

# DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIONES ENTRE PARTICULARES (LA «DRITTWIRKUNG» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL) (\*)

JAVIER BALLARIN IRIBARREN

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CUESTIÓN SUSTANCIAL. LA «DRITTWIRKUNG» EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. *La incidencia de los derechos fundamentales.* 2. *Sobre la concepción «clásica» de los derechos fundamentales.* 3. *La «Drittwirkung» en nuestro Derecho:* a) Consideraciones generales. b) El papel del Tribunal Constitucional y el del legislador en materia de «Drittwirkung».—III. LA CUESTIÓN PROCESAL: 1. *Introducción.* 2. *Protección de los derechos reconocidos:* a) El artículo 44 LOTC, los límites al amparo frente a resoluciones judiciales. 3. *Lesiones en la actividad judicial de protección de los derechos fundamentales.* 4. *Interpretaciones judiciales lesivas y normas lesivas.*—IV. EL PROBLEMA PROCESAL Y EL PROBLEMA DE FONDO.

## I. INTRODUCCION

JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO nos ofrecen en este denso y enjundioso opúsculo una reflexión sobre la cuestión de la *Drittwirkung* que, sin duda, constituye un hito en el tratamiento científico de este asunto en nuestra doctrina, una estación en la que necesariamente habrá de demorarse cualquier posterior contribución, ya para disentir de sus tesis, ya para proseguir su línea de pensamiento.

Para sintetizar el tono y el alcance general de la obra creemos que debe recurrirse a un anglicismo: se trata de un libro «provocativo», de una incitación a convertir en cuestión controvertida, problemática, esta de la *Drittwirkung* que la buena conciencia, más o menos progresista, induce a considerar pacífica.

---

(\*) JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1986.

Para lograr este resultado, recurren abundantemente los autores al recurso retórico del argumento *ad absurdum* e incluso *ad horrendum*, y así el propósito de estimular la reflexión ajena les lleva a excesos argumentativos que pueden producir el efecto inverso al deseado; de lo anterior se deriva, en todo caso, un mérito que, a nuestro juicio, debe señalarse por infrecuente: es ésta una obra seria, grave incluso (el último capítulo sobre todo), pero también singularmente amena, a veces muy divertida.

Dentro del plan general de la obra pueden distinguirse dos vertientes: de una parte, la que podemos llamar cuestión sustancial, esto es, la de si puede reconocerse o no, y en qué medida, eficacia frente a terceros a los derechos fundamentales o algunos de ellos. De otra parte, está la cuestión procesal de la protección judicial y constitucional frente a las violaciones de los derechos fundamentales por obra de particulares.

## II. LA CUESTION SUSTANCIAL. LA «DRITTWIRKUNG» EN EL DERECHO ESPAÑOL

### 1. *La incidencia de los derechos fundamentales*

Los autores abordan el problema de la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas (*Drittwirkung*), partiendo de la doctrina y jurisprudencia alemanas; la afirmación de esa *Drittwirkung* supondría una revisión por las anteriores de una concepción «clásica» anterior, para la que esos derechos fundamentales tendrían el sentido y función exclusivos de «garantizar un ámbito personal inmune a la injerencia estatal» (p. 11). Los capítulos II y III exponen el desarrollo de esa revisión en la República Federal Alemana y su posterior recepción por la doctrina española, que, fuertemente influida por las elaboraciones doctrinales de dicho país, ofrecería las mismas variantes en cuanto a las soluciones.

Frente a esta dependencia excesiva de las construcciones foráneas anuncian los autores su propósito de contrastar la jurisprudencia constitucional española «con nuestros propios datos positivos jurídico-constitucionales a fin de indagar la posible base constitucional de una *Drittwirkung der Grundrechte* en nuestro Derecho» (p. 48).

De este análisis deducen los autores dos tesis de gran importancia: *a)* no existe en la Constitución española «base textual general» para afirmar, también con carácter general, esa eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales; *b)* el intérprete —y el intérprete supremo en última instancia— ha de partir, para afirmar la *Drittwirkung* de los derechos en particular, del análisis de los textos normativos en que se consagran, pero

goza siempre de un cierto grado de libertad, para alcanzar una conclusión positiva o negativa, sin verse absolutamente vinculado por aquellos textos. Esto se debe a que «la *Drittwirkung* no es resultado de un proceso interpretativo *normal*, sino la elección de un horizonte hermenéutico, la libre posición de un proyecto de sentido» (p. 142).

A nuestro juicio, aquel propósito de atenerse a los datos que suministra nuestro derecho positivo, se ve un tanto traicionado desde el comienzo. La concepción de los derechos fundamentales de que se parte es tributaria de la versión técnico-jurídica de los mismos, que, haciendo viable su imperio, pero privándoles un tanto de su virtualidad revolucionaria, triunfa en Alemania, concibiéndolos como «derechos públicos subjetivos»; asimismo, la revisión del ámbito de eficacia que se predicaba de los anteriores en la concepción «clásica» se atiene también a los términos de esta última, particularmente allí donde los particulares, los consociados del titular, se designan, con una terminología nada inocente, como «terceros» respecto de una relación jurídica que implicaría, en principio, tan sólo al Estado y al ciudadano. Los autores aceptan sin mayores precisiones, por último, el parentesco entre *Drittwirkung* y filosofía de los valores, asociación exacta respecto de la experiencia jurídica alemana, pero no exclusiva, a nuestro juicio.

## 2. Sobre la concepción «clásica» de los derechos fundamentales

Es digno de reflexión, en primer término, el que en la doctrina iuspublicística alemana lo que ahora parece verdad de Perogrullo, que los derechos fundamentales limiten jurídicamente al Estado (o a los poderes públicos), sea algo que hubo de afirmarse trabajosamente frente a quienes entendían que los ciudadanos no gozaban de verdaderos derechos subjetivos frente al Estado, beneficiándose tan sólo del «reflejo» de normas objetivas en su esfera jurídica. La particularidad de los derechos públicos subjetivos es, sobre todo, función del modo especial en que se proyecta el concepto de derecho subjetivo sobre las relaciones entre ciudadano y Estado más que una afirmación de su eficacia exclusiva frente al segundo (1).

Pero, al margen de esto, ¿es efectivamente tan clara esa posición de «terceros» de los particulares respecto de la relación jurídica en que se cifra el contenido de los derechos fundamentales?

(1) GERBER dirá: «el concepto de la ciudadanía es exclusivamente político, en absoluto jurídico», «los derechos del pueblo no son, por tanto, sino derechos exclusivamente negativos, derechos al reconocimiento del lado libre, es decir, no estatal de la personalidad» (*Ueber öffentliche Rechte*, que citamos por la traducción italiana, *Diritto Pubblico*, Milán, 1971, pp. 66-67).

Para la filosofía contractualista parece que deben más bien invertirse los términos: los derechos del hombre preexisten al Estado y éste nace para su defensa, de suerte que aquéllos se tienen, originariamente, frente a los demás hombres y sólo derivativamente frente al Estado, que, por su parte, no sólo debe reconocer los límites que los anteriores oponen a su acción, sino también protegerlos frente a los consociados que pueden violarlos. Así, los derechos naturales a la libertad, a la seguridad, a la propiedad, a la búsqueda de la felicidad, son, en primer término, derechos frente a los presuntos «terceros», los particulares, su *Drittwirkung* les es connatural.

No es ésta una mera construcción filosófica sin proyección positiva; queda plasmada en la Declaración de Independencia norteamericana y toda la historia legislativa, constitucional y jurisprudencial de la lucha contra la discriminación racial en los Estados Unidos se apoya en aquella misión protectora encomendada al Estado *también* frente a las discriminaciones por obra de particulares (esta concepción se afirma en la decimocuarta enmienda y en la *Civil Rights Act* de 1875, es ignorada en sus implicaciones para la discriminación de origen privado y desviada de su objeto por la Corte Suprema, para triunfar, por último, en la jurisprudencia y en la legislación de derechos civiles a partir de 1964) (2).

Si se examina el significado de la revolución liberal a partir de 1789, se advierte, por otro lado, que en modo alguno puede considerarse como mera disolución de un orden político; ésta es instrumental respecto de una revolución social, la disolución del orden estamental, del derecho de privilegios y su sustitución por otro construido esencialmente a partir de nuevos principios que atañen a las relaciones de los ciudadanos entre sí.

No creemos que sea exacto describir la proyección jurídica de la revolución liberal con la imagen del «par Constitución-Código Civil visto en figura de dos líneas paralelas (esto es, sin ningún punto en común)» (p. 12). GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO observan que «el proceso *The Man versus the State* se ve completado con la visión de una sociedad autorregulada compuesta de hombres iguales en los que la autonomía de la voluntad... era el *primum movens* del tráfico» (*ibidem*). Ahora bien, esto significa, precisamente, que la libertad de los ciudadanos y su igualdad jurídica no sólo limitan al Estado, sino que se convierten en los principios ordenadores de la vida social, de las relaciones de los ciudadanos entre sí.

---

(2) La matriz lockeana de la lucha jurídica contra la discriminación en HARRIS, *The Quest for Equality*, Westport, Connecticut, 1960, pp. 9 y ss. Sobre los actos discriminatorios de particulares véase COHEN y KAPLAN, *Constitutional Law, Civil Liberty and Individual Rights*, Mineola, Nueva York, 1982, pp. 681-682.

El derecho de propiedad, que ya no es un «derecho fundamental» en nuestro Ordenamiento, pero que históricamente sirve de modelo a todos los demás, no se agota en la garantía de la previa y justa indemnización, existe también frente a los consociados, no sólo en el sentido obvio de que a todos se prohíbe tomar la cosa ajena sin permiso del dueño, sino también porque el concepto que del mismo establece la revolución determina nuevas relaciones sociales. Para definirlo como el derecho de gozar de las cosas del modo más absoluto, ha sido preciso previamente proceder en el plano político, de modo revolucionario (sin indemnización), contra las limitaciones que a la propiedad imponía el Antiguo Régimen, declarando «toda propiedad inmobiliaria... franca y libre de todo derecho tanto feudal como censitario» (Decreto de 25 de agosto de 1792). Ha sido preciso, asimismo, eliminar la posibilidad, típica del derecho feudal, de la concurrencia de varios derechos reales, cualitativamente idénticos, sobre la misma cosa, la escisión entre dominio útil y dominio eminente. Este derecho es «sagrado» no sólo porque es inviolable para el poder público, sino también porque protege al titular de la prepotencia de los consociados (3).

