

Una síntesis acerca del doble carácter de los derechos fundamentales desde de la teoría estructurante del derecho

ANTONIO VILLACORTA CAÑO-VEGA

Doutor em Direito Constitucional e Mestre em Direito Público pela *Universid de Cantabria* (Espanha). Professor da *Universidad de Alcalá* (Espanha).

Artigo recebido em 30/5/2022 e aprovado em 5/8/2022.

CONTENIDO: 1 *Introducción* • 2 *El doble carácter de los derechos fundamentales contemplado en perspectiva estructurante* • 3 *El hacerse progresivo del derecho fundamental desde su perennidad dinámico-concretizante* • 4 *Conclusión* • 5 *Referencias*.

RESUMEN: Conforme a un entendimiento crítico-transformador, los Derechos Fundamentales no pueden dejar de hacerse (realizarse) de forma permanente y renovada, porque a ello les lleva la realidad y su propia identidad. La unidad jurídica intrínseca y las dos dimensiones en que cada Derecho Fundamental consiste, es algo más que una unidad simplemente objetiva o meramente específica, es una unidad vital e histórica. Se va haciendo de forma continuada (o prosigue haciéndose la inicial), debido al desenvolvimiento (*Entfaltung*) de la dimensión objetiva de cada Derecho establecida a favor de la pretensión de tutela (*Schutzanspruch*) subjetiva.

PALABRAS CLAVE: Doble Carácter de los Derechos Fundamentales • Teoría Estructurante del Derecho • Derecho Objetivo • Concretización Jurídica • Norma de Decisión.

Uma síntese sobre o caráter duplo dos direitos fundamentais com base na teoria estruturante

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 O duplo caráter dos direitos fundamentais, contemplado segundo a perspectiva estruturante • 3 O progressivo devir do direito fundamental a partir de sua perenidade dinâmica-concretizadora • 4 Conclusão • 5 Referências.

RESUMO: Conforme entendimento crítico-transformador, os Direitos Fundamentais não podem deixar de ser feitos (realizados) de forma permanente e renovada, pois a realidade e a sua própria identidade os levam a tanto. A unidade jurídica intrínseca e as duas dimensões em que cada Direito Fundamental consiste são mais do que uma unidade meramente objetiva ou meramente específica, trata-se de uma unidade vital e histórica. Forma-se continuamente (ou a inicial continua sendo efetivada), em razão do desenvolvimento (*Entfaltung*) da dimensão objetiva de cada Direito - estabelecida em favor da pretensão de proteção subjetiva (*Schutzanspruch*).

PALAVRAS-CHAVE: Dupla Natureza dos Direitos Fundamentais • Teoria Estruturante do Direito • Direito Objetivo • Concretização Jurídica • Norma de Decisão.

A synthesis about the double character of fundamental rights according to the structuralist theory's perspective

CONTENTS: 1 Introduction • 2 The dual nature of Fundamental Rights contemplated by the structural perspective • 3 The progressive making of Fundamental Rights from its dynamic and concrete perpetuity • 4 Conclusion • 5 References.

ABSTRACT: According to a critical-transformative understanding, Fundamental Rights cannot stop being accomplished (achieved) in a permanent and renewed way, because this is what reality and their own identity lead to. The intrinsic legal unit and the two dimensions in which each Fundamental Right consists, is something more than a simply objective or merely specific unit, it is a vital and historical unit. It builds up continuously (or the initial one continues in effect), due to the development ("*Entfaltung*") of the objective dimension of each Law established in favor of the subjective claim of protection (*Schutzanspruch*).

KEYWORDS: Dual Nature of Fundamental Rights • Structuralist Theory of Law • Objective Law • Legal Implementation • Decision norm.

1 Introducción

EL punto de partida puede ser el siguiente: el Derecho Fundamental subjetivo de una persona se da cuando una determinación objetiva de Derecho Fundamental para este individuo justifica objetivamente efectos jurídicos favorables con la intención de su ejecutoriedad. Las disposiciones de Derechos Fundamentales gozan de positividad y de validez (*Geltung*), pero ganarán solo normatividad, con ocasión de su concretización progresiva en cada ocasión, al adoptarse la norma de decisión (*Entscheidungsnorm*) y prestando decidida atención a las circunstancias relevantes para el caso.

De todos modos, los Derechos Fundamentales no pueden dejar de realizarse de forma continuada, porque a ello les lleva la realidad y su propia identidad. Su reconocimiento (creación jurídica) tiene carácter procesual, es como trasunto de una realidad iniciante dirigida hacia un mundo abierto a posibilidades y bienes protegidos por la fuerza normativa de la Constitución, aportando a los problemas la eficacia óptima en las condiciones propias de cada orden y momento constitucional. A partir de la vinculatoriedad del texto constitucional positivo, las disposiciones iusfundamentales son obviamente vinculantes, respecto de las cuales el Legislador carece de legitimidad para negar los ámbitos de libertad garantizados por vía de “no regular el ejercicio de la actividad en que consistan”, toda vez está fuera de sus competencias disponer acerca de la existencia de derechos garantizados ex *Constitutione*, aunque pueda modular la distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 de la Constitución Española (C.E.) (ESPAÑA, 1994b), con independencia de que la Ley sea “la manifestación por antonomasia” del principio democrático. Y ello es menester considerarlo, porque a esa situación de dinamicidad y de nuevas posibilidades de ampliar su ámbito de protección, les lleva desde el punto de vista sustancial la realidad de las cosas¹, a su vez enmarcadas en contextos superiormente amplios de Comunidades políticas cada vez más multi-fragmentadas e interdependientes con otras realidades sociales cual es propio de nuestro occidental mundo post-moderno, en cuyas respectivas *polis* el Derecho se erige por excelencia en “el instrumento del poder político democrático”

1 Contrariamente, para el positivismo legalista que se remonta como mínimo a Friedrich Carl von Savigny, la Ley solo puede perfeccionarse por el legislador nunca por el juez, mientras el intérprete únicamente puede desarrollar la Ley a partir de ella misma (*das Gesetz fortbilden*), le cabe reejeutarla (*nachvollziehen*),

