

## GRUPOS DE PRESIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES: EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DE LA *DRITTWIRKUNG* *DER GRUNDRECHTE*

Pedro DE VEGA GARCÍA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Socialización del Estado y estatalización de la sociedad*. III. *El nuevo estatuto de la sociedad*. IV. *La problemática en la resolución legal de los grupos de presión*. V. *La drittwirkung der grundrechte, o la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales*.

### I. INTRODUCCIÓN

Un dato que, como inexcusable e indiscutible punto de partida no puede dejar de tomarse en cuenta, es el determinado por la sustitución y la quiebra histórica de los supuestos individualistas que configuraron la democracia liberal clásica. Como es bien sabido, fue sobre esos presupuestos individualistas sobre los que el Estado de derecho conformó su estructura dogmática. Se produjo de esta suerte una conexión evidente y clara entre el sistema de legitimidad política burguesa y su legalidad.

Ni qué decir tiene que la eliminación en la praxis social y política de los elementos básicos y definitorios de la *weltgnschaung* burguesa, forzosamente habría de obligar, más tarde o más temprano, a un replanteamiento de las cuestiones de la legalidad. Ya Schmitt advirtió en *Legalidad y legitimidad* que "en el desarrollo histórico constitucional del Estado europeo continental, la divergencia entre la legalidad y la legitimidad se ha convertido en el destino de este estado".<sup>1</sup> Y más recientemente Habermas ha podido escribir que "el Estado de Derecho burgués se presenta cada vez más amenazado por la contradicción existente entre lo que quiere ser, de conformidad con la propia idea, y lo que realmente es".<sup>2</sup>

Son muchos los aspectos en que la desconexión entre realidad poli-

<sup>1</sup> C. Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971, p. 15.

<sup>2</sup> Habermas, *Capital monopolista y sociedad autoritaria*, Barcelona, 1973, p. 22.

tica y realidad jurídica se manifiesta. El caso de los partidos políticos o de los grupos de presión es bien patente y notorio. Constituyendo los partidos y los grupos los ejes más sobresalientes sobre los que gira la vida política del Estado contemporáneo, lo cierto es que, si no radicalmente ignorada, su existencia ha sido parcamente tratada en la regulación jurídica. El inicial y justificado recelo del proceso revolucionario francés hacia el asociacionismo impregnó después, aunque por otras razones, toda la construcción del derecho público liberal, en nombre de una metafísica individualista, cuando el individualismo como ideología había quedado en la práctica social y política definitivamente destrozado. Las penosas etapas señaladas por Trierppel (*Bekämpfung, Ignorierung, Legalisierung, Inkorporierung*) en la historia de los partidos, hasta que se llega con el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial a su incorporación a los ordenamientos constitucionales, sólo admiten parangón con la indiferencia de los textos legales para reconocer un fenómeno como el de los grupos de presión que, como ya delatara Bentley en 1908 en su clásica obra (*The Process of Government. A Study of Social Pressures*), son quienes realmente ordenan, controlan y dirigen el proceso político decisorio.<sup>3</sup>

Es bien cierto que tanto los partidos como los grupos de presión, en cuanto supuestos básicos de la realidad política, están pasando recientemente a ser asumidos por el derecho, formando parte, incluso, de la realidad jurídica constitucional. Con relación a los partidos, baste recordar el artículo 49 de la Constitución italiana, el artículo 21 de la ley fundamental de Bonn, el artículo 4 de la Constitución francesa de 1958, o el artículo 6 de la Constitución española. Otro tanto pudiera decirse con relación a los grupos cuya incidencia en el campo de la legislación adopta las formas más abigarradas. Desde la "Federal Regulation of Lobbying Act" de 1946 de Estados Unidos, a los consejos económicos previstos en las Constituciones francesa, italiana o española, pasando por la regulación de las organizaciones sindicales y patronales, son muchos los matices que el moderno derecho comparado ofrece respecto a la regulación legal de los grupos de presión.

Ahora bien, en el momento de plantear la problemática de los grupos de presión y el derecho —objeto de mi ponencia en este seminario— una aclaración inicial se impone. No se trata, por supuesto, en esta comunicación, de estudiar las consecuencias que en la vida interna de

<sup>3</sup> Conf. Trierppel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlín, 1928, p. 8. Para el planteamiento moderno del tema de los grupos de presión. Conf. D. B. Truman, *The Governmental Process, Political Interest and Public Opinion*, Nueva York, 1951.

los grupos de presión, y en su actuación externa, pudieran derivar como correlato de su regulación legal o de su reconocimiento constitucional. Nuestro objetivo, por el contrario, se encamina a precisar en qué medida esa obligada asunción por el derecho y por la legalidad de la inexorable realidad de los grupos de presión, no debe condicionar también un cambio inevitable en la discusión y el tratamiento de otros temas claves de la teoría de la Constitución, a fin de evitar que la escisión entre la legalidad y legitimidad, entre teoría y praxis, a la que acabamos de hacer referencia, pueda llegar a consumarse. Dicho en otras palabras, no es desde el tratamiento legal de los grupos de presión desde donde conduciremos nuestro análisis, sino que será partiendo de su propia realidad existencial desde donde plantharemos una serie de problemas que afectan no sólo a los grupos en cuanto tales sino a todo el entramado jurídico del Estado constitucional. En este contexto el hilo conductor de nuestro análisis se desarrollará en torno a lo que la doctrina germánica ha dado en llamar la *drittwirkung der grundrechte*, esto es, la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.