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad que establecerá el *Code* atienden también a la preservación de la libertad de los ciudadanos en sus relaciones de coordinación; se prohíbe toda primogenitura en materia sucesoria por temor al resurgimiento de la aristocracia, de distinciones sociales que no se basaran, como había dicho la Declaración de 1789, en la «utilidad común»; el artículo 1780 del Código de Napoleón (del que es trasunto el artículo 1583, último inciso, del nuestro) prohibió arrendar los propios servicios si no era por tiempo cierto o para una empresa determinada, expresando el mismo temor al resurgimiento de la servidumbre personal que había hecho decir a la Declaración de Derechos de 1793, «todo hombre puede comprometer su tiempo y sus servicios, pero no puede venderse ni ser vendido, su persona no es una propiedad alienable». En esta misma línea podría citarse toda la legislación revolucionaria prohibitiva de los votos religiosos (cuya adopción acarrea, conforme a la Constitución de 1791, la pérdida de la nacionalidad francesa) (4).

(3) ANNA DE VITA, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milán, 1974, pp. 7 y ss.

(4) La interpretación del precepto del *Code Napoléon*, en relación con la libertad individual y el análisis de los votos religiosos desde el mismo punto de vista, en PELLEGRINO ROSSI, *Cours de Droit Constitutionnel*, París, 1866, tomo II, p. 25 y lecciones 27 y 28. Como se ve, el recelo contra los votos religiosos no cuenta con el encanto de la novedad, como podría pensar un lector de la obra que consideramos («¿Tan poco vale la libertad religiosa ya...?», p. 119, nota 74).

Vemos, en general, que el Estado liberal no se limita a establecer, sobre la base de la libertad y la igualdad jurídica, unas reglas del juego cuyos resultados acepte en todo caso, pues se preocupa también de que la dinámica de estos principios no reaccione destructivamente sobre ellos. Los mismos inciden, en este sentido, en las relaciones entre particulares, no ya como «motor» de ellas, sino también como límites a la autonomía de la voluntad.

Creemos que no es preciso prolongar estas consideraciones para llegar a la conclusión de que no hay nada en el concepto general de los derechos fundamentales, considerando la génesis del mismo, que obligue a considerar que, «en principio», se tienen sólo frente a los poderes públicos, que sólo para éstos nazcan de ellos limitaciones en su actuar.

Por ello, no nos parece que goce el intérprete de grado alguno de libertad para determinar si, por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio es un derecho, *erga omnes*, si limita también a los particulares el derecho a la vida, a la integridad física, el derecho a circular libremente por el territorio nacional, el derecho al secreto de la correspondencia, etc.

Sucede, entonces, que la extensión de eficacia de los derechos fundamentales constituye un fenómeno nuevo sólo respecto de algunos de ellos (la libertad de expresión, por ejemplo), pero respecto de muchos otros se trata del redescubrimiento de su primer y originario sentido, al compás de la aparición de amenazas también nuevas que, para ellos, proceden de poderes privados.

Por otro lado, la ampliación del catálogo de derechos y libertades lleva aparejado el ingreso en la categoría de algunos de los que antes se denominaban derechos de la personalidad, cuyo carácter *erga omnes* era pacíficamente admitido (como, por ejemplo, el derecho al honor). Finalmente están los derechos fundamentales en el ámbito laboral, que nacen desde el comienzo, sin lugar a dudas, como derechos frente a los particulares (y frente al Estado).

No cabe, por consiguiente, hablar de la eficacia limitada de los derechos fundamentales como característica general de ellos, como predicado de la categoría en su conjunto.

### 3. La «Drittwirkung» en nuestro Derecho

#### a) Consideraciones generales

Los autores, tras predicar las ventajas de un análisis particularizado de la *Drittwirkung* de cada derecho, parecen considerar que haya de llevarse

a cabo bajo el imperio de la «concepción clásica» en punto al ámbito de eficacia, convirtiéndola en un prejuicio.

La primera consecuencia es, a nuestro juicio, esa afirmación de un resto ineliminable de libertad en el intérprete para alcanzar conclusiones respecto de cada derecho fundamental; esa libertad se trueca en libertinaje interpretativo cuando se propone como construcción «posible» (que, empero, no adoptan los autores) la del derecho de huelga como derecho fundamental frente a los poderes públicos, pero no fundamental frente a los particulares (pp. 53-54). Esta concepción dual sólo puede alcanzarse si se otorga significado normativo al prejuicio de alcance general, que antes hemos señalado.

Sin embargo, no hay, en la Constitución española, un punto de apoyo inequívoco para dar por recibida en nuestro ordenamiento, insistamos en que con alcance general, la que hemos llamado «concepción clásica»; adviértase el contraste entre el artículo 53.2 CE (que no se refiere exclusivamente a las violaciones de los derechos por obra de los poderes públicos) y el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, que, como indican GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, sí contiene esa limitación.

En consecuencia, deben invertirse los términos de la afirmación de los autores antes reseñada (no hay en la Constitución española base textual general para afirmar la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales): no existe base textual, en nuestro Derecho, para afirmar, con carácter general, que los derechos fundamentales se tienen sólo frente a los poderes públicos.

Esto conceden los autores, pero, desde el punto de partida contrario, cuando dicen que «una significativa porción de los preceptos constitucionales relevantes (...) admitirían que se afirmara su *Drittwirkung*» (p. 49).

#### b) *El papel del Tribunal Constitucional y el del legislador en materia de «Drittwirkung»*

GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO no se proponen catalogar los derechos fundamentales desde el punto de vista de su eficacia frente a los particulares; se centran en el examen de los pronunciamientos al respecto del Tribunal Constitucional (cap. VI), sometiéndole a una crítica cerrada.

Esto induce en el lector la impresión de que ha sido el Tribunal el patrocinador principal de la *Drittwirkung* en nuestro Derecho, de que también entre nosotros se trata de una construcción jurisprudencial y doctrinal.

En este punto creemos que equivocan los autores su blanco, pues, en líneas generales, el Tribunal no ha hecho sino aceptar una orientación inequívoca del legislador a admitir la eficacia de los derechos fundamentales en

las relaciones entre particulares que, respecto de algunos de ellos, se desprenden del propio sentido y finalidad de los preceptos constitucionales (v. gr., el derecho de huelga).

En el plano de las consideraciones generales, el Tribunal no ha hecho sino constatar aquella ausencia de acogida, en nuestro texto constitucional, de una tesis *general* contraria a la *Drittwirkung*.

Su sentencia 18/84, nos dicen los autores, ha sido considerada el equivalente de la célebre *Lüth-Urteil* del Tribunal Constitucional alemán y, en efecto, vale la pena compararlas: donde el último ha de admitir que la Ley Fundamental sólo arbitra el remedio especial de defensa de los derechos fundamentales (*Verfassungsbeschwerde*) contra actos del poder público, debiendo deducir de este dato la acogida, por aquélla, de la concepción según la cual los anteriores son, en primer término, derechos de defensa del ciudadano frente al Estado (p. 28), nuestro Tribunal puede apoyarse en la ausencia de una limitación semejante para negar que pueda sostenerse, en nuestro ordenamiento, *con carácter general*, «que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». Sigue a continuación una mención de la Ley 62/1978, que no limita su protección a las lesiones dimanantes de actos de los poderes públicos, como evidencia de la falta de acogida en la CE de aquella tesis negativa.

Esta referencia legislativa suscita un largo comentario de los autores, en el que sostienen la posibilidad de una interpretación distinta, conforme a la cual la mencionada Ley no prejuzga el problema y podría interpretarse de suerte que únicamente amparara frente a violaciones de poderes públicos. De nuevo, esta interpretación no podría encontrar apoyo sino en la acogida de esa tesis negativa, afirmada de modo general, no en los datos de nuestro Derecho positivo, sino en una determinada concepción doctrinal, a la que se asignaría valor normativo. En efecto, si, como observa el Tribunal, la Ley 62/1978 establece una vía civil, no limitada por razón del sujeto, y, de otra parte, se establece en una norma sustantiva la protección, en esa vía, del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, también frente a su lesión por los particulares (Ley Orgánica 1/1982), no se ve cómo podría negarse el acceso a la vía preferente y sumaria que dice el artículo 53.2 CE por consideración al sujeto activo de la lesión. Del mismo modo, si la Ley 62/1978 establece una vía especial de protección frente a los delitos y faltas cometidos contra los derechos fundamentales de la persona, no limitada por razón de los sujetos activos, y, después, el Código Penal tipifica conductas atentatorias contra esos derechos, sin configurarlas como *delicta propria* (Ley Orgánica 4/1980), no se puede negar el acceso a aquella vía sobre la base de una tradición jurídico-penal denotativa (los «delitos

contra los derechos» son delitos de funcionarios), que ya no informa la sistemática del Código, y que vendría en apoyo, nuevamente, de un prejuicio exclusivamente doctrinal, según el cual sólo los poderes públicos pueden violar los derechos fundamentales. Es evidente que de esa tradición denotativa, y de sus implicaciones de fondo, se ha apartado no el Tribunal Constitucional (como quieren los autores), sino el legislador, y es claro que lo ha hecho antes de la sentencia 18/1894 y no manifestando una «sumisión (sólo entorpecida a veces por la ignorancia) (...) a la infalibilidad del Intérprete Supremo cuando éste habla *ex cathedra*» (p. 109).

Creemos, entonces, que el Tribunal atribuye a la Ley 62/1978 el significado exacto que tiene respecto de nuestro problema: el mantener el carácter abierto del problema de la *Drittwirkung* que se deduce del artículo 53.2 de la CE: dicha ley no establece una tesis *general* favorable a la *Drittwirkung*, pero impide la acogida de una tesis *general* contraria; mantiene, en el plano legislativo, la misma situación que existe en el plano de la Constitución.

Si del plano de las afirmaciones generales pasamos al análisis de los casos concretos de *Drittwirkung* afirmada en particulares sentencias del Tribunal, nos encontramos con que, en la mayoría de los casos, las anteriores se atienen a un reconocimiento (o atribución) de eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales que lleva a cabo el legislador.

