

LA TITULARIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR PERSONAS JURÍDICAS: UN INTENTO DE FUNDAMENTACIÓN (1)

ÁNGEL J. GÓMEZ MONTORO

SUMARIO: I. ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS: 1. *La problemática conjugación de dos conceptos controvertidos.* 2. *Derechos de personas jurídicas y derechos de los grupos.*—II. LOS DATOS NORMATIVOS: 1. *El silencio del constituyente.* 2. *Una distinción necesaria: titularidad de derechos y legitimación para recurrir en amparo.*—III. LA PERSONA JURÍDICA COMO TITULAR DE DERECHOS SUBJETIVOS Y DE DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS.—IV. LAS DIFICULTADES PARA APLICAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LAS PERSONAS JURÍDICAS: 1. *El significado «histórico» de los derechos fundamentales.* 2. *El entendimiento de los derechos fundamentales en nuestra Constitución.*—V. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES A LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO EXIGENCIA CONSTITUCIONAL: 1. *Las bases constitucionales de la persona jurídica.* 2. *La justificación del reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho Privado.*—A MODO DE: EPÍLOGO.

I. ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS

1. *La problemática conjugación de dos conceptos controvertidos*

El movimiento constitucionalista que se instaura en Europa tras la segunda Gran Guerra ha situado los derechos fundamentales en el centro de la vida po-

(1) El presente trabajo forma parte de una investigación más amplia que pude desarrollar en la Universidad de Münster (Alemania) gracias al apoyo de la Fundación Alexander von Humboldt. Al Prof. Dr. Dirk Ehlers, Director del *Institut für öffentliches Wirtschaftsrecht*, le agradezco tanto su hospitalidad como la generosidad con que me dedicó buena parte de su tiempo. Mi gratitud también para el Prof. Dr. Hans D. Jarass, Director del *Institut für Umwelt- und Planungsrecht*, que escuchó pacientemente muchas de mis preguntas y me ayudó a despejar algunas de mis dudas.

lítica y constitucional. Las Constituciones, sin dejar de ser Derecho sobre la organización política y fuente sobre las fuentes del Derecho se han convertido, fundamentalmente, en instrumento en el que se reconocen derechos y se establecen garantías para su efectividad. La parte dogmática de los textos constitucionales ha asumido, sin duda, el protagonismo y desde ella se explican, en buena medida, sus contenidos orgánicos (2). Esta preocupación por los derechos se ha traducido en la práctica —y esto es sin duda lo más importante— en niveles de libertad e igualdad no conocidos en épocas anteriores, y en la teoría, en construcciones dogmáticas cada vez más complejas y elaboradas sobre cuestiones desconocidas hasta épocas recientes: la doble dimensión de los derechos fundamentales como derechos subjetivos y como principios o valores objetivos, su entendimiento como mandatos de protección, el alcance de su eficacia en las relaciones entre particulares, la noción de contenido esencial o el juego del principio de proporcionalidad son, por citar sólo algunos, problemas centrales de la dogmática actual de los derechos fundamentales (3). Se trata, como es sabido, de cuestiones polémicas, en modo alguno resueltas y que no surgen tanto de la reflexión como de la necesidad de atender a problemas y necesidades concretos. Por otra parte, la posición que se adopte en relación con cada una de estas cuestiones no es algo que tenga sólo implicaciones teóricas sino que un determinado entendimiento de los derechos incide, por ejemplo, en las relaciones entre los poderes —muy especialmente entre legislativo y judicial— y en el modo de articular las relaciones entre los particulares (4).

A este círculo de cuestiones novedosas pertenece, sin duda, la titularidad

(2) Esta evolución sufrida en Europa en la última mitad de la —ya— pasada centuria ha acercado considerablemente los sistemas europeo y americano. Como en éste, el Estado se explica hoy en Europa desde la Constitución y los derechos y no al revés, como fue la regla durante el siglo XIX y la primera mitad del XX.

(3) Es cierto que muchas de estas cuestiones estuvieron presentes en los debates doctrinales —y, en menor medida, en algunas construcciones jurisprudenciales— en el período de entre guerras y, sobre todo, en la Alemania de Weimar y, de hecho, allí se sentaron las bases para muchas construcciones futuras. Sin embargo, esos primeros intentos difícilmente podían desarrollarse de modo satisfactorio dentro de los estrechos márgenes de una concepción que aún no se había desprendido de la fuerte impronta estatal que caracterizó el siglo XIX alemán (véase, por todos, G. ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, Madrid, 1995, págs. 47 y sigs.).

(4) Un atractivo análisis de cómo el distinto entendimiento de los derechos incide en las relaciones legislador-jueces se contiene en el conocido trabajo de E.-W. BÖCKENFÖRDE: «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental», recogido en sus *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Baden-Baden, 1993, págs. 95-138. Sobre las relaciones entre derechos fundamentales y autonomía de la voluntad véase, por todos, C. W. CANARIS: *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin-New York, 1999.

de derechos fundamentales por personas jurídicas. Novedosa es, en todo caso, en nuestro ordenamiento, pues sólo a partir de la Constitución se ha planteado el problema en la jurisprudencia —fundamentalmente en la constitucional— y, aunque en menor medida, en la doctrina (5). Pero lo es también en los ordenamientos de nuestro entorno. En realidad, más que de un problema reciente se trata, en la mayor parte de esos ordenamientos, de un problema inexistente pues, con excepción de Alemania, son escasas las referencias bibliográficas y jurisprudenciales que pueden encontrarse. Esta situación puede explicarse, en primer lugar, por la existencia en la Ley Fundamental de Bonn de un precepto expresamente dedicado al tema: según su art. 19.3 «los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas en la medida en que según su naturaleza les sean aplicables». Sin embargo, este dato no resulta tan decisivo como a primera vista pudiera pensarse; prueba de ello es que no se ha producido un debate similar en Portugal a pesar de que su Constitución —siguiendo los pasos de la alemana— ha dispuesto en su artículo 12 que «las personas colectivas gozan de los derechos y están sujetas a los deberes compatibles con su naturaleza».

Por otra parte, ese debate sí se viene produciendo en nuestro país a pesar de que nuestra Constitución carece un precepto similar a los ejemplos citados (6). La explicación está, sin duda, en que el art. 162.1.b) CE legitima para plantear el recurso de amparo a toda persona física y jurídica que invoque un interés legítimo (7). Como tendremos ocasión de ver con más detenimiento, este precepto no supone el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, pero, abierta una vía procesal para que éstas acudan al Tribunal Constitucional, era inevitable que se planteara también la cuestión material, es decir su capacidad para ser titulares de derechos fundamentales. En los primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional apenas se dictaron resoluciones en las que la cuestión se abordara directamente (8); en la

(5) Mucho más antigua es, desde luego, la polémica sobre la titularidad por personas jurídicas de los derechos de la personalidad, pero ese debate se ha mantenido hasta épocas muy recientes en el ámbito del Derecho Privado y al margen de la noción de derecho fundamental.

(6) La Constitución contiene algunas referencias a los derechos de grupos y comunidades (arts. 9.2 y 16.1) e incluso de personas jurídicas (art. 27 apartados 6 y 10 y art. 28.1). Además, el art. 29.1 se refiere, de manera un tanto imprecisa, al derecho de petición individual y «colectiva». El alcance de estas previsiones es, no obstante, muy limitado y de ellas no puede deducirse un reconocimiento general de derechos fundamentales a las organizaciones supraindividuales.

(7) Resulta significativo que la controversia sobre la capacidad de los entes morales para ser sujetos de derechos fundamentales se haya producido en Alemania y España, donde existe recurso de amparo, y sea prácticamente inexistente en Italia, Francia o el mismo Portugal.

(8) Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional en esta materia me remito a mi trabajo «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia)».

mayoría de las sentencias que resolvían amparos interpuestos por personas jurídicas el Tribunal no se planteó si éstas actuaban en defensa de un derecho propio o ajeno; en otros casos, especialmente cuando se trataba de derechos del art. 24 CE, dio por supuesta la titularidad. A partir de 1988 son, sin embargo, relativamente numerosas las decisiones en las que se enfrenta ya directamente con el problema de la titularidad. En respuesta a los amparos planteados, el Tribunal ha admitido en numerosas ocasiones la titularidad respecto de un elevado número de derechos y, lo que es más importante, ha establecido con carácter general que «en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas» (STC 23/1989, Fundamento jurídico 2.º).

El párrafo transcrito, que es prácticamente una traducción literal del art. 19.3 GG, constituye ya, *ope jurisprudentiae*, una regla de nuestro Derecho positivo (9). Ahora bien, en la medida en que la decisión sobre quiénes pueden ser titulares de derechos fundamentales es una decisión que en principio corresponde al constituyente (10) y puesto que el nuestro no ha realizado un pronunciamiento expreso, parece necesario que una solución como la adoptada encuentre sólidos fundamentos. En algunas resoluciones del Tribunal Constitucional —sobre todo en las más recientes SSTC 139 y 183 de 1995— se encuentran intentos de fundamentación que, sin embargo, y por la propia naturaleza de las construcciones jurisprudenciales que aparecen como respuesta a casos concretos y no como intentos de elaborar fundamentaciones cerradas y completas, resultan sólo parcialmente satisfactorios. En las páginas que siguen pretendemos ocuparnos de esta cuestión. Es cierto que estamos ante un problema más teórico que práctico (en el fondo toda pregunta por la fundamentación lo es) y de cuya utilidad puede, además, dudarse cuando esa titularidad es

dencia del Tribunal Constitucional español)», en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2000, págs. 23-71. Véase, también, M. BARCELÓ I SERRAMALLERA: «Comentario al art. 46 LOTC», en J. L. REQUEJO PAGÉS (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001, págs. 747 y sigs.

(9) Estamos ante un supuesto en el que se aprecia de manera especialmente clara la capacidad creadora de Derecho de los órganos de la justicia constitucional.

(10) Si toda calificación de una posición como iusfundamental lleva consigo la limitación del legislador y aparece, por ello, como una excepción a la regla de la mayoría que exige la democracia (cfr. R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Madrid, 1993, págs. 432 y sigs.), es innegable la trascendencia que tiene la determinación de los titulares de derechos fundamentales y de aquí que deba ser el constituyente el que adopte esa decisión.

admitida por el Tribunal Constitucional desde hace más de veinte años y lo es de manera prácticamente incontrovertida. Sin embargo, y como ha recordado Alexy en relación con la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho Civil, «la jurisprudencia no puede conformarse con el hecho de que se llegue a resultados correctos o aceptables, cualquiera que sea la forma de la construcción» (11). Si siempre debe buscarse una fundamentación adecuada para la resolución de los problemas jurídicos, esa exigencia resulta especialmente importante respecto de este tema: la aplicación de derechos fundamentales —profundamente vinculados con la dignidad de la persona— a entidades que, al menos a primera vista, aparecen como construcciones en cierta medida *artificiales*, obra de la técnica jurídica, y cuya naturaleza es aún sumamente discutida, no deja de ser vista por algunos como un peligro de desnaturalización de la noción de derecho fundamental (12). Es verdad que, en principio, toda construcción que suponga aumentar las posibilidades de disfrute de derechos fundamentales debe ser bienvenida, pero no deben tampoco desoírse las voces —cada vez más abundantes— que alertan frente a construcciones iusfundamentales expansivas que terminan por desvirtuar la naturaleza propia de los derechos. En el caso del problema que nos ocupa, no son infrecuentes los temores frente a lo que podría considerarse como el fortalecimiento de nuevas formas de corporativismo o frente al reforzamiento de organizaciones —en no pocas ocasiones muy poderosas— en menoscabo de quienes son los genuinos titulares de derechos fundamentales, es decir, las personas naturales; esos temores sólo podrán ser superados si se entienden las razones que justifican la extensión de los derechos a las entidades asociativas y las ventajas que con ella se consiguen.

Por otra parte, la inclusión de las personas jurídicas en el círculo de los titulares de derechos fundamentales no es un punto de llegada sino de partida, o, dicho de otro modo, con ella no se resuelven los problemas sino que empiezan, y la experiencia alemana resulta bien ilustrativa al respecto. Admitida la titularidad en abstracto, es necesario determinar qué derechos son aplicables, a qué personas, con qué límites, etc., y una correcta solución de estas cuestiones sólo podrá obtenerse si previamente se comprenden las razones que abogan por el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas. De hecho,

(11) R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 515.

(12) Véanse al respecto las observaciones de W. RUPP-V. BRÜNNECK: «Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen», en *Festschrift für Adolf Arndt*, 1969, págs. 349-383, recogido ahora en W. WILTRACHT RUPP-V. BRÜNNECK: *Verfassung und Verantwortung, Gesammelte Schriften und Sondervoten*, Baden-Baden, 1983, págs. 110-144; asimismo, K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1 (Allgemeine Lehre der Grundrechte)*, Munich, 1988, págs. 1077-1078.

y a pesar de que en 1995 el Tribunal parecía haber dado un paso casi definitivo al resolver afirmativamente una de las cuestiones más debatidas en este ámbito, como es la posibilidad de reconocer el derecho al honor a personas jurídicas, y más en concreto a sociedades mercantiles, en los años inmediatamente posteriores ha dictado algunas sentencias en las que parece adoptar un criterio mucho más restrictivo. Así, en la STC 117/1998 ha declarado la constitucionalidad de la regulación que, con carácter general, niega a las personas jurídicas el derecho a la asistencia jurídica gratuita, y en la STC 69/1999 el Tribunal ha modulado en términos no del todo precisos el alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el caso de las personas morales. Ambas resoluciones han puesto en evidencia que las construcciones no son tan firmes como a primera vista podría parecer (13).

2. *Derechos de personas jurídicas y derechos de los grupos*

En realidad, la cuestión de la titularidad de derechos fundamentales por entes distintos de la persona física va más allá de la idea de persona jurídica y hoy día proliferan los trabajos sobre los «derechos de los grupos» o los «derechos de las minorías» (religiosas, étnicas, etc.). Esta problemática va a quedar, sin embargo, al margen de estas páginas y ello por lo que entendemos que son estrictas exigencias metodológicas. En el caso de las personas jurídicas, estamos ante sujetos de derechos y obligaciones, regulados por el Derecho y que, por muy discutida que sea su naturaleza y muy variada su forma, operan con una subjetividad propia que les es reconocida —o, si se quiere, conferida— por el ordenamiento jurídico. La pregunta por la titularidad de derechos fundamentales parte de esa subjetividad y no supone sino cuestionarse —lo que cómo veremos no es poco— si entre los derechos de que pueden disfrutar se incluyen también los derechos fundamentales (14).

(13) Más allá de las soluciones del caso concreto, se percibe en estas sentencias una actitud distinta a la que venía manteniendo el Tribunal Constitucional. Así, en la primera de ellas se insiste en que «la propia existencia de las personas jurídicas depende de la interposición del legislador, en la medida en que son meras creaciones del ordenamiento puestas al servicio de la persona (física) para que pueda alcanzar los fines que le son propios» (FJ. 8.º); y en la segunda, el Tribunal se refiere a la «menor intensidad de la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas —y más concretamente de una sociedad mercantil—» (FJ. 5.º).

(14) Véase, en este sentido, S. BACIGALUPO: «Los derechos fundamentales de las personas jurídicas», *PJ*, núm. 53, 1999, pág. 51. Este trabajo, sin duda el más completo de los existentes en España sobre el tema, busca el fundamento de la titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas en la teoría de los sistemas y, especialmente, en los planteamientos de N. Luhmann.

En el caso de los grupos o de las minorías el problema es muy diferente. No se trata ya de sujetos reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico y que gocen de personalidad jurídica propia. La defensa de sus intereses —que no de sus derechos en sentido técnico— es, sin duda una cuestión importante, pero no pasa por el reconocimiento de derechos fundamentales, entre otras razones porque difícilmente pueden ostentar tales derechos colectividades que carecen de subjetividad. La garantía de esos intereses legítimos, que se presenta en muchos casos como verdadera obligación para un Estado Social de Derecho, no se lleva a cabo desde los derechos subjetivos sino desde el Derecho objetivo o desde la técnica de la legitimación. Desde el Derecho objetivo, porque la tutela se realiza en muchos casos mediante la tipificación —penal o sancionadora— de conductas contrarias a esos intereses que, para el legislador, aparecen como dignos de protección. Esta es la técnica utilizada en la actualidad para defender a las minorías raciales, religiosas o de otra índole frente a ataques contra lo que, no siempre con rigor técnico, se denomina su honor (15). Nuestro nuevo Código Penal recoge numerosos ejemplos de estos mecanismos de tutela y, así, en el art. 510 se tipifican la discriminación y las injurias contra grupos y asociaciones y los arts. 523 y siguientes regulan los delitos contra «los sentimientos religiosos», y aunque los sentimientos son siempre individuales, con ello se pretende no tanto la tutela del individuo como la de las confesiones religiosas o, si se prefiere, del individuo en cuanto integrante en una de esas confesiones (16).

En otros casos, se está en realidad frente al conocido problema de los intereses difusos para cuya tutela acude el legislador al reconocimiento de una amplia legitimación procesal para la impugnación de medidas —normalmente del poder público— que pueden afectar a esos intereses. Es más que dudoso, sin embargo, que pueda hablarse con propiedad de derechos fundamentales de los grupos. Es cierto que en la STC 214/1991 el Tribunal pareció admitir que el pueblo judío puede ser titular del derecho al honor. Sin embargo, los numerosos interrogantes que plantea esa Sentencia son bien expresivos de lo polémica de dicha afirmación. Las dudas que sobre la legitimación de la recurrente se suscitaron entonces (17) derivaban, en realidad, de un problema más de fondo: la falta de un concreto derecho (de una situación jurídico-subjetiva) efectiva-

(15) Muy esclarecedoras son las afirmaciones de P. Salvador Coderch, que compartimos plenamente, en P. SALVADOR CODERCH (dir.): *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990, págs. 205 y sigs.

(16) El legislador ha buscado también en estos supuestos un elemento que permita objetivar o concretar el bien jurídico tutelado y exige en el art. 523 que se trate «de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior».

(17) En la vía judicial previa se había desestimado su demanda precisamente por falta de legitimación.

mente lesionado. Es verdad que si un determinado grupo étnico, religioso, etc. pudiera ser titular de un derecho, sus miembros tendrían habitualmente abierta la vía para su tutela, también a través del recurso de amparo para cuya interposición no se requiere ser el titular del derecho, siendo suficiente ostentar un interés legítimo que no parece pueda negarse a quien integra el grupo o la minoría cuyo pretendido derecho se ve lesionado. Pero el problema es previo: la dificultad para que un colectivo sin subjetividad jurídica alguna pueda ser titular de derechos —sean éstos fundamentales o no— y ejercer su defensa ante los Tribunales (18).

