

IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

**LAS RESTRICCIONES
SACRIFICIALES
DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN. EL SACRIFICIO DE DERECHOS. UNA TEORÍA ...	19
I. ALGUNOS INTERROGANTES INICIALES	19
II. EL PERSONALISMO. UN DERECHO DE LA LIBERTAD	20
III. EL TRANSPERSONALISMO. UN DERECHO DE LA NECESIDAD ...	21
IV. EL CRITERIO DIFERENCIADOR: EL PRINCIPIO ORIGINARIO DE ORDENACIÓN JURÍDICA	22
V. LA TEORÍA DEL SACRIFICIO DE DERECHOS: UN PERSONALIS- MO MODERADO	23
VI. LA TEORÍA DEL SACRIFICIO DE DERECHOS EN EL MARCO DE LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	24
VII. PLAN DE LA OBRA	26
VIII. AGRADECIMIENTOS.....	27

PARTE HISTÓRICA

CAPÍTULO I. EL PERSONALISMO MODERADO. LA AFIRMACIÓN DE LA LEGITIMIDAD DEL PODER SACRIFICIAL EN LA ESCO- LÁSTICA ESPAÑOLA	31
I. INTRODUCCIÓN	31
II. UN PENSAMIENTO DE CORTE CONSTITUCIONAL: EL BIEN CO- MÚN COMO FUNDAMENTO DEL PODER. LOS DAÑOS CAUSA- DOS POR EL SOBERANO	34
1. La obra de vanguardia de los juristas medievales	34

	Pág.
2. La sistematización moderna del pensamiento constitucional medieval: la escolástica española.....	37
3. Los daños ilícitamente causados por el poder soberano	39
4. El dominio eminente del príncipe: el problema de los daños sacrificiales	44
III. DOS TEORÍAS DEL DAÑO SACRIFICIAL	46
1. El problema del poder sacrificial del soberano: los límites de la especulación medieval.....	46
2. Las dos formas de bien común y el poder de injerencia sacrificial: el pensamiento de Francisco Suárez	47
2.1. La conexión entre la doctrina política del bien común y el poder sacrificial del soberano. La obra de Francisco Suárez	47
2.2. La democracia como forma originaria de gobierno. El contrato de mandato entre gobernantes y gobernados	49
2.3. El poder del soberano	50
2.4. El poder sacrificial: el soberano como supremo administrador de todos los bienes	52
3. El salto argumentativo de Fernando Vázquez de Menchaca.....	54
3.1. Los dos requisitos legitimadores del poder sacrificial	54
3.2. El sustrato de las tesis de Vázquez de Menchaca: la derogabilidad singular del Derecho natural y la indemnizabilidad del daño sacrificial	57
IV. LA REDUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DAÑO SACRIFICIAL A UN INSTITUTO INSUFICIENTE: LA EXPROPIACIÓN FORZOSA.....	60
1. La influencia de Vázquez de Menchaca en el iusnaturalismo posterior .	60
2. La expropiación forzosa del liberalismo revolucionario	62
V. BREVE CONCLUSIÓN	63
CAPÍTULO II. LA NEGACIÓN DEL SACRIFICIO: LAS DOCTRINAS RADICALMENTE PERSONALISTAS	65
I. INTRODUCCIÓN	66
II. DOS VÍAS DE NEGACIÓN DEL SACRIFICIO DE DERECHOS: EL CONTRACTUALISMO LOCKEANO Y LA DOCTRINA KANTIANA DEL DERECHO	68
1. El sustrato común de las doctrinas radicalmente personalistas	68
2. La vía contractualista de John Locke	70
3. La doctrina kantiana del Derecho	75
3.1. La noción kantiana de Derecho	75
3.2. Los derechos y su protección jurídica	77

	Pág.
4. La coacción jurídica legítima: el estado de necesidad y la acción social del poder público como anomalías	79
III. EL DERRUMBE DEL PERSONALISMO RADICAL. LA CRÍTICA DECIMONÓNICA AL KANTISMO Y AL CONTRACTUALISMO	82
1. La reacción anticontractualista y antikantiana del siglo XIX	82
2. Crítica al kantismo y reacción antirrevolucionaria	83
3. Crítica al contractualismo y nuevo paradigma empirista. El momento del positivismo	89
IV. BREVE CONCLUSIÓN	92
 CAPÍTULO III. DEL SACRIFICIO A LA DELIMITACIÓN DE DERECHOS. EL FUNCIONALISMO.....	 95
I. INTRODUCCIÓN: EL PARADIGMA FUNCIONALISTA.....	95
II. LA INVERSIÓN POSITIVISTA DEL PROBLEMA DEL PODER.....	97
1. La nueva perspectiva sobre el problema del poder	97
2. La teoría positivista decimonónica y la doble naturaleza del Estado...	98
3. El Estado como fin en sí mismo en cuanto condición de existencia del Derecho. El trasfondo hobbesiano del positivismo.....	102
III. LA RUPTURA DEL DIQUE POSITIVISTA.....	106
1. Del positivismo al funcionalismo.....	106
2. <i>Civitas dei versus civitas diaboli</i> . La pugna entre el Estado y la sociedad.....	109
3. La subordinación del individuo a los fines superiores de la sociedad. El Estado puramente social	113
IV. EL FUNCIONALISMO MODERADO Y LA NEGACIÓN DEL SACRIFICIO NORMATIVO DE DERECHOS: LA HUELLA DE IHERING.....	118
1. Ihering y la función social de los derechos. La idea de la «delimitación» normativa del derecho individual de acuerdo con su utilidad....	118
2. La agresión al derecho ya delimitado. La cláusula implícita de «necesidad» social	125
V. BREVE CONCLUSIÓN	128
 CAPÍTULO IV. LA FUNCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	 129
I. INTRODUCCIÓN	130