Así, a título de ejemplo, la sentencia 34/1984 ha de partir de la consagración legislativa del derecho a la no discriminación del trabajador por una serie de factores que, en desarrollo del artículo 14 CE, establecen los artículos 4.2.c y 17 del Estatuto de los Trabajadores, que es la norma que reconoce eficacia frente a terceros particulares, en el ámbito laboral, a aquel derecho constitucional.

El empeño en considerar la *Drittwirkung*, en nuestro Derecho, como creación doctrinal y jurisprudencial desmiente, pues, aquel propósito inicialmente proclamado de analizar la cuestión a la luz de los datos del Derecho positivo español.

Para llevar a cabo este análisis nos parece que habrían de hacerse una serie de precisiones que no están del todo presentes (al menos no de modo sistemático) en la obra que analizamos.

Está, en primer término, la cuestión de la definición de la *Drittwirkung*. Los autores recogen, al inicio de la obra, ésta: «incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas» (p. 11). A lo largo del libro, no obstante, la referencia a esa clase de relaciones se difumina y todo el peso recae sobre el término subjetivo de la

relación, de modo que de lo que se trata es de saber si los derechos fundamentales vinculan o no a los particulares. Sólo al final de la obra, mediante una brillante distinción entre la función de los derechos fundamentales como *broquel* o como *troquel* (p. 141), vuelve a recaer la atención en la naturaleza de las relaciones en que aquéllos juegan, en lugar de en el carácter público o privado de los sujetos de ellas.

Al hilo de lo anterior, creemos que con afirmar que un derecho fundamental limita también a los particulares no está, ni mucho menos, todo dicho. Esa afirmación constituye el comienzo de los problemas interpretativos y constructivos, en modo alguno su solución.

Así, por ejemplo, con afirmar que el derecho de reunión limita también a los particulares en el sentido del artículo 166 del Código Penal (conforme a la nueva redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/1980: «Quienes impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de reunión o perturbaren el curso de una reunión o manifestación lícita serán castigados con las penas...») no se aclara si también han de considerarse manifestaciones de ese derecho fundamental el derecho de reunión de que gozan los trabajadores en el ámbito de la empresa, los funcionarios en los locales de la Administración o los docentes en el centro educativo, o si, por el contrario, se trata de derechos conectados con la libertad sindical. La sentencia de 18 de junio de 1981 resuelve la cuestión en el primer sentido, pero la posterior 91/1983 afirma que las reuniones de los afiliados a un sindicato en los locales de la Administración están regidas por el artículo 28 CE, no por el artículo 21. En ambos casos, la solución se deduce de pronunciamientos del legislador o de otras normas no constitucionales.

La primera de las sentencias citadas hace notar que el derecho de reunión se tiene, en principio, frente a los poderes públicos, pero que es admisible que se contemplen especialidades en su ejercicio cuando se efectúa en el ámbito laboral o del personal al servicio de la Administración. Pero como ésta es un poder público, se advierte que lo importante no es este dato, sino el de la naturaleza de la relación en que el ejercicio del derecho se produce.

Así, el que el derecho del artículo 23.1 se proyecte sólo en el ámbito público no resuelve el problema del ámbito subjetivo de los por él obligados o limitados en su actuar; como agudamente notan los autores, también se sancionan las conductas de particulares atentatorias contra la libertad del voto (p. 55, nota 46). Esto, empero, no conduce necesariamente a la generalización del sufragio universal como principio de organización de toda asociación privada.

Por eso están de más algunas argumentaciones *ad absurdum* de los auto-

res que se basan en la confusión entre estos dos planos diferentes del problema de la *Drittwirkung*.

Si se afirma que el derecho del artículo 18.3 (secreto de las comunicaciones) tiene eficacia *erga omnes* (sentencia 114/1984; pero también Ley Orgánica 7/1984, tipificando las conductas que atentan contra el anterior, de particulares o funcionarios), no vale preguntarse si tendrán los padres la obligación de proporcionar locutorios privados a sus retoños (p. 119); esto último atañe a aquella función de *troquel* de los derechos fundamentales, y si se rechaza con horror tan funesta (y costosa) consecuencia, no por ello podrán los particulares pinchar impunemente los teléfonos ajenos.

Si, por otra parte, se afirma que el domicilio es inviolable frente a toda clase de personas, no descende de esto la consecuencia de que «el registro efectuado por el padre en el armario del hijo —v. gr., para comprobar si guarda o no drogas—» viole el derecho del artículo 18.2 CE del hijo (p. 120). Tan truculenta consecuencia dependerá de cómo se defina el domicilio (y esto es, a decir verdad, lo que critican los autores) y el titular del mismo, pues también la autoridad policial habría de proveerse de tantas órdenes de registro como habitaciones de uso particular tenga la casa.

En cuanto al derecho de igualdad, cualquier consideración de su *Drittwirkung* ha de partir de la distinción entre las relaciones generales del ciudadano con otros, en su abstracta condición de tales, y aquellas otras que tiene con otros en particular, pues el contenido del anterior «viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas» (STC 76/1983). Que el derecho (o principio) se proyecte en las relaciones *inter privatos* (como hemos visto que sucedía en el ámbito laboral) no lleva a concluir que un comerciante haya de «formular los pedidos a prorrata a cuantos industriales fabriquen el producto que merca» (p. 15). Esta humorada es muy de agradecer, pero el absurdo no cumple aquí la función de minar la premisa de que descende, pues faltan premisas secundarias o intermedias (5).

Si en la crítica a que los autores someten a la jurisprudencia constitucional el camino de la *Drittwirkung* se presenta como vía hacia el caos jurídico, hacia la disolución de todo orden, no faltan llamadas de atención que se nos antojan harto más pertinentes; en relación con la libertad ideológica ponen de relieve los autores la «formidable capacidad» de la *Drittwirkung* para la «inversión dialéctica»: si se admite que esa libertad configura los derechos respectivos de las partes en la relación laboral («que las críticas públicas y acaso descomedidas de un médico a la dirección del

---

(5) Por otro lado, tampoco para los poderes públicos se da aquella consecuencia del principio de igualdad, ya que adjudican los suministros al mejor postor.

hospital en el que trabaja constituyen actos de ejercicio del derecho de libertad de expresión»), se hace preciso señalar un límite. Ahora bien: «Este límite habrá de ser forzosamente vago habida cuenta de lo proteico de la gran copia de supuestos de hecho que el reconocimiento de la *Drittwirkung* hace entrar en el ámbito de protección de los derechos del artículo 20.1 CE. El límite se encuentra en la buena fe o en el *id quod plerumque accidit* (la “regla de general observancia en el tráfico”). Pero ese límite no puede no ser *general*, para todo el derecho» (p. 129). Es decir, el reconocimiento de la *Drittwirkung* de un derecho fuera de su ámbito “natural” viene, en última instancia, a debilitarlo también en él: si se admite que el trabajador se ve limitado, al ejercer su libertad respecto de materias propias de la relación laboral, por factores no comprendidos en el artículo 20.4 CE, estos nuevos límites hacen perder al régimen escuetamente constitucional del derecho su nitidez, su vigor defensivo.

Esta crítica suele superarse señalando que el contenido de un derecho fundamental no tiene por qué coincidir según que se contemple en relación con el poder público o con los particulares (6). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional acoge implícitamente esta tesis. Sin embargo, esta defensa tiene un cierto aire de expediente: salva, en un sentido meramente formal, la coherencia de los planteamientos favorables a la *Drittwirkung*.

Lo que, a nuestro juicio, puede decirse frente a esta crítica es que la necesidad de operar mediante cláusulas generales en punto a los límites respectivos de los derechos (fundamentales o no) no es ninguna novedad. Aun si no se reconociera que la relación laboral ha de entenderse configurada también por la titularidad, a favor del trabajador, del derecho a la libertad de expresión, debería analizarse, en relación con los conflictos concretos, el alcance de su deber de lealtad (o el del deber de reserva de los funcionarios). Esta necesidad existe en cuanto se contemplan, en lugar de las relaciones generales de los ciudadanos, en su abstracta condición de tales, ya entre sí, ya frente a los poderes públicos, sus relaciones especiales, ya de sujeción, ya de coordinación.

¿No podría proyectarse en consecuencias absurdas cualquier definición jurisprudencial de la lealtad o buena fe contractuales, del mismo modo que las definiciones que ha hecho el TC de los límites a la libertad de expresión del trabajador? ¿Acaso no han de ser también los anteriores límites tradicionales, «forzosamente vagos, habida cuenta de lo proteico de la gran copia de supuestos» que rigen? Los mismos límites expresamente estableci-

---

(6) Sobre esto véase QUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, pp. 66 a 79.

dos en el artículo 20.4 CE, ¿no son también vagos? ¿Pueden considerarse los inacabables razonamientos de la sentencia 62/1982 sobre los conceptos de la «moralidad pública», de la protección a la juventud y a la infancia algo más que (buena) literatura constitucional, pero no definición de normas constitucionales?

Si el Tribunal Constitucional ha de fijar cláusulas generales, límites vagos, es porque a ello le fuerzan la naturaleza misma de las normas constitucionales que interpreta y, en segundo lugar, porque el legislador inserta esas normas en el ámbito de aquellas relaciones jurídicas especiales (de coordinación o de sujeción), sin molestarse en precisar ulteriormente su incidencia sobre ellas. En el ámbito particular que consideramos, el Tribunal había de partir de la prohibición de medidas unilaterales del empresario de carácter discriminatorio y de la transgresión de la buena fe contractual como causa de despido, que el legislador consagra, como *standards* en esos escuetos términos (arts. 17.1 y 54.1.b ET). El acierto de sus soluciones, al ponderar esos conceptos entre sí, puede discutirse, no el que recurra a los *standards* mismos, que son los únicos punto de apoyo que la Constitución y el legislador le proporcionan, como tampoco puede sorprender que deba deducir criterios, igualmente genéricos, para resolver la colisión entre los anteriores.

Un buen ejemplo de esto último es la sentencia 19/1985, en la que niega el Tribunal que pueda una trabajadora pretender una modificación unilateral de su régimen de descanso sobre la base de sus creencias religiosas particulares, entendiendo que no alcanza a tanto la proyección del artículo 16 en el ámbito laboral. En este caso proponen los autores un criterio de solución distinto al utilizado por el Tribunal (p. 118, nota 73), pero no le absuelven (no expresamente al menos) del pecado de haber reconocido la incidencia en el contrato de trabajo del artículo 16 CE, que, sin embargo, se deriva, de la mano del principio de no discriminación, de la ley (artículo 17.1 ET).

