

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL; A PROPOSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 8 DE ABRIL DE 1981

LUCIANO PAREJO ALFONSO

SUMARIO: I. Introducción.—II. El carácter estrictamente jurídico, en último término, de la garantía del contenido esencial; irrelevancia de cualquier otra dimensión de dicha garantía, en especial de la política, en la aplicación del texto constitucional.—III. La naturaleza y el alcance del contenido esencial.—IV. La consistencia del contenido esencial; la metodología para su determinación.

I. Introducción

La necesidad de la reconstitución de la vida social y política, tras la experiencia europea saldada con la última guerra mundial, sobre bases y valores que impidiesen su degradación hacia totalitarismos estatalistas, condujo a los constituyentes germano-occidentales de 1949 a la búsqueda de técnicas constitucionales capaces de hacer al propio texto constitucional resistente frente al destino propio de todo texto normativo: su disponibilidad por el propio legislador competente, según el sistema de producción normativa.

NAWIASKY (*Grundgedanken*, cit. por S. HENDRICHS en la obra colectiva dirigida por V. MÜNCH; *Grundgesetz-Kommentar*, C. H. Beck, München, 1975, tomo I, p. 592) ha advertido, en efecto, que la constitucionalización de derechos fundamentales de general previo reconocimiento hace perder a estos gran parte de su inicial alcance, ya que quedan sujetos al destino de la Constitución y pasan a ser así modificables y limitables (incluso por el legislador ordinario).

Las consecuencias posibles de esa positivación (aunque sea con el máximo rango normativo) de los derechos fundamentales estaban cier-

tamente presentes en el momento constituyente de 1949 a la luz de la desgraciada peripecia histórica de la Constitución de Weimar, que se mostró impotente, en lo que aquí interesa, para frenar el proceso de yugulación de las libertades y derechos individuales fundamentales (sobre esta esencial debilidad de la Constitución de Weimar frente al legislador ordinario y la reacción doctrinal ante la misma, véase mi trabajo *La garantía institucional y las autonomías locales*, Ed. IEAL, Madrid, 1981).

Este —una principal desconfianza ante el legislador ordinario— es el origen del actual artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, GG), que, entre otros mecanismos de aseguramiento de los derechos fundamentales, según su declaración constitucional, establece (en su apartado segundo) el de prohibición absoluta del legislador ordinario de cualquier afección al *contenido esencial* («Wesensgehalt») de aquellos derechos.

Es bien evidente que el artículo 19 GG ha sido la fuente de inspiración del constituyente español de 1978 a la hora de la regulación, en el artículo 53, de las garantías constitucionales de las libertades y derechos fundamentales. El número 1 de este precepto incluye, entre otras técnicas de garantía, la reserva de Ley para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I de la Constitución, precisando que la Ley

«... en todo caso deberá respetar su *contenido esencial* (el de aquellos derechos y libertades)».

Tanto en el caso alemán como en el nuestro, la garantía de un contenido esencial en determinados derechos constitucionales ofrece, como es claro, tanto un aspecto negativo de prohibición o limitación al legislador ordinario cuanto positivo de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional en dichos derechos; aspectos que se reconducen a la fijación en el máximo nivel normativo de un orden material de valores en el que se expresan los superiores que informan la totalidad del ordenamiento y que constituye el soporte mismo de la decisión constituyente entendida como un todo. Esto es especialmente claro en nuestra Constitución: los derechos fundamentales vinculan directamente a todos los poderes públicos y tienen, por tanto, un contenido constitucionalmente declarado (artículos 53.1 de la Constitución y 55.1 b), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional); esos derechos deben considerarse manifestación de los valores superiores de la libertad, la justicia y la igualdad consagrados en el artículo 1:1

de la Constitución, y cualquier modificación en la sección 1.^a del capítulo II del título I de ésta se equipara al supuesto de revisión total de la misma en su artículo 168.1.

La depuración técnica de la garantía de un contenido esencial en los derechos fundamentales representa, pues, una cuestión de primera importancia para la correcta interpretación y aplicación del texto constitucional. No obstante, la evidente dificultad que la misma entraña (y que ha aconsejado al Tribunal Constitucional Federal alemán una actitud de prudente limitación a aproximaciones generales y abstractas poco comprometedoras en el tema) nuestro Tribunal Constitucional, cuando aún no se había cumplido un año desde su constitución y entrada en funcionamiento, ha encarado frontalmente y con decisión el reto, yendo al nudo de la cuestión: el de cuál es el contenido esencial y cuál deba ser la metodología a seguir para su determinación en cada caso. Así lo ha hecho —sin perjuicio de alusiones al tema en otros pronunciamientos, como en la sentencia de 13 de febrero de 1981 sobre la Ley reguladora del Estatuto de Centros Escolares— en la sentencia de 8 de abril de 1981 (ponente, magistrado don Luis Díez Picazo), recaída en el recurso de inconstitucionalidad número 192/1980 interpuesto contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo (su publicación se produjo en el suplemento al número 99 del *Boletín Oficial del Estado* del día 25 de abril de 1981).