(CRUZ VILLALÓN, 2017, p. 87). La cuestión está ahí en el asunto de la creación jurídica y, por consiguiente, práctica. Es para la *Teoría Estructurante del Derecho* el proceso desde la proclamación textual de los Derechos Fundamentales hasta su formación, con arreglo a la práctica como compromiso para el trabajador del Derecho, a fin de delimitar la *Ordnungsfunktion der Grundrechte*, o establecimiento de las áreas vitales de protección de los Derechos Fundamentales en favor de sus titulares que caen en una esfera y momento concreto de vida social: *Art der Bindung*, a fin de concretizar eficazmente los textos *die Normen über Grundrechte*. Es la dominancia de la realidad que en materia de Libertades fundamentales se constituye por esencia abierta, evolutiva y progresiva-transformadora (algo diferente, obvio es, a cuando nuestro Tribunal Constitucional en algún pronunciamiento menciona a un Derecho Fundamental de aplicación progresiva), por virtud de la expansión de los Derechos Fundamentales a todos los campos jurídicos propios del moderno Estado de Derecho, del cual acentúa su momento dinámico-conformador, que tiene entre otras características: estructura textual (*Textstruktur*). Interesa subrayar que la apertura de esta esencia caracterizadora de un Derecho Fundamental desde su prefiguración por el constituyente, es lo que constituye la fundamentalidad de los Derechos, pudiéramos decir de su *vida* jurídica, pero adquiere carácter posibilitante para situaciones que afectan a las condiciones sociales de la vida de personas en aspectos cruciales de su existencia. Por consiguiente, constitutiva de un determinado acto del obrar humano, conforma el acceso al mismo en cuanto problema y no como una cuestión especulativa. Es acceso a un problema real si se quiere ir jurídicamente al fondo y descubrir su contenido a través de la concretización recíproca del programa normativo y del ámbito normativo (MÜLLER, 1990). Y concuerda con la idea de la democracia como régimen de “posibilidades siempre abiertas” (MÜLLER, 1990), por consistir la vida democrática en la búsqueda y discusión “sobre aquello que, según lo que determina el consenso social cambiante con el paso del tiempo, puede considerarse más cercano al bien social” (ZAGREBELSKY, 2010, p. 128). Pero este acceso no es susceptible de realizarse abstractamente sino a través de una *intentio* cooperativa; es concreción histórica e individual. Entre nosotros, se sostuvo *mutatis mutandi* que la definición abstracta de un Derecho Fundamental haría referencia a una conducta genérica que en la realidad transcurre siempre como algo concreto, “susceptible de múltiples modalidades”, dependiendo de los hechos o de las condiciones requeridas para decidir. Lo cual permite un ejercicio controlado de

la libertad, pues toda libertad incontrolada concluye destruyéndose a sí misma, y dando vueltas tan solo a un enunciado textual ya pretendidamente normativo, carecemos de posibilidades al efecto de intervenir en el control aludido; consiste en una función esencial que cumple el proceso estructurante de establecimiento de normatividad. Si desde este dinamismo el texto constitucional positivo pierde algo de precisión jurídica y previsibilidad debido a la ampliación de la dimensión jurídica fundamental del ámbito protegido por los Derechos Fundamentales, también seguirá tomando realidad jurídica más precisa en el futuro (LERCHE, 1992, p. 739).

El proceso jurídico-intelectual de extracción normativa no se centra exclusivamente en el texto de la norma (*Normtext*) aislado del caso concreto, pues es este último el encargado de delimitar y actualizar la problemática jurídica, y, consecuentemente, el texto positivo y su interpretación representan un momento del proceso intelectual. Toda vez, a imagen de la filosofía práctica, existe una interdependencia de carácter indisociable entre la interpretación del texto y la solución ofrecida por el mismo, de una parte, y entre el problema a resolver y las pre-decisiones que reposan sobre la facultad individual del operador jurídico, de otro lado, porque aceptamos la concepción de la norma jurídica en cuanto modelo de orden fácticamente condicionado (*sachbestimmtes Ordnungsmodell*) (MÜLLER, 1994, p. 172). Y todos los esfuerzos desenvueltos por la teoría de la norma jurídica del caso y de la metódica jurídica empleada, se reducen a una legitimación de la decisión jurídica concordante con la Ley o la Constitución (MÜLLER; CHRISTENSEN, 2013, p. 149), norma esta de la que asimismo es declarable su doble dimensión, y opera como orden de configuración política y a modo de protección jurídica.

Estamos frente a una realidad abierta a su propio carácter dinámico y no ante estructuras determinadas de una sola vez como pretenden toda suerte de formalismos jurídicos, que a lo más reflejan sutilezas para reflexiones metafísicas durante ratos de ocio, pero incapaces de vincular la eficacia a desplegar por los Derechos Fundamentales al acelerado proceso de transformación social. El ámbito de libertad garantizado adquiere la plenitud temporal con cada *Norma de decisión* (*Entscheidungsnorm*), esto es, mediante la forma de decisión (*Entscheidungsformel Urteil*) de cada caso controvertido que consuma el proceso estructurado y concretizante seguido para su hallazgo, conforme la elaboración propuesta desde la *Teoría Estructurante del Derecho* (*strukturierende Rechtslehre*) y la *Metódica*

estructurante (strukturierende Methodik) que la apoya, en cuanto teoría jurídica de la normatividad con base a la praxis (pero no solo), y superadora de la vieja ficción jurídica que dijera haber logrado desmembrar el *Sollen* del *Sein*, auténtico corazón de la teoría jurídica kelseniana (SMEND, *apud* EHMKE *et al.*, 1973, p. 575)².

En el marco apuntado, los Derechos Fundamentales adquieren para la *Teoría Estructurante del Derecho* el punto estructural o posición culminante; idea compartida en lo esencial por los autores que caracterizan la actividad interpretativa, en cuanto de carácter, eminentemente vinculada a la praxis. Construida como desiderátum la citada norma final de decisión cual punto culminante a partir del texto dotado de positividad y pre-normativo de la Constitución, siguiendo el proceso estructurado de *concretización (Konkretisierung)*, como exigencia del Estado democrático de Derecho en el que son los Derechos y Libertades fundamento constitutivo y “justificador de todo el poder político” (ESPANHA, 1995). Y, como trataremos de justificar, no se trata ni tan siquiera de una fórmula dogmática correcta de adecuación dialéctica norma-realidad a establecer, porque descarta la *Teoría Estructurante del Derecho* estar buscándose una mera conformidad, toda vez el trabajador jurídico realiza algo *hacia* la Norma de decisión o Norma jurídica del caso, como “regulación vinculante concreta de la vida social” influenciada por la realidad misma; el texto jurídico inicial está solo dotado de positividad aunque incluye una pretensión de validez. Son las normas de decisión las encargadas de garantizar, llegado el momento, los ámbitos de libertad, y ejercen, al efecto, presión coercitiva sobre los individuos y los poderes sociales, además de su imposición a los poderes públicos institucionalizados. La forma de proceder para concretizar la norma de decisión iusfundamental es inductiva a partir de problemas prácticos, lo que se concreta en el análisis crítico de esa praxis jurídica (CHRISTENSEN, 1987, p. 1-2).

Las normas de decisión del caso a lo largo del acontecer histórico contienen un punto, una estructura, pero no son la verdad jurídica unitaria, envuelven la pretensión de esa verdad, sin que exista una verificabilidad estrictamente racional de resultados³. Mediante las mismas, surge la posibilidad de lo constituido constituyéndose que cobra el sentido de cada instante; estando siendo, va

2 Cuestiones a las que prestara decidida atención el *Methodenstreit* del Derecho público weimariano, por todos.

3 El mundo jurídico equilibrado no elimina *a radice* la racionalidad, pero sí descarta la racionalidad radical pretendida por los diversos positivismos, por todos.

cobrando unas formas jurídicas cada vez más concretas en sus modos, matices y diversidades. Estamos ante una presencialidad remitente en cada caso (porque la accesibilidad no significa el logro de un acceso definitivo) a un proceso de conversión práctica como norma investigada que resalta Friedrich Müller. Para el autor, el Derecho es todo lo contrario de una ciencia cerrada, y la contempla como una ciencia problemática siempre concretizándose y encaminada a las soluciones requeridas por la praxis. Por tanto, no cabe hablar de resultados jurídicos, deberá hacerse de presuposiciones jurídicas y de la determinación de reglas para la concretización del arte de plasmación de pensamientos y resultados jurídicos exigidos por las soluciones prácticas; anchura de comprensión jurídica que permite a la teoría del autor un grado de inusual precisión al resolver los problemas prácticos, en tanto la auténtica originalidad de la *Teoría Estructurante del Derecho* radica en su concepción de norma y de normatividad jurídica y su crítica demoledora del concepto de norma jurídica como *ein Willensakt des Staates in Gesetzesform* (MÜLLER, 1977, p. 205). Nunca nos situamos frente a un contenido firme morfológicamente entendido como verdad capaz de constatación, lo que de otra parte implicaría un acto de comodidad, suelo teórico sobre el que sí descansa el positivismo de la lógica deductivista en cuanto algo objetual ya realizado, consistiendo la tarea del jurista en la *reejecución* (*Nachvollzug*) de carácter gregario de un acto remitente cuyo contenido sublimado ha de reproducirse mediante la *application* de normas en procesos volitivos de interpretación.

