

LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL «ÚLTIMO HOMBRE EN PIE» COMO NOTA CARACTERÍSTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

THE «LAST MAN STANDING» THEORY AND THE DEFINITION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

MIGUEL HERNÁNDEZ SERNA

Magistrado. Letrado del Tribunal Constitucional¹.

Sumario: *I. Introducción: el concepto de «derecho fundamental». II. El canon de la razonabilidad. A. El canon en los Estados Unidos. B. El canon en España. C. Fundamento del canon: gobierno democrático versus gobierno del «último hombre en pie». D. Plasmación del fundamento del canon en la Constitución española de 1978. III. La limitación de la legitimación para recurrir. A. Estados Unidos. B. España. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.*

Resumen: El concepto tradicional de «derecho fundamental» en la doctrina y jurisprudencia españolas incluye todos los derechos y libertades del Capítulo II del Título I CE (arts. 14 a 38) debido a su carácter «vinculante» para el legislador previsto en el art. 53.1 CE. En su lugar, el artículo propone un concepto más restringido de «derecho fundamental». Solamente son «derechos fundamentales» aquellos «triumfos» (Dworkin) que su titular puede hacer valer frente al legislador a modo de «último hombre en pie» (Gärdfitz) provocando la declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley aprobada democráticamente. Un efecto que en el sistema de la Constitución de

¹ Doctorando de la Escuela Internacional de Doctorado de la UNED, Programa de Doctorado en Unión Europea. Trabajo realizado bajo la supervisión del profesor Xabier Arzo Santisteban.

1978 solamente permiten los derechos enumerados en el art. 53.2 CE (arts. 14 a 29 y 30.2). Este nuevo concepto obliga necesariamente a revisar la jurisprudencia tradicional sobre el «contenido esencial» de los derechos fundamentales y la legitimación para recurrir, a fin de evitar el gobierno de los jueces.

Palabras clave: Derechos fundamentales, Legitimación, Contenido esencial, Proporcionalidad, Razonabilidad.

Abstract: The traditional concept of «fundamental right» in Spanish legal scholarship and case-law encompasses all rights and freedoms set forth in Chapter II of Title I of the Spanish Constitution (CE) (arts. 14 to 38), due to their «binding» effect upon the lawmaker provided for in art. 53.1 CE. Instead, this article suggests a more restricted approach to the concept of «fundamental right». «Fundamental rights» are only those «trumps» (Dworkin) that a «last man standing» (Gårditz) can enforce against the lawmaker bringing about a judicial declaration of unconstitutionality of an act of parliament. Pursuant to the Spanish Constitution of 1978, only the rights singled out in art. 53.2 CE (*i. e.*, arts. 14-29 and 30.2) grant this entitlement. This new concept calls for a necessary review of the traditional jurisprudence on the «essential content» of fundamental rights and the standing to sue, in order to avoid the government by judiciary.

Key words: Fundamental Rights, Standing, Essential Content, Proportionality, Reasonableness.

I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE «DERECHO FUNDAMENTAL»

El control de las leyes es la seña de identidad del Estado constitucional y representa la culminación de la «lucha contra las inmunidades del poder» iniciada en España en circunstancias muy difíciles, bajo una dictadura². Ahora bien, en una democracia, esta misma posibilidad de controlar judicialmente las decisiones del legislador genera un riesgo advertido desde antiguo: que tribunales inamovibles y no sometidos a rendición de cuentas democrática terminen actuando políticamente³.

² GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, n° 38, 1962, págs. 159-208.

³ LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Tecnos, Madrid, 2010 (1921); y SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983 (1931).

¿Cómo diferenciar los dos ámbitos, el político y el jurídico? O, dicho de otro modo, ¿hasta dónde pueden llegar los tribunales en el control de las decisiones tomadas por un legislador democrático? En los países con una constitución rígida y jurisdicción constitucional concentrada, como es el caso de España, el texto de la Constitución proporciona al órgano encargado de revisar la constitucionalidad de las leyes —el Tribunal Constitucional— las pautas para ejercer esta función. Sin embargo, la interpretación literal del texto de la Constitución no es suficiente. No todas las normas constitucionales tienen el mismo significado y función en un Estado constitucional de Derecho. Existen normas programáticas y finalistas. En particular, es axiomático que no todas las normas constitucionales contienen derechos fundamentales. Los «derechos fundamentales» son *parte* de la Constitución, pero no son *toda* la Constitución.

La mayoría de los constitucionalistas españoles considera que los «derechos fundamentales» son simplemente aquellos derechos que se imponen o vinculan al legislador⁴. Un criterio que les lleva a incluir dentro de ese grupo todos los «derechos y libertades» reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución de 1978 (arts. 14 a 38) puesto que, efectivamente, todos ellos «vinculan» al legislador, de acuerdo con el art. 53.1 CE. Este precepto remite a su vez al artículo 161.1 a) en cuanto a la forma de «tutelar» estos derechos. El art. 161.1 a) CE regula el «recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley» que pueden interponer el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados o 50 Senadores y los órganos legislativo y ejecutivo de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los arts. 162.1 a) CE y 32 LOTC, y puede conducir a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la ley recurrida con efectos generales o *erga omnes* de acuerdo con los arts.

⁴ Participan de esta opinión, por ejemplo, CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 25, 1989, págs. 35-62 (pág. 39); JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999 (págs. 17, 52 y 81); URÍAS, Joaquín, *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001 (pág. 198); Díez-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2008 (págs. 66-67, 81); o DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2022 (págs. 29-30). Y también el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la STC (Pleno) 31/2010, de 28 de junio, FJ 16: «Derechos fundamentales son, estrictamente, aquellos que, en garantía de la libertad y de la igualdad, vinculan a todos los legisladores, esto es, a las Cortes Generales y a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, sin excepción»; o también STC (Sala 1ª) 46/1983, de 27 de mayo, FJ 6: «el art. 38 de la C.E. es ciertamente un derecho fundamental, pero no goza de la protección del recurso de amparo al sobrepasar los concretos límites a que se contrae el art. 53.2 fijando su ámbito material».

164.1 CE y 38 LOTC. Este sería, por tanto, el mecanismo de «tutela» de esos derechos: la declaración de inconstitucionalidad de la ley a iniciativa de órganos políticos, no de sus titulares.

Este concepto de «derechos fundamentales» como derechos vinculantes para el legislador se ha formado por la comparación o contraste entre los apartados 1 y 3 del art. 53. Según el apartado 3, los «principios rectores de la política social y económica» regulados en el Capítulo III del Tít. I (arts. 39 a 52 CE) no vinculan al legislador, sino que simplemente «informarán» la legislación positiva, de modo que «sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Por lo tanto, viene a razonar la doctrina mayoritaria, si esos «principios» del Capítulo III —ya no «derechos»— no «vinculan» al legislador y carecen de un «contenido esencial» indisponible para este según el art. 53.3, entonces es que ese efecto (vinculante) y contenido (esencial) son las notas definitorias de los «derechos fundamentales», que son, por consecuencia, todos los mencionados en el art. 53.1, esto es, todos los del Capítulo II del Título I CE (arts. 14 a 38).

A nuestro modo de ver, esta concepción de los «derechos fundamentales» sostenida por la mayoría de la doctrina no es satisfactoria, al menos por dos razones.

En primer lugar, porque el criterio que emplea no sirve, en realidad, para delimitar el concepto que se quiere definir. El efecto vinculante para el legislador no es una nota característica de los derechos fundamentales, sino una nota común a todas las normas constitucionales de acuerdo con el art. 9.1 CE («Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»). Solamente la propia Constitución puede exceptuar o modular ese efecto, como hace el art. 53.3 con los «principios rectores». Y un efecto común a toda norma constitucional, como es su carácter vinculante para el legislador, no puede identificar la subespecie de los «derechos fundamentales». Por otra parte, la Constitución reconoce fuera del Capítulo II del Título I otros «derechos» que por su rango superlegal también vinculan al legislador y pueden conducir a la declaración de inconstitucionalidad de una ley a través del recurso de inconstitucionalidad, como por ejemplo el «derecho» a usar el castellano (art. 3.1), el «derecho» a acceder a los registros públicos [art. 105 b)] o el «derecho» a ejercer la acción popular (art. 125). Una evidencia que obliga a los autores partidarios de este concepto tradicional a matizar inmediatamente su definición inicial de «derechos fundamentales» acudiendo a un concepto cultural de dichos derechos:

estos otros derechos constitucionales no son «fundamentales» porque no están reconocidos como tales en el CEDH ni en las Constituciones de nuestro entorno⁵.

En segundo lugar, el criterio empleado falla porque no se ajusta a la realidad, ya que pretende englobar en una categoría unitaria, la de «derechos fundamentales», derechos y libertades con un régimen de tutela y protección muy diferente. Por un lado, la tutela de algunos de esos derechos del Cap. II puede instarse (o activarse) directamente por sus titulares mediante el recurso de amparo, conforme al art. 53.2 CE. Y por otro, la tutela que se dispensa mediante los recursos de inconstitucionalidad, que es la vía específica a que se refiere el art. 53.1 CE, es muy diferente en uno y otro caso. Como más adelante se verá, en el control de los arts. 15 a 29 CE el Tribunal Constitucional emplea el «principio de proporcionalidad», mientras que para los arts. 30 a 38 aplica el canon más deferente de la «razonabilidad» (por todas, STC Pleno 112/2021, de 13 de mayo, FJ 6). Y un concepto jurídico que no se ajusta a la realidad debe ser revisado⁶.

En definitiva, al centrarse exclusivamente en el carácter «vinculante» de los «derechos fundamentales», la doctrina ha difuminado las diferencias de tutela existentes y con ello ha oscurecido su concepto. A nuestro juicio, la nota distintiva de este tipo de derechos no es tanto que vinculen o pongan límites al legislador, pues como ya se ha dicho este es un efecto común a toda norma constitucional, de acuerdo con el art. 9.1 CE. La nota distintiva del concepto de «derecho fundamental» es que un simple particular, el titular de ese derecho, pueda hacer valer ese límite que representa su derecho frente al sujeto vinculado, esto es, el legislador. Pues, ¿qué clase de «derecho» es aquel cuyo propio titular no puede tutelar ante los tribunales? ¿Y qué clase de «derecho fundamental» es aquel cuyo titular no puede tutelar judicialmente frente al legislador? La pregunta pertinente no es, por tanto, qué «derechos» (así llamados por la Constitución) vinculan al

⁵ Por ejemplo, CRUZ VILLALÓN, Pedro (*loc. cit.*); o Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.* (págs. 38-39).

⁶ Los partidarios de la concepción mayoritaria reconocen, obviamente, la singularidad de los derechos mencionados en el art. 53.2 CE como subtipo privilegiado de «derechos fundamentales» susceptibles de tutela preferente y sumaria ante los tribunales ordinarios y de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. No obstante, para ellos esta diferencia es de grado, no de clase. Nosotros sostenemos, por el contrario, que los derechos singularizados en el art. 53.2 CE (básicamente, los de la sección 1ª del Cap. II, del Tít. I: arts. 15 a 29) tienen una naturaleza muy diferente a los de la sección 2ª del mismo capítulo (arts. 30 a 38), y de ahí el diferente canon empleado por el Tribunal Constitucional en la «tutela» de unos y otros en recursos de inconstitucionalidad (art. 53.1).

legislador, sino *qué derechos permiten a una sola persona vencer en juicio al legislador*.