Esta sola razón basta y sobra para dar noticia y comentar la sentencia, pero también para justificar un elogio de principio, que, desde luego, no puede ser empañado por las críticas de que la doctrina establecida pueda ser objeto. Tanto más cuanto que la sentencia hace gala de una redacción brillante, precisa y, al propio tiempo, sobria (en la línea del nuevo estilo introducido por nuestro Tribunal Constitucional), que redime la prosa forense de tanto pecado de barroquismo y violencia al idioma en el que ha incurrido y continúa practicando.

II. El carácter estrictamente jurídico, en último término, de la garantía del contenido esencial; irrelevancia de cualquier otra dimensión de dicha garantía, en especial de la política, en la aplicación del texto constitucional.

La conexión sistemática de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales con la reserva genérica a la Ley de la

regulación del ejercicio de dichos derechos (reserva que es, al propio tiempo, claramente un apoderamiento al legislador ordinario) revela que aquella garantía juega como restricción de la potestad legislativa ordinaria. Esta es, pues, esencialmente libre en el marco general del respeto al texto constitucional, si bien con la limitación específica de estar fuera de su disposición el contenido esencial de los derechos fundamentales.

El legislador goza, por tanto, de un ámbito en el que puede desarrollar su libertad de configuración social, es decir, su misión específica. Y esta misión, como es obvio, se cumple a partir de criterios políticos, cuya capacidad de actuación sobre el ordenamiento jurídico está asegurada por el principio (valor superior de dicho ordenamiento) del pluralismo político proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución.

Esa libertad del legislador y el juego sobre la misma de la garantía del contenido esencial habían sido destacadas ya por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 13 de febrero de 1981 (recurso de inconstitucionalidad número 189/80 contra la Ley reguladora del Estatuto de Centros Escolares; ponente magistrado don Francisco Tomás y Valiente; publicada en el suplemento al número 47 del *Boletín Oficial del Estado* de fecha 24 de febrero de 1981), tanto al señalar —en relación al derecho de los poderes a intervenir en la gestión y control de los centros escolares y en el párrafo final del motivo primero— «la amplísima libertad que la Constitución deja en este punto al legislador ordinario, limitada sólo por la necesidad de respetar el "contenido esencial" del derecho garantizado (artículo 53.1)», como al insistir luego en el párrafo 15 del motivo segundo en que

«En el ejercicio de esa libertad el legislador no tiene otros límites que el genérico que le impone el artículo 53.1 de la Constitución de respetar el contenido esencial del derecho garantizado y el que deriva de las reservas de Ley contenidas tanto en dicho precepto como en el artículo 81.1.»

Lo que aquí está ya implícito —desde el punto de vista jurídico, es decir, a los efectos del control de constitucionalidad sólo puede operarse con los límites a la potestad legislativa, puesto que fuera de ellos ésta es libre y opera con criterios políticos no enjuiciables—, es explicitado de forma rotunda en la sentencia de 8 de abril de 1981:

«Corresponde... al legislador ordinario que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho (fundamental), que serán más restrictivas o abiertas, *de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pasen más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53.*» (Párrafo 3.º del punto 7 del apartado relativo a los fundamentos jurídicos.)

Añadiendo luego:

«... el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción (en la concepción y configuración globales de un derecho fundamental) vuelve a ser *una decisión política* que tiene que adoptar el legislador ordinario *sin más límites que los que el derecho fundamental tenga*, pues ningún derecho, ni aun los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados» (párrafo 4.º del punto 7 del apartado relativo a los fundamentos jurídicos).

Y ambas consideraciones son consecuencia de una observación general previa, la de que

«... en un plano hay que situar las dimensiones políticas y el enjuiciamiento político que tales dimensiones merezcan y en otro plano distinto *la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos.* La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opiniones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. *A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación*

se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos» (párrafo 1.º del punto 7 del apartado relativo a los fundamentos jurídicos).

En consecuencia, desde el punto de vista del control de la constitucionalidad lo único que interesa es el respeto del límite que a la potestad legislativa representa, desde luego, la garantía constitucional, lo que significa que el contenido esencial es, desde luego, un concepto jurídico, capaz de ser depurado y perfilado técnicamente a fin de hacer operativo el límite jurídico que expresa en el proceso de aplicación del texto constitucional. Y a esa tarea de caracterización jurídica del contenido esencial se aplica seguidamente la sentencia comentada.