Paradójicamente, uno de los peligros con que se enfrenta la jurisprudencia constitucional es, a nuestro juicio, el de dejar las cosas tal y como están, dado lo genérico de las cláusulas de origen legislativo que limitan los derechos fundamentales; cabe preguntarse, en efecto, si las soluciones jurisprudenciales en la materia a que nos referíamos de la no discriminación laboral por razón de las ideas serían muy distintas si los tribunales hubieran de interpretar exclusivamente la regla de la buena fe contractual, si realmente recoge la jurisprudencia una ampliación efectiva del ámbito de actuación lícita de los particulares, en sus relaciones de coordinación, por consecuencia de la proyección, en ese ámbito, de los derechos fundamentales, o si no

se viste con distintos ropajes (los de una ponderación formal entre los últimos y los viejos límites) el imperio exclusivo de estos últimos. En contra de la imagen que acaso pueda resultar de la lectura del libro de que nos ocupamos, el Tribunal ha sido en muchas ocasiones extraordinariamente prudente, a nuestro juicio, en materia de *Drittwirkung*. En su sentencia 94/1984 entiende que la rescisión del contrato de trabajo de una trabajadora en período de prueba, que había quedado embarazada, no puede considerarse discriminatorio por razón del sexo, «pues la policlínica contrata habitualmente mujeres, y la extinción de la relación laboral (...) se produjo cuando la demandante de amparo ya no estaba embarazada». La sentencia 73/1985 da por buena la definición del Tribunal Supremo de los casinos como «entidades respecto de las cuales no puede predicarse de los ciudadanos un derecho ilimitado de libre acceso» (¿y si se prohíbe la entrada en uno a los gitanos?). Si se reconociera el origen fundamentalmente legislativo en nuestro Derecho de la *Drittwirkung* podrían indagarse los límites que el legislador encuentra, según la Constitución, para afirmarla. Respecto de esta cuestión, sólo se encuentra, en la obra que comentamos, alguna referencia aislada, aunque de gran interés; así, la de hacer jugar frente a la *Drittwirkung* al principio general de libertad que se recoge en el artículo 10.1 CE («libre desarrollo de la personalidad»), del que sería plasmación el principio de la autonomía de la voluntad (p. 14; también, muy de pasada, en p. 113).

Sin embargo, la ponderación de este precepto, con la finalidad indicada, daría lugar a pronunciamientos jurisprudenciales también imprevisibles y escasamente determinados por datos ajenos a la imaginación judicial; por otro lado, sobre este punto siempre puede recordarse que hay voluntades más autónomas que otras, que así como (según recuerdan los autores citando a Schmitt), «nadie puede valorizar sin desvalorizar, revalorizar y transvalorar», la autonomía de cada voluntad no prevalece sino a costa de la ajena, que (en el caso de la sentencia 19/1985, *supra*) o bien el precepto religioso de la trabajadora Adventista del Séptimo Día prevalece sobre los deseos de la empresa o aquélla tiene que conformarse con el régimen general (heterónimo) en materia de descanso laboral. Por todo esto nos parece que ha hecho el Tribunal gala de prudencia, al atenerse a la extensión de eficacia de los derechos fundamentales operada por el legislador, sin ponerla en cuestión.

El problema de los límites de esa extensión puede enfocarse desde otro punto de vista no menos importante: el de la reversibilidad de las decisiones legislativas en punto a esa incidencia de los derechos fundamentales en relaciones jurídicas privadas. Se produce, en esta materia, un fenómeno de

retroalimentación de la Constitución por la ley: si ésta reconoce el derecho de reunión de los trabajadores en el ámbito de la empresa, este nuevo contenido pasa a formar parte del derecho del artículo 21 CE; si se establece el principio de no discriminación salarial, el mismo entra en el ámbito protegido por el artículo 14 CE. Pero ¿y si estas normas se modificaran?, ¿y si desaparecieran?, ¿cabría deducirlas directamente de la Constitución, sin mediación legislativa? No es éste el lugar, como es obvio, de plantear siquiera estas cuestiones con algo más de detalle (7); a nuestro juicio, la orientación a lo «público» de los derechos fundamentales (no el dogma de la exclusiva limitación de los poderes públicos por ellos) permitiría evitar deducciones excesivas. Sin emplear algún criterio de esa naturaleza no se ve por qué razón el derecho del accionista de una sociedad anónima a intervenir en la Junta General no podría considerarse manifestación de la libertad de expresión. A este respecto creemos que sí puede tener valor la distinción que proponen los autores entre vertientes «fundamental» y «no fundamental» de un mismo interés o actividad espiritual, siempre que no se la emplee para excluir la protección especial del artículo 53.2 de algunos derechos según la naturaleza pública o privada de los sujetos obligados o limitados por él, dato este que, según llevamos diciendo, no es esencial para determinar la eficacia de los derechos fundamentales.

### III. LA CUESTION PROCESAL

#### 1. *Introducción*

Una de las preocupaciones fundamentales de GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO es la de mantener separadas teóricamente dos cuestiones que se abordan con frecuencia confundidas entre sí: *a)* la del ámbito de los derechos fundamentales, es decir, si operan sólo frente al poder público o también en las relaciones del tráfico privado, y *b)* la de su protección cuando son violados por particulares y, más en particular, la de su posible protección, en amparo, por el Tribunal Constitucional.

El deslinde entre ambas cuestiones es, en efecto, uno de los principales méritos de este trabajo y sienta las bases para un análisis autónomo de cada una de ellas; la segunda cuestión, en particular, no se abordará subordinando

---

(7) Véase ALONSO GARCÍA, «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», *RAP*, 100-102, I, 1983, pp. 83 y ss.

su tratamiento al propósito de hacer posible a toda costa el acceso al amparo constitucional de aquellas violaciones.

Debemos, entonces, seguir a los autores en un largo rodeo procesal tendente a afirmar que el control de las violaciones de los derechos fundamentales por los particulares escapa a la competencia en amparo del Tribunal Constitucional, tesis que, precisan GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, «es compatible (con) la interpretación de los derechos fundamentales accionables en amparo, atribuyéndoles *Drittwirkung*» (p. 63).

## 2. Protección de los derechos reconocidos

Los autores señalan que la protección especial, preferente y sumaria (art. 53.2 CE) de los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la CE es una característica inherente a ellos, pero no necesariamente en las dos versiones, judicial y constitucional del amparo: la última es sólo eventual; procede, según el artículo 53.2 CE, «en su caso» o (art. 161.1.b de la CE) «en los casos y formas que la ley establezca».

El legislador, dentro de los límites de la libertad que así se le concede, ha imitado la competencia del Tribunal Constitucional a las violaciones imputables u originadas por «disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, Comunidades Autónomas y demás entes públicos (...), así como sus funcionarios o agentes» (art. 41.2), es decir, a las dimanantes de los poderes públicos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional habría eludido la mencionada limitación mediante el expediente de transformar en supuestos de amparo contra resoluciones judiciales los conflictos dimanantes de lesiones a los derechos fundamentales por obra de particulares: si los órganos judiciales no remedian las tales lesiones, violan ellos mismos el derecho fundamental y el caso puede llegar al TC por la vía del artículo 44 LOTC.

Esta doctrina procesal del TC ignoraría las limitaciones que establece el artículo 44.1 LOTC a su competencia en amparo frente a resoluciones judiciales: que las violaciones tengan «su origen inmediato y directo en ellas» (primer párrafo) o que a ellas sean imputables la violación «de modo inmediato y directo (...), con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional» (letra b).

a) *El artículo 44 LOTC, los límites al amparo frente a resoluciones judiciales*

La inteligencia de los mencionados límites no es tan clara como podría suponerse; para los autores, las lesiones judiciales que consisten en la falta de protección (o deficiente protección) frente a una presunta lesión de un derecho fundamental, por parte de un particular, nunca podría revisarse en amparo constitucional, pues la lesión judicial, aunque existiera, depende de los hechos que dieron lugar al proceso, de que en la controversia inicial estuviera o no en juego un derecho fundamental y de que fuera o no violado, mientras que habría de ser «autónoma», esto es, susceptible de determinarse sin examinar la controversia de fondo. Tal lesión no sería, «directa e inmediatamente», imputable a la resolución judicial, que únicamente podría estimarse lesiva de, modo *mediato e indirecto*, en la medida en que estima ajustada a derecho la conducta del particular y a través de esta última (pp. 76 y 77, nota 53).

A) *La «independencia» de los hechos.*—Inmediatamente después de establecer que la lesión ha de ser «independiente de los hechos», el artículo 44.1 LOTC establece la prohibición de conocer de ellos («acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal»). A nuestro juicio, esta prohibición tiende a absorber todo el significado normativo de este requisito.

Los autores ofrecen una interpretación de este límite, según la cual la lesión judicial no puede guardar relación con el conflicto inicial previo o de fondo. Esta interpretación dejaría fuera del amparo constitucional supuestos en los que no se ventila en absoluto el problema de la eficacia frente a terceros de un derecho fundamental y en los que resulta indudable que puede haber una lesión directa, e inmediatamente imputable a un órgano judicial, en la solución que da al conflicto originario.

Podemos ilustrar esta afirmación con la sentencia 2/1982, que GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO citan de pasada primero (véase nota 53) y luego glosan erróneamente como un caso de *Drittwirkung* (pp. 121 y 122), sin señalar, a nuestro juicio, toda su importancia.

No se plantea en la sentencia problema alguno de *Drittwirkung*, y la presunta lesión que se considera sería, de modo inequívoco, exclusivamente imputable a un órgano judicial: se planteaba si atentaba o no contra las libertades de expresión y reunión la condena penal de los recurrentes, como autores de un falta de coacciones, por haber insultado y amenazado al titular de un comercio al protestar contra un despido. Sólo al órgano judicial

sería imputable la asignación de consecuencias desfavorables a una actuación que se presentaba como ejercicio de un derecho. No había previamente ningún acto, ni de particular ni de poder público no judicial, que incidiera negativamente sobre las libertades de expresión y reunión de los recurrentes. El TC entenderá que la conducta de los recurrentes había excedido claramente de los límites a las mencionadas libertades y que, en consecuencia, las mismas no habían sido violadas por la resolución judicial sancionatoria.

