

## CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN Y LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Juan Luis REQUEJO PAGÉS\*

SUMARIO: I. *La Constitución y la ley en la configuración de los derechos fundamentales.* II. *La delimitación constitucional.* III. *El contenido esencial y el principio de igualdad.*

### I. LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La configuración de los derechos fundamentales es tarea conjunta de la Constitución y la ley, bien que condicionada —en virtud de una decisión constituyente (artículo 10.2 de la Constitución Española)— por los contenidos mínimos que resultan de los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por España. Sin embargo, su definición acabada corresponde, en los límites permitidos por aquella configuración normativa, al Tribunal Constitucional y a los órganos judiciales ordinarios; a aquél, por cuanto le cumple interpretar auténticamente —y, por tanto, *decidir*— el sentido y el alcance de los preceptos constitucionales; a éstos, por razón de la posibilidad que les asiste de ampliar el contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental, siempre, claro está, que con ello no se perjudique a otro derecho de la misma condición.<sup>1</sup>

\* Letrado del Tribunal Constitucional de España. Profesor titular de Derecho constitucional.

<sup>1</sup> STC 114/1995, del 6 de julio. Esta posibilidad es consecuencia de la configuración de la jurisdicción constitucional de amparo como una jurisdicción de mínimos. El Tribunal Constitucional garantiza el mínimo representado por el contenido jurisprudencialmente declarado de los derechos fundamentales, sin extenderse al aseguramiento frente a excesos judiciales en la definición de los derechos, salvo en los casos en que del exceso se derive el perjuicio de otros derechos fundamentales.

Esa definición última de los derechos fundamentales, de su contenido y alcance en tanto que garantías del individuo frente al poder público en cada momento histórico, es el resultado de un proceso constitucionalmente ordenado que se descompone en una pluralidad de fases de sucesiva concreción de las abstracciones constitucionales. En cada una de esas fases intervinen necesariamente los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, cuyo concurso en el proceso tiene, claro está, un protagonismo desigual, sometido también, según los casos, a condicionamientos diversos que redundan en ámbitos de libertad muy distintos, que en el mejor de los supuestos —el del legislador— encuentra un límite infranqueable en el *contenido esencial* de los derechos fundamentales.

Aun siendo límites frente al legislador, los derechos fundamentales no pueden prescindir del Legislativo a los fines de la definición de sus contornos. Lo anterior encierra una contradicción sólo aparente, pues el verdadero límite frente al Poder Legislativo viene constituido, en realidad, por el *contenido esencial* de los derechos fundamentales. Ahí se encuentra el auténtico núcleo irreductible de los derechos fundamentales, al que ha de adherirse un contenido no esencial o constitucionalmente contingente,<sup>2</sup> imprescindible en la mayoría de los casos para la configuración definitiva del derecho, esto es, para la existencia articulada de un ámbito de libertad frente al poder público.

Hay supuestos en los que la propia Constitución Española (CE) configura directamente un derecho fundamental enunciándolo a través de categorías y conceptos de aplicación jurisdiccional inmediata, esto es, sin necesidad de intermediación legislativa alguna;<sup>3</sup> en otros, por el contrario, se remite al legislador para precisar o culminar la definición de determinado elemento del derecho.<sup>4</sup> Si en éstos la intervención legislativa es inexcusa-

<sup>2</sup> Contingente en el sentido de que tal contenido no viene constitucionalmente definido e impuesto, aunque siempre es obligada la intervención legislativa en orden a su constitución. Así resulta, como se verá, del sentido que ha de atribuirse a las reservas de ley establecidas en los artículos 53.1 y 81.1 de la CE para la regulación del ejercicio y el desarrollo de los derechos fundamentales.

<sup>3</sup> Artículo 18.1 (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), artículo 18.2 (inviolabilidad del domicilio), artículo 18.3 (secreto de las comunicaciones), artículo 19 (derecho a circular por el territorio nacional).

<sup>4</sup> Artículo 17.1 (la privación de libertad sólo procede “en los casos y en la forma previstos en la ley”). Sobre el particular, *cf.*, Jiménez Campo, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Madrid, Trotta, 1999.

ble, en aquéllos es constitucionalmente imposible.<sup>5</sup> Esta relación estructural entre la Constitución y la ley es propia de los derechos fundamentales de libertad. En los específicamente denominados *derechos fundamentales de configuración legal* la intermediación legislativa es mucho más acusada. La jurisprudencia constitucional no ha definido el concepto *de configuración legal* de los derechos, aunque puede inferirse de la misma que no es aplicable a “todos cuantos derechos fundamentales admitan algún tipo de intervención legal para su ordenación, sino, de manera estricta, [a] aquellos atribuidos a los individuos por la Constitución en términos de una titularidad abstracta o potencial... que se concretará sólo en conexión con la ley”.<sup>6</sup>

La remisión del constituyente a la ley en el proceso de concreción de los enunciados abstractos de derechos fundamentales suele manifestarse en términos de un aparente apoderamiento para la limitación de los mismos.<sup>7</sup> Sin embargo, el concurso del legislador en la configuración de los derechos fundamentales sólo se verifica en clave de *delimitación*, esto es, de definición del derecho antes que de constricción de un derecho ya definido. Esta constricción —particularmente en cuanto afecta al ámbito de los titulares de derechos— es posible, y necesaria, en todo caso, pero siempre desde la Constitución misma, aunque en términos cuya definición puede deferirse al Poder Legislativo.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> O, cuando menos, de muy difícil justificación, pues si la Constitución ha de ser algo vivo es inevitable dar entrada al legislador para que actualice en cada momento histórico el sentido y alcance de conceptos y categorías que, tomados por el Constituyente de la tradición histórica y jurídica, pueden verse necesitados de revisión. Así, el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de que el legislador perfile —dentro de límites muy estrictos— el concepto de *flagrancia*, utilizado por el artículo 18.2 de la CE para determinar una excepción al derecho a la inviolabilidad del domicilio; STC 341/1993, del 18 de noviembre.