III. La naturaleza y el alcance del contenido esencial

Por de pronto, la sentencia deja claramente establecida la naturaleza de la garantía del contenido esencial, tal como ésta había sido ya apuntada por la de fecha 13 de febrero de 1981. Se trata de un límite a la potestad legislativa de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, como sin dificultad resulta de su regulación en el artículo 53.1 de la Constitución (en el que se consigna como prohibición dirigida al legislador cuando haga uso de la reserva de Ley que el propio precepto establece).

La calificación de límite no es, sin embargo, suficiente, pues no es éste el único aplicable a los derechos fundamentales. Y ello porque

«... ningún derecho, ni aun los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados» (párrafo 4.º del punto 7 del apartado relativo a los fundamentos jurídicos).

La concreción así de la naturaleza del contenido esencial requiere su exacta identificación entre los diversos límites que operan sobre los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional enumera (en el párrafo 5.º del punto 7 del apartado relativo a los fundamentos jurídicos) los siguientes:

a) Límites inmediatamente derivados de la Constitución o que ésta «establece por sí misma». Es el caso, por ejemplo, de los artículos 16.1 (limitación de la libertad ideológica, religiosa y de culto por las necesidades de mantenimiento del orden público protegido por la Ley), 20.4 (limitación de los derechos de libre expresión y difusión de los pensamientos, ideas y opiniones; de producción y creación literaria, artística, científica y técnica; de libertad de cátedra, y de comunicación y recepción de información veraz por los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia) y 21.2 (limitación del derecho de reunión por el riesgo fundado de alteración del orden público con peligro para personas o bienes) del texto fundamental.

b) Límites mediata o inmediatamente derivados de la Constitución por la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales.

Este tipo de límites aparece explicitado en el artículo 20.4 de la Constitución para los derechos y libertades reconocidos en el número 1 del propio precepto, al disponer que los mismos «tienen su límite en el *respeto a los derechos reconocidos en este título*, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollen...».

c) Límites mediata o indirectamente derivados de la Constitución por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente protegidos.

Alude aquí el Tribunal a los límites que en el Derecho alemán y según jurisprudencia constitucional bien establecida se obtienen bien por la vía de la exigencia de una «ponderación de bienes» o *Güterabwägung* (vid. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Grundgesetz-Kommentar*, Ed. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979, tomo I, comentario al artículo 19.2, números marginales 16 y 17); bien por la de la afirmación de «límites de los límites» o *Schränkenschränken*, (vid. M. KLOEPFER: «Grundrechtstatbestand und Grundrechtschränken», en la obra colectiva *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* realizada en homenaje al Tribunal Federal Constitucional con motivo del XXV aniversario de su constitución, Ed. J. C. B. Mohr—Paul Siebeck—, Tübingen, 1976, tomo II, pp. 405 y ss.).

La ponderación de bienes reclama la inserción del valor específico que represente el derecho fundamental de que se trate dentro del orden de valores constitucional para establecer su importancia relativa con respecto a otros bienes igualmente protegidos por la Cons-

titución y resolver desde esta perspectiva el problema de la validez de una determinada incidencia en el derecho fundamental considerado. Con la expresión «límites de los límites» se hace referencia, de otro lado, a la operatividad en cualquier caso sobre el ejercicio de la potestad legislativa para la regulación de un derecho fundamental de los principios básicos de interdicción de la arbitrariedad y de proporcionalidad, el primero de los cuales aparece recogido expresamente en el artículo 9.3 de nuestra Constitución.

Estos dos tipos diferenciados de límites (pues el primero lo es del propio derecho fundamental, mientras que el segundo lo es de la Ley que regule este derecho) —según una jurisprudencia constante del Tribunal Federal Constitucional alemán (BVerfGE 12, 113; 20, 162; 24, 278; 23, 44, y 33, 52), que arranca ya de la época de Weimar— no actúan necesariamente en planos independientes, pues la reserva de Ley no debe entenderse como un mecanismo de simple habilitación de la «restricción» de la capacidad de afirmación de los derechos fundamentales (a virtud del apoderamiento al legislador ordinario para regularlos, fijando límites y condiciones a su ejercicio). Antes, al contrario, entre derecho fundamental y reserva de Ley surge una recíproca influencia e interacción en cuanto aquella concepción de la reserva de Ley se complementa con el reconocimiento del papel decisivo de los derechos fundamentales en la determinación del orden básico de valores constitucionales, ya que es evidente entonces que esta significación de los derechos fundamentales ha de operar por sí misma, a su vez, un primario efecto limitador de las leyes reguladoras de los mismos (contribuyendo así, a través de ese efecto, a la determinación positiva de los límites definitorios del contenido positivo de aquellos derechos). Tampoco esta idea, de primera importancia como fácilmente se comprende, parece ser ajena a nuestra jurisprudencia constitucional. La sentencia de 18 de abril de 1981, aquí comentada, al desarrollar el primero de los caminos que define para llegar a la determinación de lo que sea el contenido esencial (párrafo 1.º del punto 8º del apartado correspondiente a los fundamentos jurídicos), precisa el criterio básico que ha de presidir toda operación hermenéutica a dicho efecto en los siguientes términos:

«Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a *las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.*»

Quiere decirse, pues, que para nuestro Tribunal Constitucional el carácter democrático del Estado social y de Derecho constituido por la Constitución (a tenor de su artículo 1.1) encuentra parte sustancial de su expresión en los derechos fundamentales y libertades públicas (que son los determinantes de esas «condiciones inherentes en las sociedades democráticas»), por lo que éstos o, lo que es lo mismo, dichas condiciones se erigen en criterio interpretativo esencial, es decir, incluso de la reserva de Ley para la regulación de tales derechos.

Es claro, pues, que los derechos fundamentales, como cualesquiera otros derechos subjetivos, no son ilimitados, sino que están sujetos a todo un sistema de límites, y que la garantía constitucional de un contenido esencial en los mismos tiene la condición de barrera infranqueable (de límite) al resultado del proceso de concreción de todos los límites posibles. El hecho de que la garantía constitucional se configure positivamente como un límite a la potestad legislativa ordinaria de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales sólo destaca el origen remoto de la misma (la desconfianza hacia el legislador ordinario y la consecuente necesidad de dotar a ciertas normas constitucionales de una específica resistencia frente al mismo) y el dato de que el ejercicio de aquella potestad constituye el momento arquetípico de concreción en determinados derechos fundamentales del sistema entero de límites a que están sujetos. Pero esa configuración de la garantía en el artículo 53.1 de la Constitución no empece obviamente a su juego más allá del control de la reserva de Ley, operando directamente a partir del texto fundamental, para fijar los límites del legítimo ejercicio de un derecho fundamental.

La cuestión se centra, así, en determinar el alcance del contenido esencial como límite constitucional de los límites de los derechos fundamentales. Nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia comentada (párrafo 3.º del punto 7 del apartado relativo a los fundamentos jurídicos) y ya antes, en la de fecha 13 de febrero de 1981 (párrafo último del punto 12 del motivo primero de los fundamentos jurídicos), responde a esa cuestión calificándolo de *límite genérico* a la regulación legal ordinaria de los derechos fundamentales. Esta caracterización, en sí misma poco significativa, se concreta en tres sentidos:

a) De un lado, la función limitadora se despliega en relación con todos los derechos fundamentales y las libertades públicas a que se refiere el artículo 53.1 de la Constitución, es decir, a los reconocidos en el capítulo II del título I de la norma fundamental.

Este alcance general de la garantía constitucional del contenido esencial parece deducirse inequívocamente del siguiente pasaje de la sentencia de 8 de abril de 1981 (párrafo 1.º del número 7 del apartado relativo a los fundamentos jurídicos):

«... el tema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos de la vigente regulación del derecho de huelga tiene que colocarse en directa relación con el artículo 53 de la Constitución, que permite que se regule el ejercicio de los derechos reconocidos en el capítulo 2.º del título I —entre los que se encuentra el que nos ocupa—, siempre que en tal regulación legal se respete y no se rebase el contenido esencial.»

Consecuentemente, debe considerarse descartada la posibilidad de la aplicación en nuestro ordenamiento de la distinción establecida por un sector de la doctrina alemana (se trata de una tesis no pacífica y en discusión) entre preceptos que, al reconocer un derecho fundamental, remiten al legislador ordinario la delimitación positiva del contenido del derecho y los que no lo hacen, por contener meramente una reserva de Ley, a los efectos de circunscribir a estos últimos el ámbito de aplicación de la garantía del contenido esencial. La razón de esta restricción de la garantía descansaría en que en el primer caso la Ley ordinaria no haría más que desarrollar y concretar límites propia y directamente constitucionales (reductibles al de entrega a dicha Ley de la conformación del derecho de que se trate), por lo que resultaría contradictorio aplicar a dichos límites una prohibición también constitucional, que tiene como destinatario al legislador ordinario y no al constitucional. El ejemplo paradigmático de inaplicación de la garantía sería el artículo 14 GG, relativo a los derechos de propiedad y de la herencia, en tanto que su número 1 determina taxativamente que las Leyes determinan el contenido y los límites de dichos derechos (véase sobre este punto, S. HENDRICHS, en la obra colectiva dirigida por I. VON MÜNCH, *Grundgesetz-Kommentar*, ed. C. H. Beck, München, 1975, tomo I, comentario al artículo 19, números marginales 6 y 18; también, MODEL-MÜLLER, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, ed. Heymanns Verlag KG, Colonia, 1976, 8.ª ed., p. 204).