## II. SOCIALIZACIÓN DEL ESTADO Y ESTATALIZACIÓN DE LA SOCIEDAD

Fueron los fisiócratas (Dupont de Nemours, Mercier de la Rivière, etcétera) quienes consagraron, como es bien notorio, la separación entre Estado y sociedad, sobre la que descansa toda la construcción liberal. Desde la consideración de la sociedad como lo natural y espontáneo, frente al Estado, que representaba lo artificial y arbitrario, y desde la doctrina del orden natural —que servía tanto para legitimar y racionalizar el proceso económico productivo, como para racionalizar, a través de la opinión pública, el proceso político de la legislación— los fisiócratas relegaron al Estado a un segundo término, dejándolo reducido de esta suerte, según la clásica formulación de Lassalle, a la de “simple vigilante nocturno”. Era, en definitiva, en la sociedad donde se producía el lugar de encuentro y racionalización de los intereses individuales, y donde las leyes de la competencia se mostraban capaces de convertir, según el eslogan de Mandeville, los egoísmos privados en intereses comunes (*private vice public benefits*).<sup>4</sup>

A partir de las actuaciones proletarias de 1830 y 1840 queda patente que las desigualdades y egoísmos sociales, lejos de traducirse en be-

<sup>4</sup> Conf. Habermas. J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied, 1962, p. 116 y ss. Conf. Dupont de Nemours, en “Prólogo” de introducción a la “Physiocratie”, en *Physiocrates*, vol. II, París, 1846.

neficios públicos a través de la competencia social, lo que generan realmente son injusticias y desigualdades cada vez mayores. Es entonces cuando la concepción política liberal burguesa sufrirá una conmoción notable. Por un lado, la sociedad deja de concebirse como el lugar más propicio para realizar la armonía y la justicia entre los hombres. La imagen de la sociedad como un todo homogéneo donde existen intereses comunes, se sustituye por una versión hobbesiana de confrontación y de lucha entre intereses irreconciliables. Pero por otro lado, el Estado, que en la concepción liberal burguesa es contemplado con recelo, recibirá una potenciación definitiva como mecanismo sustitutivo en la solución de los problemas que el libre juego de la competencia social se mostró incapaz de resolver. Se producirá de este modo una paulatina *socialización del Estado* (el individuo busca en el Estado lo que en la sociedad no encuentra), a la que acompañará una paralela *estatalización de la sociedad* (la sociedad deja de ser el campo donde aparece la espontánea actuación de voluntades individuales para convertirse en el lugar de encuentro de un complejo conjunto de grupos y organizaciones donde el individuo desaparece).

No vamos a detenernos en el enorme cúmulo de consecuencias que, en la órbita del derecho, habrían de derivar en razón de este doble y paralelo proceso de socialización del Estado y de estatalización de la sociedad. Baste indicar, y por lo que a la socialización del Estado se refiere, que la conversión del Estado-gendarme liberal en un Estado planificador y programador de los más variados aspectos de la vida social y económica, a lo que directamente conduce es a un replanteamiento de la problemática de los derechos fundamentales, que podría resumirse en un triple nivel.

1) En primer lugar, en cuanto junto a los derechos y libertades formales clásicos, aparecen los denominados derechos sociales, que tuvieron, como es sabido, en la Constitución de Querétaro y en la de Weimar sus primeras proclamaciones constitucionales.

2) En segundo lugar, en cuanto que los derechos y libertades, inicialmente concebidos como valores absolutos e intocables, se verán sometidos a un proceso de organización. Los intereses generales de la vida comunitaria y las colisiones que en su ejercicio concreto generan siempre unos derechos sobre otros, obligarán a establecer un sistema de limitaciones recíprocas. Ciertamente existirán derechos a los que las propias normas constitucionales no dudarán de calificar como inviolables, y en torno a los cuales, por ejemplo, si en Estados Unidos se elabora la teoría de la llamada posición preferente (*preferred position*), en Alemania se consagra su condición de constitucionalmente

irreformables. Sin embargo, lo que es evidente es que la necesidad de establecer un orden de limitaciones recíprocas, aparte de provocar la ruptura con la idea de los derechos como valores absolutos, obligará a una graduación de los mismos conforme a un principio de especialidad o jerarquía (Lombardi).<sup>5</sup> Cada derecho adquiere valor en la medida en que otro derecho más especial o jerárquicamente superior permite su existencia. Lo que significa que, aunque en las constituciones se siga hablando genéricamente de derechos y libertades, la expresión se refiere a entidades heterogéneas y no reducibles a un mismo orden conceptual, y, por lo tanto, no susceptibles de ser presentadas en bloque. Es en este contexto en el que habrá que explicar, por ejemplo, la noción de garantía institucional, introducida por Schmitt, frente a la de derecho público subjetivo, y en el que cabría entender la tipología de Lavagna de las distintas situaciones jurídicas creadas por el ordenamiento constitucional.<sup>6</sup>

3) En tercer lugar, y por último, casi innecesario resulta recordar el hecho de que la aparición de un Estado intervencionista constituye en todo caso una amenaza, y encierra unos peligros para la libertad individual mucho mayores que los que pudieran derivar de un Estado abstencionista concebido como un simple guardián del orden. Nada tiene de particular que, en estas circunstancias, los ordenamientos constitucionales más recientes hayan querido conjurar las nuevas amenazas y peligros de la libertad, ampliando y profundizando sus sistemas de garantía. Se explicaría desde esta órbita el significado del recurso de amparo del derecho español, de la queja constitucional (*verfassungsbeschwerde*) en Alemania, o de lo que en Italia consagrara Cappelletti como *giurisdizione costituzionale della libertà*.