<sup>6</sup> Jiménez Campo, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, cit., nota 4, p. 43. Para este autor el concepto ha de reservarse a los derechos de participación (artículos 23 y 27.7, CE), a los prestacionales (artículos 24 y 27.1 y 5, CE), a los que se reconocen en el seno de una institución garantizada (artículos 33 y 38, CE) o prevista por la Constitución (artículo 30.2, CE). Se trata de supuestos en los que “la titularidad del derecho subjetivo fundamental surge sólo, como realidad práctica y actual, de la convergencia o conexión entre el enunciado abstracto de la Constitución y la ordenación legal de los procedimientos y condiciones que delimitan el derecho”, *ibid.*

<sup>7</sup> El artículo 20.4 de la CE erige en *límite* de los derechos a la libertad de expresión y opinión, *inter alia*, a los preceptos de las leyes que desarrollen el título I de la Constitución. La utilización del término *límite* induce a confusión, pues claramente se trata de contornear intrínsecamente el contenido y alcance de unos derechos, no de limitarlos externamente.

<sup>8</sup> Así, la libertad personal puede ser limitada mediante la detención, por voluntad constituyente, “en los casos y formas previstos en la ley” (artículo 17.1, CE) y el derecho a la li-

La delimitación legislativa de los derechos fundamentales parece quedar reservada por la Constitución (artículo 81.1, CE) a la ley orgánica, única norma habilitada para el *desarrollo* de estos derechos. Qué sea desarrollar un derecho fundamental es, en la jurisprudencia y en la doctrina, cualquier cosa salvo una cuestión pacífica; la incertidumbre se subraya hasta el extremo por razón de la segunda de las reservas genéricas contenidas en la Constitución a propósito de los derechos fundamentales: aquella que atribuye a la ley (ordinaria) la *regulación del ejercicio* de los derechos fundamentales (artículo 53.1, CE). El Tribunal Constitucional ha entendido que “el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas”.<sup>9</sup> No se trata de regular el derecho, sino de desarrollar la norma constitucional, con lo que “se atiende a un problema específico de las normas constitucionales de reconocimiento de derechos: su carácter abstracto, que resulta de la mención genérica de las conductas —por ejemplo, reunirse, expresarse—, las cuales en la realidad han de transcurrir siempre como algo concreto”.<sup>10</sup> Se entiende así que las leyes orgánicas de desarrollo no amplíen necesariamente el tipo jurídico del derecho, sino que, delimitándolo en su contenido, realicen una *limitación* o *elección* respecto de otras opciones deducibles a partir del carácter abstracto del tipo.<sup>11</sup> Por ello se ha considerado incluida en la reserva del artículo 81.1 de la CE a la ley penal.<sup>12</sup> En todo caso, el desarrollo nunca puede consistir

en una actividad del legislador exclusivamente dirigida a interpretar cuál es el sentido constitucionalmente lícito de un precepto constitucional. En otras palabras, el legislador no puede elevar su opción concreta dentro de lo jurídicamente posible a la única constitucionalmente válida. Al legislador se le reconoce un mayor o menor margen de maniobra, no la capacidad para maniobrar o manipular los márgenes entre los que ha de conducirse.<sup>13</sup>

bre sindicación puede limitarse o exceptuarse por ley para los militares por cuanto es esa una posibilidad contemplada en el artículo 28.1 de la CE.

<sup>9</sup> STC 140/1986, del 11 de noviembre.

<sup>10</sup> Otto, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 117.

<sup>11</sup> Bastida Freijedo, F. J., *La libertad de antena*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 31.

<sup>12</sup> STC 140/1986, de 11 de noviembre.

<sup>13</sup> Bastida Freijedo, F. J., *op. cit.* nota 11 (*loc. cit.*). STC 76/1983, del 5 de agosto.