La tesis que se defenderá en este trabajo es que la «legitimación procesal del último hombre en pie» es el verdadero criterio distintivo de los «derechos fundamentales» fuertes en una democracia⁷. Una posibilidad de tutela judicial contra el legislador que la Constitución de 1978 no reconoce a todos los «derechos y libertades» del Capítulo II a que se refiere el art. 53.1 CE, sino solamente a los del art. 53.2 CE. Para ilustrar nuestra tesis debemos recordar la evolución de la doctrina constitucional americana respecto a la impugnación de las leyes económicas por los particulares.

Mientras el Estado asumía y se consideraba vinculado por el funcionamiento espontáneo del mercado y se entendía que las leyes no podían interferir en ese mecanismo, en otras palabras, durante el Estado abstencionista del siglo XIX, la cuestión de la legitimación para impugnar leyes del parlamento era una cuestión relativamente sencilla y binaria: o bien se reconocía en general, como en los Estados Unidos desde la sentencia *Marbury v. Madison*⁸, o bien se desconocía también absolutamente, como en los ordenamientos europeos. Y en el primer caso, esa legitimación para cuestionar la constitucionalidad de las leyes se reconocía para la tutela de todos los derechos hasta entonces reconocidos, esto es, los estrictamente individuales de libertad o abstención plasmados en las Constituciones de la época y los derechos patrimonializados, como el derecho a recibir el acta de nombramiento de un juez designado por el Presidente anterior que dio lugar al famoso caso mencionado.

La ampliación del sufragio y la consecuente transformación de los fines del Estado en el primer tercio del siglo XX, que pasó de garantizar solamente las relaciones de mercado a asumir la responsabilidad sobre la felicidad y bienestar de los ciudadanos (Estado social), produjo la aparición de leyes económicas que regulaban *e interferían* en el proceso económico. Estas nuevas medidas redistributivas y limitativas de la iniciativa privada provocaron la reacción inmediata de los intereses económicos perjudicados, es decir, de los empresarios. Una reacción que, por lo ya dicho, solo en los Estados Unidos pudo encauzarse jurídicamente, sin degenerar en crisis políticas, porque

⁷ Tomo prestada la expresión «legitimación del último hombre en pie» o «*last-man standing*» de GÄRDITZ, Klaus Ferdinand, «Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court», *German Law Journal*, vol. 15, n° 2, 2014, págs. 183-201 (pág. 188). Más adelante explico el contexto en que emplea esta expresión.

⁸ 5 US 137 (1803).

solo allí, y no en los Estados europeos, podía un ciudadano que se consideraba perjudicado por una ley someter esa decisión política a los tribunales⁹.

De acuerdo con la experiencia norteamericana, el control por los tribunales de las decisiones de política económica tomadas por los órganos políticos, fundamentalmente los parlamentos, debe ser limitado. Dos técnicas contribuyen a este objetivo: el canon de la razonabilidad (deferencia hacia el legislador) y la limitación de la legitimación para recurrir. Ambas técnicas tienen su correspondencia en el ordenamiento constitucional español, y ello no es casual. En los siguientes apartados examinaremos el funcionamiento y el fundamento de las dos técnicas que permiten diferenciar las dos grandes modalidades de derechos fundamentales: por un lado, los derechos de libertad o «derechos fuertes»; y, por otro lado, los derechos sociales y de prestación.

II. EL CANON DE LA RAZONABILIDAD

A. El canon en los Estados Unidos

Las necesidades de la sociedad industrial provocaron que desde finales del siglo XIX los Estados de la Unión americana, titulares del poder de policía general frente a las competencias limitadas y enumeradas de la federación, comenzaran a dictar leyes destinadas a regular, y en consecuencia limitar, el ejercicio de actividades económicas¹⁰. Ello

⁹ A diferencia del sistema americano de la *judicial review of legislation*, el sistema europeo de justicia constitucional concentrada no se ideó para tutelar los derechos fundamentales de los particulares, como aquel, sino para judicializar los conflictos políticos entre los diferentes poderes del Estado (ejecutivo y legislativo, federal y regional) y evitar así que estos conflictos degenerasen en crisis sistémicas y colapso constitucional. De ahí que la legitimación para acceder al Tribunal Constitucional se limitase a los órganos políticos, con exclusión de los ciudadanos (CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 34, 128-129).

¹⁰ En aquella época el Tribunal Supremo norteamericano aún interpretaba restrictivamente las competencias del Congreso federal, de modo que este no podía regular las actividades económicas, crear empresas ni prestar servicios, salvo el de correos expresamente mencionado en la Constitución de 1787 (art. I.8.7^a). Las necesidades del crac de 1929 y el *New Deal* del Presidente Franklin D. Roosevelt modificaron esta jurisprudencia y ampliaron enormemente las competencias de la Federación. Véase CORWIN, Edward S., «The Passing of Dual Federalism», *Virginia Law Review*, vol. 36, n^o 1, 1950, págs. 1-24. Para una referencia más actual a esta diferencia entre el «*police power*» de los Estados y las competencias «enumeradas y limitadas» de la Federación, véase la sentencia *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519, 533-536 (2012), en el famoso asunto de la reforma sanitaria impulsada por el Presidente Obama.

planteaba la cuestión de si podía el poder político imponer límites a la libertad económica, o lo que es lo mismo, si el capitalismo *laissez faire* estaba inserto en la Constitución y, por tanto, más allá del poder de decisión de las mayorías democráticas.

Inicialmente, así lo consideraron los tribunales norteamericanos. Tanto los tribunales de los Estados como el Tribunal Supremo federal interpretaron que la garantía de la «libertad» y la «propiedad» frente a cualquier privación «sin el debido proceso legal» («*without due process of law*») que la Enmienda XIV impone a los Estados (la Enmienda V lo hace a la Federación) no era un derecho formal que permitiera la limitación de esos derechos siempre y cuando se hiciera con las debidas garantías, es decir, en ejecución de una ley previa y precisa que autorizase su modulación o ablación en el caso concreto, a modo de principios de legalidad y tipicidad. Era, por el contrario, un derecho *sustantivo* que incorporaba un contenido intangible para los legisladores estatales. Un contenido que se identificaba con la expectativa de entablar y mantener relaciones contractuales libres con terceros y con las ganancias pendientes de adquisición.

Basándose en esta interpretación («*substantive due process*» o «*economic due process*»), los tribunales norteamericanos declararon contrarias a la libertad y la propiedad constitucionalmente garantizadas sucesivas leyes estatales que limitaban el trabajo infantil o la jornada laboral, que obligaban a pagar a los trabajadores en dinero y no en bonos de la compañía, que impedían despedir a trabajadores por razón de su afiliación sindical o que obligaban a concertar un seguro obligatorio de accidentes para la circulación de vehículos a motor (hasta tal punto llegaba el entendimiento de los derechos a la libertad y a la propiedad). Incluso se calificó a los sindicatos como una fórmula de «acuerdo entre vendedores de trabajo» para aplicarles la prohibición de monopolios de la *Sherman Act* y prohibirlos. Se consideraba, en fin, que todas estas iniciativas y leyes limitaban inconstitucionalmente la libertad económica, no solo de los empresarios, sino de los propios trabajadores, que debían poder legítimamente vender su trabajo por el precio y las condiciones de mercado, aunque fuesen precios de miseria y condiciones infrahumanas¹¹.

¹¹ Todo este proceso está brillantemente expuesto en el libro ya citado *El gobierno de los jueces*, del jurista francés Edouard LAMBERT (en especial, págs. 61-63, 79-104, 176-182, 273), escrito precisamente para alertar sobre los peligros de introducir el control judicial de las leyes en Francia, que se debatía en aquel momento (*id.*, págs. 5-12).

De este modo el Tribunal Supremo insertó en la Constitución norteamericana «el derecho fundamental de todo hombre libre a perseguir sus objetivos privados en un sistema de libre mercado», en expresión de Ackerman¹². Epítome de este activismo judicial fue la sentencia *Lochner v. New York*¹³, en la que el Tribunal Supremo declaró, por mayoría de 5 a 4, contraria a la libertad garantizada en la XIV Enmienda una ley del Estado de Nueva York que limitaba a 60 horas semanales la jornada de trabajo en las panaderías. La relevancia de esta sentencia es tal que en los Estados Unidos aún se sigue empleando el término «lochner» o «lochnerismo» para aludir al activismo judicial. Aunque la sentencia *Lochner* es relevante sobre todo por el famoso voto particular del juez Oliver Wendell Holmes, que merece ser reproducido:

«Este caso se decide sobre una teoría económica que una gran parte del país no comparte. Si se tratara de saber si apruebo esa teoría, desearía estudiarla a fondo y durante un tiempo antes de formarme una opinión. Pero no me parece que esta sea mi función, pues estoy firmemente convencido de que mi acuerdo o desacuerdo nada tiene que ver con el derecho de la mayoría a plasmar sus opiniones en las leyes (...) Una Constitución no pretende encarnar una teoría económica particular, ya sea la del paternalismo y la relación orgánica del ciudadano con el Estado o la del *laissez faire*. Está hecha para personas con opiniones fundamentalmente diferentes, y el hecho de que encontremos ciertas opiniones naturales y familiares o novedosas e incluso chocantes no debería condicionar nuestro juicio sobre la cuestión de si las leyes que las incorporan vulneran la Constitución (...) Creo que se pervierte la palabra libertad de la Decimocuarta Enmienda cuando se sostiene que impide el resultado natural de una opinión dominante, salvo que se pueda decir que un hombre racional y justo necesariamente admitiría que la ley propuesta infringe principios fundamentales tal como se han entendido por las tradiciones de nuestro pueblo y nuestro derecho. No es necesaria ninguna investigación para demostrar que no es posible predicar esta condena tan rotunda a la ley que tenemos ante nosotros. Un hombre razonable podría pensar que es una medida adecuada para la protección de la salud. Hombres que ciertamente no podría considerar irrazonables la defenderían como primer paso de una reglamentación general del horario de trabajo».

Las necesidades derivadas de la crisis del 29 aumentaron la legislación social. Tal como lo expresa el profesor Tribe, después del crac «ya no podía seguir argumentándose seriamente que la mano invisible del mercado garantizaba al mismo tiempo los derechos individuales y el

¹² ACKERMAN, Bruce, «Beyond 'Carolene Products'», *Harvard Law Review*, vol. 98, n.º 4, 1985, págs. 713-746 (pág. 714).