	Pág.
II. LA TEORÍA ESTATALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO TRÁNSITO AL FUNCIONALISMO	133
1. Un nominalismo sin personas	133
1.1. La perspectiva materialista de la libertad natural: un permiso puramente negativo.....	133
1.2. El nuevo iusnaturalismo: Thomas Hobbes	134
1.3. La democratización de la visión hobbesiana: la voluntad general de Jean-Jacques Rousseau	137
2. El <i>iuspositivismo</i> y los derechos como creación del poder en función de un <i>interés general</i>	140
2.1. Dos clases de derecho subjetivo	140
2.2. Libertad natural y derecho subjetivo privado	141
2.3. Los derechos subjetivos públicos	142
2.4. Derechos subjetivos públicos e interés general	143
2.5. Los cuatro <i>status</i> que gradúan la personalidad	144
2.6. El <i>status</i> negativo. Los derechos fundamentales como reservas de ley.....	146
3. El <i>iuspositivismo</i> como tránsito a una dogmática constitucional funcionalista	147
III. LA FUNCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	148
1. La dinámica libertad-intervención como último rastro del derecho originario de libertad	148
2. Un nuevo paradigma de unidad: el influjo institucionalista.....	149
3. La nueva hermenéutica de los derechos fundamentales	155
4. Las garantías institucionales como protección constitucional de un orden jurídico objetivo	157
5. La ponderación como técnica de integración material a través de los derechos fundamentales	161
IV. BREVE CONCLUSIÓN	164
 CAPÍTULO V. LOS LIBERTARIOS CONTRA EL SACRIFICIO DE DERECHOS. LA ACTUALIZACIÓN DEL IDEARIO RADICALMENTE PERSONALISTA	 169
I. INTRODUCCIÓN	170
II. LA DIMENSIÓN UTÓPICA DEL LIBERTARIANISMO. EL ESTADO DE NATURALEZA COMO ALTERNATIVA AL PODER PÚBLICO.....	173
1. El libertarianismo como personalismo radical. Una perspectiva histórica.....	173
2. La visión anarquista. El libertarianismo contra el contrato social	176
3. La utopía anarcolibertaria. La reivindicación del estado de naturaleza...	181
4. El estado de naturaleza y el libre mercado de la seguridad y la justicia.	184

III. UNA ACTUALIZACIÓN DEL PARADIGMA CLÁSICO. ROBERT NOZICK Y EL ESTADO PROTECTOR COMO ESTADO MÍNIMO.....	187
1. La variante de Nozick: el proceso de «mano invisible» de constitución del Estado mínimo.....	187
2. Los derechos procesales del estado de naturaleza y la constitución del Estado mínimo	193
3. El Estado mínimo de Nozick como producto de una operación típicamente sacrificial de derechos (<i>Estado social protector</i>)	196
4. Estado mínimo y justicia distributiva.....	198
IV. LA CLÁUSULA SOCIAL COMO DISPOSICIÓN ORIENTADA AL INCREMENTO DE LA RIQUEZA PREVIA. UN NUEVO CONTRACTUALISMO.....	203
1. Más allá del Estado protector. La teoría de los <i>takings</i> de Richard A. Epstein.....	203
2. La faz utilitarista del nuevo contractualismo y la cláusula constitucional de Estado democrático	205
V. BREVE CONCLUSIÓN	210

PARTE CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO VI. LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS Y LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE SU RESTRICCIÓN. ESTRUCTURA GENERAL DE LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES.....	213
I. INTRODUCCIÓN	213
II. LOS RASGOS DE LA FUNDAMENTALIDAD. PREMISAS BÁSICAS DE UNA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES	217
1. Los rasgos de la fundamentalidad y la peculiar estructura de las normas de derecho fundamental	217
2. La inexistencia de límites o restricciones que sean inmediatamente deducibles de normas sin aplicabilidad directa.....	221
3. La imposibilidad de seguir una teoría absoluta sobre la garantía de contenido esencial	224
4. Precisiones terminológicas previas	225
III. LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	227
1. La estructura tripartita de la teoría de las restricciones.....	227
2. Crítica a la estructura trifásica alexiana	229
3. La textura abierta y flexible de las normas de derecho fundamental y la técnica de ponderación	232
4. Una estructura tripartita más allá del plano metodológico.....	237
IV. CONCLUSIÓN. PLAN DE DESARROLLO DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS RESTRICCIONES SACRIFICIALES	239