Es preciso anotar, desde el punto de vista estructurante, que el fundamento de la iusfundamentalidad aparece mostrándose en su búsqueda delimitada por la plasmación de tres caracteres: la impelencia, la posibilidad y la ultimidad dispensadora de las máximas posibilidades jurídicas, en tanto realizan el auténtico ser sustantivo de los Derechos Fundamentales. Queda claro que los tres rasgos esenciales de toda proposición de fundamento adquieren un sentido y se nos manifiestan ante el universo jurídico como un poder del Derecho: el poder de lo real libre y efectivo, aquello que conlleva a constituir el haz integrado por una multiplicidad de facultades jurídicas de hacer, que constituye de una manera positiva el sentido último de lo que constituye el ámbito material o sustancial de la garantía iusfundamental. Ahora bien, la realidad iusfundamental es más profunda y su ser sustantivo concierne en su configuración a varias otras dimensiones, aunque ahora no podamos abordar la cuestión en su dimensionalidad de unos Derechos Fundamentales de acusada multifuncionalidad, lo cual requeriría un estudio de

superior amplitud a una aportación de las características de la actual, en la que solo nos ocuparemos con un poco de reflexión de la materia en sus aspectos señeros, pues la multidimensional y la multifuncionalidad de los Derechos Fundamentales es solo la consecuencia de una comprensión más compleja de sus peligros, así como de la necesidad de sus salvaguardas, lo cual resulta imposible de abordar en un artículo. Y no hace falta insistir acerca de que las libertades no otorgan al individuo libérrima capacidad de actuación; libertad que ha de ejercer múltiples veces desde su inserción en la comunidad política: es social-contractual y solidaria.

2 El doble carácter de los derechos fundamentales desde la perspectiva estructurante

2.1 Descripción de la doble dimensión de las normas iusfundamentales por la jurisprudencia constitucional: derechos individuales subjetivos y derecho objetivo

En el contexto iusfundamental ha revelado suma importancia la construcción de raíz germana referida al doble carácter de los Derechos Fundamentales (*Doppelcharakter, Doppelfunktion, Doppelgestalt, Doppelqualifizierung, Doppelrolle* etc.) para examinar el problema de su normatividad, pues en la conexión misma a la que vamos a aludir no puede verse algo distinto de la perfección intrínseca de la vertiente subjetiva que supone la presencia del derecho objetivo. Con todo, para parte de la literatura jurídica estamos ante una cuestión a despachar rápidamente, pero ¿muy rápidamente?, Pues en nuestra estimación esa afirmación no es en absoluto precisa (SCHMIDT-JORTZIG, 2009, p. 875). Toda reflexión acerca de la misma ni es inútil ni innecesaria, al contrario, su funcionalidad jurídico-garantista nos parece sumamente importante, porque la misma resulta esencial dada la bilateralidad estructural intrínseca de la relación jurídica entre vertientes y sus bien entendidas consecuencias extrínsecas. Ello no es una singularidad de los Derechos Fundamentales, pero sí constituyen estos, en cuanto constitucionalmente proclamados, una singularidad dentro del sistema jurídico, toda vez no son únicamente derechos subjetivos-facultades, al añadir su naturaleza de derechos-funciones.

En las germanas *Grundrechtstheorie*, o *Grundrechtsjudikatur* (principalmente del Tribunal Constitucional Federal por haber sido la generadora y la encargada de proseguir el desarrollo de la doble vertiente de los Derechos Fundamentales),

el doble carácter ha continuado analizándose como expresión de la dinámica de desarrollo iusfundamental, y a partir de ahí son abordados diferentes tipos de garantías (BLECKMAN, 1989, p. 197). De este modo, observa Grimm (1991), las aportaciones esenciales a la dogmática de los Derechos Fundamentales con posterioridad a la segunda guerra mundial, son la teoría del doble carácter y la incorporación del principio de proporcionalidad⁴.

Aunque no se trata de describir la teoría (a lo sumo haremos cierta cuestión respecto de qué es constitutivamente), conforme señala el Tribunal Constitucional español, los Derechos Fundamentales presentan una dimensión o doble carácter (ESPAÑA, 1981), al contener auténticos derechos subjetivos de los individuos no solo por ser “derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia” (ESPAÑA, 1981), vale decir, garantizan en su ámbito un status jurídico de la libertad individual frente a las injerencias arbitrarias del poder público, lo que confiere a los ciudadanos un derecho de defensa a cargo del Estado; ahora bien, constituyen asimismo

[...] elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1). (ESPAÑA, 1981)⁵.

A partir de esta dimensión objetiva, expresan sectores doctrinales, proveniente de la tesis del doble carácter iusfundamental, derivará de ella la creación de procedimientos específicos, instituciones, formas de organización y condiciones materiales, como algo indispensable para el ejercicio efectivo de los Derechos

4 aunque luego le alarma una potenciación de la dimensión objetiva, que pudiera implicar el tránsito al Estado jurisdiccional, más concretamente, al Estado de justicia constitucional.

5 Esta jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, como es sabido, encuentra fuerte inspiración en la sentencia del Bundesverfassungsgericht Tribunal de 18 de enero de 1958, toda vez estructura y entiende la misma los Derechos Fundamentales no solo como derechos subjetivos de defensa de ámbitos de libertad propios del ciudadano frente al poder público, sino adicionalmente como un orden objetivo de valores supremo que reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como el fin supremo del derecho e irradian jurídicamente el ordenamiento en su totalidad; *Lüth -Urteil* que especificable nos dirá: “Die Grundrechte sind Teil einer objektiven Wertordnung”, y a partir del doble carácter de los Derechos Fundamentales, posteriormente reconocerá: “die Ausstrahlungswirkung; die Drittwirkung; Leistungs- und Teilhabegehalte; die Schutzpflicht (die Handlungsausträge); die Grundrechte als Verfahrensgarantien; institutionelle Bedeutungsaspekte”.

Fundamentales y es el fundamento de derechos individuales a acciones positivas de los poderes públicos. Y, arrancando del doble carácter, es un lugar común en la literatura jurídica alemana (las excepciones las tenemos por levísimas) la configuración correspondiente de las normas jurídicas privadas también como expresión de las obligaciones de protección constitucional del Estado. Los deberes de protección estatal, desde la vertiente de las relaciones intersubjetivas, arrancan asimismo del doble carácter iusfundamental, aunque no están consagrados en la Norma Suprema como elementos constitucionales equivalentes a los Derechos Fundamentales; las obligaciones pertinentes para los poderes públicos deben regirse al final por leyes que limitan los Derechos Fundamentales proporcionalmente y se justifican ante los Derechos limitados dentro de los límites de sus limitaciones (SACHS, 1988, p. 473).