II. LOS DATOS NORMATIVOS

1. *El silencio del constituyente*

La búsqueda de soluciones a la cuestión que nos planteamos debe partir, como resulta obvio, de los elementos que aporta la Constitución. El primero de ellos es, como ya hemos puesto de relieve, la ausencia de una cláusula general similar a la utilizada por los constituyentes alemán y portugués. Un precepto de este tipo, de haberse introducido, no hubiera resuelto todos los problemas, pero sí hubiera ofrecido ya un punto firme sobre el que construir. Llama la atención que este tema quedara por completo al margen de los debates constituyentes. Es cierto que se trata de una cuestión en buena medida ajena a nuestra historia constitucional, pero no lo es menos que tanto la Constitución portuguesa como, muy especialmente, la alemana fueron para nuestro constituyente importantes textos de referencia. En concreto, y por lo que a esta última Constitución se refiere, los apartados 2 y 4 del artículo 19 (artículo que constituye lo que P. Cruz Villalón (19) ha denominado gráficamente «el derecho de los derechos fundamentales») tuvieron una indiscutida influencia en los arts. 53.2 y 24 de nuestro Texto constitucional y no puede pensarse que el apartado 3 de ese mismo artículo pasara inadvertido al constituyente. Ahora bien ¿debe interpre-

(18) Cuestión distinta es la de si entes sin personalidad jurídica plena (asociaciones no inscritas, sociedades irregulares, etc.) pueden ser titulares de derechos fundamentales. La cuestión requeriría un análisis que no es posible realizar en estas páginas, pero sí cabe afirmar que si tales entidades tienen un mínimo de personalidad (por aparecer como titulares de derechos y obligaciones, al margen de los de sus miembros) tendrán también abierta la vía a la titularidad de derechos fundamentales.

(19) «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *REDC*, núm. 25, 1989, pág. 62.

tarse ese silencio como una respuesta negativa a la pregunta sobre la titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas? La contestación a este interrogante requiere apurar los elementos que aporta la Constitución y, de forma especial, sus artículos sobre los derechos fundamentales.

La lectura de los preceptos del Capítulo II del Título I de la Constitución muestra, en primer lugar, que nuestra Norma fundamental no excluye la titularidad de derechos por entidades distintas de la persona natural, antes bien la prevé expresamente en relación con algunos derechos. Así, el art. 16.1 «garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las *comunidades*»; el art. 20.3 reconoce el derecho de acceso a los medios de comunicación social de titularidad pública «de los *grupos sociales y políticos* significativos»; el art. 27 dispone en su apartado 6 que «se reconoce a las *personas físicas y jurídicas* la libertad de creación de centros docentes; el art. 28.1 establece «el derecho de los *sindicatos* a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas» y el art. 29.1 garantiza a todos los españoles «el derecho de petición individual o *colectiva*» (20). Además, el art. 27 proclama en su apartado 10.º la autonomía de las Universidades y el art. 36 prevé la existencia de Colegios Profesionales. El alcance de estas previsiones normativas es diverso. En algunos casos (arts. 27.6 y 28 CE) estamos ante un verdadero reconocimiento de derechos fundamentales a personas jurídicas —o, al menos, a algunas de ellas—; en otros, su eficacia no es tan clara pero sí cabe hablar, en todo caso, de una cierta apertura de los derechos fundamentales a sujetos distintos de la persona física (arts. 16, 20.3, y 29.1) o del reconocimiento constitucional de entidades de base corporativa (arts. 27.10 y 36). No parece posible, sin embargo, extraer una regla general de aplicabilidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas, pues si bien estas previsiones podrían dar pie a una extensión analógica, también permiten una exclusión mediante un razonamiento *a sensu contrario*: si se entiende que *lex* (en este caso *constitutio*) *ubi voluit, dicit*, habrá que interpretar que el silencio recoge también una voluntad del constituyente que no puede interpretarse sino como exclusión.

(20) En los términos en que este precepto está redactado es posible entender que en la petición colectiva no cambia el titular del derecho, es decir el español, persona física, que puede ejercer el derecho aisladamente o con otros (estaríamos entonces ante un derecho de titularidad individual pero de posible ejercicio colectivo, similar al derecho de reunión), pero se puede entender igualmente que titulares del derecho pueden ser personas jurídicas que agrupan a ciudadanos. De hecho, la Ley Orgánica 4/2001, reguladora del derecho de petición, ha dispuesto en su art. 1 que: «Toda persona natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, puede ejercer el derecho de petición, individual o colectivamente...».

Tampoco los términos con que los distintos preceptos del Capítulo II del Título I de la Constitución aluden a los titulares de los derechos resultan excesivamente significativos para el problema que estamos tratando (21). Es cierto que en ocasiones la elección entre expresiones como «todos», «toda persona» o «los españoles», o el empleo de la pasiva refleja («se garantiza», «se reconoce» o «se protege») parece responder a una mayor o menor amplitud del círculo de los sujetos legitimados, y no cabe duda de que el tenor literal debe ser en todo caso un criterio hermenéutico a tener en cuenta. Así, cuando el art. 16.1 emplea la expresión «se garantiza» para referirse a las libertades religiosa, ideológica y de culto, o el art. 24.1 señala que «todas las personas» tienen el derecho a la tutela judicial efectiva, o el art. 33 establece que «se reconoce» el derecho de propiedad, cabe entender que tales términos son coherentes con la posibilidad real de que titulares de esos derechos sean, en principio, personas físicas y jurídicas, españoles y extranjeros. En otros casos, sin embargo, no existe correspondencia entre el término elegido y los posibles titulares: así, aunque el art. 17.1 dispone que «toda persona» tiene derecho a la libertad y seguridad, parece claro que el precepto es aplicable únicamente a las personas físicas; de igual modo, cuando el art. 20.1 dispone que se reconoce el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» no parece que esté impidiendo el que se pueda excluir a los extranjeros —o restringir notablemente sus derechos— de la propiedad de determinados medios de comunicación. En relación con el art. 19, el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que, a pesar del término «españoles» que en el mismo se emplea, «resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente»; para determinar los titulares de cada derecho no basta —dice el Tribunal— con el tenor literal de la norma en que el mismo se regula sino que «es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el artículo 13 de la Constitución» (22). Igualmente, aun cuando el art. 53.2 establece que el recurso de amparo puede ser interpuesto por «los ciudadanos», el Tribunal Constitucional admite —cuando cumplen los demás requisitos— los recursos interpuestos por extranjeros (23).

(21) Cfr. A. J. GÓMEZ MONTORO: «Titularidad de derechos fundamentales», en M. ARAGÓN REYES (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Madrid, 2001, tomo III, págs. 119 y sigs.

(22) Los entrecomillados corresponden al Fundamento jurídico 2.º de la STC 94/1993, y en términos similares se expresa el Fundamento jurídico 2.º de la STC 116/1993.

(23) Cfr. P. CRUZ VILLALÓN: «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas», *REDC*, núm. 35, 1992, pág. 68.

A la vista de estos datos no cabe sino concluir que la terminología empleada por el constituyente no responde a criterios firmes ni aporta elementos hermenéuticos que resulten determinantes. Es más, una interpretación literal de las expresiones empleadas conduciría en este caso a conclusiones contrarias a las que se deducen de la aplicación de criterios sistemáticos y teleológicos y, en última instancia, a la que aparece como voluntad misma del constituyente (24).

Existe, sin embargo, en la Constitución otro precepto que debe ser tenido en cuenta al preguntarse por los titulares de derechos. Se trata del art. 9.2 según el cual «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 efectivas». Al comenzar estas páginas hemos señalado que la problemática de los llamados «derechos de los grupos» es distinta de la de los derechos de las personas jurídicas y que, por tanto, va a quedar al margen de este trabajo. Resulta, no obstante, necesario dedicar alguna atención a este precepto constitucional en la medida en que apunta a la superación de una visión estrictamente individualista de los derechos.

El art. 9.2 CE, único en el que los *grupos* se sitúan junto al individuo —y sin ningún tipo de matices— como sujetos de libertad e igualdad, tiene su fuente de inspiración en la Constitución italiana y parece ser la síntesis no del todo feliz— de dos de sus preceptos. En concreto, del art. 3.2, según el cual «es obligación de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país», y del art. 2 en virtud del cual «la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre tanto individualmente como en las formaciones sociales donde se desarrolle su personalidad, y reclama el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social» (25). El al-

(24) La alcañoriedad de los términos utilizados ha sido evidenciada, en relación con los derechos de los extranjeros, por F. Rubio Llorente. Señala este autor que el apartado 2 del art. 13 CE «al excluir a los extranjeros del goce de los derechos políticos, con la salvedad de las elecciones municipales, anula todo intento de atribuir un sentido riguroso a los términos que la propia Constitución utiliza para designar a los titulares de los distintos derechos, pues si ésta hubiese sido la intención del constituyente, no se hubiera sentido obligado a precisar que no pueden gozar los extranjeros de unos derechos que en el precepto a que tal apartado se remite, se enuncian precisamente como derechos «de los españoles». No cabe, en consecuencia, construir a partir de esas diferencias de dicción, más bien alcañorias, y hay que atenerse a lo dispuesto en el artículo 13.1» («Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», *Claves*, núm. 75, 1997, pág. 8).

(25) En la Comisión de Constitución del Senado se afirmó expresamente que el art. 9.2 CE está inspirado en el art. 3.2 de la Constitución italiana (cfr. *Constitución española. Trabajos par-*

cance de esta última disposición es en Italia discutido y en ocasiones ha servido de apoyo para defender precisamente la titularidad de derechos por personas jurídicas (26). De él no se ha extraído, sin embargo, ninguna consecuencia práctica en esa dirección y con frecuencia se ha interpretado más bien en un sentido individualista, concibiéndolo como una cláusula de cierre que tiene «bien la función de tutela de todos los derechos «naturales» que no han llegado a recogerse en el texto constitucional, bien la función de tutela de todos aquellos valores de libertad que van surgiendo en el nivel de la Constitución material» (27). Ha servido, asimismo, de apoyo normativo de la doctrina de la *Dritt-wirkung* por considerarse que viene a garantizar los derechos del individuo no sólo frente al Estado sino también frente al grupo, es decir, frente a los poderes privados (28).

Al ser incorporada a nuestra Constitución, la referencia a los grupos o formaciones sociales se ha debilitado aún más. Se ha llevado fuera del precepto equivalente al art. 2 CI (nuestro art. 10.1, de inspiración germánica y un texto marcadamente individualista) y se ha incluido en el ámbito de un mandato al legislador, con los problemas que este tipo de normas lleva consigo. La doctrina se ha manifestado, en general, crítica con este precepto (29) y el mismo Tribunal Constitucional, celoso defensor del carácter normativo de toda la Constitución, no ha tenido más remedio que reconocer las dificultades que se presentan para concretar la eficacia jurídica de este mandato y extraer de él concretas pretensiones subjetivas (30). Parece fuera de dudas que, cualquiera que sea su alcance, no supone ni una equiparación —de fundamento institucionalista— entre individuo y grupo ni una fuente de atribu-

lamentarios, Madrid, 1980, vol. III, págs. 2674-2675 y 3136). Este precepto no contiene, sin embargo, referencia alguna a los grupos, cuyo origen debe buscarse, más bien, en el art. 2.

(26) Véase el temprano trabajo de P. BARILE: *Il soggetto privato nella Costituzione Italiana*, Padua, 1953 (especialmente págs. 14 y sigs.) en el que considera como «sujetos privados constitucionales», y en cuanto tales, como titulares de derechos fundamentales tanto al hombre individual como a las personas jurídicas, e incluso a las asociaciones de hecho. Entre la bibliografía posterior puede verse A. BARBERA: «Comentario al art. 2», en G. BRANCA (dir.): *Commentario della Costituzione. Art. 1-12*, Bolonia-Roma, 1975, especialmente, págs. 118 y sigs.

(27) A. BARBERA: «Comentario al art. 2», *cit.*, pág. 66.

(28) *Id.*, pág. 67 y págs. 107 y sigs.

(29) Especialmente duro se muestra F. Garrido Falla quien, ante la pregunta de si «debe predicarse de los grupos la real libertad e igualdad que la Constitución propugna para los individuos», señala que «desde el punto de vista jurídico, parece que tal discusión no debe alargarse, pues (...) estamos ante un precepto de carácter programático cuya operatividad práctica es muy escasa» («Comentario al art. 9.2 CE», en F. GARRIDO FALLA [dir.]: *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed., Madrid, 2001, pág. 167).

(30) Véanse, por ejemplo, las SSTC 95/1985, 6/1988 y 120/1990.

ción de derechos distintos de los que se derivan de otros preceptos de la Constitución (31).

No obstante lo anterior, la proclamación del art. 9.2 CE de la libertad e igualdad de los grupos no puede quedar como una cláusula vacía de contenido o, al menos, no sin agotar las posibilidades interpretativas. Por otra parte, los debates constituyentes evidencian que la referencia a los grupos se mantuvo, tras diversas controversias, por una voluntad expresa del constituyente (32) y, aunque su justificación no afloró durante los debates parlamentarios, parece responder al deseo de desmarcarse de posiciones propias del liberalismo individualista y de resaltar la importancia que en nuestros días tienen las formaciones sociales en las que los individuos se integran. No puede entenderse, eso sí, ni como una equiparación ni como una contraposición entre individuo y grupo —y, en este sentido la fórmula del art. 2 CI resulta mucho más adecuada (33)—, ni como una fuente autónoma de derechos (resulta significativo que el precepto

(31) Sobre la eficacia jurídica de este precepto véase J. FERRER JACAS: «El art. 9.2 de la Constitución como parámetro de control de constitucionalidad», en *Jornadas de Estudio sobre el título Preliminar de la Constitución*, Madrid, 1988, vol. I, págs. 77 y sigs. Como pone de relieve este autor, el mandato de la igualdad sustancial no sólo no atribuye nuevos derechos sino que opera en muchos casos como límite a los derechos constitucionales y como justificación de posibles excepciones a la igualdad formal (págs. 95 y sigs.).

(32) El Anteproyecto de Constitución recogía esa referencia, que se mantuvo en el Congreso. Ya en el Senado, se presentó una enmienda del Grupo «Progresistas y Socialistas Independientes» en la que se propuso su supresión porque «no hay identidad de razón en la libertad y la igualdad de las personas y la libertad y la igualdad de los grupos. No tiene tampoco sentido atribuir a los poderes públicos la función de promover la igualdad de los grupos» (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, cit., vol. III, págs. 2674-2675). En la Comisión de Constitución el senador Villar Arregui defendió la enmienda abundando en tales motivos: «el mandato que la Constitución defiere a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean efectivas, sean reales, no es predicable respecto de los grupos. Parece evidente que los grupos son o no iguales según sea su composición y que, por supuesto, la libertad de los grupos será en función de la libertad de las personas que los integran. Por eso —concluía—, situar en igual plano a las personas y a los grupos atenta contra la naturaleza de la persona y del grupo» (id., vol. III, pág. 3136). La enmienda fue aceptada y aprobada en Comisión. Sin embargo, en el Pleno de la Cámara el Grupo Parlamentario Socialista presentó un voto particular en el que pedía la vuelta a la redacción inicial (id., vol. IV, pág. 4236). Durante los debates el senador Villar Arregui se opuso a este intento con argumentos similares a los expuestos en la Comisión y afirmando, no sin cierta razón, que el único contenido posible de la igualdad de los grupos es su entendimiento no como mandato de promover la igualdad sino como prohibición de discriminación entre los grupos; pero entonces, dirá, sería preferible indicarlo expresamente (id. págs. 4399-4401). La enmienda, sin embargo, fue aprobada y el precepto adoptó la redacción actual.

(33) No sólo porque la expresión «formaciones sociales» parece técnicamente más correcta sino porque, además, el punto de referencia sigue siendo el individuo y aquéllas son relevantes en cuanto lugar en que éste puede desarrollar su personalidad.

se ubique en el Título preliminar, que tiene un contenido mucho más principal, y no en el Título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales).

2. *Una distinción necesaria: titularidad de derechos y legitimación para recurrir en amparo*

En esta búsqueda de apoyos normativos para resolver la pregunta sobre la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas merece una atención especial el art. 162.1.b) CE en el que se reconoce legitimación para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional a «toda persona física o jurídica que invoque un interés legítimo». La decisión de dotar de protagonismo de las personas jurídicas en el instrumento más cualificado para la tutela de los derechos fundamentales podría hacer pensar que el constituyente parte de su capacidad para ser titulares de esos derechos. Cabría incluso argumentar que, puesto que los derechos fundamentales son personalísimos, su defensa sólo corresponde al titular o, a lo sumo, a determinados órganos estatales (en nuestro caso y según sigue diciendo el precepto, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal) y, en consecuencia, concluir que el párrafo transcrito sólo puede entenderse como un reconocimiento implícito de la titularidad.

Vistas las cosas con un poco de detenimiento, se aprecia enseguida lo endeble de tal posible conclusión. Primero, porque aunque se aceptara que interés legítimo equivale a titularidad, siempre podría argumentarse que la legitimación de las personas jurídicas está limitada a los derechos fundamentales que la Constitución expresamente les reconoce (pocos, como hemos visto) y no a cualesquiera otros sobre los que nada dice la Norma fundamental (34). Segundo y principalmente, porque la Constitución no ha asociado la legitimación para recurrir en amparo a la titularidad del derecho sino a la existencia de un interés legítimo (35). Determinar cuándo concurre tal interés es algo que, a estas alturas, sigue suscitando no pocas dudas, pero no existe ninguna de que ese término tiene, en todo caso, un contenido más amplio que el de la estricta titularidad (36). Por

(34) Nada diría, en todo caso, este artículo de la titularidad de los derechos fundamentales que no gozan de la tutela reforzada del recurso de amparo (todos los de la Sección Segunda del Capítulo Primero).

(35) Los debates constituyentes no arrojan ninguna luz sobre el porqué de la extensión de la legitimación a las personas jurídicas y sobre el alcance de la expresión *interés legítimo*. Ambos elementos se incluían ya en el Anteproyecto de Constitución y ni se presentaron enmiendas significativas ni se hizo referencia alguna a estas cuestiones a lo largo de los debates. Véase *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, cit., vol. I, pág. 34.

(36) Sobre el entendimiento por parte del Tribunal Constitucional del «interés legítimo» a los efectos de la interposición de un recurso de amparo véase, por todos, M. BARCELÓ I SERRA-MALERA: «Comentario al art. 46 LOTC», cit.

supuesto que el titular del derecho goza de un interés legítimo suficiente para acudir a la vía del recurso de amparo, pero el constituyente ha querido que éste pueda ser también interpuesto por otras personas —físicas o jurídicas— que se encuentren en una especial relación con su titular. El art. 162.1.b) CE es, por tanto, una norma sobre legitimación y no sobre titularidad de derechos y por muy ligada que la acción está al derecho no parece correcto derivar éste de aquélla (37).

Dicho esto, no puede, sin embargo, desconocerse que el art. 162.1.b) supone, como ha señalado P. Cruz Villalón, «un principio de «apertura» de los derechos fundamentales hacia las personas jurídicas» (38). De hecho, esta ha sido efectivamente la vía que ha servido para introducir en la jurisprudencia constitucional la pregunta por la titularidad de derechos fundamentales de los entes morales. Posibilitada la interposición de recursos de amparo, entidades de distinto tipo y naturaleza han hecho uso de ella sin detenerse, en la mayor parte de los casos, en aclarar si el derecho cuya lesión se denunciaba era propio o ajeno y sin justificar, en el primer caso, de dónde derivaba su titularidad y, en el segundo, por qué ostentaban un interés legítimo. En muchos de estos asuntos (en prácticamente todos durante los primeros años de jurisprudencia) el Tribunal tampoco se planteó estas preguntas, pero en otros, normalmente más complejos, debió enfrentarse con la posibilidad misma de que la entidad recurrente gozara del derecho invocado, bien por la particularidad de éste (39), bien por tratarse de personas jurídico-públicas, cuya capacidad para ser titulares de derechos es especialmente controvertida (40).