¹³ 198 U.S. 45 (1905).

bien común», como se entendía hasta entonces¹⁴. Las leyes sociales del *New Deal* impulsado por el Presidente Franklin D. Roosevelt al acceder a la presidencia en 1933 y la presión social obligaron al Tribunal Supremo a capitular y a rectificar su doctrina en *Nebbia v. New York* donde resolvió que una ley del Estado de Nueva York que fijaba el precio de venta de la leche no vulneraba la «*due process clause*» de la XIV Enmienda:

«En lo que respecta al requisito del proceso debido, y en ausencia de otra restricción constitucional, un Estado es libre de adoptar cualquier política económica que *razonablemente* se considere que promueve el bienestar público y de hacer cumplir esa política mediante una legislación adaptada a su propósito. Los tribunales carecen de autoridad para establecer tal política o, cuando ha sido establecida por el legislador, para invalidarla. Si se considera que las leyes aprobadas tienen una *relación razonable* con un propósito legislativo adecuado y no son arbitrarias ni discriminatorias, se satisfacen los requisitos del debido proceso»¹⁵.

Poco después confirmó esta nueva aproximación en *West Coast Hotel Co. v. Parris*, donde aceptó la fijación del salario mínimo por una ley del Estado de Washington:

«una regulación que sea razonable en relación con su objeto y se adopte en interés de la comunidad es debido proceso»¹⁶.

Desde entonces, este canon de la mera razonabilidad ha sido el empleado por las jurisdicciones constitucionales para juzgar las decisiones de política económica desde la perspectiva de los derechos individuales. Así lo han hecho, entre otros, el Tribunal Constitucional alemán o el Consejo Constitucional francés¹⁷, y también el Tribunal Constitucional español.

B. El canon en España

En España, el Tribunal Constitucional ha empleado este canon de razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes eco-

¹⁴ TRIBE, Lawrence, *American Constitutional Law*, vol. 1, 3ª ed, New York, Foundation Press, 2000 (pág. 1358).

¹⁵ 291 U.S. 502, 537 (1934), énfasis añadido.

¹⁶ 300 U.S. 379, 385, 391 (1937).

¹⁷ Véanse las citas de jurisprudencia en BAQUERO CRUZ, Julio, *Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002 (págs. 71-72), y en SAUTER, Wolf, «The Economic Constitution of the European Union», *Columbia Journal of European Law*, vol. 4, 1998, págs. 27-68 (págs. 48-49)

nómicas, frente al «principio de proporcionalidad» que emplea en el examen de las leyes que afectan a los derechos de la sección 1ª del Cap. II del Tít. I CE (arts. 15 a 29), singularizados en el art. 53.2 para permitir su tutela mediante el amparo judicial ordinario y el amparo constitucional.

Como es conocido, el principio o canon de proporcionalidad exige la superación de un triple juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El Tribunal Constitucional aplicó este principio por primera vez en la STC (Sala 2ª) 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5, en el recurso de amparo contra la denegación gubernativa de una manifestación por vulneración de este derecho fundamental (art. 21.2 CE)¹⁸. Y a partir de entonces lo ha empleado en innumerables recursos de amparo y también en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad en los que se plantea la vulneración de derechos fundamentales de la sección 1ª del Capítulo II del Título I (arts. 15 a 29)¹⁹. Frente a ello, el Tribunal Constitucional considera que las limitaciones a la libertad de empresa del art. 38 CE:

«...deben ajustarse a un *canon de razonabilidad* en el sentido de que respondan a un objetivo constitucionalmente legítimo y sean idóneas o adecuadas para conseguirlo sin que su intensidad llegue al punto de suponer un impedimento práctico del libre ejercicio de la actividad económica» (STC Pleno 111/2017, de 5 de octubre, FJ 4, énfasis añadido).

Y para el derecho de propiedad del art. 33 CE el Tribunal Constitucional ha establecido el mismo canon²⁰.

¹⁸ «Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (STC 66/1995, FJ 5).

¹⁹ Por ejemplo, en la STC (Pleno) 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 4, en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana (para verificar si la regulación de los cacheos era o no conforme con los a la integridad física e intimidad personal de los arts. 15.1 y 18.1 CE), o en la STC (Pleno) 99/2019, de 18 de julio, FJ 6, en la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el precepto legal que no permitía el cambio de nombre y sexo de menores transexuales en el Registro Civil (para verificar si esta ley era o no conforme con el derecho fundamental a la intimidad, art. 18.1 CE).

²⁰ Valga, por todas, la cita de la STC (Pleno) 16/2018, de 22 de febrero, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra una ley autonómica de vivienda que imponía la obligación del propietario

Así pues, frente a los derechos fundamentales sometidos a un canon de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), la regulación de la explotación económica de bienes para acomodarla a intereses colectivos queda sometida a un canon de mera razonabilidad, o, si se prefiere, de «interdicción de la arbitrariedad» (art. 9.3 CE). Un canon mucho más deferente con el legislador, ya que se limita a aplicar el primer paso de los tres que componen el juicio de proporcionalidad: la adecuación de la ley enjuiciada al objetivo perseguido, con exclusión de los otros dos (necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

C. Fundamento del canon: gobierno democrático *versus* gobierno del «último hombre en pie»

Las decisiones colectivas para organizar la vida en común pueden tomarse de dos maneras posibles: políticamente, es decir, por la voluntad del soberano (en una democracia, votando) o científica o técnicamente, es decir, por expertos, sin rendición de cuentas a los ciudadanos en aplicación de ciertas reglas y conocimientos específicos (no políticos) solo accesibles para ellos²¹. El ejemplo principal de este último tipo de decisiones es el control de constitucionalidad de las leyes ejercido por tribunales integrados por jueces inamovibles en función de los métodos de interpretación jurídica comúnmente aceptados (letra del precepto, finalidad de la norma, trabajos preparatorios, etcétera: art. 3.1 CC). Aunque no es el único. También la ciencia económica aplicada por expertos se emplea para tomar decisiones

de viviendas vacías de destinarlas a residencia efectiva. Según la demanda, la ley no respetaba el principio de proporcionalidad en el sentido antes expuesto de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Enfrentándose a esta alegación, dijo el Tribunal: «A diferencia de lo sostenido en la demanda, este Tribunal aprecia que el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el artículo 53.1 CE de «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título», no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el «equilibrio justo» o «relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida» (por todas, asunto *James y otros c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1986, § 50), teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones» (FJ 17, énfasis añadido).

²¹ SUMPTION, Jonathan, *Juicios de Estado: la ley y la decadencia de la política*, Antoni Bosch, ed., Barcelona, 2019 (págs. 40, 51, 87-94, *passim*). La diferencia entre ambos tipos de controles también la ha expresado Scharpf en su clásica dicotomía entre legitimación de origen (gobierno *por* el pueblo) y legitimación de resultado (gobierno *para* el pueblo), siendo uno de estos mecanismos de legitimación de resultado el gobierno por expertos independientes (SCHARPF, Fritz, *Gobernar en Europa, ¿eficaz y democráticamente?*, Alianza, Madrid, 2000, págs. 29-31).

al margen del proceso político, por ejemplo, mediante órganos reguladores y bancos centrales, que en algunos casos tienen ámbitos de autonomía constitucionalmente garantizada como sucede en el ámbito de la UE (arts. 13 TUE y 282-284 TFUE) o en Alemania (art. 88 *Grundgesetz*). En todo caso, estos órganos carecen del poder de la última palabra reservado a los tribunales, pues sus decisiones no dejan de estar sometidas al control judicial (cfr. art. 263 TFUE).

Entre ambos tipos de decisiones, políticas y jurídicas, existen importantes diferencias. Las soluciones políticas están basadas en una transacción o compromiso entre diferentes grupos sociales e intereses y son por tanto ajustables y reversibles por naturaleza. Como ha dicho el Tribunal Constitucional «la reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia» (STC Pleno 31/2010, de 28 de junio, FJ 6)²². Por el contrario, las decisiones técnicas o jurídicas, que son por definición contramayoritarias, se presentan y legitiman como la única solución posible, la correcta u óptima de acuerdo con las reglas de la razón técnica aplicada, ante la cual no cabe por tanto discrepancia razonable²³. Por eso el quebrantamiento de la jurisprudencia es siempre motivo de recurso en las diferentes leyes procesales²⁴, y por eso también el cambio de jurisprudencia debe justificarse técnicamente, como una nueva «interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no [como] una respuesta *ad personam*, singularizada... fruto de un mero voluntarismo» (STC 80/2020, de 15 de julio, FJ 4). Como puntualizó hace años el profesor Wechsler, la diferencia esencial entre los razonamientos políticos y los constitucionales es que los primeros son «*ad hoc*» y están orientados teleológicamente (por eso los políticos pueden defender una regla y la contraria según beneficie o perjudique a sus intereses), mientras que los segundos son —o al menos deberían ser— estándares «neutrales» o principiales («*principled*»), esto es, independientes y ajenos al caso concreto y a quién benefician o perjudican en el mismo²⁵.

En un sistema de autogobierno democrático, las decisiones colectivas están principalmente encomendadas a los representantes polí-

²² Esta idea de reversibilidad de las decisiones políticas implica un relativismo o escepticismo acerca del modo como deben solucionarse los problemas sociales que es inherente a toda democracia (KELSEN, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, KRK, Oviedo, 2006 (1920), págs. 148, 219-231).

²³ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Burocracia y tecnocracia y otros escritos*, Alianza, Madrid, 1974 (pág. 32).

²⁴ Arts. 477.3 y 483 LEC; arts. 885.2 y 889.2 LECrim; art. 88.2 a), e) y f) LJCA; o arts. 207 e) y 219 LJS.

²⁵ WECHSLER, Herbert, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 73, n° 1, 1959, págs. 1-35 (en especial, págs. 14-16).

ticos, sometidos a reelección y por tanto a responsabilidad por sus decisiones ante el electorado. Los tribunales no deben resolver todos los conflictos existentes en la sociedad, puesto que no están llamados a sustituir a esos cargos electos precisamente como consecuencia de esa ausencia de rendición de cuentas ante el electorado. Sin embargo, esa falta de sujeción al mandato popular los hace especialmente idóneos para una labor igualmente importante en democracia, como es la protección de los derechos individuales frente a la opresión de la mayoría²⁶.

Un cargo electo difícilmente contendrá los impulsos de la mayoría. En cambio, un juez inamovible y asistido por una razón técnica como el derecho sí puede hacerlo. Ahora bien, ¿cómo encontrar los límites entre estos dos ámbitos? Cuando de la justicia administrativa se trata, normalmente el legislador habrá establecido preceptos claros que permitan una solución técnico-jurídica mediante la interpretación y aplicación de sus mandatos. Mandatos, estos sí, basados en el juicio político y cambiante de las mayorías. Por ejemplo, una ley puede imponer la anulación de una autorización administrativa por excesiva e innecesaria para el objetivo que persigue, como hace el art. 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Esta ley contiene, incuestionablemente, una valoración política. Pero es que esa es precisamente su función: incorporar al derecho (reversible, mediante su derogación) las opiniones y valoraciones políticas o de oportunidad de la mayoría que ha elegido al legislador y que evaluará su cometido en la siguiente elección. En cambio, cuando se trata de revisar las decisiones del propio legislador, lo haga el Tribunal Constitucional al resolver un recurso de inconstitucionalidad o un juez ordinario al interpretar las leyes de conformidad con la Constitución (art. 5 LOPJ) que puede conducirlo a plantear una cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE), el tema es más complejo.