Presupuesto de esta conclusión es la siguiente doctrina sobre la naturaleza de las lesiones imputables a los órganos judiciales: los pronunciamientos de éstos que valoran actuaciones realizadas en el ejercicio de un derecho pueden ser «origen directo e inmediato de la vulneración de tales derechos en la medida en que determinan si la actuación de los solicitantes del amparo puede o no incluirse en su contenido y, en consecuencia, ha de calificarse o no de legítima» (Fundamento jurídico 4).

Reflexionando, a la luz de este pronunciamiento, sobre el requisito de la independencia de los hechos, resulta que, o se entiende que éste significa que el TC no puede revisar la diagnosis judicial de aquéllos (y entonces el amparo constitucional frente a actos judiciales sólo puede remediar vicios *in procedendo*, ya resulten en la lesión del artículo 24 CE, ya en la de otros derechos fundamentales), o se entiende que la lesión autónoma puede consistir en una errónea valoración judicial de los hechos, y entonces no hay más remedio que entender que, en la proposición «con independencia de los hechos (...) acerca de los que en ningún caso entrará a conocer el Tribunal», es la segunda parte la dominante, la que tiende a absorber todo el significado normativo del requisito: la lesión es «independiente de los hechos» no cuando carezca de cualquier relación con ellos, sino cuando su existencia pueda ser establecida respetando la premisa menor del silogismo o razonamiento judicial, dejando inalterados los hechos que la resolución judicial tiene por probados. La primera alternativa es la acogida; en cambio, en otra sentencia anterior de 7 de mayo de 1981, cuya doctrina es abandonada en la que ahora comentamos: «el supuesto contemplado (en el artículo 44 de la LOTC) es el del acto u omisión producido *en el procedimiento* y que atente contra los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, por sí mismo, *sin conexión con el objeto del pleito*» (Fundamento jurídico 3).

Ahora bien, si un pronunciamiento judicial errado sobre el alcance de un derecho fundamental vale, para el Tribunal Constitucional, como origen directo e inmediato de una lesión de aquél, resulta relativamente irrelevante que el tal pronunciamiento se produzca directamente o aparezca como revisión de la validez de un pronunciamiento previo de otro sujeto u órgano,

público o privado, sobre el alcance del derecho fundamental. Esta interpretación del artículo 44.1 LOTC es adoptada por el TC no para atraer a su competencia casos de *Drittwirkung*, sino en relación con un supuesto en que, ya lo hemos dicho, podía existir exclusivamente una presunta lesión de origen inequívocamente judicial.

Los autores observan que, para el TC, «hay violación (...) imputable directamente a un órgano jurisdiccional e independiente de los hechos cuando surge un conflicto de interpretación entre el Tribunal Constitucional y un juez o Tribunal del Poder Judicial sobre el significado y alcance del derecho fundamental (...) violado (originariamente) por un particular» (p. 76); ésta es una descripción exacta de la doctrina del TC, pero con la precisión de que la última es más amplia, de modo que en esa descripción sobra la referencia a la violación originaria del particular.

La interpretación expuesta lleva a una concepción del alcance del amparo frente a resoluciones judiciales (ya intervengan éstas como «primera lesión presunta» de un derecho fundamental, ya como calificación de una lesión producida por un particular), en la que el Tribunal Constitucional puede únicamente entrar a dilucidar cuestiones de derecho, interpretaciones judiciales con incidencia sobre los derechos fundamentales o, mejor dicho, adoptando la terminología que en numerosas ocasiones ha empleado el Tribunal: «cuestiones constitucionales». La interpretación del art. 44 LOTC, en que se basa, aunque no sea incontrovertible, resulta plenamente congruente con la intención que cabe suponer en el legislador al regular el amparo frente a actos judiciales: evitar que éste se convierta en una instancia más, en un cauce general de revisión de sentencias. En cambio, el legislador no parece haber abrigado el propósito, en el artículo 44.1 LOTC, de limitar el amparo frente a actos judiciales a la protección frente a violaciones del artículo 24, como la sentencia 2/1982 se preocupa de precisar. Ahora bien, la tesis de los autores sobre el requisito de la independencia conduciría a un resultado casi idéntico, según dijimos anteriormente.

El manejo de la doctrina que hemos expuesto es tan difícil y delicado como problemática resulta la diferenciación entre premisa menor y premisa mayor, particularmente cuando la errónea interpretación judicial puede localizarse en el enlace entre una y otra, como sucede en la calificación de los hechos. Por esta razón resulta un tanto incierta a este último respecto: no faltan casos en que el TC revisa la calificación jurídica de los hechos, reconociendo que lo hace actuando «en el extremo límite de su competencia» (sentencia 164/1986, Fundamento jurídico primero; véanse también las sentencias 68/1983, Fundamentos jurídicos quinto y sexto, y 98/1986, Fundamento jurídico cuarto), mientras que, en general, considera la materia de la

calificación excluida de su competencia revisora, especialmente en materia penal (así, en relación con la calificación penal, sentencias de 30 de enero de 1981, 105/1983 —caso Vinader—, 71/1984; autos 287/1983 y 414/1983, entre muchos otros).

La interpretación «formalista» de los supuestos susceptibles de llegar al conocimiento del Tribunal Constitucional, sustentada en la sentencia de 7 de mayo de 1981 y adoptada por GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO (la lesión judicial puede ser únicamente la que se produce en el procedimiento y atenta contra los derechos fundamentales por sí misma, sin conexión con el objeto del pleito), no puede abarcar hipótesis que sin duda alguna entran dentro del artículo 44 de la LOTC: aquellos en que la resolución judicial atenta contra un derecho fundamental que regula y limita el ejercicio de la jurisdicción desde un punto de vista no formal. Así, cuando el TC ha de determinar si ciertas resoluciones judiciales suponen infracción del principio *non bis in idem*, implícitamente recogido en el artículo 25 CE, no cabe entender que la infracción del anterior, de existir, fuera «independiente» del objeto del pleito (sentencia de 30 de enero de 1981). En materia de *habeas corpus*, el Tribunal Constitucional ha debido examinar si las resoluciones judiciales habían supuesto la indebida denegación de la garantía recogida en el artículo 17.4 CE, por entender, erróneamente, que no concurría el supuesto de «privación de libertad» (sentencia 98/1986) o que no eran competentes para conocer de la demanda (sentencia 93/1986); en estos casos, la lesión de la libertad personal es inequívocamente judicial, pero no puede considerarse tampoco independiente del «objeto del pleito» ni «independiente de los hechos que dieron lugar al proceso», a menos que se interprete esta independencia en el sentido que aquí sostenemos: susceptible de apreciarse sin revisar los hechos tenidos por probados por el juzgador *a quo*.

Lo mismo puede decirse cuando no ha podido haber, antes de la resolución judicial, ningún acto previo, de ciudadano o autoridad, que lesione el derecho fundamental: si una resolución judicial viola el artículo 28.1 CE, al negar indebidamente legitimación activa a un sindicato para plantear un conflicto colectivo (sentencia 7/1982).

B) *La resolución judicial como origen «inmediato y directo» de la lesión.*—Ya indicamos cómo, para GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, no puede considerarse la resolución judicial origen directo e inmediato de la lesión, cuando aquélla se limita a confirmar la validez y legitimidad del proceder de un particular que, a su vez, pudiera ser lesivo de un derecho fundamental: semejante lesión judicial se produciría a través del acto de par-

ricular y en la medida en que el mismo se considera ajustado a derecho, mediata e indirectamente, por tanto (p. 77, nota 53).

El TC no ha sido muy explícito, a la hora de proporcionar su propia interpretación del requisito que ahora examinamos, en relación con los actos judiciales que enjuician lesiones procedentes de particulares.

Pero nos parece que esta circunspección del TC es reveladora, pues indica que, para él, tal problema interpretativo no existe. En otras palabras: el requisito del origen inmediato y directo no sirve para excluir la competencia del Tribunal sobre lesiones judiciales derivadas de la falta de remedio o reparación de lesiones dimanantes de particulares, ni dice nada sobre tales casos.

En la controversia que resuelve la sentencia 78/1982 existía una presunta lesión por obra de un particular, que, a juicio del recurrente, no había sido remediada por la jurisdicción laboral; la parte demandada planteó que el amparo no se solicitaba realmente respecto de una resolución judicial, sino frente a actos de un particular. La sentencia responde, expeditivamente, que «basta leer la demanda y su suplico para poder afirmar que el objeto del recurso es la sentencia (...) en cuanto revoca la de Magistratura».

Esta sumaria consideración debe ponerse en contraste con otras muy numerosas, en las que, no obstante interponerse el recurso contra resoluciones judiciales que no remedian violaciones causadas por un poder público, delimita el propio Tribunal cuál ha de tenerse por verdadero objeto del recurso: «El origen de la lesión que se alega (...) se encontraría, por tanto, en el acto de la Administración y no en la sentencia judicial, que se ha limitado a mantener la fuerza del mismo sin anularlo» (sentencia 10/1983). (Sentencia 33/1983): «... el amparo no es de los comprendidos en el artículo 44 de la LOTC, pues la sentencia cumple en el caso enjuiciado la función de respuesta judicial a la demanda de amparo en sede judicial (...), sentencia de la que acaso podrá decirse que no ha dado satisfacción a la pretensión actora (...) más no que la violación (...) sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial».

A la luz de estos pronunciamientos resulta errada la predicción que los autores hacen del comportamiento hipotético del TC respecto de recursos indebidamente interpuestos por la vía del artículo 44, cuando debieran haberlo sido por la del artículo 43: «Si algún ingenuo centrara el recurso de amparo constitucional en la sentencia y olvidara el (acto original del poder público) en el *suplico*, podría encontrarse con el amparo inadmitido y con el recordatorio de que la violación la originó el acto administrativo o disposición reglamentaria y no la sentencia» (p. 78). La óptica «realista» (delimitación por el Tribunal del verdadero objeto del recurso, con independen-

cia de lo que digan los recurrentes) es empleada por el Tribunal no únicamente cuando los últimos atacan tanto el acto de la Administración como la sentencia, no sólo cuando el recurso adolece de imprecisiones al delimitar el acto recurrido o configurar el *petitum*, sino también cuando se dirigen *exclusivamente* contra sentencias confirmatorias de actos no judiciales del poder público. (Sentencias 7/1982 —que se apoya en la doctrina tempranamente sentada en la anterior de 16 de marzo de 1981—, 28/1982 y 51/1986.)