Por otra parte, la conexión entre la existencia del recurso de amparo y la discusión sobre la titularidad de derechos por entes personificados tiene una relevancia práctica mayor de la que en un principio cabría esperar. Si bien la posibilidad de acudir a la vía de amparo no parece *a priori* el efecto más importante de la titularidad de derechos fundamentales (más relevante desde el plano

(37) Cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, pág. 95. En realidad, ni de la existencia de acción puede derivarse un derecho [como ha escrito R. ALEXY (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 496) «la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se la describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable»], ni del reconocimiento de legitimación procesal su titularidad.

(38) «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas», *cit.*, pág. 73.

(39) Es el caso, por ejemplo, del derecho a la inviolabilidad del domicilio que dio lugar a la STC 137/1985, primera en la que el Tribunal se detiene con cierta calma en un análisis de alcance más general, y del derecho al honor, cuya problemática se aborda en las SSTC 139 y 183 de 1995.

(40) Así, por ejemplo, en las SSTC 64/1988 y 23/1989.

teórico es la existencia de una limitación al legislador y la posibilidad de acudir a la vía judicial ordinaria), en la práctica la existencia de una vía procesal —y tan cualificada como la del amparo— explica que muchos de esos entes intenten hacer uso de ella y, para conseguirlo, defiendan una titularidad que, en otros casos, no se plantearían. Por otra parte, es en el recurso de amparo donde adquiere más importancia la distinción entre derechos fundamentales y derechos «legales»; ambos pueden ser defendidos ante los tribunales ordinarios sin necesidad de plantearse, en la mayoría de los casos, si se trata de uno u otro tipo de derechos, mientras que sólo los primeros vienen garantizados por la vía extraordinaria del recurso de amparo. Este dato explica, como apuntábamos al comienzo de estas páginas, que sólo en Alemania y España exista un verdadero debate sobre la materia y explica, igualmente, que ni exista jurisprudencia constitucional en España sobre la titularidad de derechos que, siendo también fundamentales, quedan al margen del amparo, ni pueda encontrarse habitualmente en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios referencias al respecto (41).

De este primer análisis de los preceptos constitucionales se desprende que nuestros constituyentes no adoptaron una posición clara sobre el problema de la titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídicas e, incluso que, salvo en aspectos parciales, no llegaron a plantearse la cuestión. Este silencio es, posiblemente, reprochable, pues una cuestión tan básica como la titularidad de derechos fundamentales debió ser directamente resuelta por el constituyente; por otra parte, existía ya la experiencia del modelo alemán, tan próximo al nuestro en materia de derechos fundamentales (42). En todo caso, el problema existe y, puesto que no se puede renunciar a encontrar una respuesta, resulta necesario seguir profundizando.

(41) La excepción la constituye el derecho al honor, cuya titularidad por personas jurídicas ha sido con frecuencia objeto de tratamiento en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y, muy especialmente, del Tribunal Supremo (véase A. M. RODRÍGUEZ GUTIÁN: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Madrid, 1996). Ello se explica, una vez más, por la existencia de una vía específica para su tutela (la de la Ley 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Este dato pone de relieve la estrecha conexión que existe en la práctica entre los intentos de justificar titularidades de derechos fundamentales y la existencia de recursos excepcionales habilitados sólo para la defensa de estos.

(42) I. Lasagabaster ha puesto de relieve que «la titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas no es una cuestión «ideológica», sino que depende del derecho positivo, lo que no siempre se tiene en cuenta» («Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho Público», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, vol. II, pág. 657). En realidad, cabría más bien matizar que, precisamente porque estamos ante una cuestión con una profunda carga ideológica, debería haber sido resuelta por el constituyente.

III. LA PERSONA JURÍDICA COMO TITULAR DE DERECHOS SUBJETIVOS Y DE DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Decir que la persona jurídica es titular de derechos subjetivos no deja de ser una tautología pues la personalidad jurídica supone, básicamente, la capacidad de ser centro de imputación de derechos y obligaciones, ya se entienda que esa capacidad deriva de su propia naturaleza (teorías realistas), ya que es obra del ordenamiento jurídico (teorías de la ficción) (43). En realidad, puede irse más allá y afirmar que los conceptos derecho subjetivo y persona jurídica se exigen mutuamente. Como ha puesto de relieve entre nosotros F. Capilla Roncero se debe acudir a la noción de persona jurídica si se quiere mantener un concepto unitario de derecho subjetivo (44). Este apunta siempre a un sujeto que, en la mayoría de los casos, es una persona individual (que lo ostenta bien en solitario, bien junto a otras personas —cotitularidad—), pero hay situaciones en las que la titularidad del derecho no corresponde a un individuo, o a varios conjuntamente, sino a un *tertium*, integrado por individuos, pero distinto de ellos, o incluso es posible que tal derecho esté vinculado no a una entidad con un sustrato personal sino a una masa de bienes. En todos estos casos, para mantener un concepto unitario de derecho subjetivo, se acude a la figura de la persona jurídica. Ello no deja de plantear problemas, primero porque el concepto de derecho subjetivo supone un poder de voluntad que, en principio, sólo corresponde a las personas físicas; la necesidad de explicar cómo las personas jurídicas ostentan también ese poder es lo que ha dado lugar a la multitud de teorías existentes. Por otra parte, mientras que a los efectos jurídicos sólo hay un tipo de persona física, y la relación entre ésta y los derechos subjetivos es siempre homogénea, en el concepto de persona jurídica se encubren una pluralidad de realidades que se resisten a un tratamiento común; las inexactitudes que se derivan de ese tratamiento conjunto son, sin embargo, el precio que se debe pagar para conseguir «el mantenimiento de un único esquema de derecho subjetivo y de relación jurídica» (45).

Ahora bien, ¿la persona jurídica puede ser titular de cualquier tipo de derechos o sólo de algunos de ellos? La respuesta a este interrogante depende en buena medida del concepto de persona jurídica que se defienda. Para los parti-

(43) La bibliografía sobre el concepto de persona jurídica es tan abundante que ni siquiera tendría sentido ofrecer aquí una selección. Por citar sólo una obra española, siguen siendo de gran utilidad los trabajos de F. de Castro y Bravo recogidos en el volumen *La persona jurídica*, 2.ª ed., Madrid, 1991.

(44) *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1984, pág. 42.

(45) *Id.*, pág. 75.

darios de la teoría de la ficción, el ámbito propio de la persona jurídica es el de los derechos patrimoniales; para las teorías realistas, por el contrario, las personas jurídicas pueden, en principio, ostentar todo tipo de derechos y su capacidad no se distingue de la de las personas individuales salvo en aquellos aspectos en los que el derecho va unido a condiciones que sólo tienen las persona física (así, la persona jurídica no puede contraer matrimonio ni ser titular del derecho de alimentos) (46). En la práctica, el Derecho Civil ha admitido en todos los ordenamientos una amplia capacidad de las personas jurídicas para ser titular de derechos. Ese reconocimiento se ha producido en algún caso en el plano legislativo si bien en la mayoría de los supuestos ha sido consecuencia del trabajo conjunto de jurisprudencia y doctrina científica, que no señalan otro límite que la naturaleza de los derechos. Pero incluso este polémico criterio —que coincide con el utilizado por el art. 19.3 GG— se ha aplicado con gran generosidad, admitiendo la titularidad en muchos casos de los llamados derechos de la personalidad, incluido el derecho al honor (47).

Pero las construcciones a que venimos haciendo referencia se mueven, fundamentalmente, en el ámbito del Derecho Privado, que es en el que tradicionalmente se ha desarrollado el concepto de derecho subjetivo. Se trata de explicar las relaciones entre privados y, por ello, no es posible su trasposición sin más a los derechos fundamentales que son, sobre todo, derechos frente al Estado. Como es bien conocido, la trasposición del concepto de derecho subjetivo al Derecho Público no se produjo hasta bien entrado el siglo XIX por obra de Georg Jellinek. La construcción de Jellinek presenta un especial interés, primero porque, como señala R. Alexy, «es el ejemplo más grandioso de una teorización analítica en el ámbito de los derechos fundamentales» (48); segundo, porque a ideas similares, aunque menos elaboradas, responden también otras construcciones de esta época y, tercero, porque Jellinek admite sin problemas que los derechos públicos subjetivos pueden corresponder tanto a personas físicas como a jurídicas.

Como es sabido Jellinek formula su concepto de derecho público subjetivo en una obra que lleva precisamente por título *System des subjektiven öffentli-*

(46) Véanse, por todos, F. FERRARA: *Teoría de las personas jurídicas*, traducción de la 2.^a edición de E. Ovejero y Maury, Madrid, 1929, págs. 777 y sigs., y F. GALGANO, *Delle persone giuridiche. Art. 11-35*, en A. SCIALOJA y G. BRANCA (dir.): *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1969, págs. 54 y sigs.

(47) Aunque la cuestión es especialmente polémica, nuestro Tribunal Supremo venía admitiendo antes de la entrada en vigor de la Constitución que las personas jurídicas de todo tipo son también titulares del derecho al honor.

(48) *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 261.

chen Rechte (49), en la que expone también su conocida teoría de los *status*. Tras ello, y por lo que ahora interesa, se pregunta Jellinek si ésta puede aplicarse a las personas jurídicas y aborda esta cuestión con un detenimiento y extensión poco habitual. Para definir la persona jurídica parte del concepto de *fin*. El fin es un elemento clave de unidad formal pues es sólo en relación con el fin como las acciones voluntarias del hombre adquieren unidad jurídica y como las colectividades de los hombres son reducidas a una unidad de existencia (50). «Donde existe un fin constante, autónomo, es decir no esencialmente conectado con una persona individualmente determinada, el pensamiento jurídico ve necesariamente un sujeto destinado a proveer a la realización de este fin, sujeto que es elevado al grado de personalidad jurídica mediante su reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico» (51). Partiendo de la idea de fin es posible distinguir dentro de las personas jurídicas entre aquellas en las que el fin viene determinado desde fuera de la comunidad (instituciones) de aquellas otras en la que el fin es inmanente (corporaciones).

A continuación se pregunta Jellinek si la capacidad de las personas jurídicas es la misma que la del individuo y, en caso contrario, cuál es la diferencia. Acude para ello al criterio —que a pesar de su ambigüedad parece ineludible— de la naturaleza: no podrán ser titulares de aquellas pretensiones que presupongan una persona física. Pero en todo cuanto la persona jurídica requiere para la consecución de sus fines una libertad de acción, que no tenga como presupuesto una individualidad psíquica, le debe ser reconocida, como consecuencia de su personalidad y al igual que a los individuos, una esfera libre de la coacción del Estado. En todo aquello en que no sea obstáculo ni la naturaleza misma de las cosas ni disposiciones legales expresas, a las personas jurídicas pertenece una esfera de libertad como al individuo, y, al igual que ocurre con las personas físicas, esta esfera puede ser limitada sólo sobre la base del Derecho (52).

Toda persona jurídica tiene así un *status* pasivo, es decir, está sometida al Estado, aunque el alcance de tal sometimiento y, sobre todo, la posibilidad de exigir responsabilidades por el incumplimiento de sus obligaciones vienen condicionados por la naturaleza misma de la persona jurídica (53). Le corres-

(49) Cuya primera edición apareció en 1892. Nosotros citaremos por la reimpresión de la segunda edición (de 1905) llevada a cabo por Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1963.

(50) *Id.*, págs. 24-25.

(51) *Id.*, pág. 255.

(52) *Id.*, pág. 258.

(53) Alude Jellinek al controvertido tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

ponde además un *status* negativo pues, como ya hemos visto, tiene una esfera de libertad al margen del Estado. En tercer lugar, participan las personas jurídicas de un *status* positivo, que es precisamente el que explica el reconocimiento de personalidad por parte del ordenamiento jurídico. De forma especial —dirá Jellinek— se atribuye a las personas jurídicas al igual que a las personas físicas el derecho a la tutela jurídica. Y, aunque de manera distinta a lo que ocurre con las personas físicas, la persona jurídica tiene también una nacionalidad de la que derivan una serie de pretensiones jurídicas, positivas o negativas, reservadas a los ciudadanos. Es posible, por último, que determinadas personas colectivas tengan un *status* activo como consecuencia de la atribución por parte del Estado del ejercicio de funciones públicas. Las personas jurídico-privadas tienen, por tanto, una posición análoga a la del individuo, con las limitaciones que se derivan de su naturaleza jurídica y de los fines que las mismas están llamadas a cumplir. Tales fines constituyen «el principio básico para establecer los límites jurídicos de la actividad de la asociación» (54).

Distinta es la posición de las personas jurídicas de Derecho público. Estas son para Jellinek aquellas asociaciones a las que corresponden derechos que teóricamente pertenecen a la esfera de la soberanía estatal, y que, en cuanto tales, sólo pueden ser atribuidos por el Estado. En esas relaciones concretas, la persona jurídico-pública viene a ocupar la posición del Estado y, al igual que a éste, le corresponden unos derechos frente a sus miembros, quienes se encuentran respecto de la asociación en una posición análoga a la de los ciudadanos respecto del Estado. A la vez, les corresponden unos derechos frente al Estado en aquellos ámbitos en los que son competentes (55). La situación es, por tanto, bien distinta de la de las personas jurídico-privadas, y distinta es también la causa del reconocimiento de derechos subjetivos.

A conclusiones semejantes —aunque por una vía distinta— llega también H. Kelsen, quien coincide con Jellinek en no admitir más derechos que los reconocidos por el ordenamiento jurídico pero rechaza, sin embargo, su concepto de derecho subjetivo (56). Como es sabido, para Kelsen los derechos subjetivos no son sino reflejo del Derecho objetivo y consisten fundamentalmente en una facultad de *accionar*, de poner en marcha a la administración estatal; el derecho no es sino la contrapartida de un deber que tienen otra u otras personas y que deben cumplir bien voluntariamente, bien como consecuencia de la coac-

(54) *Id.*, pág. 262.

(55) *Id.*, págs. 263 y sigs.

(56) Véase su *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, traducción de Wenceslao Roces, México, 1987, págs. 517 y sigs.

ción estatal. Esa facultad de accionar puede ser reconocida tanto a personas físicas (que para Kelsen no son sino personas jurídicas) como a las que habitualmente se califica como personas jurídicas (57). En este último caso el llamado derecho de la persona jurídica es reconducible, en última instancia, a un derecho o un deber de una persona física: «declarar que una sociedad, en cuanto persona jurídica, tiene un derecho relativo o absoluto, significa que determinado individuo o un número indeterminado de individuos están obligados por el “derecho del Estado” a cierta conducta frente a la sociedad, y que, en caso de que la obligación no sea cumplida, deberá ejecutarse una sanción a consecuencia de una demanda presentada “por la sociedad”, es decir por el individuo designado en los estatutos de la misma (...). Pero hay —sigue afirmando Kelsen— una diferencia entre tener una obligación frente a un solo individuo, y tenerla frente a varios individuos en su calidad de miembros de la persona colectiva. La diferencia reside en la manera en que las obligaciones correlativas de los derechos se hacen efectivas, cuando son violadas. En el caso de un derecho de la sociedad, la sanción que constituye la obligación correspondiente no puede ser puesta en movimiento por cualquiera de los individuos frente a los cuales, como miembros de la sociedad, se tiene un deber jurídico, sino sólo por aquel a quien los estatutos de la sociedad autorizan a comparecer ante los tribunales en representación de ésta» (58).

Otra diferencia entre la persona individual y la persona colectiva radica, para Kelsen, en la forma en que el derecho es ejercitado. «El derecho de una persona jurídica —escribe— es el de los individuos cuya conducta está regulada por el orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad que se presenta como persona. El derecho, sin embargo, no es ejercitado a voluntad por aquellos individuos. El orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad determina la forma en que deberá ejercitarse. Aquellos individuos no tienen el derecho en la forma usual, es decir, individualmente, sino en forma colectiva» (59).

En las construcciones de Jellinek y Kelsen, que serán sin duda las más importantes de su época, se produce un amplio reconocimiento de la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de derechos públicos. Sin embargo, los presupuestos que están en la base de ambas construcciones son radicalmente distintos a los que, como enseguida veremos, subyacen a la noción de derecho fundamental. Esos presupuestos son los propios de un Estado legal —o formal,

(57) Cfr. *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, México, 1988, págs. 119 y sigs.

(58) *Id.*, pág. 120.

(59) *Id.*, pág. 121.

en el caso de Kelsen— de Derecho (60) en el que los derechos de los ciudadanos no son límite frente al Estado. Estos derechos nacen con la ley y no tienen otra garantía que el principio de legalidad (61). La Constitución es concebida como norma meramente procedimental y los derechos en ella proclamados se traducen, en la gráfica expresión de Jellinek, en «libertad de coacciones ilegales» (62), desapareciendo todo contenido material (63). Esta visión formal de los derechos, que perdura aún en buena medida en el período de entreguerras (64), resulta fácilmente compatible con el reconocimiento de su titularidad a las personas jurídicas pues lo que importa no es tanto el sustrato material como la decisión del legislador. No resulta, sin embargo, posible sacar de aquí conclusiones extrapolables a los derechos fundamentales. Es verdad que estos tienen una estructura similar a los derechos públicos subjetivos (son sustancialmente derechos frente al Estado judicialmente garantizados) pero aquí terminan los parecidos (65).

IV. LAS DIFICULTADES PARA APLICAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. *El significado «histórico» de los derechos fundamentales*

Dentro y fuera de nuestras fronteras, autores de especial solvencia vienen insistiendo en la necesidad centrar los estudios dogmáticos sobre derechos fundamentales en un sistema concreto. Conocida es la distinción de R. Alexy entre cuestiones ético-filosóficas, planteadas con independencia de un orden jurídico positivo, y jurídico-dogmáticas que son las vinculadas a un ordenamiento concreto (66), y si bien en el ámbito de los derechos fundamentales ambos ti-

(60) Véase G. ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, cit., págs. 21 y sigs., y M. ARAGÓN REYES: «Constitución y derechos fundamentales», en *Estudios de Derecho Constitucional y Ciencia Política. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Murcia, 1997, págs. 93 y sigs.

(61) Cfr. F. RUBIO LLORENTE: «Los derechos fundamentales», cit., pág. 2, y G. ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, cit., pág. 48.

(62) *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., pág. 103.

(63) Cfr. R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 503-504.

(64) En Weimar los derechos seguirán teniendo el contenido que determine el legislador. Precisamente por ello elabora C. Schmitt en esta época su idea de garantía institucional, que pretende introducir un cierto límite a la capacidad definidora de la ley.

(65) En realidad, no deja de resultar impropio denominar a estos derechos, como con frecuencia se hace, derechos fundamentales. En el siglo XIX estos sólo existen, en sentido estricto, en América.

(66) *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 174-175.

pos de tratamientos son posibles —y resultan, de hecho, complementarios—, desde el momento en que los derechos se han positivado el segundo planteamiento es el adecuado para el jurista. La determinación de cuáles son en nuestro ordenamiento los derechos fundamentales, cuáles las notas que los caracterizan y qué consecuencias se deducen de su identificación en una concreta relación jurídica son cuestiones que deben resolverse desde nuestro Texto constitucional (67).

