

## LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA NUEVA VISIÓN INSPIRADA EN LOS CLÁSICOS\*

### I. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO EJE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. LA RECUPERACIÓN DE VÁZQUEZ DE MENCHACA

La literatura jurídica sobre derechos fundamentales es prácticamente inabarcable desde que las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial pusieran a la dignidad de la persona como centro de la garantía constitucional. La ley fundamental de Bonn representa el contrapeso ideológico de la barbarie nazi, de ahí que históricamente la primera doctrina alemana tratara de conectar ese derecho con una visión neoiusnaturalista de los derechos intangibles de la persona. Una perspectiva que no era tanto expresión de una sociedad democrática arrepentida como reflejo de un proceso de amnesia colectiva.<sup>1</sup>

El artículo 1 se abre con la proclamación de que la dignidad de la persona es inviolable, sigue con el aserto de que los derechos fundamentales son la base de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo, y se cierra ese precepto inaugural con la vinculación del legislador, el poder ejecutivo y la jurisprudencia a los derechos proclamados por la Constitución. El artículo 19, por su parte, tras proclamar que solo cuando la Constitución prevé que mediante ley o con fundamento en una ley se puede restringir este derecho, dice que en ningún caso puede perturbarse el contenido esencial.

Es evidente que esas proclamas constitucionales son el reverso de la deriva nazi de la Constitución de Weimar: la persona como objeto del poder, el legislador como conformador de los derechos: no hay más derechos que los que la ley reconoce.

Tras el dilatado y oscuro invierno franquista, era lógico que la Constitución de 1978 bebiera en la fuente constitucional alemana, que en punto a los derechos fundamentales parte de una concepción similar: la dignidad de la persona y la inviolabilidad de sus derechos como fundamento del orden político y de la paz

---

\* A propósito del libro de Ignacio Rodríguez Fernández. (2022). *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 342 págs.

<sup>1</sup> La expresión es de Tony Judt, *Postguerra, Una historia de Europa desde 1945*, Taurus, 2006, pág. 154. Para la evolución de la conciencia alemana y francesa sobre la barbarie nazi y el régimen de Vichy es muy recomendable el lúcido análisis de Géraldine Schwartz, *Los Amnésicos. Historia de una familia europea*, Tusquets, 1ª ed., 2020.

social en el artículo 10.1; la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, la reserva a la ley de regulación, y la garantía del contenido esencial, del artículo 53, son preceptos de clara influencia germánica.

No pueden ignorarse, desde luego, las diferencias; acaso la más relevante sea que los derechos económicos fundamentales (propiedad, libertad de empresa, libre elección de profesión u oficio) tienen en la Constitución española una tutela más restringida que en Alemania, al no estar previsto para ellos la garantía del recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional. Pero esa peculiaridad española no empaña la sustancial homogeneidad de contenidos. Eso explica que muy pronto la doctrina española acudiera al auxilio de la teoría y de la praxis constitucional alemana, que ha sido la que mayor influjo ha ejercido. Aunque no han faltado autores que acudan a la experiencia norteamericana o italiana, mayoritariamente aún hoy en día los estudios iuspublicistas están muy marcados por la doctrina alemana. Las discusiones, por ejemplo, sobre el contenido esencial del artículo 53.2, o sobre el alcance de las restricciones de los derechos fundamentales, se nutren casi exclusivamente de la doctrina alemana, y esto es extensible a la jurisprudencia constitucional<sup>2</sup>.