CAPÍTULO VII. LAS TRES FASES DE LA RESTRICCIÓN	241
I. LA POSICIÓN ORIGINARIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL	241
1. Introducción	241
2. Posición originaria y normas permisivas	243
2.1. Los permisos en positivo (Francisco Suárez)	243
2.2. El permiso fuerte (Georg H. von Wright)	245
2.3. La libertad protegida (Robert Alexy)	248
3. La estructura de la norma de derecho fundamental que fija la posición originaria	250
3.1. La posición libre como supuesto de hecho de normas de mandato	250
3.2. La estructura de la norma de derecho fundamental que establece la posición originaria	251
II. LAS RESTRICCIONES DE LA POSICIÓN ORIGINARIA	253
1. La restricción del derecho fundamental como supresión (parcial) de la protección conferida a la posición originaria	253
2. La restricción de derechos fundamentales como efecto de una norma de competencia	254
2.1. Competencia y contenido de derechos	254
2.2. Competencia y restricción de derechos	256
3. La proporcionalidad como técnica de restricción o injerencia	257
4. Configuración y restricción de derechos fundamentales	259
5. La suspensión de derechos fundamentales como inversión puntual de la dinámica libertad-restricción	263
III. LA GARANTÍA DE CONTENIDO ESENCIAL COMO RESTRICCIÓN DE LAS RESTRICCIONES	264
1. La cláusula de contenido esencial como protección de los contenidos y no como contenido protegido	264
2. El contenido esencial y la prohibición de instrumentalización	268
IV. CONCLUSIÓN. LA ESTRUCTURA TRIPARTITA DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS RESTRICCIONES Y LA GARANTÍA DE CONTENIDO ESENCIAL COMO <i>RESTRICCIÓN DE LAS RESTRICCIONES</i>	272
 CAPÍTULO VIII. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DAÑOS SACRIFICIALES	 275
I. INTRODUCCIÓN. EL PROBLEMA SACRIFICIAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	275
II. EL DAÑO SACRIFICIAL: CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN	279
1. Los rasgos característicos del sacrificio de derechos en el marco de la teoría de las restricciones	279

2.	Daño sacrificial y cláusula social	281
3.	Daño sacrificial y compensación implícita	284
III.	EL DAÑO SACRIFICIAL Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS	288
1.	Volviendo a los orígenes	288
2.	La responsabilidad objetiva. Visión general desde la óptica de un Estado social de Derecho	295
3.	El daño sacrificial estricto (cierto) y su equidistribución (directa o indirecta)	297
4.	El daño sacrificial relativo (hipotético) y su equidistribución (directa o indirecta). La responsabilidad por riesgo	300
5.	La tipología particular de riesgo sacrificial: su carácter extraordinario e instrumental	302
	 EPÍLOGO. LA TEORÍA DEL SACRIFICIO DE DERECHOS Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL	305
I.	EL SACRIFICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES: VOLVIENDO AL INICIO	305
1.	El sacrificio de derechos.....	305
2.	El derecho fundamental a la vida y el llamado «procedimiento <i>renegade</i> »	308
2.1.	Un caso de escuela: la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de febrero de 2006	308
2.2.	Pequeño excursus sobre la alternativa española.....	310
3.	Las vacunaciones forzosas o fuertemente incentivadas	312
4.	La prisión provisional seguida de absolución	314
II.	LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS RESTRICCIONES SACRIFICIALES	317
1.	El concepto de restricción sacrificial y su relación conflictiva con la idea de dignidad	317
2.	Tres modelos de tratamiento jurídico-constitucional del problema sacrificial	318
III.	LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES COMO MARCO CONCEPTUAL	320
1.	Hacia un replanteamiento general de la teoría de las restricciones de los derechos fundamentales.....	320
2.	La vinculación inmediata de los derechos fundamentales	322
3.	La prevención frente a los límites inmanentes y los conceptos deónticos débiles	324
4.	La teoría de las restricciones como teoría externa	325

IV. LAS RESTRICCIONES DE TIPO SACRIFICIAL.....	327
1. La resistencia de los derechos fundamentales frente a la intervención legislativa. Reconsideración de la garantía del contenido esencial.....	327
2. El papel de la indemnización	329
3. La delimitación de las restricciones sacrificiales	330
4. Un modelo de tratamiento legal: el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.....	332
BIBLIOGRAFÍA.....	335

INTRODUCCIÓN

EL SACRIFICIO DE DERECHOS. UNA TEORÍA

I. ALGUNOS INTERROGANTES INICIALES

¿Puede el poder público derribar una aeronave secuestrada por terroristas que pretenden utilizarla como arma *kamikaze*? ¿Puede sacrificar las vidas de los pasajeros inocentes para preservar las de víctimas hipotéticas? ¿Está habilitada la Administración para imponer campañas de vacunación obligatoria a sabidas de que, con arreglo a una evidencia estadística, algún individuo de los que resulten vacunados sufrirá lesiones severas? ¿La medida de prisión provisional acordada lícitamente por un juez respecto de quien resulta finalmente absuelto ha de ser indemnizada? En todos estos casos ¿han sido instrumentalizados ciudadanos inocentes para preservar un bien mayor? Y si es así ¿es esto constitucionalmente admisible? ¿Con qué consecuencias?