Con lo cual, llegamos a una primera conclusión que, para no perder el hilo conductor de nuestro razonamiento, quizá convenga explicitar debidamente. A saber: que si el proceso de socialización del Estado y de ruptura de la separación clásica entre sociedad y Estado ha alterado notablemente el sistema de conceptualización y entendimiento de los derechos fundamentales, los ordenamientos constitucionales más modernos no sólo no han renunciado a la defensa de los mismos, sino que han acentuado sus mecanismos de protección. Es más: si el Estado burgués abstencionista cedió el paso históricamente al Estado intervencionista, fue porque en la praxis social, las libertades burguesas

<sup>5</sup> G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Turín, 1979, p. 82 y ss.

<sup>6</sup> Conf. Lavagna, "Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana, *Studii economico-giuridici*", Università di Cagliari, XXXVI, 1952-53, pp. 9-10.

no se realizaban y parecían víctimas de su propia incompetencia. De lo que se trataría entonces de preguntar es: ¿Hasta qué punto, con las modificaciones introducidas en la estructura estatal, y con la identificación cada vez más creciente entre Estado y sociedad, cabe pensar en una posible garantía de los derechos individuales forjada en los mismos presupuestos en que se edificó el derecho constitucional clásico?

Como es obvio, la solución a este interrogante "patético", que dijera Weber,<sup>7</sup> sólo puede tener una debida respuesta cuando se comprendan las repercusiones que, como correlato al proceso de estabilización de la sociedad, han de producirse no ya en el aparato del Estado, sino en el propio entramado de la organización social. De ahí la conveniencia de conocer ese nuevo estatuto de la sociedad.

### III. EL NUEVO ESTATUTO DE LA SOCIEDAD

Paralelamente a la crisis de la libertad formal burguesa, incapaz de realizarse prácticamente, y que dio lugar, con la socialización del Estado, a un poder político interventor en la vida económica, se producirá la crisis del individualismo social y político burgués, generándose el proceso que acabamos de denominar de "estatalización de la sociedad". Lo que significa que el individuo aislado no va a limitarse ya a buscar en el Estado, y a reclamar del Estado lo que en la sociedad no encuentra, sino que, además, para hacer más efectivas sus reclamaciones y para defender mejor sus intereses, será en el propio ámbito de la sociedad donde ha de proceder a constituirse en grupos y a organizarse. La democracia individualista del inicial constitucionalismo se transforma de este modo en la democracia de los grupos, de los partidos y de las asociaciones. Si en el plano de la economía las grandes empresas, los trustes, las organizaciones sindicales, se apoderan de los espacios económicos, los partidos y los propios grupos de presión tenderán a monopolizar los espacios políticos.

Es en esta crisis social generalizada del individualismo burgués, incapaz políticamente de crear un interés general, donde habría que explicar la realidad existencial de los grupos de presión. Frente a la organización estatal aparece un abigarrado número de organizaciones

<sup>7</sup> Weber, *Economía y sociedad*, México, 1969, t. I, pp. 659 y ss. "Ahora —escribe Weber— que surgen los modernos problemas de clase, se hacen valer frente al derecho nuevas pretensiones materiales, y, rompiendo con los viejos parámetros y basándose en postulados morales y patéticos (justicia, dignidad del hombre, etc.) se exige un nuevo derecho social. Lo cual, en vía de principio, contradice y pone en duda el formalismo jurídico".

privadas, al margen de las cuales resultará imposible explicar la vida concreta de los particulares, y cuya actividad se desenvuelve, unas veces en ámbitos puramente privados, y otras en la órbita de lo público o en conexión con ella. La incapacidad de dar respuesta a múltiples demandas e intereses en el marco de las relaciones sociales conducirá a los grupos y organizaciones a insertarse en el juego de los poderes públicos. Con lo cual, la distinción tradicional entre lo público y lo privado, entre el derecho público y privado, pierde buena parte de su sentido. Werner Weber ha descrito magníficamente esta situación con las siguientes palabras:

Si el individuo ya no puede contar sólo consigo mismo para organizar su propia existencia, sino que para dar una base de seguridad a la propia vida se ve obligado a insertarse en alguna organización colectiva, y si los hombres en su existencia de grupo como mineros, metalúrgicos, comerciantes, empresarios de transportes, agricultores, industriales, pensionistas, etcétera, dependen al mismo tiempo de las manipulaciones de los mecanismos del Estado, es lógico que ellos reclamen al Estado directivo de su propio grupo que ejerza presiones, en un sentido que les sea favorable, sobre tales manipulaciones de los mecanismos del Estado.<sup>8</sup>

No es, por supuesto, nuestra intención explicar ahora la socio-génesis de ese conjunto de organizaciones privadas que definen la estructura de la sociedad industrial contemporánea. Tampoco pretendemos realizar sus formas de funcionamiento y de actuación en cuanto, convertidas en grupos de presión, intentan manipular o controlar las decisiones del poder político. Nos interesa dejar, tan sólo, clara constancia de su existencia. Ya que, aunque —al menos en Europa— la literatura sociopolítica sobre los grupos de presión haya sufrido una remisión notable en relación a los años cincuenta, lo cierto es que el fenómeno continúa produciéndose, si bien ahora es estudiado desde otras terminologías. En fin de cuentas, la misma problemática que antes planteaban los grupos de presión es la que ahora se analiza bajo los epígrafes del “corporatismo” y la “sociedad corporatista” (Schmitter, Panitch, Jessop, Winkler, etcétera).<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Citado por Habermas, *Capital...* op. cit., p. 33.