Dicho esto, debe sin embargo insistirse en que no parece posible un adecuado entendimiento de los derechos fundamentales «en» nuestra Constitución sin una comprensión más general de lo que éstos significan en abstracto; o, por seguir con la terminología de Alexy, el estudio jurídico-dogmático de los derechos fundamentales no resulta posible sin su comprensión ético-filosófica (68). No cabe ninguna duda de que es el Texto constitucional el que resulta determinante para el Derecho, pero su recto entendimiento sólo se alcanza cuando se comprenden también los presupuestos de los que la Constitución parte. Toda Constitución se elabora y aprueba en unas determinadas coordenadas espacio-temporales y sólo en ese marco es posible su correcta comprensión, lo que no significa ni una apuesta por el originalismo en la interpretación constitucional ni una vinculación insoslayable de los preceptos constitucionales al significado histórico de los conceptos que en ellos se emplean. La realidad que subyace a la norma es una realidad cambiante y es precisamente la posibilidad de incorporar a la interpretación y aplicación de los preceptos esa nueva percepción de los datos externos lo que permite en muchas ocasiones adaptar la letra de la Constitución a las nuevas exigencias sociales sin necesidad de acudir a la reforma. Pero al mismo tiempo, la adecuada comprensión de las instituciones sólo puede alcanzarse desde fuera de la norma, y si ello puede afirmarse con carácter general de buena parte de las instituciones que la Constitución regula (69), con mayor motivo debe tenerse presente en el

(67) Cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales...*, cit., págs. 17-18. Véase también J. ISENSEE: «Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung», en J. ISENSEE y KIRCHHOFF (Hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V (*Allgemeine Grundrechtslehre*), Heidelberg, 1992, págs. 371-374.

(68) En realidad, cabría hablar más bien de un planteamiento dogmático que, sin referencia a un sistema jurídico concreto responde, no obstante, a principios jurídicos y no meramente filosóficos. La noción de derecho fundamental o de contenido esencial, las teorías de los límites de los derechos o el problema de su eficacia entre particulares son cuestiones todas ellas que pueden ser objeto de un análisis dogmático en cierto modo independiente de un ordenamiento jurídico concreto. Como ha destacado J. JIMÉNEZ CAMPO (*Derechos fundamentales...*, cit., pág. 19): «sólo el pensar dogmático está en condiciones de proporcionar un concepto general de "derecho fundamental"».

(69) Basta pensar en instituciones como el Parlamento o la Corona.

caso de los derechos fundamentales. No es ésta, en modo alguno, una categoría vacía de contenido sino que la Historia (que en el Derecho incluye tanto los acontecimientos como las construcciones dogmáticas) la ha dotado de unos contornos que han constituido el punto de partida del constituyente. Es más, cabe afirmar que, en este caso, el propio autor de la Constitución ha querido mantener viva esa apertura a elementos no positivados (70). Primero, a través de la vinculación de los derechos fundamentales que el art. 10.1 CE hace con la dignidad de la persona, que «permite afirmar que el constituyente partió de una determinada idea de la naturaleza humana» (71); segundo, mediante la incorporación de la idea de contenido esencial (art. 53.1 CE), que supone la vinculación del legislador a valores materiales o, si se prefiere, a la tradición (72).

Los derechos fundamentales son «una forma histórica de aseguramiento jurídico de la libertad» (73) y, en este sentido, engarzan en una larga tradición en la que no faltan importantes precedentes. Sin embargo, puede afirmarse que se trata de una categoría radicalmente nueva, que nace con el primer constitucionalismo y alcanza su pleno desarrollo —no sin grandes transformaciones— en la Europa de la segunda posguerra y que resulta perfectamente distinguible de otras formas de garantía de posiciones subjetivas, incluidos los derechos públicos subjetivos. Los derechos fundamentales comparten con éstos una estructura similar: son garantías jurídicas de pretensiones y posiciones del individuo frente al Estado, suponen un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de una facultad —*posse*, en la terminología de G. Jellinek— y llevan consigo la posibilidad de exigir su tutela ante los órganos judiciales. Cabe, incluso, afirmar que la teoría de los derechos públicos subjetivos ha aportado buena parte de los elementos necesarios para la articulación jurídica de los derechos fundamentales, pero a partir de aquí las diferencias son importantes. El derecho público subjetivo se construye, como hemos visto, desde el Estado, que es

(70) De sistema «no cerrado» habla J. ISENSEE («Grundrechtsvoraussetzungen...», cit., pág. 373), para quien los derechos del hombre (no positivados) actúan respecto de los derechos fundamentales (los recogidos en la Ley Fundamental de Bonn) como criterios interpretativos, como correctivos críticos, como impulso de la eficacia de los derechos fundamentales y como reserva para el caso de que se aprecien lagunas en la Constitución.

(71) F. RUBIO LLORENTE: «Los derechos fundamentales», cit., pág. 5.

(72) J. JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales...*, cit., págs. 71 y sigs.

(73) D. GRIMM: «Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft», en J. KOCKA (dir.): *Bürgertum im 19. Jahrhundert*, vol. I, Munich, 1988, págs. 340-371, recogido ahora en D. GRIMM: *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1991, págs. 67-100, pág. 67.

el que concede los derechos (74); la noción de derecho fundamental se elabora desde el hombre, desde su dignidad y libertad, que son presupuesto del Estado. Y esta diferencia en la justificación no queda en el plano teórico sino que tiene como importante consecuencia jurídica la imposición de los derechos también al legislador, nota ésta que resulta definitiva de los derechos fundamentales y que supone algo más que un cambio cuantitativo en la forma de entender los derechos: no se trata de limitar a un poder más (los derechos públicos subjetivos habrían servido para limitar al ejecutivo y los derechos fundamentales serían la fórmula para limitar al legislativo) sino de situar los derechos por encima de todo poder constituido, incluidas las mayorías parlamentarias (75).

Aunque tampoco en este terreno caben simplificaciones, y siendo forzoso admitir que en el concepto de derechos fundamentales pueden encontrarse materiales de muy diversa procedencia, su origen próximo debe, sin duda, buscarse en el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII y, muy especialmente, en las formulaciones ya más precisas de Locke y Blackstone. Sin embargo, en este estadio no cabe tampoco hablar con propiedad de derechos fundamentales. Estamos ante derechos humanos que sólo se convierten en fundamentales cuando se les dota de eficacia jurídica mediante su incorporación a una Constitución normativa (76) (aunque en sentido estricto tampoco es del todo adecuado hablar de los derechos como una realidad exterior a la Constitución e incorporada a ésta puesto que la propia idea de Constitución, tal y como es entonces entendida, exige los derechos). De esta forma se da veste jurídica a la idea de unos derechos anteriores al Estado e indisponibles para él. Los derechos dejan de ser meras reglas o exigencias morales para convertirse en Derecho vinculante (77). Esta transformación de los derechos naturales en constitu-

(74) Como señala G. ZAGREBELSKY (*El derecho dúctil*, cit., pág. 49), «el siglo XIX no ha sido el siglo de los derechos individuales inviolables o "fundamentales", es decir, previos a la autoridad pública como acaso lo fuera, en cambio, el siglo XVIII, con su impronta iusnaturalista. Y no podía serlo porque era, por el contrario, el siglo de la fuerza del Estado o del Estado-fuerza».

(75) «El sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella» (R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 412).

(76) Véase M. KRIELE: *Introducción a la Teoría del Estado*, traducción de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, 1980, págs. 205 y sigs.; ID.: «Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte», en *Öffentliches Recht und Politik. Festschrift für Hans Ulrich Scupin*, Berlín, 1973, págs. 187 y sigs., y K. STERN: «Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOFF: *Handbuch des Staatsrecht*, cit., vol. V, págs. 11 y sigs. Los derechos fundamentales son, por tanto, derechos del hombre constitucionalizados.

(77) Véase G. STOURZH: «Die Begründung der Menschenrechte im englischen und amerikanischen Verfassungsdenkes des 17. und 18. Jahrhunderts», en E. W. BÖCKENFÖRDE y R. SPAEMANN (dir.): *Menschenrechte und Menschenwürde*, Stuttgart, 1987, pág. 79.

cionales se llevó a cabo, como ha señalado G. Stourzh (78), en dos etapas sucesivas: fundamentalización y constitucionalización. La primera se produce en la Inglaterra de los siglos XVII y XVIII y supone la aceptación de que los derechos son parte esencial —«fundamental»— del orden jurídico. Pero el modelo resultaba todavía incompleto, primero porque en Inglaterra los derechos seguían siendo en buena medida «derechos de los ingleses» y no derechos del hombre (79); segundo, por las peculiaridades del sistema jurídico inglés con su Constitución no escrita. Fuera de Inglaterra la fundamentalización no puede ser eficaz sin la constitucionalización, y éste será el segundo proceso, que se produce en Estados Unidos y Francia a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, primero a través de las Declaraciones de Derechos y después mediante su incorporación a la Constitución.

¿Cuáles son las notas que caracterizan estos nuevos derechos que ya pueden calificarse como fundamentales? (80). Desde un punto de vista adjetivo o formal son aquellos que gozan de una tutela reforzada que conducirá incluso al establecimiento de cauces para controlar al propio legislador. Desde el punto de vista material —el que ahora más nos interesa— los derechos fundamentales se caracterizan por ser derechos del individuo, por ser derechos frente al Estado y por ser derechos de libertad o de defensa. En primer lugar, derechos del hombre, que le corresponden no por su condición o *status* ni tampoco le son otorgados por el Estado, sino que derivan de su propia naturaleza. Aunque para las corrientes iusnaturalistas tanto los individuos como determinadas instituciones o grupos (la familia, el municipio, etc.) tienen derechos que les son inherentes, las primeras Declaraciones se refieren exclusivamente al individuo: los derechos corresponden al hombre en cuanto tal y derivan de su naturaleza (y de aquí su carácter universal). La Declaración francesa se denomina precisamente Declaración de los derechos del *hombre* y del *ciudadano* (sujeto individual, en todo caso); su art. 1 proclama que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», y en su art. 2 se habla de los «derechos naturales e imprescriptibles del hombre». Y lo mismo ocurre con la Declaración de Vir-

(78) «Die Begründung...», *cit.*, págs. 78 y sigs. Véase también P. CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *cit.*, págs. 43 y sigs.

(79) Cfr. G. STOURZH: «Die Begründung...», *cit.*, pág. 83.

(80) Esa denominación no llegó, sin embargo, hasta más tarde y vino de Alemania; la expresión es utilizada por primera vez por la Constitución del Imperio de 28 de marzo de 1849 (*Paulskirchenverfassung*) y se consagrará de forma definitiva con la Ley Fundamental de Bonn (cfr. P. CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *cit.*, pág. 56). Sobre el alcance de la declaración de derechos de la Constitución de 1849 véanse G. JELLINEK: *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, *cit.*, págs. 66-67, y C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, traducción de Francisco Ayala, Madrid, 1982, pág. 166.

ginia cuyo artículo primero establece «que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad».

En segundo lugar, derechos frente al Estado o, en un sentido más amplio, frente al poder público. Operan siempre en una dimensión vertical, Estado-ciudadano, y no en las relaciones entre los individuos, que están regidas por la autonomía privada, tan querida del liberalismo burgués. En esa relación, por último, lo que se pide al Estado es su abstención, su no intromisión en la esfera privada. La estrecha vinculación de los derechos fundamentales a la naturaleza humana parece excluir su titularidad por entes distintos de la persona física. Por otra parte, el liberalismo que está en la base del movimiento constitucionalista estaba impregnado de un marcado individualismo. Se trataba, en palabras de M. García Pelayo, de «una concepción para la cual el individuo y no los grupos constituyen la verdadera esencia; los valores individuales son superiores a los colectivos, y el individuo, en fin, decide su destino y hace la Historia» (81). Este profundo individualismo teórico se acentuaba además en Francia por razones históricas. El Antiguo Régimen se había caracterizado por la existencia de un gran número de cuerpos intermedios que habían agudizado las diferencias entre los ciudadanos. La situación la explica A. de Tocqueville en el Capítulo IX de *El Antiguo Régimen y la Revolución*, que lleva el significativo título de «Cómo estos hombres tan semejantes estaban más separados que nunca en pequeños grupos extraños e indiferentes entre sí» (82). Al analizar la situación del siglo XVIII señala que, a la vez que se había producido una cierta homogeneización entre todos los hombres, habían proliferado en Francia una

(81) *Derecho Constitucional Comparado*, 1.ª ed., Madrid, 1950, págs. 122-123. «Las Declaraciones de derechos —afirma igualmente N. Pérez Serrano— fueron individualistas a ultranza. O no se veía lo colectivo, o deliberadamente se proscibía. La asociación, el grupo, cuanto se interpusiera entre el Individuo y el Estado constituía riesgo para éste, y acaso quebranto para aquél. La mejor defensa de los derechos del hombre consistía en afirmar vigorosamente su personalidad, sin que ningún vínculo o ligamen la coartara (...). La asociación era un enemigo de la libertad personal; la familia sólo interesaba al Derecho privado, los Municipios no pasaban de ser circunscripciones administrativas, probablemente artificiales, creadas *commoditatis causa* para mejor servicio del Estado» (*Tratado de Derecho Político*, 2.ª ed., Madrid, 1984, pág. 673). Véase también M. FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, traducción de M. Martínez Neira, Madrid, 1996, págs. 35 y sigs.

(82) Citamos por la traducción de D. Sánchez de Aleu, Madrid, 1982, vol. I, págs. 113 y sigs.

multitud de corporaciones separadas unas de otras por pequeños privilegios. De un lado se mantiene una fuerte división entre nobleza, burguesía y pueblo y, así, se da la paradójica situación de que, si bien las barreras entre estas clases se han hecho en el siglo XVIII «fácilmente franqueable[s]», al mismo tiempo aparecen «siempre fija[s] y visible[s]». Pero además, dentro de la burguesía se pueden observar «infinitas divisiones. Parece —escribe Tocqueville— como si el pueblo francés fuera uno de esos supuestos cuerpos simples en los que la química moderna descubre nuevas partículas separables a medida que los examina más de cerca» y cada uno de esos grupos lucha denodadamente por adquirir los más pequeños privilegios. «La vanidad natural de los franceses —si-gue diciendo, en tono ya marcadamente crítico— se acentúa y agudiza con el incesante rozamiento producido por el amor propio de estas pequeñas corporaciones, olvidándose con ello el legítimo orgullo del ciudadano (...). Nuestros padres no conocían la palabra *individualismo*, que nosotros hemos inventado para nuestro uso, porque en sus tiempos no había individuo que no perteneciera a un grupo y que pudiera considerarse absolutamente solo» (83).

Por su individualismo teórico y por una situación de rechazo hacia lo que en el Antiguo Régimen había supuesto el mantenimiento de privilegios de clase o grupos, la Revolución se caracterizó por una fuerte *phobie des groupements* (84) que tuvo importantes consecuencias prácticas (85). Así, el derecho de asociación no fue recogido en la Declaración de 1789 (86); el 2 de marzo de 1791 se aprueba el Decreto Allerde que suprime las corporaciones, y mediante el Decreto de 14/17 de junio la conocida ley Le Chapelier, que prohíbe las asociaciones de trabajadores y declara que «la aniquilación de todas las corpora-

(83) Id., págs. 122-123.

(84) Como recuerda FEDERICO DE CASTRO (*La persona jurídica*, cit., pág. 169), esta fobia venía de antiguo: «Hobbes había definido el exclusivismo de la soberanía (*cuius persona cunctorum persona est*), como que no permite la existencia de grupos o comunidades independientes, so pena de dividir el Estado, creando *civitas in civitate* (*The Leviathan*, 1.^a ed., 1651, c. 22). ROUSSEAU que ve en el Estado un *corps moral collectif, personne morale, personne publique* (*Du contract social ou Principes de Droit Politique*, 1, 6; 1, 7; 2,4, ed. 1762, págs. 19, 23, 39), condena las “assotiations partielles” y a la Iglesia católica, porque según él rompen la unidad social (2, 3; 4, 8, págs. 27, 194), pues para “obtener bien el enunciado de la voluntad general importa que no haya sociedad parcial entre el Estado y cada ciudadano” (2, 4, pág. 38)». Sobre las ideas de Rousseau acerca de las asociaciones y su influencia en la Revolución véase F. MÜLLER: *Korporation und Assoziation*, Berlín, 1965, págs. 44 y sigs.

(85) Nuestro propio Tribunal Constitucional se ha referido en más de una ocasión a esta recelo del Estado liberal hacia el fenómeno asociativo (véanse, por ejemplo, las SSTC 67/85, FJ. 3.^o B y 115/87, FJ. 3.^o).

(86) Cfr. G. JELLINEK: *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, cit., pág. 89, y C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, cit., pág. 166.

ciones de ciudadanos de un mismo estado o profesión era una de las bases fundamentales de la Constitución francesa», de forma que la Constitución de 3 de septiembre de 1791 podrá proclamar en su Preámbulo que «ya no hay cofradías ni corporaciones de profesiones artes y oficios». En los Estados Unidos no existió una fobia semejante pero sí una cierta desconfianza e inseguridad que se tradujo en que tampoco allí el derecho de asociación se incluyó ni en las Constituciones de los Estados ni en las diez primeras enmiendas de la Constitución Federal (87).

Es evidente que en esa coyuntura no era siquiera imaginable que alguien se planteara la titularidad de derechos fundamentales por entidades asociativas. Por otra parte, el concepto de persona jurídica aún no había alcanzado el suficiente desarrollo. Sin embargo, los problemas para aceptar esa titularidad derivan —o al menos derivaban entonces— no sólo de esas circunstancias coyunturales sino, fundamentalmente, del propio entendimiento de los derechos fundamentales como derechos ligados a la naturaleza humana, con un importante contenido filosófico moral que hace que se les califique como «sagrados e inviolables».

A lo largo del siglo XIX se fue superando en buena medida la prevención frente a los grupos. Pronto se constitucionalizó también el derecho de asociación (primero en Bélgica y enseguida en otros países europeos) y el movimiento codificador, que inicialmente en Francia había ignorado a las personas jurídicas, admitió finalmente su existencia y procedió a una regulación cada vez más detallada de las mismas (88). Por otra parte, en la segunda mitad del siglo XIX se producirá en Europa una importante reacción frente al individualismo liberal por parte, de un lado, de los movimientos obreros de inspiración socialista —con el nacimiento de los sindicatos y organizaciones de trabajadores— y, de otro, de un cierto nuevo corporativismo en el que influirán corrientes de distinta índole. En el terreno jurídico se desarrollan también en esta época las teorías institucionalistas de Hauriou y Romano.

Esta superación del individualismo liberal no se tradujo, sin embargo, en un reconocimiento de derechos constitucionales a las entidades asociativas por el Derecho positivo. Existen algunas excepciones como, por ejemplo, el derecho de petición; y en Alemania se reconoció la capacidad de ser titulares de

(87) Cfr. F. MÜLLER: *Korporation und Assoziation*, cit., págs. 24 y sigs. y J. D. KÜHNE: «Die französische Menschen- und Bürgerrechtsklärung im Rechtsvergleich mit den Vereinigten Staaten und Deutschland», en *JöR*, núm. 39, 1990, págs. 18-19.