Ignacio Rodríguez Fernández se aleja de esta práctica, no porque rehuya el diálogo con la doctrina germana, sino porque su perspectiva metodológica se remonta mucho más atrás, nada menos que al siglo XVI, para recuperar al juriconsulto Fernando Vázquez de Menchaca y su concepción de los límites del daño sacrificial, un jurista al que se ha tratado de asistemático o poco riguroso, en comparación con los grandes teólogos españoles de esa época, pero que desde una perspectiva jurídica, del estudio de los tópicos argumentativos, aparece cada vez más como un gigante, precursor no solo de la moderna doctrina de la expropiación forzosa, aspecto por el que era muy conocido entre los administrativistas. Más allá de esa perspectiva puede considerársele como precursor también de la idea de derecho público subjetivo (Verdross) y desde luego de la doctrina de la resistencia al príncipe arbitrario hasta la justificación del tiranicidio. Su influjo bien conocido, pero no suficientemente destacado en la doctrina posterior de un Hugo Grocio, Johannes Althusius o un Samuel Rutherford, nos da noticia de su importancia, de la que han dado cabal cuenta las contribuciones de Francisco Carpintero<sup>3</sup> y, más recientemente, de Egio García<sup>4</sup>. Este último autor destaca el carácter práctico de Vázquez de Menchaca y nos ilustra con un ejemplo, cómo sus tesis estaban íntimamente unidas a la defensa de los derechos de las villas frente a las enajenaciones reales en pleitos complejos. Lo singular de la obra que comento es que sitúa el pensamiento de Vázquez de Menchaca en torno a una idea de

<sup>2</sup> Quiero destacar como ejemplo la reciente y notable monografía de Pablo Riquelme Vázquez, *El contenido esencial de los derechos y libertades: una reinterpretación doctrinal*, Aranzadi, 2022.

<sup>3</sup> *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca, 1977.

<sup>4</sup> *El pensamiento republicano de Vázquez de Menchaca*, tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2015.

dignidad humana y de igualdad, de modo que el sacrificio del derecho individual solo podrá realizarse cuando sea por una causa justa, para el beneficio de la mayoría, pero salvaguardando mediante la indemnización la igualdad de todos los integrantes de la comunidad política. En palabras de Rodríguez:

[...] lo peculiar (y lo genial) de Vázquez de Menchaca radica en sus últimos razonamientos teóricos, según los cuales el deber de indemnización (concebido como equidistribución) se fundamenta en la necesidad de que «a costa del perjuicio de unos pocos los restantes queden inmunes». Con ello, el jurisconsulto castellano altera la concepción tradicional del contrato social y entiende que la renuncia voluntaria a ciertos poderes individuales de autodeterminación, orientada a la consecución del bien común, no puede llegar hasta convertir a unos individuos en siervos de otros. De este modo, el presupuesto último del Derecho natural, la igualdad sustancial de todos los seres humanos nunca puede ser alterado. La igual dignidad de todos sería, pues, para Vázquez de Menchaca, la única regla inderogable del Derecho natural originario, esto es, el único elemento del estado de libertad natural que nunca puede desaparecer tras la constitución del poder político. Justamente esa regla (que impide que unos puedan ser convertidos en siervos de otros) es la que justifica, en última instancia, el deber de indemnizar el daño sacrificial.

Ese recurso al jurista vallisoletano no es casual sino fruto de una posición metodológica previa de la que el autor nos advierte utilizando una distinción de Gustav Radbruch entre doctrinas personalistas y transpersonalistas, una toma de posición filosófica la de la persona libre como centro del derecho, de la que el autor parte y que llevará a sus últimos extremos con la brillante polémica que sostiene con Robert Alexy y su conocida tesis de los derechos fundamentales como mandato de optimización, posición esta última que minusvalora la idea de un contenido previo de libertad de los derechos fundamentales para sustituirla por la ponderación. En el fondo ambas posiciones parten de una concepción filosófica y política diferente. Una la optimista, a la que se adscribe Rodríguez, que considera que la libertad del ser humano es posible sin condicionamiento social alguno, de donde las restricciones tienen que ser una excepción y estar justificadas; otra, más pesimista, que entiende que la misma idea de libertad es indisoluble de la condición social, y por tanto de sus condiciones jurídicas, y que por tanto al hablar de limitaciones o restricciones de los derechos fundamentales es inevitable un juicio de ponderación.