¿Por qué, en todos estos supuestos, no se atiende también el Tribunal a la demanda y al suplico para deducir de ellas el objeto del recurso? ¿Por qué no se atiende a la delimitación que del mismo hacen los recurrentes?

Debe reconocerse que, por sí solo, el artículo 41.2 LOTC nada dice en cuanto a los actos del Poder Judicial lesivos por mantener violaciones producidas por particulares; lo que dice es que deben impugnarse los primeros, no los actos de los segundos. Que los primeros puedan ser considerados origen «inmediato y directo» de una lesión requiere ya una cierta interpretación de estas expresiones.

Lo que sucede es que a las mismas no puede atribuirse un significado común para las dos clases de supuestos a que nos estamos refiriendo (aquellos en que los órganos judiciales revisan actos de otros poderes públicos, posiblemente lesivos, y aquellos en que el Tribunal examina presuntas lesiones judiciales que no remedian otras, obra de particulares), sin limitar arbitrariamente el ámbito constitucional del amparo ante el TC.

En efecto, respecto de las lesiones producidas por un poder público no judicial, el requisito del origen inmediato y directo debe excluir la imputación de la lesión a la resolución judicial meramente confirmatoria, ya que de otro modo no cabría el amparo más que frente a actos u omisiones judiciales (sentencia 6/1981); por otra lado, si la falta de protección judicial frente a una lesión originariamente producida por un particular no pudiera considerarse, a su vez, fuente directa e inmediata de una lesión a ese mismo derecho, el amparo frente a actos u omisiones judiciales quedaría sustancialmente limitado bien a lesiones del artículo 24 CE, a lesiones —*in procedendo*— de otros derechos fundamentales o a lesiones sustanciales, pero respecto de las cuales la competencia del Tribunal Constitucional dependería de factores contingentes, no del derecho en juego.

Pensemos, para aclarar esto último, en casos semejantes a aquel que resuelve la sentencia 2/1982, que comentábamos antes: una errónea interpretación judicial de normas relativas a derechos fundamentales, o una errónea interpretación de cualquier otra clase de normas, cuyo carácter lesivo pudiera determinarse dejando inalterada la premisa fáctica de las resolucio-

nes judiciales, podían y debían considerarse, a los efectos del amparo, lesiones de los derechos fundamentales independientes de los hechos que dieron lugar al proceso.

Pues bien, si el conflicto jurídico original nace de una colisión entre derechos fundamentales, podría identificarse una lesión imputable a un órgano judicial según cual fuera el sentido del fallo y no según el acierto o desacierto del razonamiento del que descende, consecuencia que se nos antoja absurda.

Así, por ejemplo, si se trata de determinar si una conducta excede de los límites que el derecho al honor impone a la libertad de expresión, un fallo condenatorio podría constituir, sin duda alguna, origen inmediato y directo de una lesión a aquella libertad, mientras que un fallo absolutorio no podría merecer esa consideración en la medida en que, en la tesis de los autores, vendría simplemente a confirmar la lesión al honor producida por el particular que abusó de su libertad. Este efecto paradójico fue ya tempranamente advertido por DE LA QUADRA SALCEDO (8) y pone de relieve que los requisitos del artículo 44.1 LOTC no pueden ser objeto de una interpretación literal, ingenua, precisando de otra sistemática y finalista.

La doctrina procesal del TC respecto de los supuestos en que se impugna erróneamente la resolución judicial que no remedió la lesión producida por un poder público es, entonces, algo más que una muestra adicional de su espíritu samaritano, de su notorio antiformalismo (en este último sentido, expresamente, la precitada sentencia 28/1982, Fundamento jurídico 1., y la 33/1983, Fundamento jurídico 2); si se la pone en relación con la actitud mantenida en la sentencia 78/1982 de modo expreso e implícitamente respecto de todos los recursos planteados contra resoluciones judiciales relativas a conflictos entre particulares, se sustenta, a nuestro juicio, en aquella interpretación reductiva de la función desempeñada por el requisito del origen «inmediato y directo»: éste tiene por objeto deslindar cuál de entre varios actos del poder público es la fuente de la lesión al derecho fundamental y permite determinar si la resolución judicial ha de considerarse como fuente de la lesión o desde el punto de vista de la exigencia de agotar la vía judicial precedente; tiene, en la práctica, la función de deslindar cuándo un determinado caso ha de encauzarse por la vía del artículo 43 LOTC y cuándo por la del artículo 44 LOTC, pero no dice nada.

---

(8) En la obra citada anteriormente, p. 92; para un caso en que la recurribilidad en amparo dependería del sentido del fallo que resuelve un conflicto entre derechos—en concreto, entre el derecho al honor y el derecho de los medios de comunicación a comunicar información veraz—, véase la sentencia 168/1986.

respecto de la delimitación de la competencia del Tribunal, cuya función corresponde al artículo 41.2 LOTC.

Esta conclusión puede ponerse en relación con una interpretación de la economía general del amparo distinta a la que deducen los autores de la remisión constitucional a los «casos y formas», precisados por el legislador, en que procede: el artículo 53.2 CE prescribe una cauce especial para la protección de los derechos que enumera, que es el del amparo judicial y también el del amparo constitucional. ¿Quiere esto decir que cualquier limitación de la competencia en amparo del TC es inconstitucional? No, pero sí que cuando el artículo citado y el 161.1.b CE aluden a los «casos y formas» que la ley establezca están haciendo referencia, fundamentalmente, al carácter subsidiario del amparo constitucional. Es esta subsidiariedad la que mantiene el artículo 41.2 LOTC, en relación con el requisito del agotamiento de la vía judicial procedente que se consigna en los artículos 43 y 44. En otras palabras: el artículo 41.2 precisa los actos que pueden ser objeto del recurso de amparo con un criterio subjetivo, identificando dichos actos por relación a los sujetos de que emanan (los poderes públicos); no prohíbe que lleguen al TC controversias dimanantes de la lesión de un derecho fundamental por un particular, sino que establece el modo en que pueden llegar: mediante la impugnación de un acto del poder público.

Es lógico, entonces, que el requisito de la resolución judicial como origen «directo e inmediato» de la lesión desempeñe una función secundaria, discriminando cuál de entre varios actos del poder público debe ser objeto del recurso; es lógica también la óptica antiformalista del Tribunal en relación con los recursos dirigidos contra resoluciones judiciales y que debieran haberlo sido contra actos de otros poderes públicos, pues el artículo 41.2 opera en el interior del ámbito objetivo del amparo, que desciende directamente del artículo 53.2 CE, no como criterio delimitador de él; sirve para precisar cuál de entre varios actos recurridos o citados es el verdadero objeto del recurso, o bien cuál, aunque no haya sido impugnado, es el verdadero objeto del mismo, pero no para excluir la competencia del Tribunal, si es que se recurrió contra un acto de los que enumera.

Esta función del artículo 41.2 resulta particularmente clara en la sentencia 18/1984, que llena de perplejidad a los autores. En este caso se habían impugnado no resoluciones judiciales, sino el acto de un particular no anulado por las anteriores, por lo que, dirá el Tribunal, el artículo 41.2 impediría su consideración; para los autores, «es imposible discernir la razón por la cual se efectúa tan extraña invocación» de ese precepto, ya que si el particular (en este caso una Caja de Ahorros) violó un derecho fundamental y el órgano judicial ante el que se impugnó su acto no amparó al

recurrente frente a la violación, «ahí tenemos el acto encuadrable en los supuestos del artículo 41.2 LOTC» (p. 88). Sin embargo, éste debería haber sido impugnado y no lo fue, y la invocación del artículo en cuestión es pertinente: el mismo no excluye a ciertos actos del poder público del enjuiciamiento en amparo por constituir pronunciamientos sobre la legitimidad de actos de particulares, pero sí delimita qué actos deben ser objeto de impugnación.

### 3. *Lesiones en la actividad judicial de protección de los derechos fundamentales*

Hasta ahora nos hemos referido genéricamente a las resoluciones judiciales que no remedian las lesiones de los derechos fundamentales producidas originariamente por particulares. Sin embargo, dentro de esta categoría amplia pueden distinguirse dos clases de supuestos: *a)* aquellos en que la falta de protección judicial del derecho lesionado se deriva pura y simplemente de una cierta interpretación-aplicación (lesiva) de los derechos fundamentales en su incidencia sobre las relaciones entre los particulares, y *b)* supuestos en que la falta de protección se deriva de la lesión de un deber que, formando parte del contenido del derecho fundamental, pesa específicamente sobre los órganos judiciales en su función protectora de esos derechos. Creemos que los autores no recogen esta distinción, acaso porque en todo caso el resultado es el mismo: el mantenimiento de la lesión originada por un acto de particular.

Podemos ilustrar la distinción establecida adoptando como tipos las sentencias 38/1981 y 78) 1982, a las que también atribuyen los autores esa función, aunque con otra finalidad (p. 72).

La segunda sentencia (el «caso Barber») tiene por antecedente el siguiente conflicto: un trabajador y representante sindical (el señor Barber) había sido despedido; el despido había sido declarado improcedente, pero la empresa había recurrido en casación la sentencia de la Magistratura. Entre tanto se resolvía el recurso, el trabajador había pretendido reincorporarse a su puesto, lo que le había sido denegado por la empresa, cuya decisión negativa afirmó la jurisdicción laboral. Este último pronunciamiento judicial era el atacado en amparo. El conflicto giraba en torno al alcance de la facultad empresarial, consagrada en el artículo 227 LPL, de optar por la cesación de la prestación de servicios a cargo del trabajador, abonando a éste en todo caso su retribución, mientras se decidía el recurso por ella interpuesto. El Tribunal Supremo había deducido de dicho precepto que la opción de la

empresa en el sentido indicado impedía al trabajador continuar en el ejercicio de sus funciones sindicales en ella. El TC estimará que esta decisión judicial amparaba una injerencia empresarial en las actividades sindicales, con lesión del artículo 28.1 CE, sin ser la única interpretación posible del artículo 227 LPL, por lo que la anuló y reconoció el derecho del trabajador a continuar en el ejercicio de sus funciones de representante. El Tribunal Supremo había desconocido, y el Constitucional afirmado, una limitación derivada, para la empresa, de la libertad sindical de los trabajadores.