Solo desde planteamientos extremos puede darse una respuesta simple a estos interrogantes. Desde una posición puramente *personalista* se sostendrá que estamos ante supuestos de instrumentalización contrarios a la dignidad humana. Se afirmará que ciertos imperativos éticos universales, como el de no agredir a otro, han de ser respetados en cualquier circunstancia, sin importar cuáles sean las consecuencias. Una posición estrictamente *transpersonalista* permitirá sostener, en cambio, que estamos ante actuaciones públicas perfectamente admisibles, ya que a través de ellas se preservan bienes jurídicos superiores a los estrictamente individuales. Se argumentará en este caso que el derecho se aplica en las circunstancias concretas de la vida real, que exigen elegir el mal menor

(determinado desde una perspectiva global) renunciando a todo tipo de idealismo. Veamos brevemente cada una de estas perspectivas.

II. EL PERSONALISMO. UN DERECHO DE LA LIBERTAD

Bajo el término *personalismo* podemos agrupar las doctrinas políticas que consideran que los únicos fines que han de ser perseguidos por el ordenamiento jurídico son los individuales¹. Las doctrinas personalistas menos radicales admiten la existencia de un *bien común*, pero no lo convierten en realidad sustantiva; designan con este concepto la aspiración de armonizar los distintos fines individuales existentes, haciéndolos compatibles entre sí y adaptándolos al contexto social, siempre cambiante. La manera de realizar el *bonum commune* ha de ser compatible, en todo caso, con la *dignitas personae*, que hace de cada ser humano un *fin en sí mismo*, según la feliz expresión kantiana. No puede convertirse a un individuo en medio o utilidad de otro sin que se comprometa al mismo tiempo su *dignidad*.

La *dignidad de persona* sirve, así, para disociar el rango que se ocupa en el orden jurídico de los atributos, físicos e intelectuales, que distinguen a los seres humanos. La dignidad de persona es siempre la misma. Solo puede valorarse lo que la persona *hace*, no lo que *es* de acuerdo con alguna cualidad subjetiva (por ejemplo, el sexo, la raza, el nacimiento, la belleza o la inteligencia). El personalismo conduce, por ello, a los *derechos* como expresión de un poder de autodeterminación ejercido desde una instancia decisoria interna, disociada incluso de sus más inmediatos sustratos físicos y psíquicos. A través de los derechos, la persona entabla una relación de exclusividad con su cuerpo, con su mente y con los demás bienes que conforman su dominio. Tiene libertad de pensamiento y derecho a la integridad física, esto es, un poder que recae sobre su propia mente y su propio cuerpo. Los derechos sirven, así, para determinar los medios que están al servicio de la persona. Con el ejercicio de esa instancia decisoria, el ser humano va experimentando las consecuencias de sus actos y va consolidando o cambiando sus preferencias para tomar decisiones nuevas. Va desarrollando, así, su personalidad.

El personalismo reconoce, en definitiva, la juridicidad inmediata de las decisiones tomadas por cada individuo en relación con los instrumentos que forman su dominio o esfera de derechos. Esas decisiones han de ser respetadas por los demás y pueden ser protegidas a través de una coacción legítima. En su versión más radical, el personalismo llega a sostener que no hay más fuente legítima de normatividad que la persona misma, por lo que nunca es aceptable la coacción que se ejerce para tratar de sustituirla como instancia decisoria. El orden jurídico es, desde esa perspectiva extrema, un estricto *derecho de la libertad* en el que

¹ L. RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México DF, 2013, pp. 495-501.

el arbitrio de uno tiene como límite exclusivo el arbitrio de los demás y donde todos deben mandar sobre sus propios bienes sin verse perturbados. Por ello, no hay más coacción legítima, pública o privada, que la puramente defensiva, esto es, la que se dirige a prevenir, castigar o resarcir la intromisión no consentida de un individuo en la esfera de libertad de otro.

III. EL TRANSPERSONALISMO. UN DERECHO DE LA NECESIDAD

Ha sido en un período histórico relativamente reciente cuando la idea de persona, como instancia decisoria interna, ha pasado a constituir una categoría ética y jurídica universal. Durante mucho tiempo no existió ningún concepto que dotase al ser humano de un valor ético *a priori*; hasta la llegada del cristianismo se utiliza la mera noción de individuo, aludiendo a la pura concreción material (*individuación*) de los atributos que son comunes al género². Al individuo no se le da un valor intrínseco, sino un valor relativo (incluso un precio) en función de la calidad del resultado final del proceso de individuación. Así, los seres humanos tienen distintas calidades innatas que sirven para agruparlos en diferentes estratos. Esas calidades son transmitidas a los descendientes, esto es, a las siguientes generaciones de individuos. El nacimiento en un determinado estrato refleja la calidad humana del individuo y, con ello, su rango dentro del conjunto.