## II. LAS RESTRICCIONES SACRIFICIALES Y LA POSICIÓN ORIGINARIA DE LIBERTAD: UNA APORTACIÓN MUY RELEVANTE A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde luego la posición de Rodríguez es enteramente suscribible cuando habla de la libertad personal o del derecho a la vida con relación a la restricción penal; resulta, sin embargo, más discutible cuando hablamos de la propiedad,

donde difícilmente puede aludirse a un ámbito individual previo a la regulación del derecho.

Pero no es en esta cuestión central en la que quiero detenerme ahora sino subrayar la brillante tesis de fondo que el libro contiene y que podría formularse así: la pérdida de la tradición del personalismo moderado que podría representar un Vázquez de Menchaca en favor de un personalismo radical (Locke, Kant) condujo a través del positivismo a la total instrumentalización de la persona por el Estado y con ello al totalitarismo. Rodríguez piensa que las Constituciones que nacieron por oposición al totalitarismo no pueden basarse en fundamentos institucionalistas o funcionales, al menos por lo que se refiere a la dialéctica esencial libertad-poder.

El libro, a caballo entre la filosofía del derecho y el derecho constitucional, traza para sostener una tesis central un amplísimo arco que abarca del Medievo al positivismo del siglo XIX para arribar al actual constitucionalismo, al que achaca una pérdida de esa base personalista en favor de teorías más funcionalistas. Podría decirse que Rodríguez vuelve a los fundamentos que en 1949 asentaron la Ley Fundamental de Bonn, oscurecidos acaso en la doctrina constitucionalista por la perspectiva social o por la institucional. No es que Rodríguez desdeñe estos últimos enfoques; los sitúa, sin embargo, en un lugar inferior por lo que se refiere a las restricciones de los derechos fundamentales. Para ello somete a crítica la tesis de Robert Alexy sobre los derechos fundamentales, y en particular a la posición «prima facie» de la que parte Alexy para construir su teoría de las restricciones a los derechos fundamentales. La tesis de Alexy parte de una concepción dinámica del contenido protegido del derecho fundamental, que es susceptible, en sí mismo, y sin intermediación del legislador de una ponderación por el intérprete, dado que los derechos fundamentales en la mayoría de los casos no contienen reglas capaces de subsunción, es decir, un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, sino normas de carácter principal, que solo son susceptibles de ponderación.

Argumenta Rodríguez que esta tesis niega la eficacia vinculante inmediata de los derechos fundamentales que queda en entredicho si las obligaciones que las normas de derecho fundamental imponen pasan a ser objeto de evaluación por parte de los poderes públicos.... «Si se opera de este modo, concluye nuestro autor, las normas de derecho fundamental son indebidamente equiparadas a otras normas (estas sí estrictamente *principiales* como las llamadas *principios rectores de la política social y económica*) que no tienen la misma estructura aplicativa». La estructura abierta de muchos derechos fundamentales no los convierte en principios. Rodríguez demuestra convincentemente algo que todo jurista práctico sabe, que el mismo Código Penal está lleno de tipos abiertos y, podría decirse, de normas imprecisas, sin que, sin embargo, pueda negarse su carácter de reglas. Lo que pone en solfa, a mi juicio, la propia división estructural entre regla y principio, que se convierte más bien en una «summa divisio» formal, basada en el diferente régimen de garantías. Aunque los derechos fundamentales se expresen con un tipo abierto, ello no significa que sean principios en la terminología de Alexy, susceptibles de ponderación con otros bienes constitucionales. Son suscepti-

bles, sí, de una concreción dogmática. Como las reglas de derecho penal sobre la autoría que Rodríguez pone como luminoso ejemplo, pero no en sentido estricto de ponderación con otros bienes constitucionales, como ocurre con los principios. En palabras del autor (pág. 235) «es el régimen constitucional de garantías de los derechos fundamentales [...] el que ha de revelar si existe o no una estructura principal» y añade, «lo propio de las normas de derecho fundamental, frente a otras normas constitucionales es disponer de una estructura aplicativa simplificada basada en el patrón de las reglas».