Las cosas son distintas en el caso que resuelve la sentencia 38/1981; la controversia giraba en torno a la calificación correcta del despido de unos trabajadores que habían sido debidamente proclamados como candidatos a representantes sindicales. Las sentencias recurridas habían declarado su nulidad por incumplimiento de los requisitos formales previstos legalmente, mientras que, para los recurrentes, aquél se hallaba viciado de nulidad radical por atentar contra la libertad sindical, y debían deducirse las consecuencias específicas de esta calificación (facultad de opción a favor del trabajador, entre la readmisión y la indemnización). El Tribunal Constitucional analizará las sentencias recurridas desde el punto de vista del manejo, por los órganos judiciales, de las reglas relativas a la carga de la prueba: las anteriores no habían considerado probado el carácter discriminatorio del despido, pero habían desechado expresamente las causas económicas o disciplinarias. Los órganos *a quo* debieron, en esta tesitura —afirma el Tribunal—, trasladar al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido, mientras que consideraron que la prueba del carácter discriminatorio incumbía a los actores. Por consiguiente, el Tribunal anula las sentencias y condena a la empresa a la readmisión.

Aquí, a diferencia de lo que sucedía en el anterior caso, se examinan las resoluciones judiciales a la luz de las obligaciones que nacen, para jueces y tribunales laborales, no para una de las partes en el conflicto originario, de la libertad sindical de los trabajadores, de las que ellos son únicos destinatarios en el ejercicio de su función jurisdiccional: la de aplicar reglas especiales en materia de prueba respecto de despidos aparentemente discriminatorios.

En supuestos de esta clase, creemos que está plenamente justificada la competencia del Tribunal Constitucional, incluso a partir de la interpretación de los artículos 42.2 y 44.1 LOTC, que hacen suya GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO.

Los autores advierten que la segunda sentencia expuesta anula el acto de un particular (el despido) y lo toman como prueba de desconocimiento, por el Tribunal Constitucional, del límite derivado del artículo 41.2 LOTC

(la lesión ha de imputarse a un poder público). Sin embargo, este contenido del fallo obedece a un principio de justicia y eficacia en la protección de los derechos y libertades fundamentales que inspira todo el sistema de amparo.

Por lo demás, en las sentencias 72/1982 y 55/1986, que glosaremos seguidamente, sigue el Tribunal un camino distinto, retrotrayendo las actuaciones judiciales, para que prosigan conforme a las reglas por él sentadas para la actividad jurisdiccional de protección, sin que, por consiguiente, haya de atribuirse tanta importancia a este dato.

Son muchos los casos encuadrables en el tipo al que pertenece el de la sentencia 38/1981. En la sentencia 72/1982 se plantea la posible lesión causada por una sentencia que, considerando abusiva una huelga, confirmó la legitimidad de una consecuencia desfavorable (impago de salarios) deducida por la empresa de esa misma calificación; el TC examina las condiciones «formales» de la calificación llevada a cabo por el órgano judicial *a quo* y llega a la conclusión de que no entrañaron lesión del artículo 28.1 de la CE, pues, no siendo la huelga de aquellas que se presumen ilícitas, aquél llevó a cabo una actividad probatoria tendente a alcanzar la calificación de ilicitud. Pero si no hubiera procedido el juzgador de este modo y hubiera invertido la presunción de ilicitud, en perjuicio de los trabajadores, hubiera existido una lesión de origen específicamente judicial, originada en el incumplimiento de una obligación que pesa sobre el órgano judicial, cuando su actividad se proyecta sobre conflictos en que está en juego un derecho fundamental.

La sentencia 38/1986 precisa la doctrina de la 38/1981, en torno a las reglas relativas a la carga de la prueba en materia de actos o normas discriminatorios, en este caso, las normas relativas al abono de las horas extraordinarias al personal no sanitario del INSALUD contenidas en la Orden Ministerial de 5 de julio de 1971. El TC entenderá que el juzgador debía haber hecho pesar sobre la parte demandada la carga de la prueba del carácter no discriminatorio de las anteriores, y que, no habiéndose alcanzado esta conclusión en el juicio, debería haber indicado los motivos por los que entendió que no había discriminación. El caso es significativo porque, con arreglo a la doctrina del TC sobre la noción de «poder público» (que exponen los autores, páginas 90 a 96), hubiera debido incluir al INSALUD en ella (véase la sentencia 67/1982). Aun así, el amparo se encauza por la vía del artículo 44 LOTC y gira en torno a la lesión causada por resoluciones judiciales, lo que prueba que no todo son «fintas alemanas» en la praxis procesal del TC sobre la imputación de la lesión, que la misma no pue-

de explicarse única o exclusivamente como artificio para conocer de lesiones dimanantes de actos de particulares.

En otras dos sentencias aprecia asimismo el TC lesiones dimanantes del incumplimiento por los órganos judiciales de obligaciones formales, relativas al ejercicio de la jurisdicción, cuando incide sobre derechos fundamentales. La sentencia 55/1986 anuló una sentencia laboral que no había entrado a conocer de las discriminaciones alegadas por un trabajador, por entender que «todo procedimiento laboral es un procedimiento de cuantificación y de delimitación y liquidación de cantidades». En la sentencia 104/1986 se anula una sentencia penal que había condenado al autor de un artículo periodístico, sin reconocer la dimensión constitucional del conflicto, sin ponderar en absoluto el derecho al honor con la libertad del artículo 20.1 CE, invocada por el denunciado: «Al omitir indebida e inexcusablemente de su enfoque tal derecho fundamental, (el juzgador) lo desconoció, y al desconocerlo voluntaria y conscientemente, lo vulneró.»

Otras sentencias han examinado la licitud de resoluciones judiciales relativas a despidos posiblemente lesivos de derechos fundamentales, identificando también deberes específicamente dirigidos a los órganos judiciales. La sentencia 120/1893, que concluye con un fallo desestimatorio, establece que, cuando se produce un despido que sanciona la violación por los trabajadores de los deberes de lealtad y buena fe, al hacer un uso abusivo de la libertad de expresión, corresponde a los órganos judiciales, pero también es obligación suya, calificar de modo razonado las conductas juzgadas; reconocer, en suma, la existencia de un problema de límites de las libertades fundamentales y tratarlo como tal. En la sentencia 47/1985 señala el Tribunal cuál ha de ser el objeto de la actividad probatoria del juzgador en casos de despidos de docentes por disconformidad con el ideario del centro en que trabajan: el demandado debe probar no la disconformidad ideológica, sino la existencia de fricciones contra los criterios del centro, materializadas en una actividad contraria al ideario, descrita en términos concretos y, de no quedar probados en el proceso todos estos extremos, el despido debe calificarse de discriminatorio y nulo con nulidad radical, conllevando esta calificación la necesaria readmisión de la profesora, sin que quepa la indemnización sustitutoria que procede en casos de despidos simplemente nulos. La sentencia 88/1985 decide en términos muy parecidos un caso semejante, declarando la nulidad radical del despido que atenta contra la libertad de expresión del trabajador.

Pueden seguramente encuadrarse también en esta categoría de casos, dos en que la lesión se deriva de una errónea aplicación, por parte de los órganos judiciales, de las reglas relativas a la prescripción de las acciones dimanantes

de los derechos fundamentales (sentencias 7 y 8 de 1983); estos supuestos permiten reflexionar, además, sobre la relatividad de la distinción entre lesiones dimanantes de actos de particulares y de poderes públicos judiciales al valorar conductas de los primeros; la Compañía Telefónica Nacional de España (que, dicho sea de paso, bien podría haberse considerado poder público, a los efectos del amparo) había rechazado las pretensiones de antiguas trabajadoras suyas de reincorporarse a su puesto de trabajo, que habían perdido al pasar forzosamente a la situación de excedencia por razón de matrimonio. Los órganos judiciales estimaron que había prescrito el plazo en que aquéllas podían ejercitar su pretensión dimanante del derecho a la no discriminación por razón de sexo. El TC llegó a una conclusión distinta, por entender que el cómputo del plazo había de hacerse a partir de un momento distinto. Las decisiones judiciales así corregidas deben considerarse origen inmediato y directo de lesiones al derecho a la igualdad, pues el acto denegatorio de la CTNE no es tanto confirmado en sus propios términos cuanto valorado a la luz de las reglas relativas a la prescripción de acciones; por otro lado, como afirma explícitamente la primera sentencia, el origen remoto de la lesión debía localizarse en la norma que establecía aquella excedencia forzosa (artículo 107 de la Reglamentación de Trabajo de la CTNE de 1958, aprobada por decreto), es decir, en una disposición administrativa, en un acto del poder público no judicial.

#### 4. Interpretaciones judiciales lesivas y normas lesivas

Cuando la lesión es el resultado necesario (o altamente probable) de la aplicación de una norma que es, ella misma, lesiva de derechos fundamentales, el Tribunal ha prescindido un tanto de la dualidad de vías de acceso al amparo: «... no resulta fácil saber si el agravio ... se imputa de manera directa a los Tribunales de Justicia o ... de manera directa a la Administración Pública y a los Tribunales de Justicia sólo por vía indirecta en la medida en que no anularon los actos de aquélla ... Sin embargo, ... de los antecedentes ... se desprende que la denegación de la solicitud que la actora formuló ante la Administración se basó, del mismo modo que la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en el artículo 17 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial ... de suerte que, *por una vía y por otra, se llega a la norma reglamentaria aludida y el amparo ... se concreta ... en determinar si la norma ... produjo o no lesión de derechos fundamentales*» (sentencia 162/1985).

Ahora bien, ¿no es ésta también la situación cuando es un particular

quien ha aplicado una norma reglamentaria (una disposición del poder público) que es lesiva de derechos fundamentales? (9).