<sup>9</sup> La literatura sobre el corporatismo y el significado de la sociedad corporatista es cada vez más amplia. Los autores citados son acaso los más significativos en la actualidad. Conf. Schmitter, *Neocorporatism and the State*, Florencia, 1984. Panitch, “Recent Theorizations of Corporatism: Reflections on a Growth Industry, British Journal of Sociology”, vol. 31, n.º. 2, 1980. Panitch en Schmitter y Lehm-

Es la proliferación de las organizaciones (bien se llamen corporaciones, grupos de interés o de presión) en el seno de las sociedades industriales desarrolladas, lo que determinará un giro copernicano en la concepción del entramado de relaciones jurídicas. Con razón se ha podido sostener que lo que en realidad se produce es la creación de un estatuto social nuevo, cuyo significado y alcance será necesario comprender debidamente.

El estatuto jurídico de la sociedad liberal, y del Estado liberal de derecho clásico, tuvo ya en Kant una formulación meritoria.

El Estado civil —escribió Kant— como estado jurídico está fundado en los siguientes principios *a priori*: 1) La libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano. 2) La igualdad del mismo respecto a todos los demás como súbdito. 3) La independencia de todo miembro de una comunidad como ciudadano.<sup>10</sup>

En conexión directa con la proclamación de la libertad, la igualdad y la independencia, como supuestos apriorísticos del Estado jurídico kantiano, se presentaba la tajante separación entre la sociedad y el Estado. Así las cosas, de lo que consecuentemente se trataba era de organizar los medios a través de los cuales en la tensión sociedad-Estado, la sociedad pudiera efectivamente configurarse como el reino de la libertad, de la igualdad y de la independencia frente a toda posible injerencia del poder. Para ello, los derechos y libertades del individuo, concebidos también como un *a priori* histórico y conceptual a la propia organización estatal, se entenderán como derechos absolutos que, sin limitación alguna, el hombre podría ejercitar siempre frente al poder político. Nada tiene de particular que, en estas circunstancias, su mejor garantía se expresara en la reducción al máximo de la acción estatal.

Ahora bien, la consideración unitaria y en bloque de los derechos fundamentales frente al poder como derechos absolutos, exigía que la organización jurídica de la sociedad se produjera de forma tal que ese sistema de derechos y libertades burguesas fuera en todo caso respe-

bruch (edit.), *Trends Towards Corporatist Intermediation*, Londres, 1979, donde recoge un interesante trabajo titulado "The Development of Corporatism in Liberal Democracies"; Jessop, "Corporatism, Parliamentarism and Social Democracy", en Schmitter, *Trends...*, op. cit.; Winkler, "Corporatism", en *Arch. Europ. Social*, XVII, 1976. En la literatura española cabría recordar García Pelayo, "Las organizaciones de intereses y la teoría constitucional", recogido en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977; Giner, S., "Corporatismo: el estado de la cuestión", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º. 31, Madrid, 1985.

<sup>10</sup> Conf. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, p. 146.

tado. Se forjó de este modo un estatuto jurídico de la sociedad asentado en tres dogmas indiscutibles:

- a) el principio de la generalidad de la ley.
- b) el reconocimiento de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.
- c) la consagración de la autonomía de la voluntad privada.

Fue desde la generalidad de la ley, la igualdad formal ante la misma y la autonomía privada, desde donde se procedió a la organización jurídica de las relaciones entre particulares. De esta forma, y como correlato a lo que los derechos fundamentales presuponian en la órbita de lo público, se crearía en el campo de lo privado una legislación inspirada en esos tres dogmas indiscutibles de la generalidad, la igualdad y la autonomía. Se comprende así, tal y como lo señalaran Thieme y Wieacker, el contenido materialmente constitucional de la codificación,<sup>11</sup> en la medida en que el Código Civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que se veían tutelados y amparados por la ley. En cuanto estatuto fundamental de la sociedad civil, bien se podría comparar al Código Civil con la Constitución como estatuto organizador del Estado.

Pues bien, la realidad de la sociedad corporatista del presente, en la que proliferan las organizaciones y los grupos, constituirá el ineludible punto de referencia para entender la quiebra y el fracaso histórico de ese modelo estatutario de las relaciones jurídicas entre particulares, con el que ha operado y continúa operando la sociedad burguesa. Quiebra y fracaso que comenzarán a manifestarse desde el momento en que, en el seno de esa sociedad, empiezan a entrar en crisis sus tres grandes dogmas inspiradores, y a los que acaso no resulte ocioso hacer una mínima referencia.

a) En primer lugar, y en relación al principio de generalidad de la ley, la propia estructura organizativa de la sociedad corporatista, y la multiplicidad de grupos e intereses que la componen, hacen que las normas concebidas abstractamente, según la utopía liberal, como normas generales para todos los individuos, pasen a convertirse en muchas ocasiones en normas *ad hoc*, bajo la presión de los propios grupos que han de resultar luego sus más directos beneficiarios. "¿Qué

<sup>11</sup> Thieme, "Die Preussische Kodifikation", *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, Germ. Abteilung 57, p. 377 y ss.; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttinga, 1952, pp. 132 y ss., 203 y ss.