(88) Sobre la persona jurídica en la codificación, especialmente en la española, véanse F. DE CASTRO Y BRAVO: *La persona jurídica*, cit., págs. 186 y sigs., y F. CAPILLA RONCERO: *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, cit., págs. 22 y sigs.

ciertos derechos públicos a algunas entidades, en concreto, a iglesias, universidades y municipios, pero se trata de entidades concebidas como corporaciones de Derecho Público de acuerdo con una arraigada tradición que perdura hasta nuestros días pero que resulta extraña a otros ordenamientos (89). Por otra parte, la noción de persona jurídica que tiene en esta época su momento de máximo esplendor se desarrolla en el ámbito del Derecho Privado; sus garantías no están en la Constitución y en los derechos en ella reconocidos sino en la ley y, muy especialmente, en los Códigos Civil y de Comercio, sin que sea posible encontrar referencia alguna a su capacidad de ser titulares de los derechos constitucionalmente garantizados. La entrada de las personificaciones jurídicas en el Derecho público se producirá a finales del siglo XIX y no en el ámbito de los derechos fundamentales sino en el de la organización estatal (90).

En la Alemania de Weimar no se produjo tampoco un gran debate sobre la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de los derechos reconocidos en la Constitución de 1919 (91). En el plano normativo, cabe destacar que la Constitución de Baviera, de 14 de agosto de 1919, reconocía en su § 93.1 a cada súbdito y a cada persona jurídica que tuviera su sede en Baviera, el derecho a presentar un recurso ante el Tribunal Supremo (*Staatsgerichtshof*) contra actuaciones de autoridades públicas que lesionaran sus derechos con infracción de la Constitución. Se trataba de un reconocimiento de legitimación procesal en el que algunos han visto un reconocimiento mediato de la capacidad de titularidad de derechos fundamentales (92). En cuanto a la doctrina científica, pueden encontrarse ya en este momento algunos pronunciamientos sobre

(89) No se produjo en Alemania una reacción contra las corporaciones similar a la francesa. De hecho, el romanticismo alemán se mostró siempre contrario a los principios de la Revolución y mantuvo una visión impregnada de corporativismo (véase, por todos, el trabajo de F. MÜLLER: *Korporation und Assoziation*, cit., *passim*).

(90) Sobre las razones por las que la persona jurídica no había salido del Derecho Privado y sobre algunas propuestas para su extensión al ámbito del Derecho Público véase BERNATZIK: «Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere», *AöR*, núm. 5, 1980, págs. 169-318.

(91) Según pone de relieve K. STERN (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pág. 1094) en la obra básica sobre los derechos fundamentales en WEIMAR [H.C. Nipperdey (dir.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, 1929], la cuestión sólo es abordada por F. Stier-Somlo que, en su comentario al art. 109 CW, rechaza la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de derechos (vol. I, pág. 159). En su conocida obra sobre la igualdad ante la ley, G. LEIBHOLZ sostiene, sin embargo, que también las personas jurídicas ostentan este derecho (cfr. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1.ª ed., Berlín, 1925, págs. 85 y sigs.).

(92) Cfr. A. VON MUTIUS: «Comentario al art. 19.3 GG» (1975), en *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, vol. III, pág. 4.

el tema, si bien las referencias son normalmente breves y no cabe hablar de un verdadero debate. Algunos autores adoptaron una postura favorable y entre ellos cabe destacar a F. Giese (93), E. Forsthoff (94) o L. Gebhard (95); este último llegó a afirmar, en términos que recuerdan al art. 19.3 GG, que las personas jurídicas con sede en Alemania debían gozar de derechos fundamentales sin más limitación que la que derivase de la naturaleza de los derechos. Sin embargo, el sector dominante, influido por la figura de C. Schmitt, se pronunció en contra (96). Enlaza Schmitt con la concepción individualista del primer liberalismo y niega que los derechos (especialmente los de libertad) puedan ser de titularidad de «corporaciones, asociaciones o colectividades en cuanto tales», de otro modo, afirma, se cambiaría la democracia republicana de la Constitución por un Estado plural de asociaciones (*ein pluralistischer Verbandstaat*). No excluye determinadas garantías para las entidades asociativas, pero entonces, afirma, no tienen un carácter de derecho fundamental sino de excepción o privilegio (97). En cuanto a los derechos subjetivos que la Constitución garantiza a ciertas instituciones —por ejemplo los derechos de las Universidades o de los municipios— no los considera como verdaderos derechos fundamentales: «dentro del Estado no pueden darse derechos de una *comunidad*, natural u organizada»; esos derechos no «son más que derechos legal-constitucionales, no auténticos derechos fundamentales en el sentido del principio del Estado burgués de Derecho» (98).

(93) Cfr. *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, Berlín, 1931, pág. 244. No obstante, Giese se mueve aún dentro de la noción de derecho público subjetivo; los derechos y deberes fundamentales surgen de la relación de ciudadanía (*Staatsangehörigkeitsverhältnis*) y como ejemplo de derecho fundamental de persona jurídica se refiere a la autonomía de los municipios (art. 127 WRV).

(94) Cfr. *Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat*, Tübinga, 1931, pág. 107. Forsthoff tiene una visión de los derechos fundamentales más cercana a la de C. Schmitt. Entiende que los derechos son derechos del hombre y excluye su extensión al ámbito de los entes públicos, pero en relación con las personas jurídicas privadas se limita a afirmar que existen especiales motivos para extender a ellas la protección de los derechos fundamentales.

(95) Cfr. *Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reichs*, Munich/Berlín/Leipzig, 1932.

(96) Véase K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., págs. 1092 y sigs., y W. W. SCHMIDT: *Grundrechte und Nationalität juristischer Personen*, Heidelberg, 1966, págs. 21 y sigs.

(97) Cfr. «Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteiles der Reichsverfassung», en G. ANSCHUTZ y R. THOMA: *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübinga, 1932, pág. 594.

(98) *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 177-178, cursiva en el original.

2. *El entendimiento de los derechos fundamentales en nuestra Constitución*

Como muchas veces se ha puesto de relieve, las Constituciones europeas de la posguerra vuelven a recuperar el primigenio concepto de derecho fundamental, especialmente en lo que se refiere a la limitación del legislador, que se dota de una especial eficacia a través de la noción de contenido esencial del derecho (introducida por el art. 19.2 GG y recogida después en el art. 53.1 CE) y de la generalización del control de constitucionalidad de las leyes que permite hacer efectiva esa limitación. En esta nueva concepción se ha reforzado aún más la idea de que los derechos son derechos del hombre, derivados de su dignidad e inseparables de su naturaleza y, por ello mismo, anteriores al Estado (99). El art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn es, en este sentido, paradigmático. Según su apartado primero «la dignidad del hombre es intangible» y en el apartado segundo se proclama que «el pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos de hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia del mundo». El Tribunal Constitucional Federal alemán no ha dudado en afirmar que los derechos fundamentales, tanto por su origen como por su contenido actual son, en primer lugar, derechos individuales, derechos del hombre y del ciudadano, que tienen por objeto la protección de ámbitos particularmente amenazados (100). A similares principios responde la Constitución italiana, cuyo art. 2 se refiere asimismo a «los derechos inviolables del hombre».

Treinta años después, nuestro Texto constitucional tomó casi literalmente las referencias de la Ley Fundamental de Bonn a «la dignidad de la persona» y a «los derechos inviolables que le son inherentes» y, aunque el art. 10 CE habla de «persona» y no de «hombre», el tenor literal del precepto no deja ninguna duda de que por persona se entiende la persona física. Esa vinculación entre derechos fundamentales y dignidad de la persona ha sido desta-

(99) La invocación a la dignidad de la persona, habitual en los textos constitucionales de posguerra y en algunos Documentos internacionales (Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas o art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948), tiene una justificación inequívoca en las experiencias de la guerra recién terminada y, como ha puesto de relieve G. ZAGREBELSKY (*El derecho dúctil*, cit., pág. 73), responde más al iusnaturalismo cristiano-católico que al racionalista. Sobre las raíces cristianas de las garantías de la dignidad humana y su influencia en el proceso constituyente alemán véase Ch. STARCK: «Comentario al art. 1 GG», en H. v. MANGOLDT, F. KLEIN, CH. STARCK: *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, vol. I, Munich, 1999, págs. 34 y sigs.

(100) BVerfGE 50, 290 (337).

cada con frecuencia tanto por el Tribunal Constitucional (101) como por la doctrina (102).

Esta trascendencia de la dignidad humana como fundamento de los derechos parece dificultar su atribución a la persona jurídica. Si los derechos son «consecuencia y expresión de esa dignidad» (103) difícilmente podrían ser reconocidos a entidades que carecen de ella. Los derechos fundamentales son derechos del hombre constitucionalizados y hombre es sólo la persona física. Este entendimiento de los derechos ha llevado por, por ejemplo, a G. Dürig ha hablar de una cierta contradicción entre los arts. 1 y 19.3 GG que sólo podría resolverse dirigiendo en cada caso la mirada hacia las personas físicas que están detrás del ente personificado (*Durchgriff*) (104).

Estos planteamientos resultan sin embargo parciales y desconocen que tanto la Constitución alemana como la italiana y, con ellas, nuestra Norma fundamental están lejos del entendimiento liberal e individualista de los derechos propio de la revolución burguesa y defendido por autores como Carl Schmitt. Superados los prejuicios decimonónicos contra el fenómeno asociativo, hay en estos Textos una proclamación sin ambages del derecho de asociación, y algunas de las entidades creadas en el ejercicio de tal derecho —partidos políticos y sindicatos principalmente— son proclamadas como elementos indispensables del orden político y social (105). Por otra parte, tanto la Constitución italiana (art. 2)

(101) «Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos “que le son inherentes”. La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan esos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos» (STC 53/1985, FJ. 3.º). Véanse, además, las SSTC 120/1990, FJ. 4.º y 57/1994, FJ. 3.º A.

(102) Véase, por todos, J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *REP*, núm. 71, 1990, pág. 88 y la Voz «Dignidad de la persona», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, vol. II, págs. 2489 y sigs.

(103) CH. STARCK: «Comentario al art. 1 GG», *cit.*, pág. 87. Sobre la vinculación entre derechos fundamentales y dignidad humana en la Ley Fundamental de Bonn véase además G. DÜRIG: «Comentario al art. 1 GG» (1958), en TH. MAUNZ y G. DÜRIG: *Grundgesetz. Kommentar*, Munich, vol. I, págs. 26 y sigs.; K. STERN: «Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte», *cit.*, págs. 5 y sigs.; y H. DREIER: «Comentario al art. 1 GG», en H. DREIER (dir.): *Grundgesetz. Kommentar*, Tubinga, 1996, vol. I, pág. 138.

(104) «Comentario al art. 19.3 GG» (1977), en T. MAUNZ y G. DÜRIG: *Grundgesetz. Kommentar*, *cit.*, págs. 5 y sigs.

(105) Arts. 6 CE, 49 CI y 21 GG en relación con los partidos políticos y arts. 7 CE, 39 CI y 9.3 GG respecto de los sindicatos.

como la española (art. 9.2) contienen referencias expresas a la importancia de los grupos o formaciones sociales para el ejercicio de los derechos, y otros Textos constitucionales han ido más allá y han reconocido, según venimos viendo, la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas nacionales (art. 19.3 GG y 12.2 Constitución portuguesa) (106). Como ya hemos visto, en nuestra Constitución no existe tal reconocimiento general pero sí la proclamación de determinados derechos de algunas personas jurídicas (arts. 16.1 27.10, 28.1) y llamadas a grupos y organizaciones privadas para que participen en la toma de decisiones políticas o en la gestión de los asuntos públicos (arts. 20.3, 51.2, 52, 105 y 131). No hay, por tanto nada parecido a un individualismo extremo ni cabe admitir una contraposición entre persona natural y colectiva: ésta se encuentra siempre al servicio de los intereses de aquélla y, en cuanto tal, es un medio eficaz para su consecución que, por tanto, aparece también como digno de protección.

Por otra parte, los temores que con frecuencia se expresan de un dominio de los grupos o entidades asociativas sobre el individuo o del riesgo de reforzar aquéllos en detrimento de los derechos de éstos, que son sus genuinos titulares (107), olvidan que detrás de las personas jurídicas lo que hay son personas físicas que, a través de dichas organizaciones, ejercen asimismo derechos fundamentales dignos de protección. Por supuesto que el ordenamiento debe ofrecer medios para evitar situaciones dominantes por parte de empresas o grupos que, efectivamente pueden redundar en un detrimento de hecho de algunas libertades (piénsese en la libertad de radiodifusión o televisión), y asimismo se debe garantizar que en esas organizaciones se respetan los derechos de sus miembros, pero ese posible abuso de los derechos no es motivo suficiente (como desde luego no lo es en el caso de la persona natural) para oponerse a la tutela de los derechos de las entidades asociativas (108).

(106) Sobre el debate a que dio lugar la inclusión de este precepto en la Ley Fundamental de Bonn véase K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., págs. 1095 y sigs., y H. BETHGE: *Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19. Abs. 3 Grundgesetz*, Passau, 1985, pág. 24.

(107) Esos temores habían sido ya expresados por C. Schmitt: «cuando un grupo social logra que se le dejen, sea por prescripciones expresas de la ley constitucional, sea por tolerancia tácita de la práctica, tales posibilidades de lucha —se refiere en este caso a los derechos de coalición, huelga y *lock out*—, ha desaparecido el supuesto del Estado liberal de Derecho, y entonces “Libertad” ya no significa la posibilidad de actuación, ilimitada en principio, del individuo, sino el libre aprovechamiento de la fuerza social mediante organizaciones sociales» (*Teoría de la Constitución*, cit., pág. 171). Otras veces las reservas no vienen de posiciones liberales sino que, desde planteamientos más bien antagónicos, se manifiestan igualmente temores hacia las sociedades de capital.

(108) Sobre los problemas que puede plantear la relación entre las organizaciones y sus miembros resulta de gran interés J. M. BILBAO UBILLOS: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Valladolid, 1997.

Cabe concluir, por tanto, que ni del tenor literal de los preceptos constitucionales, ni del significado que los derechos fundamentales tienen en el Texto constitucional se deduce la necesaria exclusión de las personas jurídicas del círculo de los sujetos titulares de éstos. Ahora bien, que de la Constitución no se deduzca que las personas jurídicas tienen vedada la titularidad de derechos fundamentales tampoco significa que se les deba reconocer. Ya hemos dicho que esa decisión corresponde en principio al constituyente y si él no la ha adoptado no puede ser sustituido por el legislador (que podrá reconocer derechos «legales», pero que no tiene a su disposición los derechos fundamentales) ni por el propio Tribunal Constitucional salvo que, como intentaremos demostrar a continuación, existan en la Norma fundamental elementos que justifiquen una decisión de este tipo.

V. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES A LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO EXIGENCIA CONSTITUCIONAL

1. *Las bases constitucionales de la persona jurídica*

Como es conocido, el concepto de persona jurídica es uno de los más discutidos de la ciencia del Derecho y ningún sentido tendría detenernos a exponer aquí, siquiera sea brevemente, las posturas existentes al respecto. Además, ese esfuerzo aportaría escasas luces —o quizás ninguna— al tema del que estamos tratando. Sí nos interesa, sin embargo, destacar que las distintas construcciones doctrinales se han desarrollado al margen por completo de la idea de Constitución y de los derechos fundamentales. Que ello haya ocurrido durante todo el siglo XIX y buena parte del XX puede entenderse sin especiales dificultades pues, como es sobradamente conocido, las Constituciones tuvieron en Europa durante esas décadas un casi inexistente valor normativo y, en todo caso, una prácticamente nula incidencia en el Derecho Privado. Menos explicación tiene —nos parece— que en buena medida siga siendo así en la actualidad. Incluso en países como Alemania, donde el art. 19.3 GG ha elevado a la persona jurídica a la categoría de titular de derechos fundamentales, los análisis sobre la persona y la personalidad jurídica, que se desarrollan sobre todo en el Derecho de sociedades y en la parte general del Derecho civil, apenas si contienen referencias constitucionales (109).

(109) Una excepción la constituye la obra de H. WIEDEMAN: *Gesellschaftsrecht. Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts*, vol. I: *Grundlagen*, Munich, 1980, págs. 659 y sigs., en la que se dedica un capítulo entero al tema «Derecho de Sociedades y Derecho Constitucional».

Esta ausencia de un análisis jurídico-constitucional de las entidades morales es una manifestación más de una realidad de mayor alcance: la falta de comunicación que en buena medida sigue existiendo —si bien más en el plano de los análisis teóricos que en la realidad jurídica— entre Constitución y Derecho Privado. Aunque el carácter normativo de la Constitución no es hoy cuestionado y su incidencia en muchos ámbitos de las relaciones jurídico privadas resulta bien patente, el modo cómo la Constitución —y de forma muy especial los derechos fundamentales en ella garantizados— incide en tales relaciones sigue siendo, en buena medida, una cuestión por aclarar. En la última década han proliferado en Alemania los estudios sobre el tema hasta el extremo de que K. H. Fezer ha podido afirmar, parafraseando al Fausto de Goethe, que la situación actual plantea una pregunta crucial y embarazosa (*Gretchenfrage*) a todo jurista: ¿cuál es tu posición sobre la relación entre Constitución y Derecho privado? (*Wie hältst Du es mit dem Verhältnis der Verfassung zum Privatrecht?*) y ha podido calificar esta cuestión como el problema del siglo (*Jahrhundertproblematik*) (110). El debate, inicialmente centrado en la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales pero que se plantea en la actualidad con un mayor alcance, ha trascendido —como, por otra parte, parecía lógico— del ámbito de los constitucionalistas y no son pocos los iusprivatistas que vienen ocupándose del tema (111): unos insisten en que la Constitución es también la Norma fundamental del Derecho Privado que, por ello, despliega plenamente su eficacia en este ámbito; para otros, la vinculación estricta a los derechos fundamentales y a normas constitucionales de contenido muy vago redundan en una gran inseguridad jurídica y termina por hacer peligrar la autonomía pri-

(110) K. H. FEZER: «Diskriminierende Werbung. Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht», *Juristen Zeitung*, núm. 6, 1998, pág. 267. La cita le sirve también a C. W. CANARIS para abrir su trabajo *Grundrechte und Privatrecht*, cit., pág. 9.

(111) La bibliografía es ya abundante. Entre las aportaciones más recientes de la doctrina alemana resultan de gran interés E. W. BÖCKENFÖRDE: «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental», cit.; K. HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, traducción e introducción de I. Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, 1995; P. LERCHE: «Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung», en Böttcher/Hueck/Jähnke (Hrsg.), *Festschrift für Walter Oersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996*, Berlín-Nueva York, 1996, págs. 215-232; M. OLDIGES: «Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht», en *Staat. Wirtschaft. Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1996, págs. 281-308; C. W. CANARIS: «Grundrechte und Privatrecht», *AcP*, núm. 184, 1984, págs. 202 y sigs.; ID.: *Grundrechte und Privatrecht*, cit.; U. DIEDERICHSEN: «Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht—ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre», *AcP*, núm. 198, 1998, págs. 171-260; y W. ROTH: «Die Grundrechte als Maßstab einer Vertragshaltungskontrolle», en *Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, öffentliche Recht und Strafrecht*, Heidelberg, 1999, págs. 229-249.

vada, piedra basilar de las relaciones entre particulares y, en última instancia, de la misma sociedad civil (112).