De acuerdo con la gráfica expresión de Dworkin los auténticos derechos o derechos en sentido fuerte son «triumfos» frente a la mayoría²⁷, es decir, son derechos frente al Estado o frente al Gobierno. Ello quiere decir que ninguna directriz política ni objetivo social colectivo (por ejemplo, la eficiencia económica, la justicia social o la protección del medio ambiente) puede imponerse a esos derechos. Así en-

²⁶ SCALIA, Antonin, «The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers», *Suffolk University Law Review*, vol. 17, 1983, págs. 881-899 (págs. 896-897).

²⁷ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984 (págs. 284-303, 383); del mismo autor, «Rights as Trumps», en WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984, págs. 153-168.

tendidos, solo los derechos de primera generación que garantizan un estatuto individual de libertad o inmunidad pueden ser considerados como tales, pues efectivamente ningún objetivo social o común puede justificar violentar el *status libertatis* que garantizan (la conciencia o credo religioso, el derecho a expresar y compartir ideas, a reunirse con los semejantes o a no ser sancionado sino por incumplir una ley vigente)²⁸. En cambio, no puede existir un derecho en sentido fuerte para hacer prevalecer a toda costa el interés en la explotación económica de bienes. A diferencia de los anteriores, esta actividad pone en riesgo y colisiona con los derechos de otros (trabajadores) y con intereses colectivos como el suministro de bienes esenciales o la calidad del medio ambiente. Por la misma razón, tampoco puede existir un derecho de prestación en sentido fuerte (a la vivienda, la protección de la salud o las pensiones, por ejemplo) al margen de las consideraciones del legislador, aunque solo sea por el simple hecho de que los tribunales no tienen capacidad para subir los impuestos o emitir deuda pública a fin de sufragar los nuevos gastos asociados a la satisfacción de estos «derechos»²⁹.

Obviamente, la situación es diferente cuando el legislador ya ha efectuado esta ponderación y ha reconocido legalmente un derecho. Entonces, la Administración no puede oponerse al pago o cumplimiento alegando la falta de consignación presupuestaria, como tuvo que aclarar el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo interpuesto por varios mutilados de la Guerra Civil excombatientes de la zona republicana frente a la denegación de las pensiones que legalmente tenían reconocidas (STC Sala 2ª 294/1994, de 7 de noviembre, FJ 3). Pero cuando no existe esa interposición del legislador, o se trata de valorar esa interposición como eventualmente contraria a la Constitución, solo los derechos de primera generación que garantizan el *status libertatis* del individuo pueden limitar su actuación.

²⁸ Solo el derecho constitucional de excepción permite limitar o incluso suspender estos derechos por intereses colectivos (por ejemplo, para salvaguardar la independencia e integridad territorial de España o para proteger la salud pública). Cfr. art. 55.1 CE y ATC 40/2020, de 30 de abril, inadmitiendo el recurso de amparo contra la denegación de una manifestación en Vigo durante el estado de alarma declarado como consecuencia de la pandemia del Covid-19.

²⁹ Por no ser consciente de esto último, el Tribunal Constitucional italiano tuvo que crear en los años 90 una oficina económica interna para valorar preventivamente los costes que podrían generar para el erario público las sentencias que reconocían derechos de prestación a los particulares derivados directamente de la Constitución, y no de la ley (PIZZORUSSO, Alessandro, «Las generaciones de derechos», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 3, 2002, págs. 493-514, págs. 506-507).

Estos derechos de libertad solamente obligan al poder a abstenerse porque atribuyen facultades que el titular puede ejercer por sí mismo sin necesidad de auxilio alguno, como pensar, comunicarse, reunirse con otras personas o rezar. En cambio, la explotación económica de bienes requiere la colaboración de otras personas (los trabajadores). Además, el ejercicio autónomo de esos derechos de libertad es inocuo desde un punto de vista social, puesto que su ejercicio no condiciona decisiones colectivas u objetivos comunes como la garantía de un nivel de vida digno para todos o la calidad del medio ambiente, ni tampoco impide a otros ejercer estos mismos derechos. Por el contrario, la explotación económica de bienes sí impacta en terceros (consumidores) y en la colectividad (bienes disponibles o accesibles, calidad del medio ambiente, etc.). Por último, los derechos de libertad se diferencian esencialmente de los derechos de prestación porque estos últimos requieren una actividad pública que el legislador ha debido configurar teniendo en cuenta todos los intereses implicados, desde la justicia de su prestación hasta el efecto desaliento o riesgo moral (*moral hazard*) de su establecimiento, pasando por las disponibilidades presupuestarias.

Por su autosuficiencia, los derechos de libertad han sido considerados como «derechos naturales» del hombre. Según las teorías pactistas, el hombre ya posee estos derechos en estado de naturaleza, «por el mero hecho de existir», y no los pierde al entrar en estado de sociedad, sino que, al contrario, precisamente entra en ese estado para tenerlos «mejor asegurados»³⁰. Estos derechos son, básicamente, los recogidos en las primeras declaraciones de derechos del siglo XVIII, incluido el derecho a acudir a un juez imparcial. Aunque este derecho, a diferencia de los demás de este grupo, requiere una organización prestacional a cargo del Estado, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional³¹, su inclusión entre los derechos naturales se justifica porque vendría a replicar en estado de sociedad la facultad de hacer justicia por la propia mano que el hombre tiene en estado de naturaleza³².

³⁰ PAINE, Thomas, *Derechos del hombre. Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 2008 (1791) (págs. 97-98).

³¹ «La tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad directamente ejercitable a partir de la Constitución, sino que se trata de un derecho prestacional y, por tanto, de configuración legal que sujeta su ejercicio a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que el legislador establezca» (STC Pleno 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 5, citando otras anteriores).

³² PAINE, Thomas (*loc. cit.*); LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 2000 (1689) (págs. 38-44 y 136-138).

Como consecuencia de su autosuficiencia, estos derechos de libertad pueden ser reconocidos en estado de sociedad «sin que ninguna clase de ciudadanos pierda lo que ganan otros»³³. Así, por ejemplo, la manifestación o exposición de ideas por parte de un grupo social no impide la misma actividad por parte de otro grupo con opiniones o intereses contrapuestos; ni la reunión o asociación para fines políticos o empresariales impide otras reuniones para fines distintos; ni, en fin, el culto de una persona o confesión impide a quienes profesan otra religión rendir el suyo.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha apoyado en ocasiones en esta distinción, por ejemplo, en su famosa sentencia *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, que declaró inconstitucional la obligación de saludar la bandera que imponían los centros educativos de la época. La sentencia subrayó la siguiente característica como «distintiva» del caso examinado:

«La libertad invocada por [los recurrentes que no querían participar en la ceremonia] no colisiona con los derechos reivindicados por cualquier otro individuo. Son normalmente estos conflictos los que requieren la intervención del Estado para determinar dónde terminan los derechos de uno y comienzan los de otro. Pero la negativa de estas personas a participar en la ceremonia no interfiere ni niega los derechos de otros para hacerlo»³⁴.

D. Plasmación del fundamento del canon en la Constitución española de 1978

En su parte dogmática (Tít. I), la Constitución diferencia tres tipos de derechos:

- a) «los derechos fundamentales y las libertades públicas» de la sección 1ª del Capítulo II (arts. 15 a 29).
- b) Los «derechos constitucionales» de la sección 2ª del mismo Capítulo (arts. 30 a 38).
- c) Y los «principios rectores de la política social y económica» del Capítulo III (arts. 39 a 52).

³³ BOUTMY, Emile, «La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek», en GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI (ed.), *Orígenes de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, G. Jellinek, E. Boutmy, E. Doumerge y A. Posada, Ed. Nacional, Madrid, 1984 (1902), págs. 121 ss (pág. 148).

³⁴ 319 U.S. 624, 630 (1943).

Pues bien, los derechos del primer grupo se corresponden básicamente con los derechos de libertad (expresión, reunión, credo, etcétera); los del segundo con las expectativas económicas (derecho de propiedad y libertad de empresa); y los del tercero con los derechos de prestación a cargo de los poderes públicos (salud, vivienda o pensiones) y con los derechos de solidaridad vinculados al disfrute de bienes colectivos (medio ambiente).

Obviamente, esta clasificación no es perfecta, tiene excepciones. Al fin y al cabo, la Constitución no es pura elucubración teórica lanzada al mundo de las ideas, sino un documento político redactado en un contexto determinado con el propósito de regir una comunidad concreta, que debe aceptarlo. Pero a nuestro juicio estas excepciones no alteran la regla, sino que la confirman.

Por ejemplo, entre los «derechos de libertad» de los arts. 15 a 29 la Constitución recoge junto con la «libertad de enseñanza», el «derecho a la educación» (art. 27), que a diferencia de la anterior es un derecho de prestación que requiere la organización del correspondiente servicio público, diferente naturaleza que ha reconocido el Tribunal Constitucional³⁵. Sin embargo, esta excepción se explica por razones históricas y políticas propias de nuestro país, donde la regulación constitucional de la educación siempre ha sido polémica³⁶. De la misma manera, razones históricas evidentes justifican también el reconocimiento entre los «derechos de libertad» de un derecho que a diferencia de estos últimos puede impactar gravemente sobre intereses colectivos, como es el «derecho a la huelga» cuyo ejercicio debe asegurar “el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad” (art. 28.2). En realidad, el propósito de este art. 28.2 parece

³⁵ «Este tribunal ha destacado desde sus primeras resoluciones la doble dimensión o contenido del art. 27 CE que regula, por una parte, un derecho de libertad y, por otra, un derecho de prestación frente a los poderes públicos... Se trata de dos perspectivas en cierta medida opuestas: libertad para educar y educarse frente al poder político, como manifestación de las libertades de expresión, ideológica y de culto, y de empresa, por una parte; y derecho a obtener del mismo poder una educación gratuita, por otra (perspectiva de servicio público)» [STC Pleno 34/2023, de 18 de abril, FJ 3 d)].

³⁶ ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016 (1978) (pág. 199). Tan polémica que de hecho la solución (anticlerical) que la Constitución española de 1931 dio a esta cuestión es citada justamente como modelo de lo que *no* hay que hacer al redactar una Constitución en uno de los libros más importantes de derecho constitucional de la historia (BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., 1986, Yale University Press (pág. 106). Sobre la solución anticlerical de la Constitución de 1931, véase OLIVER ARAUJO, Joan, «La cuestión religiosa en la Constitución de 1931: una nueva reflexión sobre un tema clásico», *Revista de Estudios Políticos*, nº 81, 1993, págs. 175-183.

haber sido obligar a dictar una regulación postconstitucional de la huelga (todavía pendiente más de cuarenta años después), ya que la existencia del derecho de huelga se derivaría igualmente del reconocimiento en el lugar oportuno —de acuerdo con su naturaleza— del «derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo», que se efectúa con idéntica garantía de «asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad» en el art. 37.2 CE. Por ello, Alzaga califica este art. 28.2 como una “reiteración”³⁷.