La reserva del artículo 81.1 de la CE se entiende contraída a los derechos recogidos en la sección 1a. del capítulo II del título I (artículos 15-29, CE), pues esa sección se rubrica con la misma expresión utilizada en aquel precepto: “De los derechos fundamentales y libertades públicas”.<sup>14</sup> Y sólo a lo que en esa sección son estrictamente derechos y libertades, de manera que las reservas de ley específicas contenidas en algunos de esos preceptos no tienen por qué colmarse en todo caso con leyes orgánicas.<sup>15</sup> La interpretación restrictiva del alcance de esta reserva del artículo 81.1 de la CE ha llevado también al Tribunal Constitucional a excluir de la misma la mera afectación de un derecho fundamental. La reserva sólo cubre la regulación de determinados aspectos, esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas, que son

elementos necesarios del desarrollo normativo a realizar por ley orgánica. Pero, aparte de estos elementos esenciales y necesarios... no es posible estimar que cualquier regulación que en alguna forma afecte al ejercicio de un derecho constituye forzosamente un desarrollo del mismo y, en consecuencia, ha de responder a los requisitos del artículo 81.1.<sup>16</sup>

Según se ha señalado, a esta reserva genérica en cuanto al *desarrollo* de los derechos fundamentales (artículo 81.1, CE) ha de sumarse la establecida en el artículo 53.1 de la CE respecto de la *regulación del ejercicio* de tales derechos. Los esfuerzos por distinguir el *desarrollo* de la *regulación del ejercicio* se suceden aún al día de hoy con dudosa fortuna. Frente a quienes sostienen que ambas categorías aluden a actividades normativas diversas, no faltan quienes concluyen que se trata de categorías sustancialmente idénticas.<sup>17</sup> La propia jurisprudencia constitucional induce a confusión,

<sup>14</sup> STC 76/1983, del 5 de agosto.

<sup>15</sup> Por ejemplo, la remisión contenida en el artículo 20.3 de la CE para que la ley regule la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público no supone la obligación de crear o mantener esos medios, ni reconoce ningún derecho con ese contenido; sólo impone que, de existir esos medios, la regulación de su organización y su control parlamentario se discipline por medio de una ley, que no será orgánica por cuanto no desarrolla ningún derecho. STC 6/1981, del 16 de marzo.

<sup>16</sup> STC 132/1989, del 18 de julio.

<sup>17</sup> Entre los primeros, por ejemplo, Otto, I. de, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitu-

pues no es infrecuente la utilización indistinta de ambas expresiones.<sup>18</sup> La sola lectura de los artículos 53.1 y 81.1 de la CE sugiere que, en principio, se trata de cosas distintas. El desarrollo consistiría en la concurrencia del Legislativo, a partir de la abstracción constitucional, en la definición concreta de los derechos fundamentales, en tanto que la regulación atendería a la disciplina de los procedimientos o formalidades necesarios para el ejercicio en cada caso de un derecho ya definido; sea definido inmediatamente por la Constitución (derechos de libertad), sea definido por ésta y las leyes orgánicas de desarrollo (por ejemplo, derechos prestacionales). Sin embargo, no puede obviarse el dato de que la Constitución opone como límite a la regulación del ejercicio el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales; límite que no se menciona en el artículo 81.1 de la CE frente a la actividad legislativa de desarrollo. Según esto, resultaría que el contenido esencial no condiciona el desarrollo, la delimitación de un derecho fundamental, y sí, en cambio, la regulación del ejercicio del derecho una vez configurado tras la intermediación legislativa. De este modo, el legislador (ordinario) de la regulación no estaría condicionado por el desarrollo del derecho verificado por el legislador orgánico, sino únicamente por un contenido esencial (constitucional) que no limita al legislador de desarrollo.

El contrasentido de lo anterior sólo parece superarse si, como propone J. Jiménez Campo,<sup>19</sup> se entiende que *regular el ejercicio*

será tanto el *desarrollo* (artículo 81.1) de un derecho fundamental de la sección 1a. del capítulo segundo como, por ejemplo, lo que la Constitución llama *delimitación* por el legislador de los derechos a la propiedad y a la herencia (artículo 33.2); tanto la ordenación de un derecho de configuración legal (artículos 23 y 24)... como la... que el legislador realiza cuando la Constitución lo exige (artículo 28.2, entre otros) o lo requiere (artículo 27.1, por ejemplo). *Regulación del ejercicio* será también, desde luego, la ordenación de la intervención pública en los que cabe llamar derechos condicionales, esto es, susceptibles de constricción singular (núms. 2 y 3 del artículo 18, por ejemplo).

ción”, en Retortillo, L. Martín e Otto, I. de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, p. 156; entre los segundos, Bastida Freijedo, F. J., *La libertad de antena*, *cit.*, nota 11, pp. 34-43; Jiménez Campo, J., *cit.*, nota 4, pp. 61-66, considera que la regulación del ejercicio es una categoría genérica, comprensiva —entre otras— de la de desarrollo.

<sup>18</sup> Por ejemplo, STC 218/1988, del 22 de noviembre.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, nota 4, p. 63.

Desde esta perspectiva, la regulación del ejercicio —actividad reservada a la ley ordinaria (tanto estatal como autonómica)— comprendería toda actuación del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales, y a toda ella se extendería el límite representado por el contenido esencial de los derechos fundamentales. Ahora bien, aquella actuación consistente en la definición —cuando sea necesaria— de elementos esenciales de cada uno de los derechos comprendidos entre los artículos 15 y 29 de la Constitución sólo podrá verificarse por medio de la forma *ley orgánica* (siempre estatal). A ella se opone únicamente el contenido esencial del derecho, en tanto que a la verificada con fines diversos a los del desarrollo del derecho le será también oponible, como es lógico, el límite representado por la normación del legislador orgánico.