Aun después de que la idea de la persona y sus derechos fuera materializada como conquista cultural, han abundado, en todo caso, los ejemplos históricos de órdenes jurídicos que han atribuido a los seres humanos un valor relativo en función de un fin superior no personal, sino transpersonal (social, público, colectivo). Este es el otro modo de jerarquizar los valores, que da lugar a una doctrina política opuesta a la personalista: el *transpersonalismo*. Para este, la *dignidad* implica la asignación de una determinada posición en el orden social. *Dignidad, rango, honor*, son atributos variables con los que el colectivo distingue a sus miembros según la contribución que prestan al conjunto. Llevan consigo prerrogativas y servidumbres. No solo designan lo que el individuo es, sino también cómo se espera que se comporte de acuerdo con lo que está prescrito para el grupo al que pertenece. De este modo, los fines que realmente persigue el ordenamiento jurídico están más allá del individuo. Los bienes colectivos pasan a ser concebidos como realidades sustantes y son los de mayor valor; los individuales o personales reciben un rango o posición subordinada, dependiente de su capacidad de contribuir a la consecución de aquellos.

El transpersonalismo se organiza a través de un *derecho de la necesidad*. La vida en comunidad exige que todos los bienes existentes se pongan al servicio de los fines comunes. Debe existir, por ello, una instancia decisoria externa (el Estado) que evalúe racionalmente las necesidades comunes y que disponga

² É. GILSON, *El espíritu de la filosofía medieval*, Barcelona, Gredos, 2009, pp. 198-199.

coactivamente, a través de las normas que componen el Derecho, lo que es requerido para satisfacerlas. El Derecho es pura heteronomía. La libertad empieza donde la necesidad termina. Las partes solo pueden decidir por sí mismas cuando las necesidades del todo están suficientemente cubiertas y las interacciones mutuas están debidamente coordinadas desde una instancia externa.

IV. EL CRITERIO DIFERENCIADOR: EL PRINCIPIO ORIGINARIO DE ORDENACIÓN JURÍDICA

La distinción entre *personalismo* y *transpersonalismo* procede de Gustav Radbruch³ y, aunque no ha tenido un especial eco entre los politólogos y los juristas, resulta particularmente apta para servir de pauta general con la que aproximarse a cualquier interrogante que plantee un conflicto fundamental entre la dignidad humana y las necesidades colectivas. Al jerarquizar de modo diametralmente opuesto los distintos valores que sirven de fundamento estimativo a las prescripciones del orden jurídico, la clasificación propuesta por Radbruch permite distinguir dos grandes familias políticas, dentro de las cuales pueden introducirse numerosos matices.

En última instancia, lo que diferencia una doctrina personalista de una transpersonalista es el punto de partida de la ordenación social: la libertad individual o las necesidades colectivas. Si se coloca en esa posición de partida a la dignidad humana, entendida como autonomía, toda injerencia en la libertad individual deberá estar justificada con argumentos sólidos. Si se parte, en cambio, de las necesidades colectivas como principio distributivo global que determina originariamente el derecho de cada cual, será la libertad individual la que deba estar justificada desde el punto de vista de los intereses comunes. Se pueden distinguir, y así lo haré a lo largo de esta obra, personalismos y transpersonalismos radicales y moderados, pero la pertenencia a una de estas dos familias quedará decantada, en última instancia, por las siguientes preguntas: ¿cuál es el principio de normatividad que no necesita justificación (y que tiende, por ello, a expandirse), la necesidad o la libertad?; ¿quién tiene la carga de argumentar para apartarse legítimamente de ese principio normativo, el individuo o la comunidad?

La teoría del sacrificio de derechos opta por la libertad como principio normativo originario y concibe la necesidad como motivo para apartarse de dicho principio o, si se prefiere, como título válido de injerencia en la libertad. En ese sentido, estamos ante la formulación jurídica de una perspectiva política que podemos denominar *personalismo moderado*.

³ G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 70-80.

V. LA TEORÍA DEL SACRIFICIO DE DERECHOS: UN PERSONALISMO MODERADO

Para la teoría del *sacrificio de derechos*, la libertad y la necesidad, la persona y la comunidad, son principios válidos para la ordenación jurídica. La noción de sacrificio presupone, sin embargo, la existencia de una decisión política que sitúa el *derecho de la libertad* en la posición de fuente jurídica originaria del ordenamiento. Reconociendo a nivel constitucional la normatividad del concepto filosófico de *persona*, el poder constituyente se decanta por establecer la libertad como la primera regla de Derecho, obligando a los poderes públicos a protegerla. A falta de intervención heterónoma del poder, las únicas normas válidas son las que se dictan las personas a sí mismas ejerciendo su libertad, así como las que dicta el poder para delimitar de modo simétrico las respectivas esferas de autonomía. La primera tarea del Derecho es, por ello, conciliar y proteger las libertades, regular su ejercicio de tal suerte que la libertad de uno no se realice a costa de la de otro o, lo que es lo mismo, que una persona no se convierta en sierva o esclava de fines que le son ajenos.