A la inversa, aparentes derechos de libertad como el «derecho a contraer matrimonio» (art. 32.1) o el «derecho al trabajo» (art. 35.1) se incluyen entre las que he denominado «expectativas económicas» (sección 2ª del Cap. II). Sin embargo, también estas excepciones pueden justificarse. El derecho a contraer matrimonio es un derecho humano de corte clásico consagrado en los textos fundacionales del derecho internacional (arts. 16 DUDH y 12 CEDH) como reacción a las prohibiciones de matrimonios interraciales de las leyes de Núremberg y otros regímenes totalitarios³⁸. Su postergación en la CE de 1978, que no lo incluyó en la sección 1ª, puede ser debida a que en España nunca se dictaron leyes de este tipo, y a que el propósito del constituyente no era tanto desterrar ese tipo de prohibiciones (inexistentes) como obligar al parlamento a reformar el derecho matrimonial hasta entonces vigente para otorgar plena igualdad jurídica a la mujer, como se desprende del tenor literal del art. 32.1 («el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio *con plena igualdad jurídica*»). Por lo que respecta al «derecho al trabajo», aunque es, aparentemente, un derecho de libertad, se diferencia esencialmente de estos en que su ejercicio no tiene carácter inocuo, como tuvo que reconocer el Tribunal Constitucional cuando rechazó que la jubilación forzosa de los trabajadores asalariados vulnerase el derecho al trabajo del art. 35.1 CE:

«la política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo» (STC Pleno 22/1981, de 2 de julio, FJ 8).

En otras palabras, el derecho al trabajo no puede reconocerse a todos al mismo tiempo («sin que ninguna clase de ciudadanos pierda

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ VAN DER SLOOT, Bart, «Between fact and fiction Child and Family Law: An analysis of the case law on article 12 ECHR», *Child and Family Law Quarterly*, n.º 4, 2014, págs. 397-420 (pág. 399).

lo que ganan otros», en expresión de Boutmy citada más arriba). Por lo tanto, su ubicación en la sección 2ª entre los «derechos constitucionales» no fundamentales está plenamente justificada³⁹.

Así pues, aunque la clasificación de la CE de 1978 no es perfecta, sí se ajusta al criterio general señalado de separar los derechos de libertad autosuficientes e inocuos (arts. 15 a 29); los derechos que, aunque puedan ejercerse de manera autosuficiente, no pueden reconocerse a todos al mismo tiempo (como el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo o el derecho al trabajo), asemejándose así a las expectativas económicas (arts. 30 a 38); y los derechos de prestación que requieren una actividad positiva por parte de los poderes públicos sujeta a la ordenación de prioridades políticas y limitaciones presupuestarias (arts. 39 a 52).

El fundamento de esta sistemática se ve corroborado por los mecanismos de tutela previstos para cada grupo de derechos en el art. 53 CE. Según este precepto:

- a) Los derechos de prestación («principios rectores») solamente «informan» al legislador, no le vinculan, ni pueden alegarse ante los tribunales sino en la medida en que estén reconocidos en una ley (art. 53.3 CE). Una eficacia limitada que está plenamente justificada porque, como ya hemos visto, el reconocimiento de estos derechos (vivienda, pensiones, salud, medio ambiente...) no puede hacerse al margen de las disponibilidades presupuestarias y de una ordenación de prioridades netamente política que corresponde al legislador (¿hay que detraer dinero de las pensiones para añadir una prestación al sistema nacional de salud o para abrir un nuevo consulado a fin favorecer las relaciones internacionales con una potencia emergente que puede importar nuestros productos, o deben mantenerse las pensiones y descartar esos otros fines igualmente legítimos?).

³⁹ Existen más excepciones, por ejemplo, la inclusión entre los derechos fundamentales y libertades públicas de preceptos que no recogen derechos susceptibles de amparo constitucional, como los mandatos dirigidos a los poderes públicos de cooperar con las confesiones religiosas del art. 16.3 (STC Sala 1ª 93/1983, de 8 de noviembre, FJ 5) o de orientar las penas hacia la reeducación y reinserción social del art. 25.2 (ATC Sección 3ª 15/1984, de 11 de enero, FJ único). Nuevamente, son excepciones que se explican perfectamente por el contexto histórico en que se aprobó la Constitución de 1978. De hecho, que esos mandatos no puedan ser tutelados en amparo demuestra la tesis que venimos sosteniendo: que la Constitución solamente permite que los particulares tutelen frente al legislador sus derechos de libertad en sentido fuerte, no los demás.

- b) Los particulares no pueden tutelar *por sí mismos* frente al legislador sus expectativas económicas, singularmente sus derechos de propiedad y libertad de empresa, (arts. 33 y 38), puesto que esta «tutela» queda reservada a los órganos políticos legitimados para presentar recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, según el art. 53.1, en relación con el art. 161.1 a) CE. Lo que se justifica por el carácter no fuerte de estos derechos, que pueden ceder ante intereses colectivos (eficiencia económica, seguridad laboral, salud pública, mantenimiento de un nivel de vida digno por los trabajadores, etc.).
- c) En cambio, esos mismos particulares sí pueden tutelar *por sí mismos* frente al legislador los derechos «en sentido fuerte» (Dworkin) de los arts. 14 a 29 y 30.2 CE, puesto que el art. 53.2 les permite acudir a los tribunales para lograr la declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley que menoscabe esos derechos, tanto en la vía preferente y sumaria ante los tribunales ordinarios, como mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁴⁰.

En suma, solo en el caso del art. 53.2 la Constitución reconoce la legitimación del «último hombre en pie» o «*last-man standing*» contra el legislador⁴¹. Solamente en el caso de los derechos «en sentido fuer-

⁴⁰ La posibilidad de que el Tribunal Constitucional declare incidentalmente inconstitucional una ley y la inaplique solamente en el caso particular (*inter partes*) para preservar un derecho fundamental alegado en amparo es notoria y no necesita mayor explicación: el Tribunal Constitucional está sometido solamente a la Constitución y a su Ley Orgánica reguladora (art. 1.1 LOTC). Además, el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de esa ley con efectos generales o *erga omnes* autoplanteándose la cuestión de inconstitucionalidad tras estimar el recurso de amparo (art. 55.2 LOTC). Finalmente, esta misma inaplicación de la ley inconstitucional al caso particular también puede y debe efectuarse en la vía preferente y sumaria ante los tribunales ordinarios del art. 53.2, tal como sostuvo García de Enterría en su fundacional artículo sobre el valor normativo de la Constitución publicado inmediatamente después de su entrada en vigor: si un Tribunal —decía este autor— «estima que la Ley, eventualmente Orgánica, no respeta el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate, el Tribunal de amparo, bien ordinario, bien constitucional, deberá atenerse a dicho contenido para dispensar el amparo, sin que el Tribunal ordinario tenga que demorar (lo que iría contra el mandato de «preferencia y sumariedad» que impone al amparo el artículo 53.2) dicho amparo para sustanciar un incidente previo de inconstitucionalidad de dicha Ley Orgánica, inconstitucionalidad que, según el art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, podrá ya declarar el Tribunal Constitucional al resolver, en su caso, el amparo constitucional» (GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, «La constitución como norma jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 32, nº 2-3, 1979, págs. 291-342, págs. 319-320).

⁴¹ GÄRDITZ (*op. cit.*) utiliza la expresión «*last-man standing*» para referirse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán a la que enseguida

te» se permite que un solo ciudadano pueda vencer al legislador en juicio y conseguir la declaración de inconstitucionalidad de una ley aprobada en el parlamento. Un ejemplo permitirá ilustrar la esencial diferencia entre la tutela de estos derechos «fundamentales» (fuertes) y los simplemente «constitucionales» (no fuertes).

Si una ley de las Cortes Generales prohibiese la venta y consumo tabaco y privase a los titulares de los estancos, no solo de sus licencias de actividad, sino también de sus derechos de propiedad sobre los locales sin ningún tipo de indemnización por considerar que sus ganancias obtenidas con tan nocivo producto a lo largo del tiempo son suficiente compensación, sería posible apreciar en esta ley una expropiación sin indemnización y, por consiguiente, una vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad (art. 53.1, en relación con el art. 33 CE). Sin embargo, esos propietarios no podrán tutelar *por sí mismos* ese derecho. Podrían recurrir los actos administrativos destinados a desapoderarlos de los locales ante los tribunales contencioso-administrativos, pero en esa sede no podrán vencer al legislador, ya que los jueces no podrían inaplicar la ley (arts. 117.1 y 163 CE). Los recurrentes solamente podrían *solicitar* al juez que plantearse la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163), una decisión que es irrevisable por el Tribunal Constitucional, según doctrina reiterada⁴². Por lo tanto, si los tribunales de justicia no plantean la cuestión de inconstitucionalidad solicitada, los recurrentes no podrían acceder al Tribunal Constitucional, ni para solicitar esa revisión (alegando una vulneración de su derecho a una motivación razonable del art. 24, por ejemplo), ni para tutelar un derecho como el de propiedad que no tiene acceso al recurso de amparo (art. 53.2). En cambio, si una ley de Cortes prohibiese, no el tabaco, sino las revistas pornográficas, las empresas editoras de esas revistas sí podrían por la misma vía indirecta (es decir, impugnando actos concretos de cierre o secuestro de publicaciones) conseguir la declaración de inconstitucionalidad de

aludiremos que, mediante recursos de amparo interpuestos por particulares en defensa de su derecho de sufragio termina enjuiciando la constitucionalidad de medidas colectivas aprobadas por el parlamento alemán fundamentalmente vinculadas al proceso de integración europeo, como la firma de tratados o el programas de compra de deuda pública de los Estados por el Banco Central Europeo.

⁴² Por todas, STC (Pleno) 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 3: «el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, conferida por el art. 35.1 de la LOTC como cauce procesal para resolver las dudas que él mismo pueda tener acerca de la constitucionalidad de una Ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar, habiendo declarado este Tribunal en numerosas ocasiones que el hecho de que el órgano judicial no haya considerado conveniente formular cuestión de inconstitucionalidad no da base a un recurso de amparo».

esa ley, tanto en la vía preferente y sumaria ante los tribunales ordinarios, como en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, invocando sus derechos fundamentales (en sentido fuerte) a la libertad de expresión y artística [art. 20.1, a) y b), CE] a través de la vía del art. 53.2. Todo ello, debe advertirse, es independiente de que existan o no razones suficientes de fondo para declarar la inconstitucionalidad de la ley expropiatoria. Lo relevante a nuestros efectos es que en este segundo caso *la sola diligencia y voluntad impugnatoria* de los particulares titulares del derecho permite enjuiciar y eventualmente vencer al legislador en juico, a diferencia de lo que sucede en los casos en que un particular siente vulnerado su derecho de propiedad u otros derechos no fuertes⁴³.

A pesar de que la Constitución brinda apoyo a esta distinción entre derechos de libertad (en el sentido expuesto) y otros derechos sociales o de prestación, el Tribunal Constitucional ha omitido cualquier referencia a ella a la hora de articular el canon común a ambos de intangibilidad por el legislador de su «contenido esencial», que se predica de todos los derechos del Cap. II (art. 53.1 CE). En los recursos de inconstitucionalidad contra leyes ha acudido desde sus primeras resoluciones a dos criterios en exceso teóricos como son la «recognoscibilidad del tipo abstracto en la regulación concreta» y la protección real y efectiva de los «intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho» (STC 11/1981 de 8 de abril, FJ 8).