El fundamento constitucional de esta tesis radica en una interpretación conjunta de los dos primeros números del artículo 19 GG (el

primero determina que siempre que la GG permita la limitación de un derecho fundamental por una Ley o con base en una Ley, ésta ha de ser de carácter general y no circunscrita a un supuesto concreto y el segundo establece la intangibilidad en todo caso del contenido esencial de los derechos fundamentales), que refiere este último al primero, de modo que la garantía del contenido esencial queda circunscrita a los supuestos de reserva de Ley a que alude el artículo 19.1 GG. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ (*op. cit.*, comentario al artículo 19, número marginal 20), han hecho notar, sin embargo, que la tesis falla ya precisamente en esta su misma base, porque: a) La intangibilidad del contenido esencial está contenida en un apartado independiente del artículo 19 y los siguientes apartados del precepto (3 y 4) no guardan relación alguna con el problema de la reserva de Ley a que se refiere el primero, por lo que no existe razón sólida para mantener una dependencia sistemática de el apartado 2.º respecto del mismo; y b) El tenor literal de la garantía constitucional del contenido esencial («En ningún caso puede ser afectado un derecho fundamental en su contenido esencial») aboga por su alcance general, lo que —de otro lado— coincide con el propósito del constituyente, según los antecedentes legislativos. En último término, aunque en algún fallo parezca haberse inclinado el Tribunal Federal Constitucional por la tesis en cuestión, lo cierto es que, cuando ha debido pronunciarse con relación a derechos —como el de propiedad— en que la Constitución apodera expresamente al legislador para la configuración de su contenido, ha señalado que en el cumplimiento de este cometido el legislador ha de proceder teniendo en cuenta la decisión constitucional en favor de la propiedad privada y el resto de las normas constitucionales, en especial el principio de igualdad, el derecho fundamental al libre desarrollo de la propia personalidad y el principio del Estado social y de derecho, así como observando en cualquier limitación del derecho dominical las reglas de la proporcionalidad y de la interdicción de la arbitrariedad (BVerfGE 14, 263; 18, 121, y 21, 150). La solución final o, dicho de otro modo, el grado de protección frente al legislador ordinario reconocido por la jurisprudencia constitucional resulta ser, pues, equivalente a la que deriva de la aplicación del artículo 19.2 GG.

Aun prescindiendo de la debilidad intrínseca de la tesis comentada ya en su propio Derecho, todo intento de trasplante al nuestro estaría avocado al fracaso. Pues la situación normativa de partida no es, sin perjuicio de la similitud idéntica. La diferencia radica, fundamental-

mente, en dos aspectos: *a)* De un lado, en nuestra Constitución —aunque los distintos preceptos reguladores de los diferentes derechos fundamentales procedan de manera diversa (estableciendo o no en cada caso una reserva de Ley)— el artículo 53.1 homogeneiza a este último respecto al tratamiento constitucional de dichos derechos, prescribiendo con carácter general y para todos la reserva de Ley; circunstancia que no se da en la GG, en tanto que el artículo 19.1 de ésta se limita a establecer una reglas (la de la generalidad de la regulación legal y la de la cita expresa por ésta del derecho afectado) para aquellos supuestos en los que los concretos preceptos constitucionales establecieran una reserva de Ley para la regulación de los derechos correspondientes; y *b)* De otro lado, en nuestro caso, el texto constitucional relaciona expresamente la reserva de Ley general que establece con la prohibición de laafección del contenido esencial de los derechos fundamentales en el artículo 53.1, cosa que no sucede en el artículo 19 GG. Quiere decirse, por tanto, que la Constitución de 1978, sin perjuicio de la configuración específica en cada caso del reconocimiento de los diferentes derechos fundamentales, ha venido a sujetar ese reconocimiento (ahora el de todos dichos derechos) a un mismo y único régimen residual, compuesto de reserva de Ley y limitación de esta última por el contenido esencial. Consecuentemente, ese régimen general y residual, aplicable en todo caso, rige para todos los derechos.

A esta misma conclusión se llegaría incluso con independencia de los razonamientos anteriores. Porque, en definitiva y antes incluso de cualquier indagación acerca de qué sea técnicamente eso que la Constitución denomina contenido esencial, parece evidente que éste no es otra cosa que el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere. Pero como es indudable que un proceder de este alcance por parte del legislador ordinario (o de cualquier aplicación directa de la Constitución por acto administrativo o resolución judicial) significaría una infracción de la norma constitucional reconocedora del derecho fundamental de que se trate, al privarla de contenido por desnaturalización de su objeto propio, forzoso es afirmar que, en cualquier caso y abstracción hecha de cual pudiera ser teóricamente el ámbito del artículo 53.1 de la Constitución, todos los derechos fundamentales, por el solo hecho de su reconocimiento por la norma fundamental son resistentes, en su contenido esencial, frente a cualquier disposición legal o acto