Sentada la posición originaria de libertad, la idea de sacrificio supone reconocer, a su vez, la capacidad de modificar la situación de partida para afrontar el contexto real en el que las libertades individuales se desenvuelven. Los derechos no se ejercen en instancias ideales, sino en las circunstancias precarias que son propias de la convivencia humana. La adaptación a ese contexto impone alteraciones al equilibrio originario. La necesidad aparece como razón o título para la injerencia en la libertad. Debe, por ello, estar justificada. El *derecho de la necesidad* se va configurando a través de técnicas ponderativas, esto es, mediante la evaluación, realizada en la sede deliberativa en la que están representadas todas las libertades, de las razones que pueden considerarse suficientes para modificar la posición originaria de igual libertad individual.

El *sacrificio de derechos* se completa, no obstante, con una regla de cierre a través de la cual se garantiza que la alteración puntual de la igualdad originaria no suponga una negación selectiva de la dignidad de persona, esto es, no provoque que unos individuos sean convertidos, en cuanto víctimas exclusivas del sacrificio, en siervos o esclavos de los demás. El *derecho de la libertad* y el *derecho de la necesidad* son conciliados a través de un método de adjudicación que reasigna la pérdida de libertad coactivamente impuesta de forma tal que todos la soporten, en última instancia, en la misma medida, volviéndose, con ello, a la *posición originaria* de igual libertad individual. Todos siguen gozando, así, de su dignidad de persona.

VI. LA TEORÍA DEL SACRIFICIO DE DERECHOS EN EL MARCO DE LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pese a su evidente conexión con la dogmática de los derechos fundamentales, el sacrificio de derechos no ha sido objeto de un estudio constitucional específico. Su particular enfoque puede servir, sin embargo, para enriquecer la reflexión teórica sobre los límites de los derechos fundamentales e incluso puede contribuir a que la dialéctica *libertad-intervención* (o *derecho-restricción*) recupere parte del terreno perdido en los últimos tiempos, aproximándose nuevamente al lugar central que ocupó en otro momento. En mi opinión, cierta reorientación doctrinal resulta, en este punto, pertinente.

Algunas doctrinas sobre los derechos fundamentales vienen colocando la libertad restringida y las razones de la restricción en un mismo nivel de análisis. Los derechos fundamentales expresarían objetivos políticos que la Constitución valora positivamente y constituirían, por ello, *bienes jurídicos* de rango constitucional. Dichos bienes se relacionarían, de modo horizontal, con otros que la propia Constitución enuncia explícita o implícitamente. Al margen de su ubicación precisa, todos los bienes jurídicos constitucionales tendrían, de este modo, una suerte de conexión medular que obligaría a trascender la perspectiva espacial y técnica de la dogmática clásica. La dialéctica *libertad-intervención* se abandona, en definitiva, porque se considera que un derecho fundamental constituye la expresión sintética de múltiples *bienes* en relación dinámica, necesitados de permanente *concretización*⁴.

⁴ Una importante escuela de la dogmática alemana, inspirada en la obra de Smend y con fuerte penetración en el Tribunal Constitucional alemán, ha hecho popular en España esta perspectiva totalizante. Quizá la crítica más incisiva y radical a la dialéctica *clásica* puede verse en el influyente trabajo de 1962 de Peter Häberle sobre la garantía de contenido esencial de los derechos fundamentales, en el que defiende vigorosamente la llamada *teoría de los límites inmanentes* (o de los *límites conforme a la esencia*). En su opinión, el *límite conforme a la esencia* es tan propio del derecho fundamental como el ámbito de libertad que queda garantizado. Ambos deben ser fijados por el legislador en un único proceso ponderativo. Häberle se lamenta en varios pasajes de la referida obra de la desconfianza generalizada hacia las *reservas de ley* para la regulación de los derechos fundamentales. Considera sorprendente que sean vistas como meros cauces de penetración de intereses públicos en ámbitos privados de libertad, cuando cualquier libertad es, por definición, jurídica, ya que exige la permanente coordinación normativa de las acciones que los individuos pueden realizar en los distintos contextos vitales. Toda libertad nace restringida por las exigencias de la situación de la que surge. Para Häberle, el error de la contraposición entre derecho fundamental y ley obedece, en última instancia, al influjo de las viejas escuelas de Derecho natural. Ni siquiera los más egregios maestros de la escuela positivista alemana habrían sido, en su opinión, inmunes a esa influencia iusnaturalista, pues ellos también basaron sus teorías en el concepto equívoco de libertad natural, esto es, en la idea de una libertad puramente fáctica y prejurídica que el Estado vendría a limitar *ex post*. El Derecho crea la libertad en el mismo proceso normativo por el que limita las posibilidades de acción individual. Vid. P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 136-151. La crítica de Häberle es, en mi opinión, bastante inexacta en este punto, ya que el reproche que hicieron los maestros positivistas del Derecho público a la perspectiva iusnaturalista de la libertad fue,

Este tipo de planteamiento holístico resulta, a mi modo de ver, poco convincente. Cuando la Constitución dota del atributo de la *fundamentalidad* a algunas de sus normas trata de asegurar que el ejercicio del poder político, legítimamente orientado a la resolución de los problemas del momento, se verifique con el menor sacrificio de libertad posible. Sobre los problemas futuribles y las recetas idóneas para afrontarlos, la Constitución, en verdad, nada dice. Se limita a formular ciertas condiciones para que la restricción de la libertad pueda verificarse. Desde la óptica de los derechos fundamentales no es lo mismo, por tanto, restringir las posibilidades de acción individual que no hacerlo⁵. El derecho fundamental es una posición originaria de libertad que el legislador, como órgano democráticamente legitimado para ello, puede modificar puntualmente si es capaz de cumplir ciertas cargas formales y materiales.