En cambio, sí ha reconocido implícitamente la diferente naturaleza de unos y otros derechos al aplicar solamente a los primeros, y no a los segundos, el test de proporcionalidad (un test que, a diferencia

⁴³ El cambio de configuración del recurso de amparo producido tras la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que modificó la LOTC, que exige para su admisión que el recurso tenga «especial trascendencia constitucional» [arts. 49.1 y 50.1 b) LOTC] no altera esta conclusión. Por un lado, la apreciación de este requisito sigue siendo una potestad «reglada» del Tribunal Constitucional, no discrecional (véase BELADÍEZ ROJO, Margarita, «El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional», en VV.AA, *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales. XXII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, págs. 13-98, págs. 25-27). Y, por otro, uno de los motivos de «especial trascendencia constitucional» que impone la admisión del recurso, es, precisamente, que «la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general» [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 c)]. Así pues, si una ley es, por sí misma, contraria a uno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo, un solo recurrente —su titular como «último hombre en pie»— puede acceder al Tribunal Constitucional y vencer al legislador, cosa que no sucede con los titulares de derechos y expectativas económicas, que no tienen acceso directo al recurso de amparo constitucional, aunque la ley vulnere abiertamente esos derechos.

del «contenido esencial», no está previsto en la Constitución). En la STC (Pleno) 112/2021, de 13 de mayo, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por una minoría parlamentaria contra la ley murciana de protección del Mar Menor por vulnerar los derechos de propiedad (art. 33 CE) y libre empresa (art. 38) de los agricultores perjudicados por ella, dijo el Tribunal:

«[E]l principio de proporcionalidad ha sido también [quiere decir, además de en recursos de amparo] aplicado en procesos de control de constitucionalidad de las leyes (...) Sin embargo, como recuerda la [STC 172/2020, FJ 4] se trata de un principio que es ‘en el ámbito de los derechos fundamentales en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable’» (FJ 6).

De acuerdo con ello, la citada STC 112/2021 aplica a la ley enjuiciada un canon de razonabilidad, no de proporcionalidad (FJ 8):

«[las normas enjuiciadas contienen] medidas idóneas en abstracto, o ‘constitucionalmente adecuadas’, para alcanzar el objetivo perseguido: la defensa y restauración del medio ambiente. Más allá de lo anterior, el posible perfeccionamiento de esas limitaciones [medioambientales] o la existencia de alternativas que se adapten mejor a los demás intereses implicados (económicos o de otro tipo) es tarea que corresponde primordialmente al legislador democrático, como una legítima opción política de la que responder ante los ciudadanos en elecciones, y no a la jurisdicción constitucional, que debe limitarse a enjuiciar desde parámetros normativos si la concreta opción política ejercida por el órgano legitimado para ello desborda o no los límites de lo constitucionalmente admisible».

Como ha reconocido en otra ocasión, el Tribunal Constitucional no está «orgánicamente concebido» para efectuar este tipo de valoraciones «políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas» (STC Pleno 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11). La razón es que no responde ante los ciudadanos de ellas. Como venimos sosteniendo, en una democracia, salvo que las decisiones colectivas penetren en el último reducto garantizado por los derechos de primera generación (libertad religiosa, libre expresión de las opiniones, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, garantías frente a la detención y enjuiciamiento, etcétera), la falta de responsabilidad y rendición de cuentas de los jueces ante los ciudadanos, también de los jueces constitucionales, obliga a estos aplicar un canon más deferente, de mera razonabilidad, incluso aunque las leyes aprobadas por los parlamentos limiten derechos, o mejor, perjudiquen intereses, expectativas y posibilidades económicas de los ciudadanos.

Ha de ser así porque, con carácter general, solo al legislador corresponde transferir riqueza de unos grupos sociales a otros, subien-

do o bajando impuestos o regulando las actividades económicas (por ejemplo, la agricultura en las inmediaciones del Mar Menor). Cuando esto sucede, unos grupos sociales ganan (por ejemplo, los que valoran el medio ambiente) y otros pierden (por ejemplo, los agricultores del Mar Menor). Y lo mismo puede predicarse de los empresarios y los trabajadores cuando se abarata o encarece el despido, o de los ciudadanos cuando se reduce la cartera del servicio público de salud, o, en general, ante cualquier decisión colectiva en la que no todos los intereses pueden ser satisfechos y algunos deben ser sacrificados (por ejemplo, el cierre al tráfico el centro de las ciudades o la prohibición de fumar en locales cerrados). Cuando así sucede, solo la política, es decir, las mayorías sociales por definición cambiantes y ajustables pueden legitimar este desequilibrio, no los tribunales.

III. LA LIMITACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR

A. Estados Unidos

Como ya hemos dicho, el canon de la razonabilidad no es la única técnica empleada para limitar el gobierno del «último hombre en pie». También se emplea con el mismo propósito y fundamento la restricción de la legitimación para cuestionar la constitucionalidad de las leyes.

En Estados Unidos, donde el control de constitucionalidad de las leyes es difuso y por tanto, a diferencia de lo que sucede en los sistemas concentrados como el español, cualquier perjudicado por una ley puede, invocando un derecho individual, conseguir su declaración de inconstitucionalidad e inaplicación, que en la práctica significa tanto como su anulación, se había producido tras el Tribunal Burger (1969-1986) una amplísima extensión del requisito de la legitimación tal como la había entendido la sentencia *Marbury v. Madison* en 1803, que dijo que:

«la competencia del Tribunal es exclusivamente decidir sobre los derechos de los individuos, y no cuestionar cómo el ejecutivo o sus funcionarios desempeñan sus funciones discrecionales»⁴⁴.

Con el paso del tiempo, la legitimación se había ido ampliando progresivamente hasta reconocer, por ejemplo, que los productores de leche podían cuestionar si una orden del departamento de agricultura

⁴⁴ 5 U.S. 137, 169-170 (1803).

había ido «más allá de los poderes conferidos» por el Congreso⁴⁵, o un contribuyente cuestionar el destino de fondos federales para sufragar escuelas religiosas⁴⁶, o un grupo de estudiantes cuestionar la decisión de la *Interstate Commerce Commission* de no suspender una elevación de las tarifas del transporte de materiales por ferrocarril que, sostenían aquellos, desincentivaría el uso de materiales reciclados perjudicando con ello el medio ambiente y el uso que los recurrentes hacían del mismo⁴⁷. Todas ellas decisiones claramente políticas que apenas afectaban individualmente a los recurrentes.

En un famoso artículo de 1983 el entonces juez de distrito Antonin Scalia, que luego fue un influyente juez del Tribunal Supremo, criticó severamente estas decisiones. Consideró que la cuestión de la legitimación para recurrir («*standing*») estaba íntimamente relacionada con la doctrina de la separación de poderes, que reserva a los jueces la función exclusiva y excluyente de resolver «casos» y «controversias» reales (art. III.2 de la Constitución federal de 1787). Bajo esta perspectiva, sostuvo el juez Scalia:

«Existe una relación funcional [entre la legitimación y la separación de poderes] que puede ser explicada diciendo que el requisito de la legitimación restringe a los tribunales a su tradicional papel antidemocrático de proteger a las personas y minorías contra las imposiciones de la mayoría, y las excluye del papel aún más antidemocrático de prescribir cómo los otros dos poderes deben ejercitar sus funciones para servir a los intereses de la propia mayoría»⁴⁸.

Por esta razón, defendió que un particular solamente pudiera cuestionar ante los tribunales una ley si era «destinatario directo» de un mandato o prohibición, pero no cuando el incumplimiento de la ley le afectase como a cualquier otra persona:

«Tal incumplimiento perjudica al demandante porque le priva, como ciudadano, de una actuación gubernamental que exigen la Constitución y las leyes. Pero ese daño por sí solo es, por así decirlo, mayoritario. Es posible que al demandante le importe más; puede ser un defensor más ardiente de la regularidad constitucional o de la necesidad del acto gubernamental que injustamente ha sido omitido. Pero eso no significa que haya sido perjudicado de forma distintiva, sino solamente que valora el daño como más grave, lo cual es un tema propio para el debate democrático en el que pueda persuadirnos al resto de nosotros. Como nuestra disposición a ser persuadidos no es

⁴⁵ *Stark v. Wickard*, 321 U.S. 288 (1944).

⁴⁶ *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968).

⁴⁷ *United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures*, 412 U.S. 669 (1973).

⁴⁸ SCALIA, Antonin, *op. cit.*, pág. 894.

menor que la suya propia (somos al menos igualmente perjudicados) no hay razón para extraer el asunto del proceso político y situarlo en los tribunales»⁴⁹.

El impacto de las doctrinas de Scalia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en su reinterpretación restrictiva de la legitimación ha sido ampliamente reconocido en su país⁵⁰. Pocos años después de ser nombrado juez del Tribunal Supremo en 1986, el juez Scalia tuvo ocasión de aplicar la interpretación de la Constitución efectuada en el artículo citado como ponente de la sentencia *Lujan v. Defenders of Wildlife*⁵¹, donde el Tribunal Supremo, revocando la sentencia del tribunal inferior apelada, negó a un grupo de asociaciones ecologistas legitimación (*standing*) para recurrir un reglamento relativo a las especies amenazadas por no haber acreditado (i) una lesión cierta e inminente de un derecho o interés legalmente protegido (ii) que esté causalmente conectada con la acción de los poderes públicos recurrida (iii) y que pueda ser además corregida mediante la resolución sobre el fondo del tribunal⁵².

Lo relevante, además de la decisión del caso particular, es que al derivar esa doctrina del principio de separación de poderes la *ratio* de la sentencia impide que una ley del Congreso pueda extender la legitimación más allá de las condiciones señaladas, pues ello interferiría en la función constitucional reservada al Presidente de «cuidar de que las leyes se ejecuten puntualmente» (art. II.3 de la Constitución norteamericana)⁵³. En otras palabras, según el Tribunal Supremo americano, en Estados Unidos es inconstitucional establecer una ac-

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ SUNSTEIN, Cass R., «What's Standing after Lujan--of Citizen Suits, Injuries, and Article III», *Michigan Law Review*, vol. 91, n° 2, 1992, págs. 163-236; NICHOL, Gene R., «Justice Scalia, Standing, and Public Law Litigation», *Duke Law Journal*, vol. 42, n° 6, 1993, págs. 1141-1169; GANS, David H., «How Scalia made it difficult to bring cases to Court», *The Atlantic*, 1 de agosto de 2016.

⁵¹ 504 U.S. 555 (1992).

⁵² La doctrina *Lujan* sigue plenamente vigente. Se ha aplicado, por ejemplo, en las recientes sentencias que han negado que los perjudicados por la decisión del gobierno federal de cancelar ciertos préstamos universitarios pudieran recurrir esta condonación (*Department of Education v. Brown*, 600 U.S. ____ (2023)), o que asociaciones de médicos y médicos pro-vida pudieran recurrir la decisión de la agencia federal competente de aprobar el uso de un medicamento abortivo (*FDA v. Alliance for Hippocratic Medicine* (602 U.S. ____ (2024))).