En la configuración de los derechos fundamentales participan, pues, tanto la Constitución como la ley y, en general, las normas dotadas con rango o valor legales.<sup>20</sup> Queda, no obstante, algún lugar para el reglamento, aunque sólo en los estrechos márgenes permitidos por las reservas de ley generales y específicas contenidas a lo largo del título I de la Constitución. Para el Tribunal Constitucional, el significado último de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales

es el de asegurar que los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del Ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley... Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejerci-

<sup>20</sup> El decreto-ley y el decreto legislativo, aunque para cada una de estas formas normativas existen límites constitucionales que relativizan su importancia en las tareas de configuración de los derechos fundamentales. El artículo 82.1 de la CE excluye la posibilidad de delegación legislativa en materia reservada a la ley orgánica; por su parte, el artículo 86.1 de la CE hace imposible la emisión de un decreto-ley que afecte “a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I”. Sin embargo, el término *afectar* ha sido interpretado en la jurisprudencia como sustancialmente distinto al de *desarrollo* utilizado por el artículo 81.1 de la CE, lo que hace posible la participación del decreto-ley en tareas configuradoras de derechos fundamentales, aunque siempre dentro de los límites establecidos en el artículo 53.1 de la CE. STC 111/1983, del 2 de diciembre.

cio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley.<sup>21</sup>

## II. LA DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL

### 1. *Los “límites” del texto constitucional*

Desde el punto de vista del contenido de los derechos fundamentales debe hablarse, antes que de *límites* establecidos en el texto constitucional, de *delimitación* de los mismos en la Constitución. El término *límites* ha de reservarse para aquellos supuestos en los que la Constitución contrae el ámbito de los titulares de los derechos fundamentales, sea con referencia a determinados grupos de personas,<sup>22</sup> sea —con carácter más o menos general— en relación con determinadas circunstancias.<sup>23</sup> Pese a que la Constitución habla en ocasiones de límites de los derechos al perfilar su contenido, en realidad no se refiere a otra cosa que a su definición o configuración. Esto es, no actúa sobre un derecho fundamental ya configurado, sino a los fines, precisamente, de proceder a su definición. Así, por ejemplo, el artículo 20.4 de la CE dispone que las libertades de expresión, opinión e información “tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. Claramente, no se trata aún sino de configurar unos derechos fundamentales, de delimitar su contenido antes que de limitarlos externamente tras su configuración. La libertad de expresión no ampara la posibilidad de injuriar; no porque el derecho al honor limite una libertad de expresión constituida como absoluta, sino porque intrínsecamente (constitucionalmente) el contenido de esa libertad viene delimi-

<sup>21</sup> STC 83/1984, del 24 de julio. En esa misma línea, SSTC 225/1993, del 8 de julio; 26/1994, del 27 de enero; 120/1994, del 25 de abril.

<sup>22</sup> Por ejemplo, la posibilidad de suspender para personas determinadas los derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3 de la CE, en relación con investigaciones sobre actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

<sup>23</sup> En los casos de declaración del estado de excepción o de sitio cabe suspender determinados derechos, enumerados en el artículo 55.1 de la CE. Asimismo, el derecho a la vida puede no ser incondicionado en tiempos de guerra (artículo 15, CE).



tado y definido por un haz de facultades en el que va de suyo la exclusión del insulto.<sup>24</sup>

La delimitación de los derechos fundamentales en el texto constitucional se verifica unas veces de manera inmediata y directa por el propio constituyente, como es el caso, ya citado, de las libertades de opinión y expresión. En la mayoría de los supuestos, sin embargo, esa delimitación se hace por remisión a la ley, que contribuye así a configurar el derecho mediante la regulación de las condiciones de su ejercicio;<sup>25</sup> o, incluso, a *crear* el derecho mismo, como sucede en el supuesto de los derechos incluidos en el capítulo tercero del título I (“De los principios rectores de la política social y económica”), pues tales derechos sólo aparecen *proyectados* o *esbozados* en la Constitución y únicamente son alegables ante los tribunales “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (artículo 53.3, CE).<sup>26</sup> Ese capítulo encierra un conjunto de normas programáticas —la mayoría—,<sup>27</sup> de mandatos al legislador<sup>28</sup> y de garantías institucionales,<sup>29</sup> de cuya actualización legislativa se hace depender, desde la perspectiva del individuo, el nacimiento de derechos subjetivos (el derecho nace de la ley, no de la Constitución), aunque la libertad legislativa es aquí notablemente amplia; de un lado, porque no opera el límite del contenido esencial, reservado por el artículo 53.1 de la CE para los derechos del capítulo segundo; de otro, porque, asegurado el respeto al conjunto de la Constitución, las opciones del legislador a los fines de arbitrar las medidas que, en su criterio, resulten más efectivas para la consecución de los objetivos que con aque-

<sup>24</sup> La jurisprudencia constitucional utiliza también indistintamente los términos *límite* y *delimitación*, aunque de ella se desprende que propiamente estamos ante un supuesto de definición del contenido del derecho. Así, por ejemplo, en la STC 42/1995, del 13 de febrero, se habla, respecto de la libertad de expresión, de los límites que a la misma opone el derecho al honor, aunque inmediatamente se afirma que esa libertad “viene *delimitada* por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”.

<sup>25</sup> El derecho a entrar y salir libremente de España (reservado a los españoles) se reconoce por el artículo 19 de la CE “en los términos que la ley establezca”.

<sup>26</sup> SSTC 36/1991, del 14 de febrero; 14/1992, del 10 de febrero; 199/1996, del 3 de diciembre.