tienen aún en común —se pregunta Bachof— con el concepto clásico de ley, por dar sólo un par de ejemplos, las leyes de ayuda a la inversión, o los preceptos sobre el fomento de la industria pesquera del arenque?”.<sup>12</sup> Es desde este punto de vista desde el que se puede afirmar con razón que la ley “ha dejado de ser la regla abstracta del comportamiento humano”, para transformarse en medida concreta, en acto de confirmación política y, a menudo, en puro convenio entre los mismos grupos de intereses privados (Burdeau).<sup>13</sup>

b) En segundo lugar, es claro que otro tanto puede sostenerse respecto a la igualdad formal ante la ley. En una sociedad estructurada en grupos, a los que los propios individuos se acogen voluntariamente, el poder del grupo —como es evidente— se impondrá siempre al poder del individuo aislado. Se crean de este modo situaciones de supremacía social ante las que la declaración formal de igualdad ante la ley no pasa de ser una frase sin sentido y vacía. Que estas situaciones de preeminencia social se traducen en la posibilidad de abusos (que aunque no tengan la configuración de un abuso de derecho entre iguales, no por ello dejan de ser abusos de la propia situación de privilegio y que eclipsan, por lo tanto, el principio de igualdad formal ante la ley) es algo que se demuestra recordando simplemente las dos facetas —interna y externa— donde los grupos sociales operan. Desde el punto de vista interno, y cara a los componentes del grupo, la preeminencia se traduce, por ejemplo, en el establecimiento de medidas sancionadoras. Por otro lado, desde el punto de vista de la actuación externa, la supremacía se manifiesta en la imposición de condiciones a las que otros sujetos u otros grupos tienen la necesidad o la obligación de someterse. Piénsese, en este orden de ideas, en el sentido de las cláusulas jurídicas de los contratos de adhesión.

c) En tercer lugar, y en atención al principio de la autonomía de la voluntad privada, es también indiscutible que en la sociedad corporatista del presente, y como consecuencia precisamente de la quiebra del principio de igualdad, frente al utópico credo liberal de un mundo de individuos libres e iguales en derechos, lo que la realidad presenta son situaciones de disparidad y asimetría entre las partes que intervienen en las relaciones tanto contractuales como extracontractuales. Lo que supone romper definitivamente, en el orden práctico, con los esquemas justificadores del dogma de la autonomía privada, cuyo fundamento último descansa precisamente en el entendimiento “de las relaciones

<sup>12</sup> Bachof, O., *Jueces y Constitución*, Madrid, 1963, p. 42.

<sup>13</sup> Burdeau, “Une survivance: la notion de Constitution”, *L'évolution du Droit Public, Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, París, 1965, p. 54.

entre particulares en términos de igualdad, paridad y simetría" (Pugliatti, Ferri).<sup>14</sup>

Porque la sociedad moderna es una sociedad corporatista, de grupos de interés y de presión, que por actuar en situaciones de privilegio bien pueden configurarse como auténticos poderes privados (Lombardi),<sup>15</sup> sólo ficticiamente cabe seguir manteniendo la tesis de que su estatuto jurídico continúa siendo el mismo que el de la sociedad liberal clásica. Máxime cuando esos poderes privados pasan no sólo a ocupar un lugar relevante en el campo de las relaciones particulares, sino que además inciden definitivamente en las decisiones políticas, asumiendo en muchas ocasiones con su actuación un carácter público evidente. Con acierto ha podido escribir Habermas que:

la norma jurídica liberal que era antes fundamento de la existencia burguesa, en la actual fase de estrecha independencia de todos los sectores de la sociedad, no sólo no impide llevar a cabo al Estado social todas sus intervenciones, sino que bajo su protección, los intereses privados organizados consiguen, a la inversa, ejercer una influencia sobre los órganos del Estado. El poder social es hoy eo ipso poder político.<sup>16</sup>

#### IV. LA PROBLEMÁTICA EN LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS GRUPOS DE PRESIÓN

El estatuto jurídico de la sociedad burguesa genera una contradicción evidente que no resulta difícil delatar. En nombre de la libertad social y de los principios y valores que inspiran el dogma de la autonomía privada, aparecen en su seno grupos y organizaciones que reclaman en su actuación una libertad idéntica a la que se otorga a los individuos. Ahora bien, al configurarse dichos grupos y organizaciones como auténticos poderes privados, la autonomía de la voluntad en las relaciones entre particulares queda definitivamente destruida. La simetría, paridad e igualdad en que se fundamentaban las relaciones jurídicas privadas, se transforma así en una pura ensoñación retórica.

<sup>14</sup> Pugliatti, "Autonomía privada", *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milán, 1959; L. Ferri, "Nozione giuridica di autonomia privata", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, p. 129.

<sup>15</sup> Lombardi, *op. cit.*, pp. 90 y ss.

<sup>16</sup> Habermas, *Capital...*, *op. cit.*, p. 40, donde añade: "La sociedad que, política en sus contenidos y ya no separada del Estado, conserva la constitución del Estado de derecho liberal, como si la separación entre Estado y sociedad todavía subsistiese, funcionaliza en medida creciente a sus ciudadanos en vistas a los más variados objetivos públicos, pero en compensación los privatiza en su conciencia".

Es en estas circunstancias en las que el ordenamiento jurídico reacciona en una doble y significativa orientación: por un lado, reconociendo las situaciones de hecho y procediendo a la legalización de los grupos y organizaciones sociales. Es lo que hace la Constitución española, por ejemplo, en sus artículos 6 y 7, donde —como ya indicamos— se ha procedido a la constitucionalización de los partidos, sindicatos y asociaciones empresariales. Pero, por otro lado, y al mismo tiempo que en virtud de la libertad social y el pluralismo se consagra el derecho de los grupos a existir como tales, en defensa de los dogmas de la autonomía privada, se intentará proceder a su control. A ello responden, por ejemplo, las leyes protectoras del consumidor, o las leyes reguladoras de las actividades sindicales y de los partidos políticos.

No se necesita demasiada perspicacia, sin embargo, para darse cuenta de que cualquier tipo de legislación reguladora de los poderes privados aparece por principio condenada a la inoperancia más absoluta. Pretender reconstruir las condiciones en las que auténticamente juegue la autonomía de la voluntad, y admitir al propio tiempo como inevitable resultado de esa autonomía social y privada la aparición de situaciones de preeminencia y supremacía, parece un intento a todas luces de querer conjugar lo imposible.