Esa idea central que minimiza las diferencias estructurales entre principios y normas es por completo exacta y cada vez más extendida no solo en el ámbito del derecho administrativo, donde la discrecionalidad en sus diferentes manifestaciones ha jugado un papel clave, sino en la esfera civil o penal. De ahí que Rodríguez busque la «peculiaridad» de los derechos fundamentales en una posición originaria de libertad. No por casualidad el libro se abre con una cita muy significativa de Isaiah Berlin, cuya influencia se percibe en toda la obra, que acaso minusvalora la libertad real a cuyo servicio milita la igualdad<sup>5</sup>.

Nuestro autor cifra la fundamentalidad de un derecho en dos rasgos formales (pág. 217 y ss.), «la vinculación inmediata de todos los poderes públicos» y el respeto al «contenido esencial». En realidad, a mi juicio, para Rodríguez existe otro rasgo, que es lo que él denomina, en terminología de Suárez, permiso dado o concedido; en positivo, lo que da lugar a la «posición originaria» que no es otra cosa que el ámbito de libertad reconocido constitucionalmente que permite al sujeto exigir de los poderes públicos su respeto, salvo que el legislador lo restrinja, observando siempre el contenido esencial. Esta característica es basilar en su concepción; pese a tratarlo al hilo de las restricciones, en realidad es lo que da sentido a las otras dos características de la «fundamentalidad». La vinculación inmediata y el respeto al contenido esencial parecen presuponer un ámbito originario protegido por la Constitución. Se concederá, en efecto, que, sin ese contenido originario, la idea misma de contenido esencial se desvanece. Rodríguez es muy consciente de ello cuando critica las tesis de Alexy sobre los derechos públicos subjetivos, que arrancan de la teoría del estatus de George Jellinek. No puede haber vinculación inmediata del derecho fundamental sin contenido previo constitucionalmente garantizado.

La almendra de la tesis de Rodríguez radica justamente en una vuelta a la concepción originaria de los derechos fundamentales como posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas, que pueden sí restringirse cuando la necesidad

---

<sup>5</sup> Esa posición de Berlin es el correlato filosófico de la muy anterior concepción jurídica de Carl Schmitt, describiendo las libertades burguesas en que se fundamenta el constitucionalismo: «la esfera de libertad del particular se presupone como algo dado, previo al Estado..., en principio ilimitada, mientras la competencia del Estado para restringir ese ámbito es en principio limitada». (*Verfassungslehre*, Berlin, 1928, pág. 126). Es curioso este paralelismo en dos autores tan opuestos políticamente.

pública lo reclame, pero que no pueden diluirse en una simple ponderación con otros bienes constitucionalmente protegidos. No niega el autor el amplísimo margen creativo de la interpretación constitucional, pero se opone enérgicamente «a convertir a los derechos fundamentales en conceptos difusos que carecen, dentro de la Constitución de una especial protección normativa, esto es, de una vinculación o eficacia jurídica más directa que la que corresponde a cualquier otro bien jurídico de relevancia constitucional» (pág. 235).

### III. LÍMITES DE LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES SACRIFICIALES

Nuestro autor admite solo una excepción: la colisión entre derechos fundamentales, es decir, entre posiciones originarias, según su terminología, solo puede resolverse mediante la ponderación, pues no cabe aplicar el método de la subsanación cuando dos derechos se solapan. En ese caso —concede Rodríguez Fernández— se deben convertir «los respectivos derechos en principios y ponderar su replicabilidad en el caso concreto». Cuestión decisiva para tratar de rebatir una de las enmiendas más habituales a la tesis de los derechos fundamentales como derechos de la libertad: no puede haber un contenido previo constitucionalmente garantizado cuando confluyen dos derechos fundamentales enfrentados (por ejemplo, libertad de prensa y derecho al honor) o cuando concurren dos titulares que ven amenazados su respectiva libertad. El ejemplo más claro, frente a la libertad que ejerce un empresario para abrir un local, está en la libertad del vecino para que no se le moleste. Es obvio que debe ser el legislador el que pondere los intereses en presencia y establezca un equilibrio. Digo esto porque es muy habitual tratar la relación Estado-persona como una relación aislada, cuando lo común es que la relación sea multipolar, y que sea indisociable material y jurídicamente la libertad de actuación de una persona con el derecho a ser protegido de otra, como muestra el ejemplo que acabo de exponer.