<sup>27</sup> Por ejemplo, la que insta a los poderes públicos a la promoción de las condiciones favorables para una distribución de la renta personal más equitativa (artículo 40.1, CE).

<sup>28</sup> El artículo 39.2 de la CE impone la adopción de una legislación que haga posible la investigación de la paternidad.

<sup>29</sup> Las que preservan un régimen público de Seguridad Social (artículo 41, CE; STC 37/1994, del 10 de febrero).

Los principios se constitucionalizan como deseables (la consecución de un medio ambiente adecuado —artículo 45, CE—, del disfrute generalizado de una vivienda digna —artículo 47, CE) no pueden ser enjuiciadas por el Tribunal Constitucional, toda vez que la elección, entre todos los posibles, de un medio capaz de alcanzar esos resultados es, por definición, una elección política, jurídicamente incontestable. La Constitución opera aquí, de modo genuino, como un marco de coincidencias donde son posibles una pluralidad de opciones políticas.<sup>30</sup>

En definitiva, con las remisiones a la ley en el ámbito del capítulo segundo se hace posible una delimitación facilitada o querida por el Constituyente y que sólo actualiza el legislador. Siempre, como es obvio, en los márgenes permitidos por el contenido esencial de cada derecho, cuyo respeto es condición inexcusable para cualquier norma reguladora de su ejercicio.

## 2. *Limitaciones generales previstas por la Constitución (reserva de ley)*

La delimitación legislativa de los derechos fundamentales responde, según se ha dicho, a expresas habilitaciones constitucionales. En el artículo 53.1 de la CE se contiene una reserva general en cuanto a la *regulación del ejercicio* de los derechos. Otra reserva general es la establecida en el artículo 81.1 de la CE respecto del *desarrollo* de los mismos. La primera lo es en favor de la ley ordinaria (estatal o autonómica) o de normas con rango de ley (con los límites que los artículos 82 y 86 de la CE imponen para el decreto legislativo y el decreto-ley); la segunda, en beneficio del legislador orgánico (siempre estatal).<sup>31</sup>

Junto a estas reservas generales existen multitud de reservas específicas, diseminadas a lo largo de todo el título I. Esa pluralidad permite sostener que no existe en el derecho español una reserva general, en el sentido tradicional del concepto, para todo lo que afecte a la libertad y a la propiedad;<sup>32</sup>

<sup>30</sup> STC 11/1981, del 8 de abril.

<sup>31</sup> Legislador orgánico que puede extender su normación a materias no reservadas a la ley del artículo 81.1 de la CE siempre que guarden conexión con materia orgánica, produciéndose el efecto de la *congelación* del rango de la materia ordinaria en ella regulada. STC 5/1981, del 13 de febrero.

<sup>32</sup> Así lo tiene declarado el Tribunal Constitucional, para el que cabe la regulación reglamentaria del ejercicio de las profesiones, salvo —por expreso imperativo del artículo 36

tampoco para lo que supone el trazado de las líneas básicas y las directrices del orden social y estatal<sup>33</sup>. Por lo demás, y pese al enunciado literal de muchos preceptos constitucionales, ha de entenderse que las habilitaciones al Poder Judicial para la privación individual de determinados derechos encierran un implícito mandato al legislador para el establecimiento previo de los supuestos y condiciones en que esa privación es posible.<sup>34</sup>

La reserva constitucional en favor de la ley no se integra en el contenido del derecho fundamental, sino que constituye una garantía del derecho ya configurado. Ello supone que no quepa hablar, en principio, de un *derecho al rango* por parte de los titulares de los derechos fundamentales. La excepción la constituirían, con todo, las reservas previstas para el derecho sancionador (artículo 25.1, CE) y para la imposición de prestaciones personales o patrimoniales (artículo 31.3, CE). Ello no obstante, el Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho al rango en dos supuestos diferentes,

condicionados ambos... por la especial configuración de nuestra jurisdicción constitucional. El primer supuesto... es el de la reserva a la ley del *desarrollo* de los derechos fundamentales... garantía que el Tribunal ha estimado integrada, por ahora, en el contenido de los derechos enunciados en los artículos 17.1 y 20.1... El segundo... es el [de la denominada] *dimensión formal del derecho reconocido a los parlamentarios por el artículo 23.2...* derecho que resultaría violado si una materia reservada al Reglamento de la Cámara, u ordenada en ella, fuese disciplinada por resolución de rango inferior.<sup>35</sup>

de la CE— en el caso de las profesiones tituladas y en cuanto afecte a la libertad de elección (también por mandato del artículo 35.1 de la CE). STC 83/1984, del 24 de julio.

<sup>33</sup> Otto, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., nota 17, pp. 155 y 156.

<sup>34</sup> Tal es el caso con la posibilidad de entrada o registro en domicilio (artículo 18.2, CE), el secuestro de publicaciones (artículo 20.5, CE) y la disolución o suspensión de asociaciones (artículo 22.4, CE).

<sup>35</sup> Jiménez Campo, J., cit., nota 4, pp. 49 y 50. Señala este autor que se trata de “respuestas dogmáticas a problemas de articulación institucional de la jurisdicción constitucional en España, pues el juez ordinario no puede, como es obvio, ni depurar la insuficiencia de rango de una ley ordinaria que debió ser orgánica, ni controlar los actos internos parlamentarios”, *idem*. Ejemplo de la jurisprudencia constitucional comentada son las SSTC 140/1986, del 11 de noviembre, 44/1995, del 13 de febrero, y 88/1995, del 6 de junio.

