susceptibles de ser presentadas en bloque. La fragmentación estructural de la sociedad corporatista, se refleja de este modo en sus propios procesos de conceptualización jurídica.

Aparecen así distintos tipos de derechos y libertades. Ya Schmitt elaboró hace más de medio siglo la categoría de garantía institucional, frente a la idea de derecho constitucional. Más recientemente Lavagna en *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana* ha distinguido: a) situaciones jurídicas recomendadas; b) situaciones directamente garantizadas accionables, y c) situaciones directamente garantizadas no accionables. La propia Constitución española, en evidente paralelismo con

esta tipología de Lavagna, establece en su artículo 53 tres tipos de derechos, según el grado de protección que el mismo ordenamiento constitucional les confiere.

El abigarrado y complejo mosaico de situaciones que los distintos derechos y libertades generan, será el que en última instancia determine, frente al carácter y condición de derechos absolutos que en otro tiempo tuvieron, el que se vean sometidos y condicionados ahora unos a otros bajo el doble principio de *especialidad* y *jerarquía*. Cada derecho tiene valor en la medida que otro derecho más especial, o jerárquicamente superior, permite su existencia. Lo que implica la necesidad de definir desde la realidad de su ejercicio el ámbito y el alcance de todos los derechos y libertades.

Resulta indiferente para nuestro razonamiento discutir ahora los problemas, ventajas e inconvenientes de que esa definición la realice el legislador o la lleven a cabo los jueces. Lo que importa, en cualquier caso, es constatar por qué la limitación en el ejercicio de los derechos se produce *de facto*, lo que conlleva a que el viejo dogma de la autonomía de la voluntad privada sufra también una conmoción notable.

Como ha advertido, con indudable agudeza, Leisner, la autonomía de la voluntad privada ha dejado de ser el reino idílico donde todos los derechos y libertades encontraban su realización. La autonomía privada, tanto en las relaciones contractuales como en las extracontractuales, se verá sometida ahora más que nunca al principio de *bajo reserva de ley*, o lo que es lo mismo, a la injerencia de la acción estatal. Y he aquí la cuestión: la posible quiebra y el evidente deterioro que para el orden civil (simbolizado en la autonomía de la voluntad) representa la *Drittwirkung*, ha sido el máximo argumento para no proclamar su admisión. Ocurre, sin embargo, que el tratamiento de los derechos fundamentales que ese orden civil requiere, hace que las limitaciones y controles en los ámbitos de la autonomía de la voluntad privada sean cada vez más claros y evidentes. Con lo cual, si el constitucionalismo garantista de la libertad no gana legitimidad histórica, el constitucionalismo de la igualdad —sin renunciar por ello a la libertad— tampoco se consolida. Como dijera Werner Weber, la libertad burguesa aparece víctima de su propia incompetencia.