Una vez examinada y revisada la doctrina de la estructura tripartita de las restricciones (posición originaria, análisis de la proporcionalidad de la restricción en sus tres estadios, garantía del contenido esencial como restricción de restricciones»), la obra pone rumbo a diversos supuestos prácticos con los que confronta su tesis, el denominado «Régimen jurídico de los daños sacrificiales» (capítulo VIII), y un epílogo, sobre la teoría del sacrificio de derechos y el derecho constitucional.

El capítulo VIII se ocupa de dos cuestiones bien diferentes: 1º distinguir la restricción sacrificial de las limitaciones que no tienen tal carácter, tratando de deducir los casos en que constitucionalmente el sacrificio da lugar a una indemnización de las que no, 2º establecer una reinterpretación constitucional de la teoría de la responsabilidad. Debe notarse que, en este último extremo, de enorme interés teórico y práctico, la obra consigue reducir a técnica jurídica la dignidad humana como fundamento de la interdicción constitucional de una instrumentalización del individuo, siguiendo la posición de Luis Medina. Lo que lleva a

reconocer que el contenido esencial, por ejemplo, del derecho a la vida, obliga al Estado a indemnizar cuando el daño es producto de una acción que es beneficiosa para el conjunto de la población, pero que implica para un individuo en concreto el sacrificio de su derecho. Estaríamos en estos casos ante una responsabilidad obligada constitucionalmente y que no está a merced del legislador.

El legislador goza de discrecionalidad en aquellos casos en que existen simetrías en los sacrificios, pero no cuando el individuo se sacrifica en el altar del interés general o del bien común (así la persona inocente que viaja en un avión kamikaze abatido para evitar la muerte de muchas personas; el que se vacuna obligatoriamente y sufre, como efecto secundario, secuelas o la pérdida de la vida; quien se ve sometido a prisión provisional y luego es absuelto). A veces, sin embargo, el razonamiento se apura en exceso. Por ejemplo, no es preciso acudir a la Constitución para defender que los efectos indeseados de una vacuna recomendada por la autoridad pública sean indemnizables, pese al carácter voluntario de la vacunación: si se atiende al carácter voluntario no forzoso de la vacunación, no puede hablarse en rigor de restricción de un derecho fundamental. La teoría del daño sacrificial sí sería operativa en el caso de una vacunación obligatoria. Primero para enjuiciar si esa restricción afecta al contenido esencial de la libertad y a la dignidad de la persona humana y, segundo, para compensar eventuales daños.

En ese sentido, la Sentencia 120/1990, sobre el tratamiento forzoso de los presos del GRAPO, ofrece un amplísimo campo de pruebas a la tesis de Rodríguez Fernández. Claro es que la mayoría del Tribunal Constitucional, que denegó el amparo, sostuvo una posición funcionalista del derecho a la libertad, consistente en negar que pudiera mantenerse en huelga de hambre y respaldar la decisión del juez de vigilancia penitenciaria de autorizar la alimentación de los intervinientes en contra de su voluntad. En ese caso, en rigor, no habría oposición entre el derecho a la vida y la decisión libre de no ingerir alimentos, sino que lo opuesto era la libertad y la dignidad de un interno y la competencia del Estado para alimentarlo forzosamente, en ausencia de una regulación legal. Del mismo modo no cabría admitir que la Administración introdujera una medida de vacunación obligatoria sin intermediación del legislador; y en caso de que esa ley existiera habría que determinar si esa restricción es necesaria y proporcionada.