### III. EL CONTENIDO ESENCIAL Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El límite principal para el legislador de los derechos fundamentales es el representado, según se viene diciendo, por el *contenido esencial* de los mismos (artículo 53.1, CE). Naturalmente, este límite es exclusivo para el legislador, pues los demás poderes constituidos, y particularmente el Judicial, están sometidos y vinculados al contenido de los derechos fundamentales en su acabada configuración tras la intermediación legislativa.<sup>36</sup>

La Constitución no define lo que sea ese contenido esencial. Quizás ofrezca alguna pauta al erigir a los tratados internacionales sobre derechos humanos en criterio de interpretación en materia de derechos fundamentales (artículo 10.2, CE), de manera que posiblemente el contenido esencial haya que buscarlo en la jurisprudencia de los tribunales instaurados por esos convenios. Sin embargo, ya se ha dicho que esa jurisprudencia no tiene otro valor que el de precisar un contenido *mínimo*, lo que no equivale, como es obvio, a *esencial*.

Con la utilización de expresión tan difusa parece haberse querido asegurar un equilibrio, nada fácil, entre el principio de constitucionalidad y el democrático-pluralista,<sup>37</sup> esto es, conjugar la normatividad suprema de la Constitución y la necesaria libertad del legislador para la configuración del contenido último de los derechos en cada momento histórico. Sea como fuere, ni el Tribunal Constitucional ni la doctrina han podido construir aún un concepto mínimamente definido. El Tribunal lo intentó ya en una de sus primeras sentencias,<sup>38</sup> advirtiendo entonces que para aproximarse a esa idea cabe seguir dos caminos: acudir a “la naturaleza jurídica o modo de concebir o de configurar cada derecho”, o “tratar de buscar... los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”. El primero supondría que hay que

tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y... el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas... El tipo abstracto del derecho prexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta.

36 SSTC 123/1983, del 16 de diciembre; 61/1989, del 3 de abril.

37 Jiménez Campo, J., *op. cit.*, nota 4, pp. 68 y 69.

38 STC 11/1981, del 8 de abril.

Por esta vía se concluiría que

constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose... Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas.

El segundo camino permitiría

hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.<sup>39</sup>

La jurisprudencia constitucional —sea ese primer intento de definición— ha padecido las consecuencias resultantes del confusionismo del concepto, oscilando entre la identificación del *contenido esencial* con el *contenido mínimo*<sup>40</sup> y la constitucionalización de derechos que sólo encuentran fundamento en la ley.<sup>41</sup> Por ello se ha sugerido un entendimiento *temporal* y no *espacial* de la categoría,<sup>42</sup> partiendo de la idea de que

el derecho fundamental se reconoce o no al enjuiciar la ley y en esto consiste su defensa jurisdiccional: en examinar si la legislación de cada tiempo puede verse como forma histórica del derecho que la Constitución creó. No se trata... de un enjuiciamiento de contraste o de compatibilidad lógica entre el enunciado legal y el constitucional, porque este último no describe apenas el ámbito o la acción que garantiza. La declaración constitucional del dere-

<sup>39</sup> Ambos caminos, continúa la STC 11/1981, “no son alternativos, ni siquiera antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que... pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse”.

<sup>40</sup> STC 105/1992, del 1o. de julio.

<sup>41</sup> STC 39/1986, del 31 de marzo, que califica como contenido añadido al esencial ciertas facultades legales concedidas a los sindicatos por voluntad del legislador.

<sup>42</sup> Jiménez Campo, J., *op. cit.*, nota 4, p. 71.

cho supone entonces, estrictamente, la apelación a una imagen de cultura que la tradición jurídica, convocada por la Constitución, proporciona al intérprete.

Se trataría, en suma, de seguir el primero de los caminos apuntados en la STC 11/1981 y de reconocer abiertamente las facultades definidoras de derechos ínsitas a la posición del Tribunal Constitucional, verdadero configurador, a la postre, de los derechos fundamentales en todas las variables de sus contenidos (esenciales, adicionales, etcétera).

Otro límite a la configuración legislativa de los derechos fundamentales es el constituido por el principio de igualdad (artículo 14, CE). Principio —no derecho—<sup>43</sup> en cuya virtud le está vedado al legislador, con carácter general, la creación de normas en las que se juridifiquen diferencias carentes de una justificación objetiva y razonable. La justificación se alcanza, a diferencia de lo que sucede con las diferenciaciones operadas en resoluciones judiciales (igualdad en la aplicación de la ley), con la sola evidencia (jurisdiccionalmente constatable) de que la diferencia de trato contenida en la ley resulta necesaria a los fines de la consecución de un fin constitucionalmente legítimo.<sup>44</sup>