El *legislador de los derechos fundamentales* no es, pues, el fiel ejecutor de un programa constitucional que, gracias a una prodigiosa alquimia axiológica, nos proporciona la concreta solución a cualquier problema. No es un místico conciliábulo que escruta el arcano constitucional. Es el órgano democráticamente legitimado para determinar y valorar las necesidades del contexto y para actuar en consecuencia, restringiendo, de resultar necesario, los derechos fundamentales de los ciudadanos. El Tribunal Constitucional es, a su vez, el órgano que ha de verificar que las cargas constitucionales han sido correctamente alzadas.

La utilidad de la dialéctica *libertad-intervención/derecho-restricción* no es, pues, la de preservar una noción de libertad antihistórica y ficticia, sino la de salvaguardar una dinámica jurídica asentada en lo más profundo de nuestra cultura constitucional. En esa dinámica, la libertad aparece como el principio normativo originario, que se ejerce de modo inmediato sin necesidad de justificar la bondad o la utilidad de la decisión que se adopta. El ordenamiento asienta, de modo expreso, su última legitimidad ideológica en la *dignidad de la persona* y en el *libre desarrollo de la personalidad*. Renuncia, con ello, a imponer coactivamente proyectos vitales distintos a los que los individuos escogen para sí mismos, por más que, desde un parámetro mayoritario de moralidad, ese proyecto pueda resultar repudiable o, desde una perspectiva paternalista, pueda estimarse perju-

precisamente, su carácter antihistórico y su falta de realidad. Lo que los positivistas hicieron fue, más bien, otra cosa: utilizar un concepto técnico de libertad consistente en la ausencia de oposición coactiva externa, lo que, en el ámbito jurídico, significa que hay libertad donde no hay un mandato que imponga actuar o no actuar de un modo determinado; luego la libertad no es que sea *prejurídica*, sino que es el ámbito que la coacción jurídica decide dejar fuera de su radio de acción.

⁵ El error del enfoque que lleva —fundamentalmente en el ámbito del constitucionalismo germano— a rechazar la dualidad *libertad-intervención* o *derecho-restricción* (como reminiscencia de una cultura jurídica superada) ha sido expresado con particular claridad por Javier Jiménez Campo, para quien «[l]o que el constitucionalismo es, desde su origen, no se entenderá jamás si se pretende que las reglas y principios de la Constitución valgan, del mismo modo, en contra y a favor de la libertad, tanto para reconocer y dar curso al “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.1 CE) como para habilitar directamente al poder público, sin mediaciones, a entrar en aquel ámbito de autodeterminación del sujeto». Vid. J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 46.

dicial para los intereses de quien lo asume como propio. El poder político tiene, en cambio, un poder normativo externo (*heteronomía*) que ha de fundarse, para ser legítimo, en la demostración argumental de la insuficiencia de la capacidad de autogobierno de los individuos para afrontar las exigencias más imperiosas de la vida en comunidad.

Por ello, la teoría del sacrificio de derechos toma, en el ordenamiento jurídico vigente, la forma de una teoría (externa) de las restricciones (sacrificiales) de los derechos fundamentales.

VII. PLAN DE LA OBRA

La teoría de las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales se expone en la presente obra del modo siguiente:

i) En la *parte histórica* se estudian los tres principales paradigmas sobre el problema sacrificial. La aceptación de un poder público de tipo sacrificial (que implica la afirmación paralela de unos derechos originarios del ser humano que son, no obstante, puntualmente derogables) se estudia en el marco de la tradición jurídica medieval del bien común, culminada, a principios de la Edad Moderna, por la escolástica española («Capítulo I. El personalismo moderado. La afirmación de la legitimidad del poder sacrificial en la escolástica española»).

La negación del poder sacrificial se expone a continuación en dos manifestaciones históricas de signo opuesto. Se examinan primero las doctrinas personalistas extremas que, al negar la normatividad de la necesidad, conciben los derechos individuales como poderes absolutos que no pueden ser sacrificados por razón del bien común («Capítulo II. La negación del sacrificio: las doctrinas radicalmente personalistas»). Se estudia, en segundo lugar, el movimiento pendular que lleva a la negación de la idea de unos derechos previos al poder, ligados a la consideración del ser humano como persona («Capítulo III. Del sacrificio a la delimitación de derechos. El funcionalismo»), así como su concreta manifestación en el ámbito de los derechos fundamentales («Capítulo IV. La funcionalización de los derechos fundamentales»).