⁵³ «Permitir al Congreso transformar el interés público indiferenciado en el cumplimiento de la ley por parte de los funcionarios ejecutivos en un «derecho individual» reivindicable en los tribunales es permitir al Congreso transferir del Presidente a los tribunales el deber constitucional más importante del Jefe del Ejecutivo: cuidar de que las leyes sean fielmente ejecutadas (art. II.3 de la Constitución)» (*Lujan*, 504 U.S. 555, 557 (1992)).

ción pública como la que existe en España en materia de urbanismo y que, en principio, el legislador es libre de extender a cualquier otro sector según el art. 19.1 h) LJCA⁵⁴.

Este problema, aunque pueda sorprender y parecer propio de otros sistemas y continentes, es en realidad común a todas las sociedades en cuanto plantea la relación entre política y derecho. Y en particular, también se ha planteado en la historia constitucional de nuestro país.

B. España

La Constitución española de 1931 al regular (asistemáticamente, sin individualizar procedimientos concretos) la legitimación para recurrir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) incluyó junto al Gobierno de la República, las Regiones, el Ministerio Fiscal y los jueces y tribunales mediante la cuestión de inconstitucionalidad, a «toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada» (art. 123.5^a). Con esta expresión, la Constitución parecía reconocer la acción pública de inconstitucionalidad de las leyes a disposición de cualquier particular. No obstante, esta posibilidad fue luego revertida al aprobarse la Ley del TGC de 1933, que solamente permitió interponer recurso de inconstitucionalidad, además de los órganos políticos citados en la Constitución, a los «particulares interesados» a modo de «excepción de inconstitucionalidad» planteada en un proceso judicial, es decir, una vía análoga a la actual cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 CE. Aun así, resulta de interés leer la defensa por el diputado Balbontín de la enmienda que provocó el reconocimiento constitucional de la acción pública en materia de inconstitucionalidad de las leyes, porque la vincula a la democracia directa («pura»), contrapunto absoluto de la democracia indirecta, parlamentaria o representativa:

«Estoy convencido de que en el régimen republicano, lo mismo que en el régimen monárquico habrá leyes anticonstitucionales, disposiciones anticonstitucionales, actos anticonstitucionales; por eso veo yo la necesidad imperiosa de ampliar todo lo posible las garantías de los ciudadanos contra esa probable anticonstitucionalidad de las leyes (...) Hay varias razones fundamentales en apoyo de esta enmienda, razones fundamentales desde el punto de vista de la democracia pura que es la que yo he defendido siempre como he podido y seguiré defendiendo en adelante, entre ellas la siguiente: *una ley anticonstitu-*

⁵⁴ Según este artículo «están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo... cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes».

cional agravia a todos los ciudadanos, no solo a las personas individuales a quienes vulnera en sus intereses materiales. Estamos en un caso parecido al del delito, contra el cual tiene, no ya derecho, sino el deber de reaccionar todo ciudadano... Otra razón. La persona directamente agraviada es la más inhabilitada para defenderse»⁵⁵.

La posibilidad de activar este control de constitucionalidad de las leyes a instancia de particulares también fue objeto de discusión en la elaboración de la Constitución de 1978. En concreto, se valoró la posibilidad de incluir en la Constitución la legitimación de grupos de ciudadanos (diez mil o veinticinco mil) para recurrir leyes ante el Tribunal Constitucional con el fin de superar el «vacío» que —según los proponentes de la enmienda— generaba que los legitimados conforme al proyecto estuviesen normalmente «implicados en la mayoría política que hizo posible la norma que se trata de recurrir», y el número «excesivo» de diputados o senadores (entonces 50 y 25, respectivamente) igualmente legitimados para hacerlo. La enmienda fue sin embargo rechazada por la «extrema inseguridad jurídica» que generaría, así como por la posibilidad de llegar a un «gobierno de los jueces». Merece la pena reproducir la intervención del diputado Cisneros Laborda por el grupo parlamentario UCD, para defender su voto en contra:

«Sin pretender, porque entiendo que no es éste el momento, reabrir en todo su alcance el debate al que asistimos con ocasión de la discusión del artículo 80 acerca de las eventuales ventajas e inconvenientes de la democracia representativa sobre otras formas de acción directa o que aseguren una vía más expedita, como este sí o no popular, nosotros, el Grupo de Unión de Centro Democrático no vamos a votar la propuesta de don Licinio de la Fuente... sin entrar en la cuestión dogmática de si la apertura o el reconocimiento de ese recurso formulado en la enmienda del señor De la Fuente *daría o no lugar a la constitución de una auténtica tercera Cámara, o de si sería una vía de llegar a alcanzar una suerte de gobierno de los Jueces*, lo que sí vemos con preocupación es que esta posibilidad de interponer recurso, aun con 25.000 firmas o con una cifra más prudente, en todo caso, viniese a determinar el riesgo de una esterilización de las funciones del Tribunal Constitucional por la acumulación de la interposición de recursos ante el mismo por un número de ciudadanos cuya movilización, incluso de forma sistemática y permanente ante él, podría estar al alcance de cualquier formación extraparlamentaria o de escasa proyección popular... Si esa iniciativa está en condiciones de movilizar un número significativo de firmas o de voluntades para interponer el recurso, en mejores condiciones lo estaría para movilizar la voluntad de un grupo prudente de cincuenta Diputados y -si se acepta una enmienda «in

⁵⁵ Diario de Sesiones del Congreso, núm. 82, 27 de noviembre de 1931 (pág. 2721), énfasis añadido.

voce» que está en circulación- otros cincuenta Senadores que lo interpusieran en su nombre»⁵⁶.

Efectivamente, nos parece que el argumento para rechazar la acción popular en el recurso de inconstitucionalidad no es tanto técnico («inseguridad jurídica») como político: no dejar el proceso político entero a merced de minorías insignificantes, o incluso del «último hombre en pie» (*last-man standing*). De ahí que la analogía con la acción pública en materia penal defendidas por el diputado Balbontín en 1931 o por varios autores en la actualidad⁵⁷ resulte a nuestro juicio inapropiada: una acusación, e incluso una condena penal, no ponen en cuestión los acuerdos alcanzados por mayorías democráticas para conciliar derechos e intereses contrapuestos y organizar la vida en común, ni la existencia misma del proceso político para la toma de decisiones. La amenaza potencial de activar el control de constitucionalidad a instancia de cualquier ciudadano, y desde luego la actualización de ese riesgo mediante la declaración de inconstitucionalidad de una ley, sí producen ese efecto.

Por esta razón, el profesor Rubio Llorente criticó la interpretación «alambicada, audaz y heterodoxa» del art. 38.1 de la Ley Fundamental efectuada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en varias sentencias dictadas en recursos de amparo (en terminología española) que en realidad terminaban enjuiciando la constitucionalidad de decisiones colectivas que no afectaban a los recurrentes de una manera diferente o más directa que a cualquier otro ciudadano⁵⁸, como la firma de los tratados de Maastricht y Lisboa⁵⁹, o más recientemente los programas de compra de deuda pública aprobados por el Banco Central Europeo en 2012 (*Outright Monetary Transactions*, OMT) y 2015 (*Public Sector Purchase Programme*, PSPP)⁶⁰.

En estas sentencias, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha entendido que el art. 38.1 LFB, equivalente a nuestro art. 68.1 CE («los diputados del *Bundestag* Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto») no garantiza solamente la

⁵⁶ Diario de Sesiones del Congreso, núm. 92, 19 de junio de 1978 (pág. 3450), énfasis añadido

⁵⁷ ALMAGRO NOSETE, José, «La acción popular ante el Tribunal de Garantías Constitucionales: valoración crítica», *Revista de Derecho Político*, nº 12 (1981-1982), págs. 65-84 (págs. 75, 82); y FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011 (págs. 105, 110).

⁵⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco, «No es el Bundesbank, son los jueces», *El País*, 26 de junio de 2013.

⁵⁹ Sentencia de 30 de junio de 2009 (2 BvE 2/08)

⁶⁰ Sentencias de 21 de junio de 2016 (2 BvR 2728/13) y 20 de mayo de 2020 (2 BvR 859/15), respectivamente.

legitimidad democrática formal del poder federal, sino que tiene también un contenido sustantivo que protege la sustancia del derecho de voto en el sentido de que cualquier acto de poder público ejercido en Alemania debe poder ser rastreado hasta sus ciudadanos y de este modo imputado a ellos. Queda prohibido, por ello, un vaciamiento sustancial de las competencias del *Bundestag* que provoque que los ciudadanos queden sujetos a un poder que no controlan y en el cual no pueden influir (sentencia PSPP, apartados 99 y 103). De la conjunción de ese artículo con los arts. 20 (principio democrático y de soberanía nacional) y 79.3 (la llamada «cláusula de eternidad» que protege el anterior) deriva a su vez el «derecho» de los votantes frente al Gobierno federal, *Bundestag* y en su caso *Bundesrat* a que éstos controlen que las instituciones comunitarias se mantengan dentro de las atribuciones conferidas (sentencia PSPP, apartado 105). Y este es, en concreto, el derecho que a la postre el Tribunal considera vulnerado en esta sentencia en la que estima el recurso de amparo interpuesto por unos dos mil particulares contra la omisión por el parlamento y gobierno federal de los actos necesarios para evitar la activación del programa de compra de deuda pública.

No es difícil compartir políticamente el fondo de la argumentación del Tribunal Constitucional Federal alemán. El déficit democrático de la Unión Europea está ampliamente estudiado⁶¹. Pero ello no debe impedir afirmar el carácter igualmente antidemocrático de que un «último hombre en pie» y un tribunal no responsable ante el electorado puedan erigirse en controladores de decisiones colectivas tomadas en instituciones democráticas y políticamente responsables como el parlamento y el gobierno federales, sustituyendo de este modo el papel de la mayoría y evitando la tarea mucho más exigente y engorrosa de persuadirla. En realidad, son estas mismas mayorías las que de modo directo, cuando lo han considerado conveniente, han paralizado o rectificado el proceso de integración europea, como sucedió con los referéndums francés y holandés a la llamada «Constitución europea» en 2005 o con el referéndum del Brexit en 2016.

⁶¹ Un resumen en español puede encontrarse en ARREGUI MORENO, Javier, «Problemas de legitimidad democrática, representación y rendimiento de cuentas en el proceso político de la unión europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 46, 2012, págs. 85-112. En inglés, considero que la exposición definitiva de este déficit democrático se encuentra en FOLLESDAL, Andreas, y HIX, Simon, «Why is There a Democratic Deficit in the EU? A Response to Majone and Moravcsik», *Journal of Common Market Studies*, vol. 44, n°. 3, 2006, págs. 533-562.