2.2 Coimplicación y funcional fortalecimiento recíproco de las dos dimensiones de los Derechos Fundamentales

La dimensión jurídico-objetiva de los Derechos Fundamentales, por lo que aquí nos interesa primariamente, implica que los mismos conforman jurídicamente los principios o valores superiores de todo el ordenamiento, resultando ser el “elemento fundamental de un ordenamiento objetivo”, siendo inherente a las disposiciones iusfundamentales como algo inmediato dar sus

[...] contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador. (ESPAÑA, 1981, 1984).

En cuanto fundamento del orden jurídico-político de la comunidad⁶, constituyen los componentes “estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico

⁶ La teoría mayoritariamente seguida por la jurisprudencia constitucional continental sobre la *Drittwirkung der Grundrechte*, conocida con el nombre de Teoría del deber de protección estatal, señala que tal deber se deriva directamente de la garantía de los Derechos Fundamentales y su respeto por los derechos de los otros, amplias obligaciones que hallan justificación con motivo del carácter comunitario del ejercicio de los Derechos Fundamentales.

objetivo como de cada una de las ramas que lo integran”, en razón de ser la expresión jurídica de un *sistema de valores* que, por decisión constituyente, ha de informar el conjunto de la organización; son, en fin, “dice el art. 10 de la Constitución española, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social»” (ESPANHA, 1985b). Su significación y finalidades dentro del orden constitucional conlleva una obligación de garantizar su vigencia, pero esta no resulta susceptible de permanecer limitada

[...] a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado (...) del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solo se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. (ESPANHA, 1985b)⁷.

Ha de actuar positivamente (garantía del efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico, organización, procedimientos etc.), e incluso viene obligado por ejemplo a facilitar ayudas o subvenciones, en determinados casos, a fin de que los Derechos Fundamentales resulten efectivos.

De ningún modo pretende esta construcción jurídica debilitar o excluir garantía alguna de lo subjetivo sino acentuar la participación en la comunidad política, como aspecto democrático y constitucional de los Derechos Fundamentales al servicio de un orden político libre (BADURA, 2015, p. 89 y ss). Descansa en el principio de la comunicación fundamental entre ambas dimensiones, permitiendo la inserción comunitaria del individuo (*die Gemeinschaftsgebundenheit des Einzelpersonen-Individuums*). En esta línea, el Tribunal Constitucional español valora la especial fuerza vinculante de los Derechos Fundamentales que, como “bases objetivas de nuestro Ordenamiento, se imponen a los poderes públicos de forma incondicionada” (ESPAÑA, 1994a, fj 4; 2000). Es evidente tratarse de eso, siempre que demos un sentido auténtico al verbo perfeccionar o reforzar la fuerza vinculante de los Derechos, que tiene muchos sentidos referidos al plano en el cual ahora nos situamos: potestad, potencia, poder, y algunos más, y, de esta suerte, completar el alcance propio de una extensión parcial de la libertad que comporta la dimensión subjetiva, mediante la extensión de la libertad a todos los miembros de la Sociedad,

⁷ Se refiere el Tribunal Constitucional a deberes positivos por parte de este, con referencia a los artículos 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la C.E.

correspondiendo a los trabajadores jurídicos determinar las diferentes funciones de cada Derecho Fundamental, y otorgando en todos los supuestos prevalencia a aquella concretización capaz de desplegar en la forma más perfecta la efectividad jurídica del Derecho. No podemos compartir las tesis que defienden la conclusión contraria, al entender y sostener que la teoría de la doble dimensión contribuye a debilitar la vertiente iusfundamental subjetiva, una vez hemos apuntado que la función de los Derechos Fundamentales “como principios objetivos consiste principalmente en el fortalecimiento de su validez”; actuar cual elemento garante del fortalecimiento de la garantía de la libertad jurídico-subjetiva. Esa debilitación habría que probarla, porque hasta el momento no se ha hecho. Y hay derecho a preguntar sobre ello jurídica y efectualmente, lo otro son perspectivas especulativas, al modo lo hiciera Bettermann en defensa de posiciones individual-subjetivistas, pretendiendo ver en la incorporación del contenido jurídico-objetivo la hipertrofia de los Derechos Fundamentales (BETTERMANN, 1988, p. 776).

Nos parece imposible que se pueda decir tratarse nuestra mentada exigencia de una carga en el sentido trivial de la palabra, que corresponde a quienes afirmen lo contrario, algo a desprenderse de las palabras de algunos otros autores aferrados a paradigmas liberal-subjetivistas. Si hubiera en este razonamiento una causalidad en el sentido del presunto debilitamiento de la vertiente subjetiva, se hace necesaria su demostración, en lugar de dejar la cuestión como hace esa órbita crítica en un mero tópico con aparente forma de vigencia, y que pretende convertirse en certeza absoluta, cual profunda teofanía que relega al derecho objetivo, iniciándose una escalada de riesgo que puede dar lugar a unos derechos subjetivos pero desconstitucionalizados⁸, siendo así que los Derechos Fundamentales no son cosa distinta de las normas objetivas de la Constitución encargadas de regular las relaciones entre individuo y Estado (BLECKMAN, 1979). Son, para nuestro Tribunal Constitucional, los encargados de establecer la directa vinculación entre individuos y Estado, actuando “como fundamento de la unidad política sin mediación alguna” (ESPAÑA, 1985b).

Se da por superaba así la equívoca concepción schmittiana apoyada en la distinción material entre dos partes de la Constitución, una integrada por los Derechos

8 Un tanto al modo de los derechos subjetivos de libertad entendidos como cuasi-privilegios, que rondara por la cabeza del decisionismo schmittiano contrario a toda *Demokratietheorie*. La crítica mejor articulada acerca de la concepción de Carl Schmitt, de los Derechos Fundamentales como quintaesencia de un Estado desconstitucionalizado, la aporta Friedrich Müller.

Fundamentales en cuanto derechos públicos subjetivos, mientras las normas organizadoras constituían derecho objetivo (SCHMITT, 2003, p. 189), ignorando la tan reclamada por Müller *Zusammenhang von Grundrechten und Kompetenzen*. En todo caso, tocante a la concepción schmittiana de los derechos y garantías clásicas de libertad, sigue en buena medida rigiendo como forma de entender los mismos a partir de “un principio distributivo”, con arreglo al cual la distribución habrá de ser de tal naturaleza que el ámbito de libertad individual se considera *prima facie* ilimitado, en tanto las facultades de intervención a cargo del poder público debían entenderse limitadas y controlables, algo ajustado a una manera moderna de entender los Derechos Fundamentales de libertad, toda vez se sigue sosteniendo la innecesaridad de justificar las reclamaciones individuales de libertad, al contrario de lo postulado para todo intento llevado a cabo por el Estado con la finalidad de limitar esa libertad. Entretanto, en caso de conflictos, la carga de la justificación va a recaer sobre los poderes públicos en lugar de incumbir al individuo (SCHLINK, 1976, p. 192 y ss). Enlazando seguidamente con la moderna concepción de acuerdo con la cual lo concedido por las posiciones jurídicas subjetivas al individuo, potenciando su autonomía y acción libre, supone lo que los Derechos Fundamentales retiran como parte de poder al Estado (KINGREEN; POSCHER, 2017).