La parte histórica se cierra con un breve estudio de las doctrinas políticas reactivas que tratan de actualizar el credo radicalmente personalista oponiéndose a la viabilidad del sacrificio («Capítulo V. Los libertarios contra el sacrificio de derechos. La actualización del ideario radicalmente personalista»).

ii) En la *parte constitucional* trato de construir una teoría general del sacrificio de derechos como modalidad de restricción de los derechos fundamentales dotada de un régimen jurídico característico. Esto implica, en primer lugar, sentar las bases de una teoría de las restricciones de derechos fundamentales coherente con los rasgos en los que se sustancia la noción de *fundamentalidad* en

nuestro orden constitucional («Capítulo VI. La fundamentalidad de los derechos y los límites constitucionales de su restricción»).

De ese esbozo de teoría general surge una estructura tripartita o trifásica que distingue la *posición originaria* de libertad constitucionalmente establecida (el *derecho de la libertad*), la restricción que opera externamente sobre ella en función de una *competencia para restringir* (el *derecho de la necesidad*) y las condiciones constitucionales a las que debe someterse esa restricción, que, en el plano material, están ligadas a la noción de *contenido esencial* del art. 53.1 CE («Capítulo VII. Las tres fases de la restricción»).

Dentro de la noción constitucional de *contenido esencial* de los derechos fundamentales se identifican las condiciones constitucionales específicas que singularizan las restricciones de tipo sacrificial, en particular el deber de indemnizar los llamados daños sacrificiales, a cuyo régimen jurídico particular se dedica el último capítulo de la obra («Capítulo VIII. El régimen jurídico de los daños sacrificiales»). En él se hace especial énfasis en la distinción entre la indemnización de un daño sacrificial, como exigencia del contenido esencial del derecho fundamental objeto de restricción, y la indemnización derivada del sistema de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos establecido en el art. 106.2 de la Constitución, como cuestión deferida al arbitrio del legislador democrático.

VIII. AGRADECIMIENTOS

La presente obra es una versión ampliada de la tesis doctoral que defendí en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el 16 de abril de 2021 ante un tribunal formado por Manuel Aragón Reyes, Paloma Biglino Campos, Francisco Caamaño Domínguez, José María Rodríguez de Santiago y Luis Medina Alcoz, a los que quiero agradecer vivamente la generosidad que mostraron en el acto de defensa. A José María Rodríguez de Santiago debo, en particular, la publicación de este libro en la colección «Administración Pública y Derecho» que dirige para la editorial Marcial Pons, a la que hago extensivo mi más sincero agradecimiento.

Conocí a Luis Medina Alcoz hace más de veinte años en la ciudad de Bolonia y ya se adivinaba entonces lo que el paso del tiempo ha confirmado sobradamente: que tiene una de las mentes más creativas y brillantes del panorama jurídico español. Sus trabajos han influido en el desarrollo de mis ideas y me han servido, en particular, para captar la centralidad de la noción de *instrumentalización*. A Mariano Medina Crespo, padre de Luis y maestro común, debo agradecerle el haberme iniciado en los «misterios» del Derecho de daños y en la lectura de la escolástica española.

Tomás de la Quadra-Sacedo Janini aceptó la carga de ser director de la tesis. Ejerciendo como tal me ayudó a perfilar y enriquecer mis planteamientos ini-

ciales. No contento con ello veló, desde el primer momento, por el interés de un (todavía hipotético) lector y me animó a prescindir de algunos contenidos tangenciales que podían considerarse, utilizando un indulgente oxímoron, ligeramente densos. Si este libro puede leerse de corrido, sin encallar durante la travesía en ningún arenal filosófico, es gracias a la inteligencia y a la honestidad de Tomás. Trabajar con él en el Tribunal Constitucional, como letrados adscritos a un mismo magistrado, ha sido un privilegio profesional y personal.

Verónica (Díaz Barbado) y Francisco (Rodríguez Díaz) me han dado, a diario, las dosis de alegría necesarias para culminar un trabajo como este —lleno, a la vista está, de «sacrificios»—. A ellos, mi mujer y mi hijo, va dedicado este libro.

CAPÍTULO I

EL PERSONALISMO MODERADO. LA AFIRMACIÓN DE LA LEGITIMIDAD DEL PODER SACRIFICIAL EN LA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA

«Fue solo a través de duras y amargas experiencias concretas del siglo XII en adelante que el hombre occidental llegó a percibir cómo las viejas verdades de su religión podían servir de fundamento a un nuevo orden constitucional».

Brian TIERNEY, *Religion, Law and the growth of constitutional thought*.

«Tal príncipe revestido del mero [puro] y simple derecho de príncipe, solamente puede despojar de sus bienes a un ciudadano o súbdito suyo cuando concurren estas dos circunstancias y en ningún otro caso: primero, cuando lo exija alguna utilidad o necesidad pública y, segundo, si se le otorga además una debida y proporcionada recompensa».

Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum Illustrium*.

I. INTRODUCCIÓN

Los autores bajomedievales y modernos que entre los siglos XII y XVII reflexionaron sobre el poder político partieron de un presupuesto metafísico (la igualdad de todos los seres humanos) que convirtió esta cuestión en problemática. Se plantea, en efecto, el siguiente interrogante: ¿qué justifica que un hombre que es, por naturaleza, dueño de sí mismo y de sus actos se someta a la autoridad de otro de su mismo rango?, ¿qué razón puede conducir a que una *persona* renuncie a una parte de su *libertad natural* y asuma el deber de obedecer a