La justificación en función del fin propia del enjuiciamiento de la ley desde la perspectiva de la igualdad guarda estrecha relación con la técnica característica del *principio de proporcionalidad*. Es más que discutible, sin embargo, que este principio opere como un límite al legislador de los derechos fundamentales. Los dos únicos límites admisibles son los hasta ahora examinados:<sup>45</sup> el del contenido esencial, por cuanto a su través el Constituyente impone el respeto a lo que en cada momento histórico haga reconocible la esencia del derecho prefigurado en abstracto por el Constituyente; el de la igualdad, en cuanto que con él, antes que delimitar el contenido del derecho, se garantiza la generalización de quienes lo disfrutan mediante las exigencias de justificación impuestas a todo intento de excepcionar un régimen común. El único límite al legislador respecto del contenido sustantivo de los derechos fundamentales es, en definitiva, el del contenido esencial; lo contrario supondría tanto como reducir al legislador

<sup>43</sup> Aunque hay resoluciones del Tribunal que hablan de “derecho a la igualdad” (STC 5/1992, de 16 de febrero), o, extrañamente, de “titularidad del principio de igualdad por parte de los entes públicos” (STC 125/1992, del 28 de septiembre).

<sup>44</sup> SSTC 70/1983, del 26 de julio; 119/1987, del 9 de julio; 38/1995, del 13 de febrero.

<sup>45</sup> En relación con cuanto sigue *cf.* Jiménez Campo, J., *op. cit.*, nota 4, pp. 74-80.

al papel de mero ejecutor de la Constitución. Y ese efecto se alcanzaría si se le impusiera la obligación de contribuir a la delimitación de los derechos fundamentales, de su *desarrollo*, respetando la lógica de la proporcionalidad, esto es, justificando la delimitación que de cada derecho haga en uno u otro sentido en términos de adecuación a la consecución del fin representado por el respeto o la garantía de otro derecho fundamental.

Con el respeto al contenido esencial se alcanza —y culmina— el respeto al derecho. La delimitación de ese contenido puede ya justificarse por razón de fines simplemente conformes con la Constitución, no impuestos por ella.<sup>46</sup> La búsqueda de un fundamento constitucional positivo es, pues, innecesaria, y

la única explicación para su invocación reiterada [en la jurisprudencia constitucional] está en la confusión entre esta cuestión del fin legítimo de la legislación y la de la necesaria atención por todos —también por el legislador— al sistema general de la Constitución, ninguno de cuyos preceptos puede afirmarse o hacerse valer en detrimento de lo dispuesto en otro... Ni la necesaria atención a la totalidad de la Constitución ni la consiguiente exigencia de ponderación que también la ley ha de realizar excluyen, en suma, la orientación de la legislación delimitadora a la consecución de cualesquiera fines legítimos y compatibles con el respeto al contenido del derecho delimitado.<sup>47</sup>

Por lo demás, el Tribunal Constitucional viene haciendo una utilización mínima del principio de proporcionalidad —autónomamente y en cuanto

<sup>46</sup> La STC 169/1993, del 27 de mayo, habla, por ejemplo, de “razones de interés público” como suficientes para justificar una determinada delimitación legislativa del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. En el caso, se trataba de juzgar la constitucionalidad de una norma que establecía límites a la embargabilidad de determinados créditos de los contratistas de obras públicas frente a la administración.

<sup>47</sup> Jiménez Campo, J., *op. cit.*, nota 4, p. 76. Como ejemplo de los efectos perversos que pueden derivarse de la utilización de la técnica de la proporcionalidad, cita este autor la STC 77/1985, del 27 de junio, que fundamentó la constitucionalidad del artículo 21.2 de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación —según el cual no podían ser titulares de centros privados docentes quienes tuvieran antecedentes por delitos dolosos— en la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia; esto es, aplicó un límite sólo previsto en el artículo 20.4 de la CE para las libertades de comunicación y con ello justificó la privación del derecho fundamental reconocido en el artículo 27.1 de la CE a una categoría abstracta de personas (contrariando, además, el principio constitucional de reinserción). Un ejemplo de proceder en contrario —y, en mi opinión, correcto— por parte del Tribunal lo ofrece la STC 141/1988, del 12 de julio.

tal— en sus funciones de enjuiciamiento del legislador. En muchos casos aparece como una concreción del respeto al contenido esencial;<sup>48</sup> en otros, como equivalente a juicio de razonabilidad;<sup>49</sup> y, en general, cuando el Tribunal ha advertido de su disposición a utilizarlo no ha dejado de señalar que su enjuiciamiento no sería tan riguroso como en los supuestos de control de la actividad judicial.<sup>50</sup> El examen de la jurisprudencia demuestra que, por principio, la proporcionalidad aparece como elemento integrado en los mecanismos de control del legislador con arreglo a los cánones del contenido esencial y —sobre todo— de la igualdad, y raramente como un principio autónomo.

Los límites impuestos al legislador de los derechos fundamentales son cualitativamente diversos —en razón de sus respectivas posiciones constitucionales— de los que imperan sobre el Poder Judicial. El juez está sometido a la Constitución, pero su integración en la estructura del ordenamiento pasa por su exclusivo sometimiento a la ley; misma a la que, según se ha visto, quedan reservados el desarrollo y la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. No cabe, pues, que el Poder Judicial pretenda una aplicación inmediata y directa del capítulo segundo del título I.<sup>51</sup> En palabras del Tribunal Constitucional: “en toda su actuación y, especialmente, en aquellos casos en los que, en conexión con los derechos fundamentales que ella garantiza, la Constitución contiene una específica reserva de ley,

<sup>48</sup> STC 10/1996, del 29 de enero.