#### IV. RESTRICCIONES SACRIFICIALES NECESITADAS DE INDEMNIZACIONES Y RESTRICCIONES POLICIALES

Lo anterior nos lleva de la mano a una cuestión medular antes apuntada, la de la distinción entre restricción sacrificial, necesitada de indemnización, y la restricción admisible de los derechos fundamentales. He aquí un punto, donde no termina de estar clara la distinción que el autor propugna. Es evidente que la clave es cuándo existe o no sacrificio. El autor emplea los criterios actualizados que ya vimos manejaba Vázquez de Menchaca.

No habrá restricción sacrificial si el perjuicio produce beneficios... o si se trata de pérdidas generales para toda la comunidad. La noción de «pérdida efectiva de riqueza» y los ejemplos tomados de Ihering y Epstein enriquecen sin duda el debate sobre el tal vez insoluble problema de delimitar qué restricciones son admisibles y no, y cuando siendo admisibles deben ser indemnizables.

En efecto tanto en las que el autor siguiendo a Epstein denomina restricciones policiales como en las propiamente sacrificiales hay un doble test. Antes de decidir si la restricción debe dar lugar a una indemnización, hay que plantearse si la restricción en sí misma es constitucionalmente admisible. Dicho de otra manera, la indemnización generada por un daño sacrificial puede darse tanto en el caso de que el daño sea conforme con la Constitución como si lo es vulnerando el contenido esencial del derecho. El contenido esencial puede ser ignorado tanto por el hecho de que la restricción sea en sí misma desproporcionada como por la circunstancia de que solo sea constitucionalmente admisible mediante la indemnización.

La posición del autor sobre el contenido esencial como restricción de las restricciones no supone un cambio apreciable sobre la idea mayoritaria en la doctrina, de entender que el contenido esencial es el límite de los límites, lo que remite a la idea de proporcionalidad en sentido amplio. Sin embargo, es muy certera su visión de que en determinados casos la garantía indemnizatoria forma parte del contenido esencial del derecho, aunque quepa formular alguna duda sobre su reducción al caso de las restricciones sacrificiales y descartarlo en todo caso en las policiales. Puede bastar para probarlo el ejemplo del depósito legal de ejemplares que dio lugar a la famosa sentencia del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE, 58, 137, 144 ss.) sobre la doctrina de las limitaciones y delimitaciones de la propiedad necesitadas de indemnización. Una norma completamente lógica, como el depósito legal de ejemplares de un libro de lujo que en el caso concreto daba lugar a una afectación desproporcionada. La ley es constitucional, pero, en el caso concreto, solo puede serlo si se indemniza al afectado, dado el enorme valor de cada ejemplar. Habría, pues, que matizar que determinadas regulaciones que en abstracto son constitucionales puedan en concreto ser sacrificiales en la terminología del autor.

Hace ya bastantes años quise llamar la atención sobre la minusvaloración que suponía para la garantía efectiva de algunos derechos fundamentales su exclusión del recurso de amparo<sup>6</sup>. Argumenté allí la importancia que tenía el hecho de que el Tribunal Constitucional español no conociera de recursos de amparo en materia de propiedad y libertad de empresa, y cómo la evolución de la doctrina constitucional alemana del derecho de propiedad se había producido al hito del recurso de amparo, resolviendo cuestiones concretas.

---

<sup>6</sup> «El contenido esencial de la propiedad en el contexto del derecho europeo», en el volumen colectivo *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. II, Zaragoza, 2008, págs. 1781-1796.

Recuerdo esta circunstancia para notar que esta es una diferencia estructural que acaso podría usarse también para acotar la tesis de Rodríguez Fernández cuyo punto débil, si tal expresión es admisible respecto de un trabajo tan profundo, reside en la idea de partir de una visión exclusivamente defensiva de todos los derechos fundamentales, marginando la visión protectora de los derechos fundamentales. Porque lo cierto es que al centrar la mirada únicamente en las restricciones queda fuera de campo toda la rica cuestión de los derechos fundamentales como mandato de protección, que aseguren la libertad real de todos y no de unos pocos.