Tampoco compartimos la tesis menos explorada de la tensión entre ambas vertientes iusfundamentales que estarían yuxtapuestas. Tensión dinámica y por así decirlo unitaria, y debido a ella el Derecho Fundamental se encontraría a sí mismo respeto a contenido, dándose la posibilidad de transición de una a otra. No se trata de borrar la diferencia entre ambas vertientes sino al revés: es indudablemente difícil de discernir la funcionalidad de cada una porque aún mezcladas siguen existiendo por sí mismas (consecuencia de la coimplicación), lo que constituye un carácter positivo de la relación, aunque empiece aquí una dificultad jurídico-explicativa. La tesis del doble carácter está a favor de una concepción monofisita en cuanto a la existencia de un único Derecho Fundamental; ahora bien, ello no quiere decir que reconozcamos dos naturalezas iniciales del Derecho Fundamental que producen a la postre una única y misteriosa naturaleza final, tal como a veces apuntan ciertas corrientes críticas. Es necesario emprender la huida respecto de las tesis *pedantes* de comprensión constitucional, como expresara Story (2008), obra de juristas empeñados en conferir a su lenguaje y conclusiones una tonalidad misteriosamente sutil que conlleva consecuencias absurdas, cuando de lo que se trata es de buscar la instrumentalidad conducente a la resolución de

las necesidades prácticas suscitadas por la convivencia humana orientada al bien común, y siendo así que los fines perseguidos por los textos normativos suelen ser bastante más claros en sus líneas generales de lo que suele estimarse, aunque las palabras tienen varias acepciones (STORY, 2008, p. 345), y sea característica acusada de los preceptos iusfundamentales su carácter genérico y abierto al tiempo. Porque la Constitución ha de verse más en términos políticos que jurídicos, conforme apuntara Smend (1955), y esta toma de posición rechaza toda opción interpretativa de naturaleza formal que descompone “el Derecho Constitucional en un agregado de normas e institutos aislados” (SMEND, 1955, p. 238) concebidos a partir de una normatividad por completo abstracta; y entonces los fines políticos a lograr ya dan inexorablemente la cara. En consecuencia, si los fines a lograr son esencialmente político-concretos (al margen de su encauzamiento mediante procedimientos jurídicos por exigencia del Estado democrático de Derecho), habrá de primarse durante el proceso estructurante los *topoi* que reputan puntos de vista pragmáticos de justicia material (ESSER, 1972). Más desacertada es aún la pretendida teorización concentrada exclusivamente en un análisis semántico, llevando la cuestión, dado la tesis nace en el paraje germano, a partir de considerar los verbos modales alemanes, para pasar a trasplantar su doble modalidad mediante la distinción entre modalidad objetiva o deóntica y modalidad subjetiva o epistémica.

Hay un único Derecho Fundamental en el que a su vez existe un doble carácter, y están ambas vertientes inconcusa, indivisa e inseparablemente unidas, sin que desaparezca la naturaleza de cada una debido a esa unión cristalizada, sino que, salvada la propiedad respectiva, componen un único y autónomo Derecho. La configuración respectiva de cada Derecho, su figura jurídica, es teándrica o esencialmente tal: ambas dimensiones forman la considerada unidad desde el comienzo mismo, que es el instante aplicativo. Esta estipulación nunca ha sido aceptada por los subjetivistas aferrados a los derechos de defensa. Distinción de dimensiones, toda la que se juzgue conveniente, separación jamás, por eso no podemos hablar como hacen algunos exégetas de dualidad de perspectivas arbitrariamente montada, pues nos hallamos ante la presencia de una relación de cohesión intrínsecamente “inderogable” (ALEMANIA, 1978). Si rechazamos estar ante dos dimensiones separables es imposible encontrar una sin que, de alguna manera, no implique la otra. Esto supone la influencia positiva de una dimensión sobre otra, y ello se llama dependencia, o conexión efectiva, genera unión: una funcionalidad de lo real. Pero no impide que, en algunos casos, aparezca un

carácter o dimensión dominante sobre la otra, sin que quepa la desproporción. Si, por ejemplo, superamos las dificultades dogmáticas que comportan los Derechos Sociales para su consideración como auténticos Derechos Fundamentales, de inmediato surge la apreciación acerca de en qué importante número de casos hace su presentación la “mayor importancia o peso” de la dimensión objetiva. Sin embargo, un autor riguroso como Isensee va a mantener que la vertiente negativa o subjetivo-defensiva forma el centro del sistema dogmático de la Constitución y actúa como punto de referencia para todas las extensiones adicionales de los Derechos Fundamentales (ISENSEE, 2000, p. 143 y ss).

2.3 Unidad jurídica intrínseca de ambas vertientes

Esa unidad jurídica intrínseca y fundamental, y la diferencia de dimensiones en que cada Derecho Fundamental consiste es algo más que una unidad simplemente objetiva o meramente específica como a primera vista pudiera estimarse. Es una unidad vital e histórica que se va haciendo de forma continuada (o prosigue haciéndose la inicialmente hecha), por el desenvolvimiento (*Entfaltung*) de la dimensión objetiva de cada Derecho a favor de la pretensión de tutela (*Schutzanspruch*) subjetiva, si bien *resubjetivizar* los Derechos Fundamentales es tarea difícil como reconocen varios autores y muestra la práctica jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales que aún sigue variando (DREIER, 1994, p. 509). Mientras las voces pronunciadas desde la literatura jurídica están divididas, no hay mucho más allá aún de consenso que la afirmación de que, por medio de la dimensión jurídica objetiva, se entiende que las funciones de los Derechos Fundamentales van más allá de los aspectos subjetivos y defensivos (RÜFNER, 2000, p. 526). En todo caso, Kingreen y Poscher (2017, p. 28) subrayan para tal dimensión que son objetivamente valiosos, por cuanto integran el orden de los valores de la comunidad, y el Estado es responsable de ellos; desde esta responsabilidad, hubo que reconocerse funciones de Derechos Fundamentales adicionales más allá de las previsiones jurídicas. Asimismo, se ha introducido más minoritariamente la noción de circulación o respectividad interna intrínseca que constituiría la trama jurídica de la coimplicación y constitución de lo específico del respectivo Derecho Fundamental, lo cual es distinto de una mera repetición monótona de acciones, porque la reiteración aplicativa iusfundamental tiene carácter esencial y constitutivamente progresiente, toda vez su continuo hacerse no es un hacerse estático sino dinámico, progresivo y gradual; Presupone un devenir en

cada supuesto a solucionar, no una sustancia completa desde su, digamos, *creación o proclamación*.

Y esto no es teoría iusfundamental funcional sino algo más serio; es algo distinto: supone lo real constitutivo de la sustantividad del correspondiente Derecho Fundamental conforme al momento histórico-concreto, cara al supuesto de adoptar decisiones jurídicas. La fórmula dogmática de aprehensión correcta entra en la conceptualización jurídica más rigurosa, y afirma la existencia de una unidad de cada Derecho Fundamental con dos dimensiones, pero ello no supone una adición de rasgos sino que semejantes rasgos se han co-implicado, están intrínsecamente unidos y forman la unidad jurídica integrada que implica un esfera protegida de libertad, un poder de garantizar la libertad en ese ámbito: la unidad intrínseca de lo que es sustantivamente el Derecho Fundamental en su plasmación *ad extra* y positivamente hacia el resto del ordenamiento jurídico en su concretización desde la realidad social. Lo que es cualitativamente distinto (no por completo opuesto, naturalmente) a la relación dinámica y dialéctica entre norma jurídica y realidad.