<sup>49</sup> STC 90/1983, del 7 de noviembre.

<sup>50</sup> Ha dejado claro, en efecto, en la STC 55/1996, del 28 de marzo, que, “en relación con la proporcionalidad de una determinada pena, este Tribunal no puede, para establecerla, tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la norma suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida; pero tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena, ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento”. En la STC 107/1996, de 12 de junio, ha demostrado estar dispuesto a ser muy generoso con el legislador, pues ha tenido por suficiente la sola afirmación del legislador de que las cámaras de comercio son imprescindibles a los fines de alcanzar determinados objetivos económicos para, desde esa premisa, justificar un sacrificio a la libertad de asociación en su vertiente negativa.

<sup>51</sup> Ni siquiera —lo hemos dejado dicho— cuando la Constitución condiciona la privación de un derecho a la existencia de una resolución judicial de autorización; esa resolución sólo puede ser el resultado de la aplicación de una previsión legislativa. SSTC 50/1995, del 23 de febrero; 126/1995, del 25 de julio.



los tribunales... han de anteponer el examen de la legalidad al de constitucionalidad".<sup>52</sup>

En razón de ese primer sometimiento, el Poder Judicial sólo puede *aplicar* los derechos fundamentales en los términos en los que éstos han sido delimitados por el legislador; únicamente le cabe oponerse a esa delimitación —para el supuesto de que considere que la misma se ha verificado sin el debido respeto al contenido esencial o al principio de igualdad (únicos límites materiales del Legislativo en este ámbito)— cuestionando la constitucionalidad de la ley antes el Tribunal Constitucional (artículos 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).<sup>53</sup> Ahora bien, la delimitación verificada por el legislador puede verse *corregida* por el Poder Judicial de manera que en el momento de la aplicación jurisdiccional, los derechos fundamentales ofrezcan un contenido más amplio que el decidido por la ley; ello, sin embargo, sólo es posible si ese *incremento* no se traduce en la indebida contracción de otro derecho fundamental (entre los que no se cuenta la igualdad, mero principio).<sup>54</sup> La razón de esta posibilidad estriba —como ya se ha dicho— en la configuración de la jurisdicción constitucional de amparo como una garantía de mínimos.

Excepcionalmente, para el caso de derechos fundamentales creados *ex novo* por la Constitución, y desprovistos, por tanto, de una legislación que pudiera proveer desde la entrada en vigor del texto constitucional a la regulación de su ejercicio, el Tribunal Constitucional ha admitido la suplencia jurisdiccional del vacío legislativo, aunque reservándose a sí mismo, con exclusión de la jurisdicción ordinaria.<sup>55</sup>

Por cuanto hace a la ponderación de derechos en los supuestos de conflicto entre derechos fundamentales, el principio general ha de ser que la misma debe verificarse en el momento de la delimitación legislativa de cada uno de ellos, fiscalizable únicamente por el Tribunal Constitucional con arreglo a los cánones del contenido esencial y del principio de igualdad. De la lógica de estos cánones resultan los únicos límites admisibles,

<sup>52</sup> STC 86/1985, del 10 de julio.

<sup>53</sup> STC 20/1987, del 19 de febrero, que declara inadmisibles los criterios metajurídicos como el de *justicia material* para fundamentar la inaplicación de un precepto legal.

<sup>54</sup> STC 114/1995, del 6 de julio.

<sup>55</sup> Objeción de conciencia (STC 15/1982, del 23 de abril), televisión local por cable (STC 31/1994, del 31 de enero) y derecho a recibir información sobre datos personales informatizados (STC 254/1993, del 20 de julio).

aunque no faltan ejemplos de resoluciones del Tribunal Constitucional que han creído encontrar límites implícitos o inmanentes a los derechos fundamentales, sustantivizados en categorías como la de *moral pública*,<sup>56</sup> o que hablan de la preferencia o preponderancia de ciertos derechos sobre otros.<sup>57</sup> La cuestión se reduce, más bien, al problema de la correcta identificación del contenido esencial de cada derecho fundamental. En esa línea, por ejemplo, se mueve la STC 107/1992, del 1o. de julio, que define el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1, CE) en términos de los que resulta que ese derecho ha de ceder ante los supuestos de inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros o de sus agentes; no tanto porque esta inmunidad sea un límite (externo) al derecho, por cuanto éste no comprende la posibilidad de obtener de la jurisdicción nacional un pronunciamiento de fondo contra un diplomático extranjero, fuera de los supuestos previstos en las normas internacionales integradas en el derecho español.

<sup>56</sup> SSTC 62/1982, del 15 de octubre; 176/1995, del 11 de diciembre.

<sup>57</sup> Así, de la libertad de información sobre el derecho al honor; por ejemplo, STC 171/1990, del 12 de noviembre, aunque es de apreciar una tendencia a matizar las hasta ahora rigurosas declaraciones del Tribunal al respecto (que llevaban a ver una ordenación jerárquica entre los derechos del artículo 18 de la CE y las libertades del artículo 20 de la CE); ahora comienza a hablarse, simplemente, de “la especial posición en el ordenamiento” de las libertades de comunicación; SSTC 132/1995, del 11 de septiembre; 19/1996, del 12 de febrero.