Un análisis detenido de estas cuestiones no es ni posible ni necesario para el objeto de este trabajo; sí debemos, sin embargo, plantearnos si la Constitución aporta algún dato relevante sobre la noción de persona jurídica. Nuestra Norma fundamental no define la persona jurídica ni garantiza *expressis verbis* su existencia y *status* y las pocas veces que utiliza la expresión personalidad jurídica lo hace —salvo en el caso del ya reiterado art. 162.1.b)— para referirse no a entidades jurídico-privadas sino a entes públicos (en concreto, a los municipios, art. 140, provincias, art. 141 y CC.AA., art. 152). Sin embargo, cabe afirmar que existe un claro fundamento constitucional de las personas jurídicas de Derecho Privado que explica que nuestro Tribunal Constitucional las haya elevado a la categoría de titulares de derechos fundamentales (113).

Ya hemos visto que durante buena parte del siglo XIX existió un rechazo del derecho de asociación auspiciado, inicialmente, desde posiciones liberales. Esta situación cambió con la Constitución belga de 1831, que fue la primera en romper con estos prejuicios al incluir en su art. 20 el derecho de asociación y, a partir de ella, este derecho se recoge ya en prácticamente todos los textos constitucionales europeos. Ello no supuso, sin embargo, un desarrollo efectivo del derecho, pero ahora por motivos distintos. A través del movimiento asociativo se articularon, sobre todo a partir de la revolución de 1848, los movimientos de oposición política y desde el Estado se reaccionó en muchas ocasiones con su prohibición y, en todo caso, con la exigencia de una autorización previa. La asociación no nace entonces de la voluntad de sus miembros sino de la autorización por parte del Estado, que debe además conferirle personalidad jurídica. El recelo fue menor en el caso de las sociedades mercantiles cuya proliferación aparecía, por otra parte, como consecuencia necesaria del liberalismo económico de la época y del consiguiente reconocimiento del derecho de propiedad,

(112) Los trabajos de Canaris y Diderichsen citados en la nota anterior reflejan perfectamente las distintas posiciones y sus argumentos.

(113) La incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho de asociaciones y sociedades tiene también otras manifestaciones. La más conocida y la que entre nosotros ha sido hasta ahora objeto de mayor atención es la relativa a las colisiones entre derechos de la entidad y derechos de sus miembros, especialmente en el caso de sanciones. La bibliografía sobre el tema es ya relativamente abundante; véanse, por todos, J. M. BILBAO UBILLOS: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, cit.; P. SALVADOR CODERCH: *El mercado de las ideas*, cit.; P. SALVADOR CODERCH (COORD.): *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997. J. ALFARO ÁGUILA-REAL: «La expulsión de los asociados y la confianza en el Derecho Privado», *ADC*, 1997, págs. 155 y sigs.

de la libertad de empresa y de la autonomía contractual (114). No obstante, también estas entidades estuvieron sometidas hasta la segunda mitad del siglo XIX a régimen de autorización e incluso concesión. A partir de entonces se admitirá la libre constitución de sociedades (115), si bien sometida a numerosas disposiciones de carácter imperativo. Se está, en todo caso, lejos del ejercicio de un derecho fundamental. Protagonismo estatal, por tanto, en la creación de asociaciones y sociedades, que vuelve a aflorar en el momento de decidir sobre la concesión o no de personalidad jurídica.

Esta situación cambia radicalmente en el constitucionalismo contemporáneo. De un lado, no cabe ya ninguna duda de que cualquier tipo de entidad asociativa de Derecho Privado tiene su origen en la libre decisión de sus fundadores, es decir, en un acto negocial que debe reunir las características propias de todo negocio jurídico; la decisión del poder público ha dejado, por tanto, de ser constitutiva. Pero cabe ir más allá y hoy puede afirmarse que en el origen de toda persona jurídico-privada está el ejercicio de un derecho fundamental o, en otros términos, que el negocio jurídico por el que se crea una entidad moral es al mismo tiempo manifestación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados (116). Veámoslo más despacio.

Si existe una amplia pluralidad de teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas lo mismo cabe afirmar respecto de sus posibles clasificaciones. La situación resulta aún más complicada porque no es extraño que con la misma terminología se aluda a realidades distintas y no sólo en el plano doctrinal sino que tampoco el Derecho positivo ofrece criterios firmes (117). A los

(114) Cfr. WIEDEMANN: *Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 662.

(115) Como ocurre ya en la Ley francesa de 1867 y en nuestra Ley de 19 de octubre de 1969 [cfr. R. URÍA y A. MENÉNDEZ (dir.): *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Madrid, 1999, pág. 766].

(116) Esto sólo ocurre en las personas jurídico-privadas, pues sólo ellas tienen su origen en un acto fundacional de esta naturaleza, mientras que las personas de Derecho Público nacen como consecuencia de un acto de soberanía (cfr. K. LARENZ: *Derecho Civil. Parte General*, traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid, 1978 pág. 166, y J. GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades*, vol. I, Madrid, 1976, págs. 30-31). Por ello no es posible elaborar una teoría común a ambos tipos de entidades (cfr. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pág. 1082).

(117) Así, mientras que en nuestro Código Civil (arts. 35 y sigs.) el término «asociación» se utiliza como género (contrapuesto a fundación) dentro del cual las «sociedades» serían la especie, en el Derecho mercantil es normalmente el término «sociedad» el que tiene un contenido más amplio, apareciendo la «asociación» —ya en sentido estricto— como la especie. La terminología no es, sin embargo, uniforme y nuestro Código de Comercio (arts. 116 y sigs.) utiliza con carácter general la expresión «compañía mercantil» para referirse a lo que habitualmente se conoce como «sociedad» (expresión que también es utilizada en su art. 122) y no contiene referencia alguna a las «asociaciones». Por otra parte, con el término «sociedad» se alude en ocasiones a entidades de

efectos que aquí interesan, cabe contraponer, en primer lugar, las asociaciones en sentido amplio a las fundaciones: las primeras son siempre uniones de personas (*universitas personarum*), las segundas un patrimonio afecto a un fin (*universitas rerum*). Dentro de las primeras es posible a su vez distinguir —aunque la terminología no está exenta de problemas— entre las asociaciones en sentido estricto —básicamente las que hoy están reguladas en la Ley de 1964— y las sociedades civiles y mercantiles. Pues bien, todas estas entidades surgen, como ya hemos adelantado, como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental. El derecho a constituir fundaciones aparece consagrado en el art. 34 CE y el derecho de asociación en sentido amplio se garantiza en el art. 22 CE. Esta última afirmación no es del todo pacífica ya que con alguna frecuencia se ha afirmado que en este último precepto sólo están las asociaciones en sentido estricto, es decir, aquellas que carecen de ánimo de lucro (118). Esta interpretación, que entendemos excesivamente apegada al tenor literal del precepto, no es la más correcta. Parte de la confusión deriva, a nuestro entender, de que en castellano existe un único término para referirse tanto a la asociación en sentido amplio (lo que en alemán se denomina *Vereinigung*) como a la asociación en sentido estricto (*Verein*). Sin embargo, no hay motivos de peso que justifiquen un entendimiento restrictivo de la expresión utilizada por el art. 22 CE (119).

Podría argumentarse que históricamente la libertad de asociación no se ha referido a las sociedades mercantiles. Sin embargo el argumento histórico tiene siempre una fuerza limitada. Al igual que los dogmas se han ido definiendo en buena medida como reacción frente a los errores, la garantía constitucional de los derechos ha respondido en no pocas ocasiones a la existencia de peligros (120). La libre creación de sociedades fue más fácilmente aceptada y los

base corporativa (que se suelen denominar también «organizaciones») y otras veces a entidades de base personal. Conocida es asimismo la distinción entre sociedad y asociación en función de la existencia o no de ánimo de lucro, criterio que no por habitual resulta menos controvertido.

(118) Así, G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Asociaciones y Constitución*, Madrid, 1987, págs. 163 y sigs., y J. A. SANTAMARÍA PASTOR: «Comentario al art. 22 CE», en F. GARRIDO FALLA (dir.): *Comentarios a la Constitución*, cit., pág. 495.

(119) Un enfoque, en nuestra opinión, constitucionalmente adecuado del derecho de asociación se contiene en el trabajo de J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: «Asociación y Constitución», en *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Compañado de Manuel García-Pelayo*, Caracas, 2000, págs. 475 y sigs.

(120) Así ha ocurrido, por ejemplo, con la libertad de empresa: como ha puesto de relieve F. Rubio Llorente «esta relevancia constitucional de una libertad que nadie sintió la necesidad de constitucionalizar en el siglo XIX, cuando sin duda era mayor, es naturalmente sobre todo una simple consecuencia del hecho de que en nuestro tiempo, a diferencia de lo que entonces sucedía, es una libertad cuestionada» («La libertad de empresa en la Constitución», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, pág. 432).

recelos se dieron fundamentalmente respecto de las asociaciones no lucrativas (origen en muchos casos de los partidos políticos), lo que explica que a éstas se dirigiera la atención de los constituyentes. Las sociedades mercantiles quedaban, al igual que la libertad de empresa, en el ámbito del Derecho privado y al margen, por tanto, de las Declaraciones de derechos. La situación ha cambiado y los mismos argumentos que han llevado a incluir la libertad de empresa en el catálogo de derechos fundamentales abogan por la inclusión de las sociedades mercantiles en el art. 22 CE. Esta es, por otra parte, la conclusión que resulta de una interpretación sistemática de nuestro Texto constitucional. Es cierto que el art. 22 CE habla sólo de asociación y no alude expresamente, como hace por ejemplo el art. 9.1 GG, a asociaciones y sociedades (121); pero el término asociación debe entenderse en el sentido amplio a que antes nos hemos referido, es decir como cualquier agrupación de dos o más personas, con una cierta permanencia y organización —elemento que la distingue de una simple reunión— para la persecución de determinados fines (122). La Constitución proclama sin matices ese derecho (123) y no existen argumentos para entender que la asociación de personas deja de estar constitucionalmente garantizada cuando se presenta bajo otras de las formas previstas por el legislador o cuando persigue finalidades mercantiles. Si el ánimo de lucro como elemento definidor de las sociedades mercantiles es desde hace algún tiempo un criterio cuestionado por buena parte de la doctrina mercantilista (124), menos dudas caben de que no sirve como elemento delimitador del contenido del derecho de asociación. En realidad, la libertad de asociación ni se reduce a determinadas formas ni se ciñe a la consecución de determinados fines. Como en todo derecho de libertad, es su titular el que debe decidir cómo y en qué emplea ésta (125), y de la Consti-

(121) Aunque en ese precepto se distingue entre asociación y sociedad, ambos términos se engloban dentro de lo que el encabezamiento del precepto denomina como *Vereiningungsfreiheit*, es decir, libertad de asociación que por tanto incluye, en Alemania como en España, ambos tipos de entidades.

(122) Esta es la caracterización que se hace precisamente de las sociedades. Así, por citar sólo un ejemplo, para C. PAZ-ARES (*Curso de Derecho Mercantil*, cit., pág. 430) la sociedad puede definirse «como cualquier asociación voluntaria dirigida a la consecución de una finalidad común mediante la contribución de todos sus miembros».

(123) Al menos sin más restricciones que las incluidas en los párrafos 2 y 5 del art. 22.

(124) Véanse, por todos, J. GIRÓN: *Derecho de Sociedades*, cit., págs. 31 y sigs.; C. ALONSO LEDESMA: «Sociedad Anónima en formación y prohibición de transmitir acciones antes de la inscripción», en VV.AA.: *Derecho de Sociedades Anónimas*, t. II, vol. II, Madrid, 1994, págs. 981 y sigs.; y C. PAZ-ARES: *Curso de Derecho Mercantil*, cit., págs. 431 y sigs.

(125) Cfr. C. SCHMITT: «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung» (1931), recogido en C. SCHMITT: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, págs. 140-173, en particular pág. 167.

tución no se derivan más límites en cuanto a los fines que los expresamente previstos: que no estén tipificados como delito (art. 22.2) y que no se trate de asociaciones secretas o de carácter paramilitar (art. 22.5). Dentro del art. 22 CE se incluyen, por tanto la asociación en sentido estricto, la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada, las cooperativas, los partidos políticos o las organizaciones no gubernamentales. Es decir, toda entidad que sea fruto de la voluntad de asociarse de sus fundadores, dotada de permanencia y con una organización mínima que le haga aparecer como algo distinto (*aliud*) de la suma de sus miembros (126).

Este carácter de norma general válida para todas las asociaciones ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional, que ha destacado cómo dentro del art. 22 CE están incluidos, entre otros, los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales (127). Menos clara es su postura en relación con las sociedades civiles y mercantiles. La cuestión se planteó por primera vez en el recurso de amparo resuelto por la STC 23/1987. La sociedad anónima recurrente había alegado que las resoluciones judiciales que anulaban una reforma de sus Estatutos atentaban contra su derecho de autoorganización y, en consecuencia, habían vulnerado el art. 22.1 CE. El Tribunal admitió como hipótesis de trabajo que las sociedades se encuentran también garantizadas por el art. 22 CE (128) pero no dio una respuesta definitiva e insistió más bien en que en las sociedades mercantiles predomina la unión de capitales frente a la unión de personas y que, por ello, debe atenderse en cada caso a si el derecho lesio-

(126) Así lo ha entendido en Italia la que consideramos mejor doctrina aún cuando el art. 18 de la Constitución de aquel país se limita también a reconocer, con fórmula similar a la de nuestro art. 22, el derecho de asociación. Véase, por todos, A. PACE: «Comentario al art. 18», en G. BRANCA: *Commentario della Costituzione*, Bolonia-Roma, 1977, págs. 202 y sigs.

(127) «El art. 22 de la Constitución contiene una garantía que podríamos denominar común; es decir, el derecho de asociación que regula el artículo mencionado se refiere a un género —la asociación— dentro del que caben modalidades específicas. Así, en la propia Constitución (artículos 6 y 7) se contienen normas especiales respecto de asociaciones de relevancia constitucional como los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales» (STC 67/1985, FJ. 3 C; doctrina reiterada en las SSTC 85/1986, FJ. 2, 94/1994, FJ. 21 B y 56/1995, FJ. 3).

(128) «El razonamiento del recurrente —afirma— parte de una premisa que hay que considerar con carácter previo a entrar en el fondo de la cuestión y que consiste en afirmar que el término “asociación” usado en el citado art. 22 comprende tanto las uniones de personas de finalidad no lucrativa como las de fines lucrativos, es decir, las sociedades, y, entre ellas, las anónimas. Podría parecer, a primera vista, que nada se opone a esta interpretación, porque si bien es cierto que con nuestra terminología habitual el término “asociación” designa las uniones de personas con fines no lucrativos, también lo es que un concepto amplio de asociaciones se encuentra en el Código Civil (arts. 35.2 y 36) al referirse a la “asociación de interés particular”, sean civiles, mercantiles o industriales» (FJ. 6).

nado es de naturaleza asociativa o más bien de contenido económico, concluyendo que en ese supuesto el derecho en juego era el de propiedad, que no está tutelado por el recurso de amparo. La afirmación es discutible por varios motivos; primero, porque hay sociedades que pueden operar en el mercado en las que predomina el elemento personal (sociedad civil, sociedad colectiva, sociedad comanditaria simple o la agrupación de interés económico) (129); segundo, porque también en las sociedades de capitales hay un elemento personal, pues no son los «capitales» sino sus titulares los que se asocian (130). Cuestión distinta es que, como bien señala el Tribunal, no cualquier lesión de los derechos de la sociedad pueda identificarse con una lesión del derecho de asociación; en algunos casos los derechos en juego serán meramente económicos y, por lo tanto, sólo reconducibles al derecho de propiedad (131).

A la distinción entre derechos reconducibles al derecho de asociación y derechos de contenido patrimonial alude de nuevo la STC 96/1994, que resolvió el amparo interpuesto por una sociedad cooperativa de viviendas contra las resoluciones judiciales que habían anulado la expulsión de un socio. En realidad, las consideraciones que se realizan en la Sentencia sobre el hecho de que la expulsión del socio conllevaba además en este caso la pérdida de una vivienda se encaminan a justificar el mayor margen de intervención de los órganos judiciales para enjuiciar la actuación de la sociedad, pero no se cuestiona que estuvieran en juego, en un caso, el derecho de asociación del cooperativista expulsado y, en el otro, la capacidad de autoorganización de la cooperativa, por lo que parece admitirse que también las cooperativas están incluidas en el ámbito del art. 22 CE.

(129) Cfr. C. PAZ-ARES: *Curso de Derecho Mercantil*, cit., págs. 484-485.

(130) Los socios son los que tienen los derechos y obligaciones derivados de la pertenencia a la sociedad y disfrutan, en consecuencia, del derecho a la autoorganización. No obstante, para que pueda hablarse de ejercicio del derecho de asociación resulta necesaria la voluntad de incorporarse —y con vocación de permanencia— a la organización de que se trate, asumiendo las obligaciones derivadas de dicha incorporación. Por ello, las operaciones bursátiles de compra y venta de acciones cuya única finalidad es la realización de operaciones económicas no pueden entenderse, obviamente, como ejercicio del derecho de asociación.

(131) Sin embargo tampoco era ésta la cuestión planteada en ese caso. En realidad, no parece discutible que la anulación arbitraria por parte de un órgano judicial de un precepto estatutario lesiona el derecho de autoorganización de la sociedad y resulta, por ello, contraria al art. 22.1 CE. Cuestión distinta es que, como habían razonado en este caso las Sentencias de instancia, la anulación se hubiera basado en que la reforma de los Estatutos había sido contraria a los derechos de los asociados. La capacidad de autoorganización de las entidades colectivas tiene limitaciones derivadas en unos casos de las leyes —y, entre ellas, muy especialmente las leyes que regulan cada tipo de persona jurídica— y en otros de derechos, bien de sus miembros, bien de terceros y los posibles conflictos deben ser resueltos por los tribunales ordinarios sin que pueda entenderse comprometido el derecho de asociación.

Debemos todavía referirnos a una última resolución, la STC 5/1996, en la que el Tribunal vuelve a enfrentarse con el tema, si bien, de nuevo, sólo colateralmente. La recurrente era una asociación, constituida al amparo de la Ley de 1 de abril de 1977, reguladora del derecho sindical, empresarial y profesional de asociación, y los órganos judiciales habían acordado su disolución por apreciar ilicitud civil en la causa al entender que la asociación perseguía en realidad fines reservados a los Colegios Profesionales. Pues bien, señaló entonces el Tribunal que «el art. 22.1 CE reconoce el derecho de asociación sin referencia material alguna, de modo que este derecho se proyecta sobre la totalidad del fenómeno asociativo en sus muchas manifestaciones y modalidades (SSTC 67/1985, 23/1987 y 56/1995)», lo que parece abundar en la idea que venimos defendiendo, y, más adelante, señala expresamente que las sociedades civiles y las asociaciones de interés particular a que se refieren los arts. 35.2 y 36 Cc son también modelos asociativos (FJ. 9). No se mencionan, sin embargo, las sociedades mercantiles y el Tribunal insiste, sobre todo, en la diferencia entre entidades sin ánimo de lucro (que actúan *extra commercium*, en la terminología de la Sentencia), que serían las genuinamente protegidas y cuyo estatuto mínimo vendría regulado directamente por el constituyente, y el resto de las entidades asociativas, concluyendo que no es posible aplicar a las primeras por analogía las normas sobre el contrato de sociedad del Código Civil. No necesitaba, en realidad, el Tribunal hacer estas distinciones que no ayudan nada a aclarar los problemas. No parece dudoso que el derecho de asociación no impide que los Jueces y Tribunales puedan, cuando esté justificado, declarar la existencia de vicios en la formación de la asociación o sociedad de que se trate (132) y tampoco que puede ser el Juez civil el que acuerde tales extremos (133).