IV. CONCLUSIONES

El reconocimiento de legitimación procesal individual frente al legislador, y no la proclamación formal de su carácter «vinculante», es la nota distintiva que permite singularizar los «derechos fundamentales» frente a cualquier otra norma constitucional dotada de idéntica resistencia a las leyes (cfr. arts. 9.1 y 53.1). La proclamación en la Constitución del carácter «vinculante» para el legislador de ciertos «derechos» puede no ser más que una enfática reiteración del rango supralegal de una norma constitucional si no se acompaña de un mecanismo de «tutela» que permita a su titular hacer valer esos derechos frente al legislador. Solo impropiamente puede sostenerse que los órganos legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad conforme al art. 162.1 a) CE, cuando lo hacen, «tutelan» los derechos y libertades de los ciudadanos, como afirma el art. 53.1 CE. Por un lado, nada les obliga a interponer recurso de inconstitucionalidad contra una ley vulneradora de tales derechos y libertades, y, por otro, una vez interpuesto, nada les impide desistir del mismo, dejando así desamparados a sus titulares⁶².

En democracia, esta tutela judicial del «último hombre en pie» frente al legislador debe limitarse, en principio, a los derechos de libertad de primera generación, por su carácter autosuficiente e inocuo o inofensivo, y no extenderse a otros derechos cuyo reconocimiento judicial pueda condicionar decisiones colectivas redistributivas. Solamente de este modo habrá verdadero gobierno de la mayoría, y no tiranía de la minoría⁶³.

Este principio teórico es, precisamente, el criterio que inspira la parte dogmática de la Constitución española de 1978 y sus distintos grados de eficacia señalados en el art. 53. Y también la expresión del art. 10.1 según la cual «el respeto... a los derechos de los demás [es]

⁶² Por ejemplo, AATC 108/2022, de 30 de junio, y 70/2022, de 27 de abril, aceptando el desistimiento del Presidente del Gobierno en sendos recursos de inconstitucionalidad.

⁶³ En contra, URÍAS (*op. cit.*), que trata el tema de la tutela judicial de los particulares frente al legislador considerando que la Constitución la impone para «todos los derechos e intereses legítimos» del art. 24.1 CE (pág. 28). Desde esta premisa, el autor se preocupa especialmente de si los mecanismos de «tutela» existentes en derecho español (cuestión de inconstitucionalidad, recurso de amparo y conflicto negativo de competencia) colman esa exigencia (págs. 138 y ss), y en particular de la problemática de las leyes singulares autoaplicativas (págs. 102 y ss). Nuestra perspectiva y conclusión son totalmente diferentes: nos centramos en el contenido de la ley, no en su rango, y negamos que fuera de los derechos del art. 53.2 la Constitución imponga esa tutela general frente a la ley (hipotéticamente) inconstitucional.

fundamento del orden político y de la paz social». Si no hay incidencia en los derechos de los demás, el respeto a «la dignidad de persona [y] los derechos inviolables que le son inherentes» debe ser máximo, incluso contra el legislador.

Existe, en definitiva, una diferencia de clase o categoría, y no simplemente de grado, entre los derechos de la sección 1ª del Capítulo II (arts. 15 a 29) y los de la sección 2ª (arts. 30 a 38). Los primeros son derechos que su titular puede ejercer «sin que ninguna clase de ciudadanos pierda lo que ganan otros», en la citada expresión de Boutmy, o sin afectar «a los derechos de los demás», en palabras del art. 10.1 CE. Por el contrario, un pleno reconocimiento de los segundos puede condicionar o impedir decisiones redistributivas que en un «Estado social y democrático» (art. 1.1 CE) debe tomar el parlamento sometido a reelección periódica como único órgano que puede compaginar los diferentes intereses implicados en la organización de la vida en común.

La diferente naturaleza de estos dos grupos de derechos es la que explica que solo se reconozca al titular de los primeros la posibilidad de vencer al legislador en juicio, en el art. 53.2 CE. Una posibilidad de la que carecen los titulares de los segundos. Y esta diferente naturaleza explica también los diferentes criterios que emplea el Tribunal Constitucional cuando examina en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad la vulneración de unos derechos u otros por el legislador (proporcionalidad *versus* razonabilidad).

Al no hacer explícito este fundamento, el Tribunal Constitucional está generando una indeseable confusión en los operadores jurídicos. Por ejemplo, esta aparente indiferenciación ha provocado que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo haya planteado cuestiones de inconstitucionalidad en recursos promovidos por empresas que ponían en cuestión regulaciones económicas contenidas en leyes proponiendo la aplicación a estas leyes del principio de proporcionalidad en tres pasos para evaluar estas medidas como injerencias en los derechos de propiedad y libre empresa. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha desestimado luego estas cuestiones sin aplicar este principio, aunque sin explicar por qué⁶⁴. En otras ocasio-

⁶⁴ Me refiero a los casos de la STC (Pleno) 7/2023, de 21 de febrero, sobre el precepto legal que regula la compensación económica que deben abonar los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica para acceder a los estadios y recintos a fin de retransmitir en directo acontecimientos deportivos, y de la STC (Pleno) 35/2016, de 3 de marzo, sobre la ley que obliga a ciertos operadores de televisión a destinar un porcentaje de sus ingresos a la producción cinematográfica europea.

nes el Tribunal Constitucional ha contribuido de forma activa a esta confusión, como sucedió paradigmáticamente en el caso de la STC (Pleno) 112/2006, de 5 de abril, sobre la ley que obligaba a emitir en abierto el partido de interés general señalado por el Gobierno, donde consideró aplicable el principio de proporcionalidad como alternativa menos restrictiva para las limitaciones a la libertad de empresa del art. 38 CE (FJ 8 *in fine*), y sin embargo terminó aplicando materialmente el canon más deferente de la razonabilidad o adecuación (FJ 9).

Es urgente poner fin a esta falta de claridad. Para ello, es esencial tomar conciencia de los problemas que genera la legitimación procesal del «último hombre en pie» frente el legislador democrático, y la necesidad de restringir esta legitimación a la defensa de sus derechos de libertad del art. 53.2 CE. La confusión imperante en la doctrina constitucional trae causa de la voluntad de medir por el mismo rasoero —llámese «contenido esencial» o «proporcionalidad»— a todos los derechos del Capítulo II del Título I CE, a pesar de su diferente naturaleza. Como no es posible aplicar idéntico canon a derechos tan dispares como los de la sección 1ª y los de la sección 2ª de este Capítulo, debería añadirse a los dos criterios sobre el «contenido esencial» ya señalados por la STC 11/1981 otro sobre el impacto del derecho examinado en «los derechos de los demás» (art. 10.1), o en general sobre decisiones colectivas y redistributivas que en democracia corresponde tomar al parlamento, y no a los jueces.

Además, es igualmente necesario tomar conciencia de esta esencial diferencia y de la necesidad de evitar el gobierno del «último hombre en pie» en el examen de la legitimación para recurrir por parte de los tribunales. El dogma del principio *pro actione* debe ser revisado. La admisión de la legitimación no implica necesariamente una mejor decisión de la cuestión suscitada. Puede suponer transformar un debate político en una cuestión jurídica, modificando con ello el árbitro y los criterios para decidir. Un riesgo que los tribunales no suelen valorar en el examen de este requisito procesal (p. ej., STC Sala 2ª 89/2020, de 20 de julio; o STS, Sala 3ª, de 30 de noviembre de 2023, rec. 918/2022).

V. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce A., «Beyond 'Carolene Products'», *Harvard Law Review*, vol. 98, n° 4, 1985, págs. 713-746.

ALMAGRO NOSETE, José, «La acción popular ante el Tribunal de Garantías Constitucionales: valoración crítica», *Revista de Derecho Político*, n° 12, 1981-1982, págs. 65-84.

- ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017 (1978).
- ARREGUI MORENO, Javier, «Problemas de legitimidad democrática, representación y rendimiento de cuentas en el proceso político de la unión europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 46, 2012, págs. 85-112.
- BAQUERO CRUZ, Julio, *Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002.
- BELADÍEZ ROJO, Margarita, «El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional», en VV.AA., *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales. XXII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, págs. 13-98.
- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed, 1986, Yale University Press.
- BOUTMY, Emile, «La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek», en GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI (ed.), *Orígenes de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, G. Jellinek, E. Boutmy, E. Doumerge y A. Posada, Ed. Nacional, Madrid, 1984 (1902).
- CORWIN, Edward S., «The Passing of Dual Federalism», *Virginia Law Review*, vol. 36, nº 1, 1950, págs. 1-24.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989, págs. 35-62.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2008.
- DWORKIN, Ronald, «Rights as Trumps», en WALDRON, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984, págs. 153-168.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

- FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- FOLLESDAL, Andreas, y HIX, Simon, «Why is There a Democratic Deficit in the EU? A Response to Majone and Moravcsik», *Journal of Common Market Studies*, vol. 44, n.º 3, 2006, págs. 533-562.
- GANS, David H, «How Scalia made it difficult to bring cases to Court», *The Atlantic*, 1 de agosto de 2016 (<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/08/scalia-access-to-courts/493592/>).
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, «La Constitución como norma jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 32, n.º 2-3, 1979, págs. 291-342.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, n.º 38, 1962, págs. 159-208.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Burocracia y tecnocracia y otros escritos*, Alianza, Madrid, 1974.
- GÄRDITZ, Klaus Ferdinand, «Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court», *German Law Journal*, vol. 15, n.º 2, 2014, págs. 183-201.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- KELSEN, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, KRK, Oviedo, 2006 (1920).
- LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Tecnos, Madrid, 2010 (1921).
- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 2000 (1689).
- NICHOL, Gene R. «Justice Scalia, Standing, and Public Law Litigation», *Duke Law Journal*, vol. 42, n.º 6, 1993, págs. 1141-1169.
- OLIVER ARAUJO, Joan, «La cuestión religiosa en la Constitución de 1931: una nueva reflexión sobre un tema clásico», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 81, 1993, págs. 175-183.
- PAINE, Thomas, *Derechos del hombre. Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 2008 (1791).

- PIZZORUSSO, Alessandro, «Las generaciones de derechos», *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, 2002, págs. 493-514.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, «No es el Bundesbank, son los jueces», *El País*, 26 de junio de 2013 (https://elpais.com/elpais/2013/06/21/opinion/1371826224_271756.html).
- SAUTER, Wolf, «The Economic Constitution of the European Union», *Columbia Journal of European Law*, vol. 4, 1998, págs. 27-68.
- SCALIA, Antonin, «The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers», *Suffolk University Law Review*, vol. 17, 1983, págs. 881-899.
- SCHARPF, Fritz, *Gobernar en Europa, ¿eficaz y democráticamente?*, Alianza, Madrid, 2000.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983 (1931).
- SUMPTION, Jonathan, *Juicios de Estado: la ley y la decadencia de la política*, Antoni Bosch, ed., Barcelona, 2019.
- SUNSTEIN, Cass R., «What's Standing after Lujan--of Citizen Suits, Injuries, and Article III», *Michigan Law Review*, vol. 91, nº 2, 1992, págs. 163-236.
- TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, vol. 1, 3ª ed, New York, Foundation Press, 2000.
- URÍAS, Joaquín, *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- VAN DER SLOOT, Bart, «Between fact and fiction Child and Family Law: An analysis of the case law on article 12 ECHR», *Child and Family Law Quarterly*, nº 4, 2014, págs. 397-420.
- WECHSLER, Herbert, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 73, nº 1, 1959, págs. 1-35.