aplicativo que pretendiera desconocer dicho contenido. En este sentido puede hablarse del carácter puramente declarativo de la prohibición de lesión del contenido esencial, como lo ha hecho en Alemania P. HABERLE («Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19. Abs. 2 Grundgesetz», Ed. C. F. Müller, Karlsruhe 1972, 2.ª ed., pp. 234 y ss.), desde la perspectiva de su concepción institucional de los derechos fundamentales (la aplicación a los mismos de la técnica en la garantía institucional, de la que me he ocupado *in extenso* en otro lugar: L. PAREJO: *La garantía institucional y la autonomías locales*, Ed. IEAL, Madrid, 1981), pero en modo alguno—como también se ha pretendido en la doctrina alemana— para negar a la prohibición toda eficacia jurídica; dicha prohibición, así lo ha destacado HESSE («Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland», citado por MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, *op. cit.*, en nota al número marginal 12 del comentario al artículo 19.2 GG), tiene en todo caso la eficacia consistente en imponer la medición de la validez de toda regulación limitadora de los derechos fundamentales en función del contenido de éstos, al resaltar la interdicción de cualquier exceso en la afección de dicho contenido.

b) El segundo aspecto en que cabe concretar la calificación del contenido esencial como «límite genérico» hace referencia al juego del mismo en relación con otros límites propios de los derechos fundamentales.

Por de pronto y como admite el propio Tribunal Constitucional, según más arriba quedó visto, los derechos fundamentales pueden tener unos límites constitucionales expresos y específicos. Tales límites forman parte, de darse el caso, de las condiciones en que el texto fundamental ha reconocido los correspondientes derechos, por lo que—por definición— nunca podrán ser de tal índole que incidan, lesionen o desconozcan el núcleo esencial del contenido de los mismos, tal como éste ha sido constitucionalmente declarado (que constituye el único parámetro de referencia válido). En suma, los límites constitucionales directos de los derechos fundamentales, en tanto que definitorios del contenido «normal» de éstos, en ningún caso pueden representar una incidencia capaz de hacer entrar en juego la garantía (y el límite) del contenido esencial. Unos y otros operan, pues, forzosamente en planos distintos. Cuestión distinta es, obviamente, la que plantea el desarrollo legislativo de dichos límites directamente constitucionales y aun su inmediata aplicación al caso concreto, pues en estos casos el problema se concreta en la corrección de la determina-

ción legislativa o por acto concreto de los referidos límites; problema en cuya resolución ha de entrar en juego forzosamente —como obligado parámetro de referencia y comprobación— la prohibición de la lesión del contenido esencial.

El resto de los límites propios de los derechos fundamentales no están explicitados en la Constitución y son, por tanto, fruto del proceso de concreción del juego de límites en que, en definitiva, consiste el Derecho. Son, pues, límites que se actualizan en los diversos momentos —normativo y aplicativo— de realización del Derecho como consecuencia de la ineludible necesidad de la ponderación de los intereses, bienes o valores presentes en cada caso. La garantía del contenido esencial está dirigida precisamente a preservar para los derechos fundamentales una concreta e irreductible posición última en ese proceso de determinación del Derecho, de modo que en él el juego de acomodo de los bienes en presencia y, consecuentemente, de precisión de límites encuentra en todo caso, a su vez, un límite final: el del contenido esencial de tales derechos fundamentales. De este modo, la garantía de este contenido es, al propio tiempo, un límite a la regulación (aspecto negativo) y la expresión positiva del valor asignado a los derechos fundamentales como piezas constructivas imprescindibles e insustituibles (al menos en ese contenido nuclear) del entero ordenamiento (aspecto de garantía institucional).

Cierto que la prohibición de afección del contenido esencial se formula expresamente sólo con relación a la Ley, es decir, como operativo únicamente en el momento de normación o regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. Pero ello obedece, como parece bien claro, al dato técnico de la reserva de esa regulación a la Ley, por lo que no impide, sino que exige, su mayor alcance, hasta llegar a la fase aplicativa del Derecho. Dicho de otro modo, la aplicación de la regulación legal de los derechos fundamentales ha de ser necesariamente congruente con los condicionamientos constitucionales de dicha regulación.