La unidad implica como consecuencia el Derecho Fundamental concreto, evolutivamente entendido en cuando potencialidad de eficacia (y no al revés), que contribuye a desarrollar el Derecho (*Rechtsfortbildung*). Así, es lo cierto que no hay posibilidad jurídica de separar vertientes, ni en la realidad ni por su razón intrínseca; semejante separación anularía la existencia misma del Derecho Fundamental. Dicho de otra manera, no es una unidad quiescente, ni mucho menos una conexión a modo de sujeto y predicado, conforma una unidad interna y dinámica, siendo la vertiente objetiva la encargada de conferir actualidad al Derecho, así como una interna consistencia y capacidad de expresión, impeditiva de que se diluya en una vaguedad: convicción a la que vienen constreñidos a llegar todos los trabajadores del Derecho “que piensan con justeza y sensatez” (*Vernünftig und Gerech-Denkenden*) (EHMKE, 1963, p. 71). Se trata de la cuestión de que opinen los conocedores del Derecho, la acertadamente denominada *comunidad jurídica efectiva* (VOßKUHLE, 2017, p. 104), pues quienes lo desconocen desde el plano científico distan de poder ofrecer enjuiciamientos útiles, y quiebra la lógica inmanente así como el fundamento del saber jurídico en tanto proceso intelectual, por lo que se lograría incurrir en más confusión: el recuerdo permanente con el que comienza nuestro saber al recurrir a posesiones relativas a ideas que nos permiten el desarrollo del aprendizaje en cuanto proceso, como aclarara el infatigable cultivador de la hermenéutica como espíritu de libertad que fuera Gadamer.

La unidad sistemática de ambas vertientes tiene una expresión clara y permite el encontrarse (*Befindlichkeit*) en cuanto unidad constitutivo-constitucional del Derecho Fundamental. Es suficiencia constitucional, o capacidad para constituir una unidad propia, en el contexto de un principio unificador de la libertad de acentuado tenor cultural (no lógico ni siquiera objetivista), y reposante ahora, referido a nuestro contexto cultural, sobre la base unitaria de los principios constitucionales pluralistas europeos, fundamentados en afinidades y objetivos de vida común, estando así dado que, conforme a la lógica más tradicional, integran los Derechos Fundamentales el “patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual” (ESPANHA, 1985), contemplados en sentido integrativo y *formaliter dictu* adaptativo a los tiempos así como a las circunstancias epocales y específicas.

3 El hacerse continuado del derecho fundamental desde su perennidad dinámico-concretizante

Enfocada la temática desde la orientación mantenida, por lo pronto, esta dimensión de realidad sustantiva en que se funda el derecho objetivo y por consiguiente la vertiente objetiva del Derecho Fundamental, es expresiva de la voluntad de la comunidad política en cada momento, y hace de la facultad subjetiva un poder real y efectivo a favor de su titular. La citada *Lüth Urteil* con la cual para algunos se iniciara la *Karlsruher Republik* (CASPER, 2002, p. 215), que como hemos mentado ha servido al Tribunal Constitucional español cuando aborda esta determinante cuestión, lo ha resumido con acierto y cita expresa incluso de aún previas decisiones del mismo *Bundesverfassungsgericht*, señalando que la *Grundgesetz* no pretende ser un orden neutral de valores sino que “ha establecido – capítulo sobre Derechos Fundamentales – un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión firme de fortalecer el ámbito de aplicación de los Derechos Fundamentales”. El Derecho Fundamental se integra por ambas dimensiones, qué duda cabe, se conforma a partir de ambas como realidad unitaria, y esto es una verdad rigurosa pues viene acreditada sea por la historicidad sea por la historia efectual. El poder constituyente crea (reconoce, o más bien proclama) el Derecho Fundamental, pero la misma creación de tal no es un acto definitivo. El momento constituyente es de absoluta importancia, y mientras no vuelva a producirse la actuación de ese poder soberano, hay que proclamar la perennidad del Derecho Fundamental, pero esto no basta. Es preciso señalar que estamos ante una

perennidad dinámica, y si se nos permite expresarlo así, expectante; por eso más propiamente estamos frente a una proclamación del Derecho. Es comienzo jurídico de todo, pero no término de todo, esto equivaldría a afirmar que los Derechos son exclusivamente reconocidos para el poder constituyente (que no se objetivaría después en la Constitución) y definitivamente plasmados en ese momento iniciático, en lugar de realidades vividas y que al ejercitarlas se poseen por sus titulares. Jurídicamente se configuran de forma continuada, sus rasgos van perfilándose como garantías sustantivas capaces de “resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado”, valor a situar en el centro del ordenamiento constitucional a partir de cuya garantía la persona se autodetermina como miembro de una Sociedad democrática.

Hay que poner en acción constantemente esa proclamación del constituyente, que es solo punto de partida – punta del tímpano, dirá Müller. La concretización permanente que va a demandar la realidad social, hará aquí, por así decirlo, la función de la tercera persona del dogma trinitario (como bien se sabe, el precipitado de las procesiones personales en que el propio dogma consiste), y el Derecho irá adquiriendo la consistencia que de él cada tiempo histórico y circunstancia concreta requiera. Resulta cierto, qué duda cabe, en los Derechos Fundamentales no se puede llegar a la afirmación de hallarnos ante un precipitado trascendente de un proceso vital inmanente; esto no sirve para su comprensión. Nuestra aproximación a la comparativa con el dogma solo alcanza a la manifestación primera de la puesta en marcha del proceso necesario e imparable de concretización en su dimensión dialéctico-histórica (pero dialéctica no en su vertiente conceptual sino de la experiencia histórica efectual, y entre otras cuestiones tal adentramiento da cuenta de la complejidad de la materia⁹) (HELLER, 1929), y este no es de alteridad o de carácter consecutivo, como tampoco es la simplicidad de una operación ejecutada o a ejecutar de inmanencias, sino constitutivo, de carácter activo y, consecuentemente, toma iniciativas. Repárese en que no hemos estimado correcto entender el proceso de concretización iusfundamental bajo los caracteres de desarrollo sistemático (aun cuando experimente algún grado), pues es estricta y formalmente histórico, y al hundir sus raíces en un histórico devenir, es en ese proceso de manifestarse lo jurídico como sucede el paso de lo oculto jurídico al desocultamiento, obteniendo la posibilidad del saber jurídico, de conocer algo como algo materialmente jurídico, para fundamentar la decisión.