Esto, naturalmente, nos lleva más lejos todavía: nos lleva al amparo como «cuestión de constitucionalidad impropia» activada por los particulares, en consonancia con la doble función del recurso que, como tuvo ocasión de decir tempranamente el Tribunal, sirve tanto a la defensa de los derechos fundamentales como a la depuración objetiva del ordenamiento, desde el punto de vista de aquella parte del bloque de constitucionalidad que constituyen las normas de la Ley Fundamental que reconocen esos derechos (véase la sentencia de 26 de enero de 1981). A este respecto, nos limitaremos a citar la interesante sentencia 95/1985, en torno a la constitucionalidad de la cláusula de un convenio colectivo que establecía una edad para la jubilación forzosa. Es significativo que la resolución de este recurso se pospusiera a la de una cuestión de constitucionalidad sobre el párrafo segundo de la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores (que resolverá la sentencia 58/1985), por considerar el Tribunal que la resolución de aquella era presupuesto necesario de la del recurso de amparo (véase el Fundamento jurídico segundo de la primera sentencia citada). En la sentencia 95/1985, pues, dice el TC que el recurso de amparo no es la vía adecuada para pronunciarse sobre la licitud de los convenios, pero dice también que él mismo ha de promoverse contra las actuaciones concretas de aplicación de los mismos, que identifica en las sentencias judiciales que resuelven las controversias sobre su aplicación; es evidente que el juicio que merezcan las últimas depende de la constitucionalidad de los convenios, como dice el encabezamiento del Fundamento jurídico segundo de la sentencia: «... aunque el recurso de amparo no es un recurso contra convenios o disposiciones legislativas, la legitimidad constitucional de éstos incide en la legitimidad del acto impugnado.»

Ahora bien, si esto es así, ¿no resulta plenamente justificado que pueda conocer el TC de recursos de amparo planteados contra actos cuya constitucionalidad depende de normas, de decisiones, por excelencia, de los poderes públicos?, y, cerrando nuestra argumentación, ¿no justifica ello también que pueda conocer el Tribunal de lesiones dimanantes de lesivas interpretaciones/aplicaciones judiciales de normas que no son ellas mismas lesivas, por tolerar interpretaciones alternativas? Lesiones, en definitiva, del tipo de las que enjuicia la sentencia 78/1982, el «caso Barber».

A la luz de estas consideraciones creemos que se justifica plenamente la

---

(9) Ejemplos de casos en que son particulares quienes aplican normas de rango inferior a la ley, de dudosa constitucionalidad, encauzados por la vía del artículo 44 LOTC, pueden verse en las sentencias 49 y 79 de 1983 y 1/1984.

interpretación que el Tribunal ha hecho suya de las reglas de acceso a su conocimiento de los actos lesivos, sentadas en el artículo 44 de su Ley Orgánica.

#### IV. EL PROBLEMA PROCESAL Y EL PROBLEMA DE FONDO

A juicio de GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del último precepto, en cuanto a los límites de su competencia para conocer de recursos de amparo contra resoluciones judiciales, ha venido a «disolver», en lugar de resolver, el problema de la *Drittwirkung*: no es posible conocer qué derechos gozan de la anterior y en qué medida, pues en lugar de encarar frontalmente la cuestión ha podido el Tribunal considerar como lesiones dimanantes de los órganos judiciales las que, en realidad, serían imputables a los particulares, si es que esa *Drittwirkung* hubiera de reconocerse en relación con cada derecho considerado. Así, la imputación a los órganos jurisdiccionales de la violación por deficiente protección «concilia el velo de toda apariencia de *Drittwirkung* con el tácito acogimiento de la más vigorosa *Drittwirkung* latente» (p. 140).

Este expediente es motejado por los autores de «finta alemana», ya que sería similar al utilizado por el Tribunal Constitucional alemán para poder conocer de controversias constitucionales inicialmente planteadas entre particulares, admitiendo el planteamiento de un recurso contra la resolución judicial que decide aquéllas de forma insatisfactoria desde el punto de vista de la Constitución.

Una vez más, nos parece que la experiencia jurídica española es leída con anteojos germánicos; falta en nuestro ordenamiento (lo dijimos al principio) una recepción constitucional y legislativa expresa de la concepción según la cual son sólo los poderes públicos los vinculados por los derechos fundamentales y no es precisa la «finta», en consecuencia, para salvar un escollo inexistente. Si se hubiera importado esa técnica de regate, el Tribunal Constitucional podría compararse con ciertas gallináceas que, habituadas a buscar el grano a través de un laberinto, siguen recorriendo el mismo itinerario aun cuando entre ellas y su sustento no haya ya sino un espacio libre de obstáculos.

Tal y como los autores exponen la jurisprudencia y doctrina alemanas (a cuya exposición nos atenemos), esa «finta» sirve para salvar un límite procesal, pero también una concepción sustancial de los derechos fundamentales. Por otra parte, si no se confunde la cuestión de la naturaleza de las relaciones en que inciden los últimos con la del carácter público o privado de los sujetos obligados por ellos, es difícil resumir la experiencia alemana

como «disolución» del problema de la *Drittwirkung*: concebidos los derechos fundamentales también como elementos de un orden objetivo, su violación puede producirse en la forma de infracción (por defectuosa interpretación) de normas más que de derechos subjetivos, y el cometido de establecer qué derechos gozan de *Drittwirkung* puede abordarse determinando el régimen jurídico de las relaciones jurídico-privadas, conforme a la Constitución. Esta cuestión no es eludida mediante la «finta», pero ésta hace de presupuesto procesal para que pueda el Tribunal de Karlsruhe entrar en ella.

En el caso español, la interpretación que ha hecho el Tribunal de los límites a su competencia en amparo frente a resoluciones judiciales tiene también la función de permitirle el control de las anteriores en materia de derechos fundamentales, pero no debe partir (ni implica acogida) de la concepción según la cual no pueden los particulares violarlos.

Por esto, la imputación a los órganos jurisdiccionales de la violación, por deficiente protección de lesiones causadas por particulares, no oculta el problema de la *Drittwirkung* de los derechos en particular, sino que parte de su afirmación (normalmente siguiendo los pasos del legislador); aquélla no es «latente», sino explícita.

GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO señalan que esa doctrina del Tribunal sobre la imputación de la lesión, «sería perfectamente compatible con la negación (verbalista) de la *Drittwirkung*, *more Schwabe*» (es decir, en el sentido de que toda agresión a un derecho fundamental proviene en última instancia del propio Estado y consiste, en su caso, en la defectuosa definición que de él hace uno de sus poderes jurídicos). En consecuencia, podrían considerarse *obiter dicta* las «escasísimas referencias a la *Drittwirkung* en nuestra jurisprudencia constitucional» (p. 86) (10); esa jurisprudencia no presta apoyo para la negación, al modo dicho, de la *Drittwirkung*. Cualquiera que sea el género a que pertenezcan los casos que aborda (de los dos que deslindamos en el apartado III.3 de este artículo), ya estime que los órganos judiciales han interpretado de modo deficiente y lesivo normas que atañen a la vinculación de particulares por los derechos fundamentales —casos del tipo (a)—, ya entienda que han infringido normas relativas al ejercicio de la actividad jurisdiccional en materia de derechos fundamentales —casos del tipo (b)—, es preciso, para llegar a una u otra conclusión, que parta del reconocimiento de que la relación jurídica de fondo, en que se plantea el conflicto, está regida por un derecho fundamental.

(10) Si son tan escasas, ¿cómo puede sintetizarse esa jurisprudencia mediante la contraposición entre su negativa a las «formulaciones generales», de un lado, y la «constante tendencia al reconocimiento generoso de la *Drittwirkung* en los casos concretos» (p. 139).

En ordenamientos distintos del nuestro, en que no existe cauce procesal para la protección de las violaciones de derechos fundamentales causadas por particulares, pueden, ciertamente, eludirse los graves problemas constructivos que plantea la *Drittwirkung*, entendiéndose que los intereses que la anterior trata de proteger pueden serlo mediante una interpretación conforme a la Constitución de normas objetivas (11). Pero si existe una vía preferente y sumaria de protección de esos derechos, no limitada por razón de los sujetos (el amparo judicial), si no hay punto de apoyo explícito en la Constitución para oponer una concepción doctrinal a esa ausencia de límite de índole subjetiva y existe, por el contrario, una inequívoca interpretación legislativa de la Constitución que persiste en no cerrar ese amparo judicial por razón de la fuente de la lesión, si se dan todas estas condiciones, es inevitable que aquellos intereses de cuya protección se trata se manifiesten a la vida jurídica precisamente como derechos subjetivos también frente a los particulares y en las relaciones jurídico-privadas de coordinación. No es nueva en la historia del Derecho, sino todo lo contrario, la prioridad temporal de la acción respecto del derecho, la configuración de éste por aquélla. Existe, en suma, una lógica en nuestro ordenamiento que conduce necesariamente a plantear jurídicamente ciertos conflictos entre particulares *sub specie* de conflictos entre derechos fundamentales o relativos a sus límites. La doctrina procesal del Tribunal Constitucional asegura su control de este proceso lo que, considerando su condición de intérprete supremo de la Constitución (más bien una identidad que una función), resulta legítimo; ahora bien, aplicando a la obra de GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO el «método de la sospecha» al que ellos someten al Tribunal (p. 14), cabe preguntarse si el principal mérito que encuentran en su interpretación de los artículos 41.1 y 2 y 44.1 LOTC no será el de que haría «tarea vana buscar sentencias constitucionales de amparo que trataran de la *Drittwirkung*» (p. 85) (12).

(11) Esta es la postura, en Italia, de P. RESCIGNO: «Los instrumentos tradicionales del Derecho privado parecen, en general, suficientes para controlar las manifestaciones de la autonomía (negocial), también en los términos del conflicto con valores sancionados por el texto constitucional» (*Trattato di Diritto Privato*, vol. I, Turin, 1982, p. 48).

(12) Con posterioridad a la redacción de este trabajo, se ha publicado una nueva intervención de J. GARCÍA TORRES sobre este asunto («Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales», en *Revista del Poder Judicial*, nueva época, núm. 10) que precisa y matiza su valoración del papel del Tribunal Constitucional en materia de *Drittwirkung* (pp. 28 y 29, nota 54), aportando valiosas reflexiones sobre el modo en que debería el último afirmar aquélla respecto de derechos en particular, pero admitiendo la legitimidad de la *extensión de su eficacia* operada por esta vía.



# RESEÑA BIBLIOGRAFICA \*

◦ Han participado en la elaboración de esta Sección:

*Guiomar Arias Berrioategortúa.*

*Ricardo Banzo Alcubierre.*

*Raúl Canosa Usera.*

*Julián Sánchez García.*

Habiendo sido coordinada por *Germán Gómez Orjanel*, profesor titular de Derecho Constitucional.