De lo dicho se desprende que la calificación por nuestro Tribunal Constitucional de la garantía del contenido esencial como «límite genérico» debe entenderse también en sentido de «límite de límites», es decir, límite último, residual e infranqueable, de cualesquiera límites propios de los derechos fundamentales o que legítimamente puedan ser impuestos a éstos. Desde este punto de vista, la garantía del contenido esencial está emparentada con las *Schrankenschränken* germa-

nas: mientras éstas actualizan simplemente el principio general de la interdicción de la arbitrariedad, la garantía señala el punto más radical en que, en materia de derechos fundamentales, el desarrollo y la aplicación constitucionales cesan de moverse en el ámbito de las opciones lícitas para incidir en el marco constitucional que las hace posibles, es decir, del orden material constitucionalmente decidido y sólo constitucionalmente modificable.

c) Finalmente, el tercer aspecto que ofrece la calificación de «límite genérico» y que viene impuesto por el anteriormente considerado, no es otro que el de si la condición de límite último del contenido esencial es absoluta o sólo relativa. La cuestión es de primerísima importancia, como fácilmente se comprende, pues las consecuencias de una y otra alternativa son radicalmente diferentes. En el primer caso, es inconstitucional cualquier incidencia en el contenido esencial (aun cuando la misma se produzca sólo en casos individualizados y para con relación a concretos titulares de derechos fundamentales), puesto que el contenido esencial es uno y siempre el mismo, pudiendo ser establecido para cada derecho fundamental. En el segundo, es lícita esta última afección, ya que la misma no actúa sobre los derechos fundamentales en cuanto que derechos subjetivos objetivamente considerados.

El tema, que no parece haber sido abordado conscientemente por nuestro Tribunal Constitucional, es uno de los que en la doctrina y jurisprudencia alemanas ha originado una mayor polémica. El caso académico sobre el que gira ésta sería el de la licitud de la pena (y, por tanto, de la condena penal) de prisión de por vida, ya que ésta afectaría desde luego al derecho fundamental a la libertad personal en su núcleo último (implica más bien, para la persona afectada, su privación).

Escapa, desde luego, a este comentario una exposición del estado de la cuestión en Alemania (un resumen suficiente puede encontrarse en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, *op. cit.*; tomo I, comentario al artículo 19.2 GG). Puede decirse, no obstante, que mientras el Tribunal Federal Constitucional parece haberse inclinado (con todo género de cautelas, sin embargo) por la tesis del carácter absoluto del contenido esencial, es decir, la que sostiene que existe un límite definitorio de la sustancia nuclear (de los derechos fundamentales) que en ningún caso puede ser traspasado, si bien ese límite es distinto para cada

derecho y ha de ser determinado en concreto, tanto el *Bundesgerichtshof* como el *Bundesverwaltungsgericht* parecen haber optado por la tesis del carácter relativo del contenido esencial, al sostener que la incidencia en éste se produce cuando la medida de que se trate afecta las facultades propias del derecho correspondiente más allá de los estrictamente exigidos por la necesidad motivante de dicha medida (lo que *a sensu contrario*, significa la legitimidad de las inmisiones en el contenido esencial si éstas son desde luego precisas).

El problema no es desde luego teórico, sino de una trascendencia práctica de primera magnitud, porque —como advierten MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ (*op. cit.*, tomo I, comentario al artículo 19.2 GG, número marginal 5)— se trata de resolver la tensión entre el mandato constitucional no condicionado de prohibición de toda lesión del contenido esencial de los derechos fundamentales y la exigencia absolutamente ineludible de la vida real de la restricción e, incluso, sacrificio total del contenido esencial en supuestos concretos y por necesidades públicas imperiosas. Aunque la doctrina científica se ha aplicado a su resolución (son múltiples las tesis formuladas al respecto), lo cierto es que la cuestión continúa siendo polémica. Probablemente haya que convenir con S. HENDRICHS (*op. cit.*, tomo I, pp. 601 a 603) en que la dificultad radica en que el problema se encuentra mal formulado. El concepto de derecho fundamental de que parte el artículo 19.2 GG no es igual a derecho de los diferentes ciudadanos individualmente considerados, sino a derecho fundamental como categoría general. Dicho de otro modo, aquel precepto no garantiza los derechos de cada individuo (derechos subjetivos públicos), sino las disposiciones constitucionales que los reconocen (el Derecho objetivo público). Esta perspectiva supera, en efecto, la tensión más arriba aludida y hace superflua la tesis del carácter relativo del contenido esencial. Ello no significa, empero, que los derechos subjetivos individuales queden expuestos a cualquier afectación, puesto que en favor de la protección de su integridad juegan en todo caso los principios de interdicción de la arbitrariedad y de proporcionalidad.

Como antes quedó apuntado, nuestro Tribunal Constitucional no parece haberse planteado expresamente este problema del carácter absoluto o relativo del contenido esencial. No obstante, la posición que adopta en la sentencia de 8 de abril de 1981 en torno a la consistencia de dicho contenido y la metodología para llegar a su determinación

(apartado 8.º de los fundamentos jurídicos), posición sobre la que volveremos inmediatamente, permite deducir que:

a) Refiere la garantía del contenido esencial a los distintos derechos fundamentales en cuanto categorías jurídicas generales consagradas por la Constitución (y no, por tanto, a las posiciones individuales o derechos subjetivos públicos concretos).