Así las cosas, la regulación y el control legal de los grupos de presión, y en general de los poderes privados, deberá orientarse desde otros derroteros. Es en este contexto donde surge, en toda su importancia y alcance, la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*, o de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.

## V. LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE, O LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La situación de indefensión a la que se ve sometido el individuo en una sociedad dominada, controlada y dirigida por poderes privados, hace que el planteamiento de los derechos y libertades no se conciba ya sólo en relación al poder del Estado, sino ante ese conjunto de poderes privados capaces también de conculcarlos. Lo que supone un cambio radical —como veremos— en el entendimiento de la problemática constitucional.

Sin demasiado fundamento no han faltado los autores que quieren conectar la *drittwirkung* con las formulaciones del constitucionalismo clásico. Es la tesis de Leisner, por ejemplo, mantenida en su libro *Grundrechte und privatrecht*. Para Leisner los derechos fundamentales

fueron desde su origen derechos concebidos no sólo frente al Estado, sino también frente a los particulares. Y ello por una doble razón.

En primer lugar, porque desde el punto de vista histórico y concreto —entiende Leisner— los derechos fundamentales no germinan sólo en la dialéctica poder-libertad, Estado-individuo, sino que surgen también en tensión clara y en confrontación evidente contra la idea de privilegio. Lo que significaría que, en la medida en que se enfrentan no sólo al Estado, sino también a los privilegios, en su origen adquieren una dimensión pública y a la vez privada.

Se olvida, no obstante, con este razonamiento que aunque sea verdad que los derechos fundamentales nacen confrontados al concepto medieval de privilegio, no por ello se puede equiparar esta circunstancia a la idea de eficacia contra terceros como sujetos privados que ahora se preconiza. Y ello porque el privilegio no derivaba del ejercicio de un poder privado, sino que, como demostró definitivamente Ruggiero, el privilegio (explicado desde la no distinción feudal entre lo público y lo privado) no era más que la traducción económica y social de un privilegio jurídico. La confrontación frente a los privilegios no presupone, por tanto, una confrontación de los derechos ante un poder privado, sino ante un auténtico poder público.<sup>17</sup>

El segundo argumento de Leisner toma una dimensión más abstracta y general. Los derechos fundamentales cabría entenderlos desde el principio como derechos oponibles no sólo al Estado, sino también frente a los particulares, en la medida en que se presentan como derechos absolutos y que, en consecuencia, son válidos y deben ser eficaces frente a todos. Ocurre, sin embargo, que a la hora de organizar jurídicamente esa eficacia universal, en el Estado liberal de derecho se entenderá, como ya hemos indicado, que los derechos fundamentales en cuanto derechos públicos subjetivos, son ejercitables únicamente frente al Estado, habida cuenta que en las relaciones entre particulares se entienden global y definitivamente consagrados con la proclamación de la igualdad de todos ante la ley. Los únicos derechos subjetivos ejercitables serían, en esas condiciones, los derivados de la ley ordinaria. Es más, como consecuentemente han razonado autores como Schmitt, Forsthoff, Mangoldt,<sup>18</sup> admitir la *drittwirkung* en los esquemas del Estado liberal de derecho implicaría destruir los presupuestos y las bases cimentadoras de toda su arquitectura.

<sup>17</sup> Conf. Guido de Ruggiero, *Historia del liberalismo europeo*, Madrid, 1944.

<sup>18</sup> Conf. Forsthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzss. Festschrift für Carl Schmitt*, Berlin, 1959, p. 54. Mangoldt, "Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes", *Arch. öff. Recht*, 1949, Neue Folge, Band 36, p. 278.

El reconocimiento de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales equivaldría a confirmar, en fin de cuentas, no sólo la limitación de la legislación ordinaria para hacer valer, como instrumento mediador en el campo de las relaciones privadas, el sistema de principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sino, además, la incapacidad y la incongruencia de una forma de organización social en la que la autonomía de la voluntad y el axioma de la igualdad formal ante la ley han perdido su justificación real y su legitimidad como mecanismos al servicio de la libertad. Nada tiene de particular, por lo tanto, el hecho de que, ante tan paradójica situación, el tema de la *drittwirkung* se haya planteado doctrinalmente desde una ambigüedad manifiesta. Por un lado, al no poderse negar que los derechos fundamentales, para no quedar reducidos a fórmulas retóricas, donde efectivamente se proyectan es en la vida real de los hombres, se entiende que es ciertamente en el campo de la sociedad donde se produce su realización concreta. Pero, por otro lado, para no alterar el estatuto jurídico de la sociedad y el Estado, tal y como lo concibe el constitucionalismo clásico, se estimará que si los derechos fundamentales tienen una eficacia directa en relación al poder público, en relación a los particulares su eficacia es mediata y se integra en actos normativos por los que se regulan las relaciones privadas (Stein, Rivero, etcétera). De esta suerte, por ejemplo, la eficacia de los derechos sindicales se actuaría a través de la ley de convenios colectivos de trabajo, o la defensa del consumidor a través de las leyes protectoras al consumo.