## V. LA RESTRICCIÓN SACRIFICIAL EN EL CONTEXTO DE UNA TEORÍA PLURALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La posición de partida de Rodríguez Fernández es metodológica y filosóficamente impecable: la dignidad de la persona y las libertades fundamentales no pueden ser objeto «prima facie» de cualquier ponderación. Pero como les ocurre a las demás perspectivas sobre la Constitución, esa idea inicial no sirve para explicar la posición originaria respecto de todos los derechos. Por ejemplo, en el artículo 27.1 hay dos incisos bien diferentes. «Todos tienen derecho a la educación» apela a un derecho prestacional, cuya tutela efectiva depende tanto del legislador como de los recursos disponibles, es decir, de recursos organizativos. ¿El inciso segundo, que reconoce la libertad de enseñanza, puede decirse en rigor que asegura una posición originaria frente al legislador? ¿O, por el contrario, el legislador tiene un amplísimo margen para establecer los requisitos y los niveles educativos en que esa libertad es posible? ¿Puede haber en una sociedad contemporánea libertad de enseñanza con carácter previo a que el poder público la ordene?

También es difícilmente compatible esa tesis con los derechos fundamentales de configuración legal que el Tribunal Constitucional ha consagrado desde antiguo, por ejemplo, respecto del artículo 23.2, derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, e incluso respecto del derecho de propiedad, resulta muy difícil como ya anticipamos hablar de una posición originaria, en el sentido que sí puede predicarse de las libertades públicas. Filosóficamente, porque como reconoce con profusión de argumento de autoridad Rodríguez Fernández (de la escolástica española a Ihering), en ningún caso cabe hablar de una propiedad natural; jurídicamente, porque el artículo 33 CE dice que la función social regulará su contenido, lo que es incongruente con el reconocimiento de una posición originaria que, en todo caso, se ceñiría a la garantía expropiatoria (véase la STC 149/1991 sobre la Ley de Costas, FJ 8, B,c).

Este ejemplo y otros muchos más que pudieran ponerse, como el derecho a la tutela judicial efectiva muestran a mi juicio la irreductibilidad de todos los derechos fundamentales a una matriz unitaria, sea esta liberal, liberal-social, institucional, máxime cuando el propio Tribunal Constitucional ha seguido la línea

marcada por el Tribunal de Karlsruhe en el sentido de que los derechos fundamentales no aseguran únicamente situaciones subjetivas, sino que fundan un orden objetivo de valores. Sí que desde luego comparto la explicación de Rodríguez Fernández sobre la necesaria comprensión de las restricciones a los derechos de libertad personal como limitaciones a una posición originaria que, en rigor, y más allá del derecho, remiten a una concepción filosófica donde la dignidad humana y la prohibición de instrumentalización del individuo constituyen los ejes rectores, una idea que pugna con la concepción absolutista de soberanía justamente criticada por Herman Heller en 1927. Siempre y cuando, como noté más arriba, se trate de una relación Estado-persona. El criterio, sin embargo, no sirve cuando estamos ante relaciones multipolares donde no exista una relación aislada entre poder y libertad sino una relación compleja entre posiciones contradictorias. Porque en este caso no cabe hablar de posición originaria alguna anterior a la regulación jurídica.

Invito al lector a leer las páginas dedicadas a la STCFA sobre la ley que permitía el derribo de aviones en caso de amenaza terrorista. La doctrina del Tribunal Constitucional alemán que anula la ley es muy discutible. La instrumentalización de las personas inocentes que viajan a bordo del avión es la razón que da el TCFA para declarar inconstitucional la ley por contraria a la dignidad de la persona humana. Tesis defendida entre nosotros por Rodríguez de Santiago y criticada por Doménech Pascual, pues minusvalora el derecho a la vida de las personas, por hipótesis muy superiores en número, que el Estado trata de proteger con el derribo del avión. Este ejemplo ilustra la dificultad de establecer un criterio dogmático *a priori*.