Es de esperar que el Tribunal Constitucional aclare, cuando se presente la ocasión, este tema, pero como él mismo ha señalado ya, «el derecho reconocido en el art. 22.1 de la Constitución garantiza la libertad de asociarse para la consecución de fines lícitos a través de medios lícitos» (STC 24/1987, FJ. 4), y no cabe duda de que esto ocurre tanto en las asociaciones como en las sociedades. Así se viene entendiendo, desde luego, en la doctrina alemana, y el Tribunal Constitucional Federal ha señalado que el art. 9.1 GG contiene, junto a un derecho de li-

(132) Imagínese que algunos de los que la constituyeron fueran menores o incapaces, o hubieran carecido de la libertad necesaria.

(133) No se entiende por eso la insistencia del Tribunal en que sólo el Juez penal pueda declarar disuelta la asociación. Ello será así cuando concurran algunas de las causas de los apartados 2 y 5 del art. 22 CE, pero no cuando se trate de alguna de esas otras cuestiones. El apartado 4 del art. 22 sólo exige que la disolución o suspensión sea acordada judicialmente, como por otra parte ocurre con cualquier intervención de gravedad en los derechos fundamentales.

bertad, un principio constitutivo del orden jurídico-democrático de la Constitución: el principio de la libre formación de grupos sociales (134). Lo mismo puede decirse de nuestro art. 22 sin que, como hemos intentado demostrar, existan argumentos para limitar esos grupos a las asociaciones en sentido estricto (135). Hay que concluir, por tanto, que fuera del art. 22 quedan únicamente, y por razones obvias, las sociedades unipersonales, reguladas en los arts. 125 a 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo de 1999, y en el art. 311 de la Ley de Sociedades Anónimas (136).

Entendemos que queda así constatada nuestra afirmación inicial de que asociaciones, sociedades —con al excepción a que acabamos de aludir— y fundaciones, es decir todos los tipos de personas jurídico-privadas son consecuencia del ejercicio de derechos fundamentales. Esto no significa, como apresuradamente pudiera pensarse, una constitucionalización de todo el Derecho de sociedades, o la necesidad de que todas las leyes que regulan los tipos de personas jurídicas de base personal deban tener en la actualidad carácter orgánico por afectar al desarrollo de un derecho contenido en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución. El alcance de la facultad del legislador para regular las asociaciones y sociedades es una cuestión que está lejos de ser clara y que excede de las pretensiones de este trabajo. En principio, el derecho de asociación se viene entendiendo como un derecho de libertad que, en cuanto tal, exige sobre todo la abstención por parte de los poderes públicos (y, de hecho, el art. 22 CE ni siquiera contiene una habilitación para que el legislador pueda limitarlo en determinados supuestos) (137). La realidad de-

(134) Véanse las BVerfGE 59, 290/355; 38, 281/302 sigs. y 80, 244/252 sigs.

(135) Así lo señalan, por ejemplo, en sus trabajos ya citados C. ALONSO LEDESMA y C. PAZARES, dos de los pocos mercantilistas que han destacado la conexión del Derecho de sociedades con el art. 22 CE y han extraído de ella consecuencias prácticas. Este precepto —afirma, por ejemplo, el segundo de ellos— exige atribuir a aquél «una función más que directiva, facilitadora de la ordenación privada, que es la más conforme con los valores liberales encarnados en el principio de libre asociación (art. 22 CE) y de autonomía privada (art. 9 CE y 1.255 CC)» (*Curso de Derecho Mercantil*, cit., pág. 434; véanse también las págs. 445 y 448).

(136) Sobre este tipo de sociedades véase, por todos, R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J. L. IGLESIAS PRADA, en R. URÍA y A. MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, cit., págs. 1223-1235, con abundantes indicaciones bibliográficas. Estas sociedades no tienen su origen en el derecho de asociación y, aunque su creación son una manifestación más de la autonomía de la voluntad y del principio de libertad general que garantiza el art. 10 CE, el derecho a crearlas no surge de la Constitución sino de la ley. Estas sociedades no implican sino la limitación de la responsabilidad patrimonial del empresario individual, que no es una exigencia constitucional sino una concesión del legislador.

(137) Para el Tribunal Constitucional el derecho de asociación «en tanto que derecho subjetivo es, en esencia, un derecho de libertad frente a posibles “interferencias de los poderes públicos” (STC 56/1995)» (STC 173/1998, FJ. 8.º).

muestra, sin embargo, que, como ocurre con otros pretendidos derechos que no son de configuración legal, su pleno ejercicio no es posible sin la intervención del legislador (138). El art. 22 CE garantiza el derecho a asociarse, derecho que en consecuencia puede ejercerse sin mediación de la ley. Sin embargo, en la medida en que la organización creada quiera disfrutar de personalidad jurídica, más o menos plena, operar en el tráfico jurídico o gozar de limitación de responsabilidad de sus miembros, será siempre necesaria la intervención del legislador. Por otra parte, la persecución de determinados fines es un elemento necesario para identificar una asociación, pero no existe un derecho a la consecución de cualquier fin al margen de lo dispuesto en las leyes, pues con frecuencia están en juego otros valores o derechos constitucionales. La consecuencia es que el legislador, atendiendo a los fines que se pretenda conseguir, a la estructura que quiera crearse y a cómo se articulen las relaciones entre la organización y sus miembros, puede determinar cuáles son los tipos de organización posibles y reservar la consecución de ciertos fines a determinados tipos de organizaciones. La libertad de que goza el legislador será tanto más amplia cuanto mayor complejidad tenga el tipo de asociación y más relevantes sean los intereses en juego. Es preciso, por ello, distinguir entre desarrollar el derecho de asociación y regular los tipos de entidades que, en ejercicio del mismo, pueden crearse (139). Para desarrollar el derecho, el legislador —orgánico— tiene un estrecho margen, y es que en realidad ha sido el constituyente mismo el que en el art. 22 CE ha establecido ya los elementos básicos del derecho. Mayor es, sin duda, la libertad de que goza el legislador para determinar los tipos de organizaciones, sus requisitos y características, actividad que no puede

(138) Así ocurre, por ejemplo, con el derecho a crear periódicos, radios y televisiones, o con la libertad de creación de centros docentes, o con el derecho a contraer matrimonio. Aunque todos ellos surgen de la Constitución y la ausencia de legislación no puede impedir su ejercicio, sólo la existencia de las correspondientes leyes de desarrollo permite su ejercicio normal. Esto viene a demostrar, una vez más, la insuficiencia de las tradicionales distinciones entre derechos de libertad, igualdad o prestacionales. En realidad, hoy día estas dimensiones aparecen entremezcladas en muchos derechos (véanse al respecto las interesantes consideraciones de H. D. JARASS: «Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik», *AöR*, núm. 120, 1995, págs. 345-381).

(139) Esta distinción, que consideramos crucial, ha sido sin embargo ignorada en la reciente Ley Orgánica 1/2002, que se presenta como la norma «reguladora del Derecho de Asociación» cuando en realidad la mayor parte de sus preceptos no hacen sino regular un tipo concreto de asociación, como lo demuestra el hecho de que se excluyan de su ámbito de aplicación numerosos entes de base asociativa (art. 1) que, sin duda, son manifestación del ejercicio del derecho garantizado por el art. 22 CE. El legislador no tuvo en cuenta una de las principales recomendaciones hechas por el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Proyecto de Ley, en cuyos números 21 y 23 insistía en la conveniencia de dictar dos normas distintas: una ley orgánica sobre el derecho de asociación y otra ley (ordinaria) de asociaciones.

considerarse como desarrollo del derecho. Mayor libertad, pero no libertad absoluta; de un lado, debe existir siempre un tipo básico, al que se asocie un mínimo de personalidad jurídica y que ha de servir para la consecución de una gran variedad de fines; de otro, las mayores restricciones y exigencias para la constitución de los distintos tipos de organizaciones (desde partidos políticos y sindicatos a cooperativas o sociedades anónimas) deberán responder a la efectiva necesidad de tutelar otros bienes o derechos en juego (140).

Este entendimiento del derecho de asociación subyace, aunque sólo parcialmente, en la STC 173/1999, en la que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento Vasco 3/1998, de 12 de febrero, de Asociaciones. Como se recordará, el problema era especialmente complicado, primero, porque no se trataba sólo de determinar el alcance de la reserva del art. 81 CE, sino también de delimitar las competencias de Estado y Comunidad Autónoma y el alcance de los arts. 139.1 y 149.1 de la Norma fundamental. El Tribunal distinguió adecuadamente entre el desarrollo del derecho y la regulación del régimen jurídico de las asociaciones: el primero debe hacerse en todo caso mediante ley orgánica y, por ello, corresponde siempre al Estado; el segundo no requiere sino ley ordinaria que deberá ser elaborada por el Estado o la Comunidad Autónoma según quién tenga competencia sobre la materia (141). Sin embargo, el Tribunal no es coherente con esta distinción y afirma poco más adelante (FJ. 7.º) que «los límites y garantías que pueden establecerse desde la delimitación del derecho de asociación en su vertiente de libertad de autoorganización de las asociaciones forman un *continuum* con las reglas relativas a la organización interna de las asociaciones que pueden dic-

(140) Cuanto mayor complejidad tenga la organización, mayores serán las restricciones que el legislador podrá imponer a la libertad de organización interna. Como se afirma en la STC 104/1999, FJ. 2.º, el primer límite intrínseco de este derecho lo marca el principio de legalidad, de manera que los Estatutos sociales han de acomodarse no sólo a la Constitución sino también a las leyes, leyes que no son tanto —como dice la Sentencia— las que desarrollan el derecho como las que regulan los distintos tipos de asociación. Como señalan J. FERRER I RIBA y P. SALVADOR CODERCH [en P. SALVADOR CODERCH (coord.): *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, cit., pág. 70], el derecho de autoorganización de las asociaciones puede ser objeto de configuración legal.

(141) En el Fundamento jurídico 2.º se afirma que «cuando un Estatuto de Autonomía atribuye a una Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre un determinado tipo de asociaciones, no sólo le habilita para regular los aspectos administrativos de esas instituciones, es decir, sus relaciones de fomento, policía y sanción con los poderes públicos, sino también el régimen jurídico de las mismas tanto en su vertiente externa, es decir, la relativa a su participación en el tráfico jurídico —constitución, adquisición de personalidad jurídica, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad, extinción y disolución—, como en su vertiente interna —organización, funcionamiento interno y derechos y deberes de los asociados—».

tarse desde la regulación del régimen jurídico de esas asociaciones», extendiendo así los contenidos de la ley orgánica (142). El Tribunal vuelve a mezclar el desarrollo legal del derecho con la regulación de los tipos asociativos y parece estar pensando únicamente en las asociaciones en sentido estricto e incluso en un único tipo de asociación que sería la regulada en la Ley 191/1964. Pero ya hemos señalado que el mismo Tribunal Constitucional ha incluido en el art. 22 CE entidades de muy diversa índole, a lo que cabe añadir que el mero hecho de que los Estatutos de Autonomía reconozcan competencia para regular determinado tipo de asociaciones rompe con la idea de un único tipo de asociación regulado por una Ley orgánica. Cuestión distinta y que en la Sentencia no parece quedar del todo clara, es que el Estado pueda y deba señalar cuáles son los elementos básicos que debe reunir toda organización de base asociativa a los efectos de garantizar las condiciones de igualdad a que se refieren los arts. 139.1 y 149.1.1 CE.

Retomando el hilo conductor, y cualquiera que sea la solución que se dé a la cuestión que acaba de examinarse, no parece que se pueda dudar de que la persona jurídica tiene hoy un importante engarce con el sistema de libertades constitucionalmente garantizado. Su existencia no puede, por ello, entenderse como una simple ficción o técnica del Derecho, sin que esto signifique tampoco una opción del constituyente por las posturas realistas: la persona jurídica no es un sujeto que se sitúa junto a la persona física, con una realidad como la de ésta y, en cierto sentido, ajena a ella. Su existencia no se entiende si no es en relación con las personas naturales que están tras ella: la persona jurídica no es sino la forma en que las personas físicas se organizan para la consecución de ciertos fines que de otro modo no podrían alcanzarse o, al menos, no podrían alcanzarse sino con muchas dificultades. Esto es lo que quiere decirse cuando algunos autores hablan de un «sustrato ético-jurídico» de la persona jurídica (143): ese sustrato sólo corresponde, *stricto sensu*, a las personas físicas y su reconocimiento a los entes morales se justifica precisamente por la estrecha vinculación de aquellas con éstas.

(142) En el fundamento jurídico 8.º el Tribunal enumera una serie de contenidos reservados a la ley orgánica. Esa enumeración es, sin embargo, cuestionable; en unos casos incluye aspectos (titulares, contenido del derecho y límites), sobre los que poco puede decir el legislador por venir determinados directamente por el constituyente; en otros se refiere a extremos (alcance del derecho en las relaciones *inter privatos* o garantías frente al poder público) que difícilmente pueden calificarse como «desarrollo» del derecho y que, en todo caso, son elementos cuya concreción corresponde más al Juez que al legislador.

(143) La expresión es de F. RITTNER: *Die werdende juristische Person*, Tubinga, 1973, pág. 180. Cfr. también K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pág. 1080.

2. *La justificación del reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho Privado*

Si se comparte tanto el entendimiento de los derechos fundamentales como la concepción de la persona jurídica que aquí se ha sostenido, no resulta difícil concluir que el reconocimiento de derechos fundamentales a estas entidades en modo alguno es contrario a los valores que inspiran nuestra Constitución. El libre desarrollo de la personalidad al que se refieren los arts. 10.1 CE y al que, en buena medida, están orientados los derechos fundamentales, exige la existencia y garantía de realidades asociativas. Estas son, por una parte, manifestación de la dimensión social del hombre y, al mismo tiempo, consecuencia de su limitada capacidad para conseguir ciertos fines (144). En ocasiones, éstos no pueden ser alcanzados por un individuo aislado, bien porque le trascienden en el tiempo, bien porque su consecución exige la colaboración de otros (145). Es cierto que en nuestra Constitución el libre desarrollo de la personalidad no aparece como un derecho fundamental, lo que sí ocurre en Alemania, donde además el art. 2.1 GG ha servido como «cajón de sastre» para algunas construcciones jurisprudenciales, cumpliendo una función similar a la que en España vienen desempeñando los arts. 14 y 24 CE (146). No obstante, nuestro art. 10.1, aun sin contener derechos fundamentales, constituye la base común a todos ellos; en él, dignidad de la persona, derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad aparecen como valores entrelazados que constituyen (junto al respeto a la ley y a los derechos de los demás) «el fundamento del orden político y de la paz social», sin que parezca posible delimitar dónde acaba uno de esos valores y empieza el otro. Estamos, en todo caso, ante un principio

(144) Véase J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: «Asociación y Constitución», cit., págs. 473 y sigs.

(145) Por ello, «el valor constitucional del desarrollo de la personalidad se extiende al “desarrollo de la personalidad en comunidad”» (G. DÜRIG: «Comentario al art. 19 III GG», en T. MAUNZ y G. DÜRIG: *Grundgesetz Kommentar*, Munich, 1990, número marginal 2). Entre nuestra doctrina J. J. Solozábal Echavarría ha subrayado que «la idea de hombre cuya dignidad se protege y de la que parte el constituyente no es la correspondiente a un ser aislado o mónada social, sino ligado, por decirlo así a la convivencia en sociedad» (voz «Dignidad de la persona», cit., pág. 2489).

(146) La expresión es de J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986, pág. 14. Sobre el art. 2.1 GG véase, por todos, R. SCHOLZ: «Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *AöR*, 1975, núm. 100, págs. 80-130 y, más recientemente, W. SCHMITT GLAESER: «Schutz der Privatsphäre», en J. ISENSEE y KIRCHHOF: *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschlands*, vol. VI: *Freiheitsrechte*, Heidelberg, 1989, págs. 41-107.

general de libertad que ha venido a constitucionalizar el clásico principio de la autonomía de la voluntad (147).

Esta necesidad de realidades asociativas en la vida del individuo es perfectamente trasladable al ámbito de los derechos fundamentales. El ejercicio de tales derechos, al mismo tiempo que permite al sujeto individual crear determinadas organizaciones, necesita de ellas. Como viene poniendo de relieve la doctrina alemana, las personas jurídicas son también medio o instrumento para el ejercicio de los derechos fundamentales y elementos imprescindibles de un orden de libertad. Medio para el ejercicio de los derechos (148) porque sin ellas se dificulta de manera importante el ejercicio de algunos derechos fundamentales como se aprecia con facilidad en el caso de la libertad de empresa, pero también en derechos como los de participación política, que resulta impensable hoy día sin los partidos políticos, huelga o negociación colectiva, en los que los sindicatos tienen un indiscutible protagonismo, o en el derecho a crear medios de comunicación o centros escolares o en el ejercicio de la libertad de empresa. Sin la persona jurídica resulta difícil, si no imposible, la consecución de ciertos fines y, entre ellos, de los fines incluidos en el ámbito protegido por los derechos fundamentales (149). Además, y como ha puesto de relieve E. Schmidt-Assmann (150), las personas jurídicas de Derecho Privado no sólo sirven a los intereses de sus miembros, sino que son al mismo tiempo elementos de un orden de libertad: de un orden de libertad empresarial, económica y de propiedad privada, impensable sin sociedades mercantiles, pero también de un orden de libertad cultural y de comunicación, que en buena medida se hace realidad por la contribución de asociaciones, fundaciones y, muchas veces, de sociedades que operan en estos ámbitos.

La consecución de la *plenitudo libertatis* a la que se dirigen los derechos fundamentales difícilmente puede lograrse sin la garantía del derecho funda-

(147) Cfr. J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ-BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, cit., pág. 14. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional «el principio general de libertad que consagra la Constitución en sus arts. 1.1 y 10.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíbe o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas» (STC 93/1992, FJ. 8.º).

(148) Cfr. J. ISENSEE: «Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen», en J. ISENSEE y KIRCHHOF (Hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, cit., págs. 5654 y sigs.

(149) Cfr. P. BADURA: «Die Unternehmensfreiheit der Handelsgesellschaften», *DÖV*, núm. 9, 1990, págs. 359 y sigs.