9 Por ello, tampoco sirve la unidad dialéctica de norma y realidad expuesta.

He aquí lo que acontece: hay una acción vital de reconocimiento o proclamación del Derecho Fundamental en un momento histórico-concreto (el significado de su fundamentalidad le viene de tener carácter fundante, de ser la proposición de fundamento del orden jurídico), pero es un proceso iniciante que emerge y debe ir haciéndose, atendiente a esa fundamentalidad dinámica del Derecho o ámbito de libertad garantizado por ese bien constitucional; porque es incorrecto pensar que las libertades constituyen a las personas. Es el hombre quien, colocado en el contexto vital propio (*Sitz im Leben*), va construyendo esos ámbitos de libertad (*ámbito de actuación*) o de influencia (*Wirkbereich*), que pueden andar por ahí más o menos cercanos, pero es preciso conquistarlos, toda vez el ser humano ha encontrado históricamente dificultades y graves problemas cuando tratara de beneficiarse de las diversas esferas de libertad. Muy brevemente esbozado, la Historia, efectivamente sucesiva y eventual desde su perspectiva constitutiva, muestra la frecuencia con la que se han obturado las posibilidades de libertad del ser humano, pues si bien acontece en ella un sucederse de posibilidades, en buena parte de las ocasiones se han malogrado, algo sencillo de reconocer, pero si reparamos: difícil de concebir. Lo contrario, digámoslo muy rápidamente, sería presuponer la existencia de un mundo que tiene poder definitivo o plenitud de dominio sobre los individuos a los que lleva a vivir como él quiere, de tal manera que no nos resignamos a aceptarlo. Estaríamos negando nuestra libertad, siendo así que al hombre le mueve una inquietud radical a constituir su forma de vida y le dicta ese actuar lo que llamamos la voz de la conciencia, pero entendida ahora no en el sentido moralista del cumplimiento de deberes sino como la voz sonora del atemimiento a la realidad que se pretende cambiar: es fundamentalmente libertad ante o frente a esa realidad, lo que expresa un contenido manifestativo y positivo. Esto no significa dejar de reconocer que todo hombre nace en una sociedad efectivamente modelada en la que existen unas relaciones sociales de dominación, porque esto es una realidad histórica, se encuentra ante esa sociedad que se le trasmite en modo conformal. Pero en el ejercicio de su libertad, el hombre no se queda (no debe) constitutivamente instalado. A la vida del hombre ha de reconocérsele carácter opcional dentro del teatro de la Historia como escenario de la acción; esta es la radicalidad de la persona, habría que hablar en caso contrario de lo irracional humano o cuando menos de lo praeter-racional, si existiera para decirlo antropomórficamente un sentimiento absoluto de dependencia respecto de la sociedad. A nuestro modo de ver, es menester discernir que no va a ser suficiente con la libertad de, la libertad para, o de

una situación respecto de otra, que son momentos importantes y necesarios, pero esto sería más bien la vertiente de la razón, camino que tomara el hegelianismo y su percepción tan solo aprehensiva, consecuencia de su panlogismo dialéctico.

El acto constitutivo de reconocimiento del Derecho Fundamental es sí un acto de conocimiento reforzado por el decisivo poder constitucional (*konstitutionelle Gewalt*), pero no es un acto intimante del conocer sino especulativo y teórico, dotado además de poder actual (*aktuelle Gewalt*), y, a partir de ese preludeo, por medio de la inteligencia, descubren los trabajadores del Derecho nuevas posibilidades aplicativas. Las libertades se van haciendo, y lo que parece de entrada algo evanescente, sube la cuestión de punto si reparamos, pues indefectiblemente es inmanente, innato y primero a todas ellas, y se hacen o concretizan a través de actos de ejecución o aplicación; unos serán más libres, otros estarán encauzados por la trama jurídica de cada libertad, otros serán impuestos por necesidad; pero no actúan al modo de sujetos de atribución ni de inhesión, cada Derecho tiene una configuración intrínseca que se construye con cada acción aplicativa. Esas acciones en cuanto históricas dejan de pasar, pero desde el punto de vista de su historicidad no son acciones transitorias que sucedan de una vez por todas conforme enseñara Gadamer (1986), adquieren el carácter de permanencia, pues sus consecuencias no se agotan en sí mismas, perduran a lo largo del tiempo e influyen en acciones posteriores similares.

Se condiciona, con apoyo en el autor precitado, el procurar la comprensión de un fenómeno a partir de la distancia histórica que determina la situación hermenéutica, encontrándose siempre bajo los efectos de una Historia que discurre, y es preciso intentar *dislocar-se* para la situación del pasado al objeto de captar su horizonte, por considerar el acto de comprender siempre con la fusión de horizontes existenciales. Por consiguiente, se hace preciso partir de lo pensado, pero sin objetualizarlo, porque precisamos adaptar el pensamiento al devenir (algo que no equivale a desarrollo progresivo, pues lo que deviene aporta sus propias peculiaridades que no tienen por qué seguir una línea evolutiva sistemática, resultando con frecuencia difícil prever qué rumbo tomarán) acerca del significado de un Derecho Fundamental, especialmente aquellas que descansan sobre una extensión de su ámbito de protección y que, en su significado desde el punto de vista material, tengan cierta relevancia para los casos jurídicos que afirman su autonomía al mostrarse, presentando las peculiaridades que condicionan las categorías requeridas y la línea argumental pertinente para su solución. Se abandona así a lo largo de todo el proceso estructurado el

apellidado platonismo de la regla, y la construcción de nuevas reglas o reinventar el significado de las anteriores para permitir la apertura del campo de otra política iusfundamental.

4 Conclusión

A results de reflexiones más arriba formuladas cabe afirmar: los planteamientos metodológicos constructivistas de la interpretación son a lo sumo útiles para la concepción liberal de los Derechos, con su noción de libertad excluyente sin embargo de la inmensa mayoría, al tiempo que rechaza la presencia del Derecho y la fijación en el *statu quo* material propio del Estado Social. Solo es capaz de captar el punto básico y final de las garantías fundamentales de los principios esenciales del modelo social de corte liberal-individualista. Pero se trata de alcanzar una libertad más plena, de la libertad del Estado y una libre participación en el orden político, que va a permitir la libertad ciudadana en la comunidad política, e implica la comprensión del Derecho Fundamental de liberación por parte de terceros privados, y la salvaguardia de la libertad fundamental en las asociaciones sociales.

El hecho de proclamar los Derechos Fundamentales y jurídicamente fundantes de la Constitución estatal, luego a concretizar con ocasión de la decisión de casos siempre en favor del reforzamiento de las libertades, y no solo el entendimiento como restricción de la libertad natural, facilita su protección de manera más integral, único modo dirá Müller de lograr una material *effektiver Rechtsschutz der Grundrechte* al servicio del libre desarrollo de la personalidad; el cual, pese a haberse hecho del mismo una comprensión amplia, también puede ser restringido dentro del marco del orden constitucional, para lo cual deben considerarse el peso de los estimados intereses constitucionales en juego y atendiendo a las más estrictas demandas sobre la proporcionalidad que entendemos construida conforme a los realistas parámetros estructurantes, pues, como bien se ha expuesto en ocasiones, el realismo rechaza reflexionar *in vitro*, sino admitiendo que no hay efectos sin causas, y estas con frecuencia residen en la dura realidad.

En la elaboración y en el perfeccionamiento de una concepción tan compleja en cuanto necesaria de la protección de las libertades, la tarea central de la teoría de los Derechos Fundamentales conforme a la Constitución (*verfassungsgemässe Grundrechtstheorie*) en dinámica estructurante, debería encontrarse en el futuro desarrollada conforme al método (metódica) estructurante; en ello tenemos esperanza, al servicio del axioma de la protección de los Derechos Fundamentales

como tarea de un ordenamiento jurídico fundado sobre y desarrollado por unas teoría y dogmática constitucional transformadoras. Algo inherente a un Estado Constitucional, el cual reclama que el ciudadano pase de ser mero espectador y acatador de las decisiones políticas afectantes a sus Derechos, cuyo monopolio venía siendo detentado por quienes se encuentran en los núcleos del poder. Los Derechos Fundamentales han de perseguir un ideal democrático en el que el ciudadano es protagonista del acontecer histórico, siendo capaz de interferir en la adopción de decisiones relevantes, como cita frecuentemente la doctrina científica brasileña la Sentencia del pleno del Tribunal Federal, HC nº 82.424/RS, decisión de 17 de setembro de 2003: “Os Direitos Fundamentais são hoje verdadeiros princípios estruturantes da organização e do funcionamento do Estado, valores objetivos que servem como norte da atuação estatal em seus mais diferentes níveis” (BRASIL, 2003).