Se forja de este modo la llamada doctrina de la *drittwirkung* mediata o indirecta (Dürig, Klein, etcétera),<sup>19</sup> conforme a la cual no se niega que los derechos fundamentales es en la existencia real de los hombres donde deben operar, pero ese reconocimiento debe actuarse sin alterar mínimamente el mundo de la libertad social simbolizado en el principio de la autonomía de la voluntad. Como hemos dicho, los derechos fundamentales se actuarían socialmente sólo de modo indirecto a través de la ley ordinaria, quedando como única opción para apelar a los mismos directamente, en las relaciones entre particulares, la que vendría determinada por los vacíos y lagunas de la legislación ordinaria como estatuto de la sociedad, en el que el Código Civil interpretativo, que el juez tiene que cubrir a través de las llamadas cláusulas generales (buena fe, buenas costumbres, orden público, etcétera), se-

<sup>19</sup> Dürig, *Festschrift für Nawiasky*, Munich, 1956, p. 157 y ss. F. Klein, *Weltanschauung des Arbeitsgebers und Kündigungsschutz in Arbeitsverhältnis*, Betriebs Berater, 1956, p. 51 y ss.

ría como tendrían entrada los derechos fundamentales, como mecanismo para dar contenido y significación jurídica a dichas cláusulas generales. Con lo cual, sin renunciar al significado social de los derechos fundamentales, no se renegaría tampoco del dogma de la autonomía de la voluntad.

No merece la pena detenerse en la crítica de la doctrina de la *drittwirkung* indirecta. Baste con comprobar que ni las cláusulas generales pueden dar entrada a los derechos fundamentales sin trastocar su significado, ni tiene sentido plantear sólo a través de la legislación ordinaria la eficacia de los valores y derechos constitucionales.

En efecto, se desvirtúa el entendimiento de las cláusulas generales al pensar que su contenido puede nutrirse con los derechos fundamentales, habida cuenta que no se trata de normas en blanco, susceptibles de remisión a otro tipo de normas o conceptos jurídicos, sino que a lo que hacen referencia es a supuestos y principios sociales incapaces de cristalizar en normas. Por otro lado, carece de fundamento —y en definitiva no es más que un modo de eludir la cuestión— plantear la eficacia de los derechos fundamentales sólo a través de la legislación ordinaria, en la medida en que el problema no es de reconocimiento legal o de desarrollo legal de los derechos fundamentales, sino de la posibilidad existencial de actuarlos debidamente. Dicho con más claridad y contundencia, lo que se trata de discutir es si las situaciones de oligopolio social de los grupos y poderes privados no determinan que la autonomía de la voluntad quede reducida, en el plano real, sólo a la autonomía de esos poderes privados, y la igualdad ante la ley se convierta en pura justificación y legitimación de las desigualdades de hecho.

Pensar que, a través de la ley ordinaria, se ejercita la libertad constitucional, equivale a reconocer *a priori* que los conceptos de la libertad constitucional y la libertad que, por ejemplo, da validez a un contrato, son sinónimos. Ocurre, sin embargo, que esta equiparación es imposible. Si la validez de un contrato es admisible desde la fórmula *volenti non fit injuria*, difícilmente se podría admitir que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, se entienda como un ejercicio pleno de la libertad un contrato suscrito desde la situación de necesidad, de dominio y preeminencia que impone un poder privado.

Porque la realidad social del Estado constitucional no funciona desde la simetría y paridad en las relaciones privadas que exigiría la autonomía de la libertad, y porque, en consecuencia, desde situaciones privadas de privilegio se pueden conculcar los derechos y libertades de quienes ocupan las posiciones más débiles, existe una tendencia

generalizada doctrinal, jurisprudencial e, incluso, legalmente, a admitir la fórmula de la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista doctrinal militan claramente en esta orientación autores como Neumann, Nipperdey, Scheuner, Lombardi, Gomes Canotilho, etcétera.<sup>20</sup> A su vez, desde la jurisprudencia, cabría recordar el carácter paradigmático que en Europa adquirió la famosa sentencia de 1956 del Tribunal Laboral Federal Alemán, siendo presidente del mismo Nipperdey, o las sentencias de la Corte Suprema argentina, que no duda, por ejemplo, en sostener en los casos Ángel Siri y Samuel Kot que

nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos esté circumsrita a los ataques que provengan de la autoridad solamente... Hay ahora una categoría de sujetos con o sin personalidad jurídica que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos esenciales.

Por último, a nivel legal, no se puede dejar de recordar el artículo 18,1 de la Constitución portuguesa donde expresamente se estatuye que: "los preceptos constitucionales relativos a los derechos y libertades son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas".

## VI. LOS GRUPOS DE PRESIÓN Y LA DRITTWIRKUNG

A la altura del razonamiento en que nos encontramos cabe perfectamente la pregunta: ¿Qué sentido tiene y qué relación guarda el conjunto de consideraciones hasta ahora formuladas sobre la sociedad corporatista y la *drittwirkung*, con el tema de los grupos de presión y su regulación jurídica? La conexión es más profunda, sin embargo, de lo que a primera vista pudiera parecer.

Un hecho del que de ningún modo se puede prescindir es el determinado por la circunstancia de que, en la democracia "corporatista",

<sup>20</sup> Neuman-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte*, Berdín, 1954, vol. II, p. 1 y ss. Lombardi, *op. cit.* Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, p. 359 y ss.

son los grupos y organizaciones quienes encauzan, controlan y dirigen las decisiones políticas. Como consagrara Lipphard, la democracia corporatista es la "democracia consociacional", en la que los grandes acuerdos que definen su política son obra de las corporaciones y de los grupos. Lo que significa que la ley deja de ser en ella la norma general que expresa los intereses universales del Estado, para convertirse en norma que satisface las aspiraciones individuales de los grupos. Frases como la de Wilson, "lo que es bueno para la General Motors es bueno para Estados Unidos y viceversa", no pasan de ser afirmaciones ingeniosas o cínicas.<sup>21</sup> Lo único evidente del proceso de descomposición de individualismo social burgués es que se ha producido una privatización de lo público, con la consiguiente sustitución del Estado, como definidor de los intereses generales, por los grupos que, naturalmente, procuran sus propios beneficios. Con agudeza ha podido comprobar Schmitter, uno de los mejores teóricos del "corporatismo", que "el Estado se ha convertido como el tiempo atmosférico en algo vaporoso".<sup>22</sup>