(150) «Zur Bedeutung der Privatrechtsform für den Grundrechtsstatus gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen», en *Festschrift für Hubert Niedertländer*, Heidelberg, 1991, pág. 388. Véase también P. M. HUBER: «Comentario al Art. 19.III GG», en V. MANGOLD, KLEIN y STARCK: *Bonner Grundgesetz. Kommentar*, vol. I, Munich, 1999, pág. 2243.

mental a crear organizaciones y de que las mismas puedan, a su vez, desenvolverse con libertad. No resulta suficiente, por ello, el simple reconocimiento de la genérica capacidad jurídica de las organizaciones, al tiempo que se entiende que los derechos fundamentales lo son sólo de sus miembros, o entender que la actividad de la persona jurídica es reconducible en última instancia a los comportamientos de las personas físicas que la integran, que ya están garantizados por los derechos fundamentales. Si precisamente alguna utilidad ha tenido la noción de persona jurídica ha sido la de permitir considerar como un único sujeto de imputación a un colectivo, la de reducir a la unidad una pluralidad, separando los actos de la entidad de los de sus miembros. La persona jurídica es algo distinto de sus miembros y no se entiende por qué tal principio debería quebrar al operarse en el ámbito del Derecho Constitucional y, más en concreto, en el de los derechos fundamentales (151). Es necesario, como ya señalara Jellinek, asegurar a la persona jurídica un *status* que le garantice determinados ámbitos de actuación y la necesaria protección por parte del Estado.

La afirmación de que las personas jurídicas tienen derechos fundamentales propios, distintos de los de sus miembros, no es incompatible con la afirmación de que «es la persona natural, el hombre, el individuo, su personalidad, su dignidad y la posición jurídica de ella derivada, el centro del sistema de los derechos fundamentales» (152). La doctrina alemana es unánime en señalar que sólo atendiendo a la persona individual que hay detrás de la persona jurídica se resuelve la aparente contradicción entre el art. 1 GG, que ancla los derechos fundamentales en la dignidad de la persona, con el art. 19.3 GG que reconoce tales derechos a las personas jurídicas, y el Tribunal Constitucional Federal ha acudido a la idea del *Durchgriff* o *Durchblick*, es decir, de la necesidad de mirar a los hombres que están detrás de toda persona jurídica (idea a la que responde la conocida teoría del levantamiento del velo). «Sólo —se afirma en la sentencia de la Sala segunda, de 8 de julio de 1982— cuando la formación y la actividad de una persona jurídica son expresión del libre desarrollo de los particulares, de personas naturales, cuando especialmente la mirada (*Durchblick*) a los hombres que están detrás de la persona jurídica se presenta como necesaria y llena de sentido, está justificado considerar a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales y, por ello, incluirlas también en el ámbito de protección de determinados derechos fundamentales materiales» (153).

(151) Véase K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., págs. 1081 y sigs.; y G. DÜRIG: «Comentario al art. 19 III GG», número marginal 1.

(152) K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pág. 1102.

(153) BVerfGE, 61, 82 (100); en sentido similar se había pronunciado la Sala primera en la Sentencia de 2 de mayo de 1967 (BVerfGE 21, 362 [369]).

Esto no quiere decir que los derechos de la persona jurídica se diluyan en los derechos de sus componentes, pues el art. 19.3 GG reconoce derechos fundamentales a la persona jurídica en cuanto tal (154), pero como ha subrayado G. Dürig es preciso tener en cuenta que tal precepto se justifica «en aras de los hombres» (*um des Menschen willen*); también en este caso la dignidad y la libertad de los hombres se constituye en parámetro de legitimidad y de interpretación (155). En última instancia, las instituciones sociales no constituyen una «tierra de nadie», sino que se encuentran al servicio del individuo y al proteger sus derechos se está levantando «una segunda muralla» frente al poder estatal (156). Al reconocer derechos fundamentales a entes con personalidad jurídica, lo que se está tutelando, en última instancia, son los intereses humanos para los que fueron creados.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha hecho eco de estas ideas en algunas de sus resoluciones. Así, en la STC 64/1988, tras afirmar que «es indiscutible que en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo como sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos», concluye que «es cierto, no obstante, que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental» (Fundamento jurídico 1.º). Y en la STC 241/1992 ha afirmado que «el pleno reconocimiento constitucional del fenómeno asociativo y la articulación de entidades colectivas dotadas de personalidad, exige asumir una interpretación amplia de las expresiones con las que, en cada caso, se denomine el titular de los derechos constitucionalmente reconocidos y legislativamente desarrollados» (Fundamento jurídico 4.º). Pero es, sobre todo, en la STC 139/1995, en la que el Tribunal intenta ofrecer una fundamentación algo más elaborada. En ella afirma, en términos que recuerdan a la doctrina alemana,

(154) Cfr. K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., págs. 1117-1118.

(155) «Comentario al art. 19 III GG», cit., número marginal 1. En el mismo sentido A. BLECKMANN y F. HELM: «Die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen», *DVBL*, enero de 1992, pág. 10.

(156) Cfr. J. ISENSEE: «Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen», cit., págs. 567-568.

que «atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social», y un poco más adelante sostiene que «si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan como decíamos— su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas» (Fundamento jurídico 4.º).

Los argumentos expuestos hasta el momento apuntan, sin duda, hacia la conveniencia de incluir a las personas morales entre los sujetos titulares de derechos fundamentales, pero quizás no quepa hablar todavía de una exigencia constitucional. Esta, sin embargo, puede concluirse si se acepta que detrás de la persona jurídica hay el ejercicio de un derecho fundamental. Es posible, entonces, apreciar junto a la dimensión individual de los derechos de asociación, sindicación o fundación una vertiente colectiva que exige la tutela iusfundamental de las entidades creadas al amparo de los mismos. Debe, en primer lugar, garantizarse su capacidad de autodeterminación (157), lo que a su vez exige la protección de un ámbito de autonomía y de privacidad para la toma de decisiones (158), así como una capacidad de actuar que variará según el tipo y los fines de la persona jurídica, pero cuya tutela requiere en muchos casos el reconocimiento de derechos fundamentales como pueden ser, por citar sólo unos ejemplos, la libertad ideológica, la de expresión, el derecho de reunión o la posibilidad de defender ante los tribunales sus derechos e intereses en iguales

(157) Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional: «el derecho de asociación reconocido en el art. 22 de la Constitución, comprende no sólo el derecho a asociarse, sino también a establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo dentro del marco de la Constitución y de las leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollen o lo regulen (art. 53.1) (STC 218/1988, FJ. 1.º).

(158) Se ha podido hablar, por ello, de la existencia de un *forum internum* en el que se forma la voluntad de la persona jurídica y que le dota de una identidad propia (J. ISENSEE: «Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen», *cit.*, pág. 573).

condiciones y con los mismos medios de defensa que los individuos. Si los derechos fundamentales mencionados permitieran crear entidades que, sin embargo, no tuvieran suficientemente garantizada su capacidad de actuación, se estaría a su vez limitando la dimensión individual del derecho. La libertad fundamental de asociación no está suficientemente garantizada cuando sólo incluye el derecho a crear asociaciones y sociedades (de cualquier tipo), o a afiliarse a las ya existentes, sino que exige al mismo tiempo la tutela de las entidades creadas en el ejercicio de tales derechos y, en última instancia, la garantía de su fuero interno y de su actividad, lo que se concreta en una serie de derechos no disponibles para los poderes públicos, incluido el legislador.

Buena prueba de esta necesidad de garantizar derechos fundamentales a las entidades creadas en ejercicio de un derecho fundamental lo constituye la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre los derechos de los sindicatos. El reconocimiento de derechos fundamentales no se ha producido en este caso por la vía del principio general de su titularidad por personas jurídicas sino que se ha desarrollado sobre todo mediante una interpretación expansiva del contenido de la libertad sindical que garantiza el art. 28.1 CE. Esta doctrina se inicia con la STC 11/1981, primera de una larga serie de decisiones en las que la jurisprudencia constitucional, conectando la libertad sindical del art. 28.1 CE con las funciones que el art. 7 de la Constitución confiere a los sindicatos, atribuye a éstos una serie de derechos no expresamente reconocidos en el texto constitucional (159). En el recurso resuelto por esta Sentencia, el sindicato recurrente había invocado el derecho de huelga, derecho que, en palabras del Tribunal Constitucional, «se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución (...); lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el art. 7 de la Constitución, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido» (Fundamento jurídico 9.º). De esta manera, y aunque el art. 28.2 CE proclama como titulares del derecho de huelga a los trabajadores (160), el Tribunal entiende que de la libertad sindical se deduce también su titularidad por los sindicatos. Esta línea se continúa con la STC 70/1982, en la que se reconoce a los sindicatos la facultad de plantear conflictos colectivos (161). El de-

(159) El art. 28.1 CE sólo reconoce explícitamente a los sindicatos «el derecho a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas».

(160) El precepto dice exactamente que «se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses».

(161) «Cuando la Constitución y la ley —se afirma en el Fundamento jurídico 3.º— les invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores les legitiman para ejercer aque-

recho de los sindicatos a huelga y a las medidas de conflicto no deriva ya de una interpretación amplia de los términos con que se alude a la titularidad en los artículos 28.2 y 37 de la Constitución, sino de una interpretación amplia del art. 28.1, que reconoce la libertad sindical, en relación con el art. 7 CE (162).

De forma clara se afirma que se trata de derechos propios de los sindicatos en la STC 37/1983, en cuyo Fundamento jurídico segundo se dice que la Constitución, al reconocer en su artículo 28.1 la libertad sindical admite al mismo tiempo «por la necesaria remisión al artículo 7, del que aquél es interdependiente, el derecho de los Sindicatos a actuar libremente para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, permitiendo así que la propia actividad del sindicato, como elemento teleológico que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, se integre en el artículo 28.1 de la Constitución y goce de la protección que el art. 53.2 atribuye a los derechos y libertades reconocidos en la sección primera del capítulo segundo», y un poco más adelante se hace referencia al «derecho del Sindicato a plantear conflictos colectivos» (Fundamento jurídico 2.º) (163).

El art. 28.1 CE se convierte así en lo que J. García Torres ha denominado un «derecho fundamental-fuente», es decir, un derecho del que manan una pluralidad de concretas posiciones jurídicas todas ellas cubiertas con las garantías

los derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores «uti singulus», son de necesario ejercicio colectivo» y por ello, y tal como ya estableció la STC 11/1981, «los derechos de huelga y de declaración de conflicto colectivo, de titularidad individual y de ejercicio colectivo pueden ser hechos efectivos por los grupos de trabajadores y por los sindicatos en cuanto medio de participación de los trabajadores como conjunto».

(162) En el caso de los derechos del art. 37 CE se da, además, la paradójica situación de que sus genuinos titulares —los trabajadores—, no pueden acudir al recurso de amparo (por quedar fuera de los derechos protegidos por esta vía), mientras que sí pueden hacerlo los sindicatos al configurarse ese derecho como una manifestación de la libertad sindical que garantiza el art. 28.1 CE.

(163) Esta misma forma de razonar ha llevado al Tribunal Constitucional a reconocer otros derechos a los sindicatos. Así, la STC 23/1983 sostuvo que «por muy detallado y concreto que aparezca el enunciado del artículo 28, número 1, de la C.E. a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerársele como exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad» (FJ. 2.º). De esta afirmación deduce el Tribunal dos nuevos derechos; uno primero muy genérico consistente en el «derecho a ejercer libremente sus actividades y a probar y poner en práctica programas de actuación y, correlativamente, a que los poderes públicos, no se interfiera en tales actividades o entorpezca la ejecución de aquellos programas» (ibídem). El segundo es el derecho a un trato no discriminatorio por parte de los poderes públicos, pues tal discriminación «supondría un atentado a los artículos 28, número 1, y 14 de la C.E.» (FJ. 3.º).

propias de un derecho fundamental (164). Pero en este caso estamos ante algo más: no se trata de que del derecho fundamental a la libertad sindical surjan nuevas facultades para sus titulares, sino que de su ejercicio nace un nuevo ente —el sindicato— al que se reconocen a su vez una serie de derechos. De esta forma, lo que en la Constitución se configura como un derecho individual a sindicarse, se convierte en un derecho de los sindicatos a actuar, derecho que a su vez se multiplica en una pluralidad de facultades, algunas de las cuales tienen carácter de derecho fundamental. Con ello, cada derecho fundamental que garantiza la creación de personas jurídicas garantizaría al mismo tiempo determinados derechos fundamentales de éstas, pero reconduciéndolos siempre al derecho originario (165). Por otra parte, en el caso concreto de la libertad sindical, esta construcción ha llevado al Tribunal a una cuestionable distinción entre «contenido esencial» y «contenido accidental» de los derechos (166).

Se ha justificado esta doctrina de los derechos fundamentales-fuente en «poderosas y legítimas razones históricas» (la situación fáctica y jurídica con que se encuentra el Tribunal Constitucional cuando en 1981 comienza a emitir sus primeras sentencias) y se ha afirmado que, por ello mismo, «tienen un carácter contingente» (167). Esas circunstancias coyunturales pueden explicar que el Tribunal no haya hecho una construcción similar en torno a otros preceptos, y muy especialmente en relación con los partidos políticos, conectando el art. 22 con el art. 6, e incluso con el art. 23 CE. El Tribunal no ha convertido el derecho de creación de partidos políticos en un derecho-fuente que suponga a su vez el reconocimiento de derechos fundamentales para el partido, y lo

(164) «Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales», *Poder Judicial*, núm. 10, 1988, pág. 16.

(165) Así, por ejemplo, la violación del domicilio de una asociación, o de su libertad de expresión podrían considerarse como una lesión del derecho de asociación en la medida en que implican reducir su capacidad de autodeterminación o limitar los medios para la consecución de los fines estatutariamente previstos.

(166) En la STC 9/1988 afirma el Tribunal Constitucional que junto a los derechos de los sindicatos que forman el contenido esencial de la libertad sindical, existen otras «facultades o derechos adicionales, atribuidos por normas infraconstitucionales, que pasan a integrar el contenido del derecho», conclusión que se reitera en la STC 51/1988 en cuyo Fundamento jurídico 5.º se afirma que «el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por esos *derechos o facultades* básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho, de forma que los actos contrarios a esos otros derechos o facultades adicionales sí pueden calificarse de vulneradores del derecho fundamental».

(167) A. OJEDA AVILÉS: «Un contenido esencial algo venial. O los problemas técnicos de una dispersión hermenéutica», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 44, 1990, pág. 591.

mismo cabe afirmar de los derechos de asociación (art. 22 CE) (168) y fundación (art. 34 CE). En nuestra opinión, esta última forma de actuar es la correcta. Como hemos visto, la plena garantía de esos derechos no es posible si no se reconoce a los entes creados en el ejercicio de los mismos determinados derechos fundamentales. Pero, por las razones expuestas, ese reconocimiento no debe hacerse mediante una ampliación del contenido propio de cada uno de los derechos (169), sino deduciendo de ellos un principio general de que las personas jurídicas son, en la medida en que la naturaleza y el contenido de cada uno de los derechos lo permita, titulares de derechos fundamentales. Es posible, por ello, concluir que, en nuestra Constitución —al igual que ocurre en la Ley Fundamental de Bonn— las personas jurídicas son al mismo tiempo titulares de derechos fundamentales y medio para su ejercicio (170).

A MODO DE EPÍLOGO

Señalábamos al comienzo de estas páginas que afirmar que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales es un punto de partida y no, como podría concluirse de este trabajo, un punto de llegada. Admitida la existencia de un principio general de titularidad es necesario determinar caso por caso qué derechos fundamentales pueden reconocerse a cada entidad organizativa pues, a diferencia de la persona individual, que es titular universal de derechos, la persona jurídica ve limitada esa titularidad tanto por su propia capacidad jurídica como, sobre todo, por la naturaleza del derecho. El examen de cómo operan esas limitaciones debe ser objeto de otros trabajos, pero sí cabe apuntar que la fundamentación aquí propuesta de la titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídicas permite avanzar dos conclusiones.

(168) Aunque en alguna ocasión aislada el Tribunal Constitucional ha hecho una construcción similar a la del derecho de sindicación; así, en la STC 91/1983, tras afirmar que forma parte del contenido esencial derecho de sindicación el derecho a celebrar reuniones de los afiliados, señala que esta consideración «es asimismo aplicable al derecho de asociación que reconoce el art. 22 de la Constitución»; y en la STC 15/1989, FJ. 4.º, incluye implícitamente en el derecho de asociación, el derecho a la igualdad de trato de las asociaciones.

(169) Así lo entiende también la mayor parte de la doctrina alemana. G. DÜRIG («Comentario al art. 19 III GG», cit., número marginal 4) afirma, por ejemplo, que el art. 19.3 GG implica consecuencias jurídico-materiales a las que se puede llegar igualmente mediante una interpretación teleológica del derecho individual de asociación (art. 9.1 GG), afirmación compartida por otros autores, pero reconoce que la pureza dogmática lleva a atribuir diferentes efectos a ambos preceptos y ello justifica en última instancia la existencia del art. 19.3 GG.

(170) J. ISENSEE: «Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen», cit., págs. 564 y sigs.

La primera, que como regla general esa titularidad no es posible cuando se trata de personas jurídicas de Derecho Público: si las personas jurídico-privadas tienen derechos porque en su origen está el ejercicio de un derecho fundamental que, de otra manera, no estaría suficientemente garantizado, fuera del círculo de los titulares de derechos fundamentales deben quedar —por principio— aquellas organizaciones en cuyo origen está única y exclusivamente un acto de un poder público. Por otra parte, la persona jurídico-pública no es un instrumento para el ejercicio de derechos; aunque en ciertos casos puede existir una vinculación con algún derecho fundamental —y muy especialmente con el derecho de participación política del art. 23 CE—, su creación responde a principios de diversa índole como pueden ser los de descentralización, eficacia y flexibilidad en la organización administrativa (171).

La segunda conclusión que puede extraerse, es la dificultad de limitar la titularidad de derechos fundamentales en función del tipo de persona jurídica de que se trate. Esta conclusión puede resultar controvertida y, de hecho, el Tribunal Constitucional se ha manifestado con frecuencia en el sentido de que aquellas asociaciones en las que predomina el elemento personal deben tener una protección mayor de la que ostentan aquellas otras en las que éste aparece más difuminado (véanse, por ejemplo, las SSTC 137/1985, 64/1988, 139/1995 y 117/1998). Sin embargo, ese tipo de afirmaciones han quedado, en la mayor parte de los casos, en un mero *obiter dictum*, sin que a la hora de la verdad se hayan extraído concretas consecuencias. De hecho, el Tribunal ha reconocido el derecho al honor —derecho personalísimo— precisamente a sociedades anónimas. En realidad, si se admite que toda persona jurídica tiene en su origen el ejercicio de un derecho fundamental, no se entiende por qué unas han de gozar de mayor protección que otras. Cuestión distinta es que, en función de los fines o de la actividad desarrollada por la persona jurídica, pueda excluirse el ejercicio de un determinado derecho o entenderse en caso de conflicto que la conducta que se considera lesiva del derecho no puede haber incidido en el bien protegido por el mismo (172). Del mismo modo, es claro que tampoco podrá la persona jurídica invocar los derechos fundamentales para superar los límites a la capacidad jurídica que se derivan de la ley y de sus estatutos.

(171) Esta es precisamente la solución adoptada por nuestro Tribunal Constitucional (véase A. J. GÓMEZ MONTORO: «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)», *cit.*, págs. 45 y sigs.). La cuestión puede, no obstante, complicarse cuando se trata de entidades constituidas conjuntamente por poderes públicos y ciudadanos.

(172) Así, una empresa no podrá invocar el derecho a la libertad sindical. Pero esto no es algo específico de la persona jurídica, sino que ocurre también con el empresario individual.