Se comprenderá fácilmente por lo dicho que estamos ante un libro excepcional. Lo es por su originalidad. No exagero si digo que es la aportación española más original a la teoría de los derechos fundamentales desde la Constitución de 1978. Por la recuperación para la doctrina constitucional de la teoría de Vázquez de Menchaca sobre el daño sacrificial. Lo es también por su visión amplia, no limitada a la doctrina puramente de derecho constitucional. Rodríguez Fernández despliega en apoyo a sus argumentos un catálogo de fuentes muy diversas desde Suárez y Vázquez de Menchaca, Pufendorf o Kant, a Ihering, Alexy, Epstein, etc. Algunos pueden considerar que no hay un análisis exhaustivo de las fuentes doctrinales más específicas. Pero creo que es un acierto del libro, porque a hombros de gigantes se ve mejor el panorama. En todo caso, ese mismo defecto es aplicable en sentido contrario a cientos de estudios doctrinales de mucho menos interés que el que comento, que se centran en un análisis exhaustivo de la bibliografía especializada con resultados mucho más pobres, precisamente por la estrechez de miras de la investigación. Y, en fin, lo es por la brillante construcción de la indemnización como parte del contenido esencial del derecho a la vida o a la libertad personal cuando estos son sacrificados en aras de un bien superior, es decir, elevando algunos casos de responsabilidad objetiva a rango constitucional, y no meramente legal o jurisprudencial.

El lector podrá pensar si me ha acompañado en este comentario, que Rodríguez Fernández es un catedrático de Derecho Constitucional o de Derecho Administrativo que ha publicado su ejercicio de cátedra o una monografía fruto de una larga carrera universitaria. Pero no es así. El libro es producto de una tesis doctoral dirigida por Tomás de la Quadra-Salcedo Janini y leída en la Universidad Autónoma de Madrid, tesis que se ha beneficiado de la amplia experiencia de su autor como fiscal y como letrado del Tribunal Constitucional. Recomiendo vivamente la lectura de esta obra.

*José M<sup>a</sup> Baño León*  
Universidad Complutense de Madrid

## NOTICIAS DE LIBROS

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR: *Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2023, 200 págs.

I. Esta monografía analiza los derechos fundamentales que se reconocen a las personas jurídicas de derecho privado, especialmente cuando se relacionan con la Administración, afrontando de forma sistemática los problemas que este reconocimiento suscita con carácter general, pero también descendiendo a la concreta aplicación de los diferentes derechos fundamentales (civiles, políticos, religiosos, de la personalidad, etc.). A tal fin, la obra se estructura en ocho capítulos, más el prólogo del profesor José María Baño León, las reflexiones finales y la bibliografía, que pueden concretarse en dos partes diferenciadas. Una primera, integrada por los cinco primeros capítulos, en la que se afrontan las cuestiones generales sobre las personas jurídicas y los derechos fundamentales; y la segunda, con los dos últimos capítulos, relativa a los concretos derechos fundamentales analizados.

El capítulo primero introduce el objeto de estudio, con el problema de la atribución de derechos fundamentales a las personas jurídicas, dedicando los tres capítulos siguientes al análisis de estas dos nociones esenciales: las personas jurídicas y los derechos fundamentales. Se adentra así la autora en los diferentes tipos de personas jurídicas que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, excluyendo, en consecuencia, los grupos y entes carentes de personalidad (aunque, después, sí hará referencias a las comunidades y grupos que reconoce la Constitución), para centrarse en las de derecho privado y las diferentes categorías que admite el derecho civil y mercantil. Estas distinciones resultan imprescindibles, pues la proyección de los derechos fundamentales no tendrá el mismo alcance y sentido