Paralelamente a esa privatización de lo público, se genera el inverso movimiento de publicización de lo privado, con lo cual la unidad del sistema jurídico, basada en el escalonamiento de las normas, se descompone. Ni todo el derecho procede ya de la Constitución, ni, lo que es más grave todavía, el derecho emanado en consonancia con la normatividad constitucional es considerado como el más eficaz para resolver los problemas de la vida cotidiana. Si nos fijamos en el mundo laboral y sindical, constituye una evidencia incontestable, en la mayoría de los países, que las reglas reguladoras de la disciplina sindical se producen al margen, y muchas veces en contra, de la legalidad estatal. El hecho, sin embargo, no tendría mayor trascendencia si no fuera porque esos sectores privados, y jurídicamente autónomos, se convierten en los verdaderos centros de referencia para los individuos aisladamente considerados.<sup>23</sup>

Pretender en estas circunstancias controlar la actividad de los grupos de presión con una legalidad condicionada, cuando no es creada por ellos mismos, carecería de todo fundamento. La consideración del Estado como instancia universal e independiente, a través de la cual y por encima de los grupos sólo es hacedero reconstruir el interés

<sup>21</sup> Conf. Murillo Ferrol, *Estudios de sociología política*, Madrid, 1963, p. 346 y ss.

<sup>22</sup> Schmitter, "Neocorporatismo y Estado", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº. 31, Madrid, 1985, p. 47.

<sup>23</sup> Conf. Burdeau, *op. cit.*

general, es lo que determina y obliga al reconocimiento de la *drittwirkung*, en cuanto única fórmula viable para que los individuos puedan ejercitar un sistema de derechos que, a través de la legalidad ordinaria, y como consecuencia de las situaciones de asimetría y preeminencia en las relaciones privadas, resulta imposible hacer valer.

Ahora bien, si el desarrollo de las corporaciones y los grupos, y la correlativa aparición de los poderes privados, es la lógica consecuencia del ejercicio en la vida social de la libertad protegida en el constitucionalismo clásico con la igualdad formal ante la ley, y si ahora apelamos a la *drittwirkung* como correctivo, probablemente único, frente al dominio abusivo generado por esos poderes privados, quiere decirse que la temática constitucional sufre una variación radical en sus planteamientos. Del derecho constitucional de la libertad se pasa al derecho constitucional de la igualdad. Lo que conlleva una serie de problemas e interrogantes que no se pueden ignorar.

Convencionalmente, el tránsito del derecho constitucional de la libertad al derecho constitucional de la igualdad, se ha venido expresando desde Heller en las fórmulas Estado liberal de derecho y Estado social de derecho. Y sin excesivo rigor crítico se ha entendido al Estado social de derecho como superación histórica del Estado liberal, a través de la cual, de lo que en definitiva se trataba, era de compatibilizar los derechos y libertades clásicos con los nuevos derechos sociales. De esta suerte, el Estado social de derecho podría entenderse como el propio Estado liberal enriquecido con los derechos materiales de contenido social.

Sucede, en cambio, que en el momento en que se plantea a nivel real y social el ejercicio de los derechos formales (que es lo que pretende el Estado social), el correctivo en el dogma de la autonomía de la voluntad privada se hace absolutamente necesario. Con lo cual, la estructura del Estado liberal se tambalea. El Estado social de derecho no podría presentarse entonces como la continuación histórica del Estado liberal, sino como su negación (Forsthoff).

Se comprende ahora la desconexión entre legalidad y legitimidad, entre derecho y realidad, de las que hablábamos al principio. Aunque sean los propios textos constitucionales quienes establecen las normas que los italianos llaman de *collegamento*, a cuyo través adquieren valor normativo los postulados del Estado social (piénsese en el artículo 3 de la Constitución italiana, o en el artículo 9.2 de la Constitución española, donde se establece “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efec-

tivas”) es lo cierto que tanto en el plano legal como en el jurisprudencial, los planteamientos constitucionales siguen respondiendo más a las exigencias del Estado liberal y del derecho constitucional de la libertad, que a los requerimientos del Estado social y del derecho constitucional de la igualdad.

Contraviniendo esos planteamientos hemos apelado a la *drittwirkung* como quizá el medio más eficaz, en el ámbito del Estado social de derecho, para garantizar la libertad real del individuo frente a la acción de los grupos de presión. Proceder de otra manera, a través del análisis de la legislación comparada sobre los grupos de presión probablemente para lo único que hubiera servido sería para comprobar un fracaso. En fin de cuentas se trata de una legislación que controlada en la mayoría de los casos por los propios grupos de presión, está concebida siempre en el horizonte del derecho constitucional de la libertad, en el que la autonomía de la voluntad privada, en cuanto generadora de desigualdades reales, no se cuestiona. Por no habernos querido limitar a comprobar un fracaso, y para no hacer, como dijo Giannini, del Estado social un concepto perfectamente inútil, que para lo único que serviría sería para ocultar la *mauvaise conscience* constitucional, nos hemos arriesgado a traer a colación el tema de la *drittwirkung*, cuyas posibilidades nos limitamos a esbozar, en el entendimiento de que es un tema nuevo sometido a revisiones y desarrollos más exigentes y rigurosos.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Giannini, “Stato sociale: una nozione inutile”, *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Roma, 1977.