5 Referencias

ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal. **Decisión BVerfGE 35, 202**. 1973. p. 225. Disponible en: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=62>. Acceso en: 17 ago. 2022.

ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal. **Decisión BVerfGE 7, 198**. Hamburgo, 1951. Disponible en: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html>. Acceso en: 25 ago. 2022.

ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal. **Decisión BVerfGE 50, 290**. 1978. Disponible en: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html>. Acceso en: 25 ago. 2022.

BADURA, Peter. **Staatsrecht**. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. 6. ed. München: C.H. Beck, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41.

BETTERMANN, Karl-August. Die rechtsprechende Gewalt. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (coord.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Bd. III. Heidelberg: C.F. Müller, 1988.

BLECKMAN, Albert. **Allgemeine Grundrechtslehren**. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1979.

BLECKMAN, Albert. **Staatsrecht II. Die Grundrechte**. 3. ed. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymann, 1989.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. 2 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

BOGDANDY, Armin von; VILLALÓN, Pedro Cruz; HUBER, Peter M. (coord.). *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

CARLIZZI, Gaetano. Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea. *Persona y Derecho*, v. 64, n. 1 2011.

CASPER, Gerhard. Karlsruhe Republik. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, v. 35, n. 5, 2002.

CHRISTENSEN, Ralph. *Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

CHRISTENSEN, Ralph. Strukturierende Rechtslehre. In: ACHTERBERG, Norbert (coord.). *Ergänzbare Lexikon des Rechts*. Neuwied und Darmstadt: Luchterhand, 1987. v. 2, n. 560.

CRUZVILLALÓN, Pedro. El valor de la posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la Comunidad Constitucional Europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, v. 39, 2017. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/19146>. Acceso en: 25 ago. 2022.

DREIER, Horst. Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte. *Juristische Ausbildung*, v.16, n.10, 1994.

EHMKE, Horst. *Grenzen der Prinzipien der Verfassungsinterpretation*. Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin: Walter de Gruyter, 1963.

ESPAÑA. *Constitución Española*. SSTC 25, de 14 de julio de 1981.

ESPAÑA. *Constitución Española*. STC 25, de 14 de julio de 1985a.

ESPAÑA. *Constitución Española* SSTC 114, de 29 de noviembre de 1984.

ESPAÑA. *Constitución Española*. STC 53, de 11 de abril de 1985b.

ESPAÑA. *Constitución Española*. STC 13, de 1994a.

ESPAÑA. *Constitución Española*. STC 98, de 11 de abril de 1994b.

ESPAÑA. *Constitución Española*. STC 91, de 30 de marzo de 2000.

ESPAÑA. *Constitución Española*. STC 113, de 6 de julio de 1995.

ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis. 2. ed. Frankfurt am Main: Athenäum Fischer, 1972.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1986.

GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

HERMANN, Heller. Bemerkungen zur Staats - und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart. *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 16, 1929.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.

ISENSEE, Josef. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: ISENSEE, Bd. V. Josef; KIRCHHOF, Paul (coord.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2000.

JEAND`HEUR, Bernd. *Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

KELSEN, Hans. Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre. *Juristische Wochenschrift*, v. 23, 1929.

KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 33. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.

KOEHLER K. F. WESENBERG, Gerhard (ed.). *Savignys Marburger juristische Methodenlehre*. 6. ed. Stuttgart, 1951.

KRIELE, Martin. Juristische Hermeneutik am Beispiel der «Mephisto – Entscheidung». In: FUHRMANN, Manfred; JAUß, Hans-Robert; PANNENBERG, Wolfhart (coord.). *Theologie, Jurisprudenz und Literaturwissenschaft im hermeneutische Gespräch*. München: Wilhelm Fink, 1981.

LERCHE, Peter. Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (coord.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V. Heidelberg: C.F. Müller, 1992, p. 739 y ss.

LOS REYES, Alberto. *La positividad de los Derechos Fundamentales*. Cuestiones para una dogmática práctica de los Derechos Fundamentales. Madrid: Dykinson, 1916.

MÜLLER, Friedrich. *Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht*. Nationale, staatlose und globale Form menschenrechtsgestützter Demokratisierung. Elemente einer Verfassungstheorie VIII. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Die positivitàt der Grundrechte*. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik. 2 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

MÜLLER, Friedrich. El Derecho de creación judicial, formulado desde el punto de vista de la Teoría Estructurante del Derecho. Traducción de Luis Villacorta Mancebo. *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 28, 2013, p. 57 y ss. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4421107>. Acceso en: 17 ago. 2022.

MÜLLER, Friedrich. Modern Conceptions and Interpretation of the Human Rights, ponencia presentada. *XV Conferencia Nacional dos Advogados do Brasil*. Foz do Iguaçu, 1994a.

MÜLLER, Friedrich. *Rechtsstaatliche Form* – Demokratische Politik. Beiträge zu Öffentlichem Recht, Methodik, Rechts und Staatstheorie. Berlin: Duncker & Humblot, 1977.

MÜLLER, Friedrich. *Recht – Sprache – Gewalt*. Elemente einer Verfassungstheorie I. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.

MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1994b.

MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik, Band I*: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis. 11. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

RÜFNER, Werner. Grundrechtsadressaten. In: ISENSEE, Bd. V Josef; KIRCHHOF, Paul (coord.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2000.

SACHS, Michael. Die Grundrechte als objektives Recht und als subjektive Rechte. In: STERN, Klaus (coord.). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte. München: C.H. Beck, 1988.

SCHLINK, Bernard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

SCHMIDT-JORTZIG, Edzard. Meinungs- und Informationsfreiheit. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, PAUL (coord.). *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 3 ed. Bd. VII. Heidelberg: C.F. Müller, 2009.

SCHMITT, Carl. Grundrechte und Grundpflichten des deutschen Volkes. In: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*: Materialien zu einer Verfassungslehre. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

SMEND, Rudolf. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit. In: EHMKE, Horst; KAISER, Joseph H.; KEWENIG, Wilhelm A.; MEESEN, Karl Matthias; RÜFNER, Wolfgang (coord.). *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70 Geburtstag*. Berlin-München: Duncker & Humblot, 1973.

SMEND, Rudolf. Verfassung und Verfassungsrecht. In: **Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze**. Berlin: Duncker & Humblot, 1955.

STELMACH, Jerzy. **Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie**. Ebelsbach: Rolf Gremer, 1991.

STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of the United States**: with a preliminary review of the constitutional history of the colonies and states before the exchange, Ltd. 4. ed. Boston: The Lawbook, 2008.

TROPER, Michael. **La motivation des décisions de Justice**. Bruxelles: Bruylant, 1978.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Contra la ética de la verdad**. Madrid: Trotta, 2010.