De los dos caminos que la sentencia establece para llegar a la concreción del contenido esencial, el primero consiste en la comparación entre el régimen positivo del derecho correspondiente y el tipo abstracto del mismo conceptualmente preexistente a su regulación, y el segundo se resuelve en idéntico proceso de comparación, esta vez entre el régimen positivo del derecho y los intereses jurídicamente protegidos a través de éste. Quiere decirse que las dos vías se mueven en el plano de la abstracción y de las categorías jurídicas generales, sin descender a las situaciones concretas e individualizadas.

En nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en el alemán (en el que, recordemos, la garantía del contenido esencial se formula independientemente de la reserva de Ley para la regulación de los derechos fundamentales), esta primera determinación no parece cuestionable, puesto que el artículo 53.1 de la Constitución liga indisolublemente la prohibición de la afección del contenido esencial a la reserva de Ley, quedando claro que aquélla tiene como destinatario al legislador y opera así, en definitiva, como garantía última de los derechos fundamentales en tanto que instituciones jurídicas.

b) Sostiene la existencia de un ámbito nuclear o esencial de los derechos fundamentales sin el cual éstos se desnaturalizan y dejan de responder a su denominación formal y, por tanto, la posibilidad de la fijación de ese ámbito, equivalente, constitucionalmente hablando, a su contenido esencial. Pero, y esta precisión es importante, tal delimitación sólo es factible realizarla de forma diferenciada para cada derecho.

A este respecto es suficientemente ilustrativo el siguiente pasaje de la sentencia que comentamos (párrafo 2.º del punto 8.º de los fundamentos jurídicos):

«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 por decirlo así.»

Como se ve, una doctrina en este punto idéntica a la mantenida por el Tribunal Constitucional Federal alemán: carácter absoluto del contenido esencial, pero dentro de cada derecho fundamental.

IV. La consistencia del contenido esencial; la metodología para su determinación

Establecidos todos los anteriores extremos, resta aún un capítulo esencial al que se refieren dos básicos interrogantes: ¿Qué es, o sea, en qué consiste eso a que se alude con la expresión «contenido esencial»? ¿Cómo se llega a su determinación?

A resolver estos dos interrogantes, quizá los principales que suscita la figura del contenido esencial, dedica la sentencia de 8 de abril de 1981, todo el punto 8.º de sus fundamentos jurídicos.

En cuanto a que sea el contenido esencial, el fallo da dos respuestas:

«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 por decirlo así. Todo ello referido a un momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales»; y

«Se puede ... 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, la dificultan mas allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.»

Ambas aproximaciones son complementarias, en cuanto referidas a los dos elementos básicos que, según la doctrina civilista conforma el contenido de los derechos subjetivos como categoría jurídica general. Conforme a DE CASTRO («Compendio de Derecho Civil», Ed. IEP, Madrid, 1988, 4.ª ed., tomo I, vol. II. 1, p. 155 *in fine* y ss.), por derecho subjetivo ha de entenderse «cada situación de poder concreto, respecto a una determinada realidad social, atribuida (atribuible) a una persona, a cuyo arbitrio se entrega su ejercicio y su defensa», radicando su contenido en «el ámbito de poder concedido al sujeto respecto al objeto (la realidad social a que se refiere el poder o materia *circa quam*)». Y, a su vez, ese contenido se desglosa, aparte el poder de disposición (que es un elemento discutible), en un conjunto de facultades cuyo ejercicio queda atribuido al sujeto y una situación jurídicamente protegida.

Así, pues, tanto el haz de facultades que concreta el poder sobre el objeto como el goce, la ganancia o la ventaja en que se materializa la situación de poder (a lo que IHERING llamaba precisamente «interés jurídicamente protegido») contribuyen a determinar la sustancia propia de un derecho subjetivo. Y a ambos componentes —que no son más que dos momentos distintos de una misma e inescindible realidad: la situación real de goce y disfrute o conjunto de intereses merecedores de protección y complejo de facultades típicas otorgadas para la efectividad de dicha situación o interés se remite acertadamente la definición de contenido esencial hecha por nuestra jurisprudencia constitucional.

Ocurre, sin embargo, que «contenido esencial» no puede ser equivalente a mero «contenido» de los derechos subjetivos públicos. La diferencia entre ambos radica precisamente en la «esencialidad»: sólo aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal, tanto en su aspecto interno (haz de facultades) como en su aspecto externo (protección de que goza), puede considerarse constitutiva del contenido esencial. Dicho de otro modo, este último es igual a las características determinantes del contenido del derecho cuya desaparición determinaría *per se* una transmutación de éste, que

dejaría de ser lo que era para pasar a ser algo distinto. En definitiva, el contenido esencial no es otra cosa que un concepto jurídico indeterminado, con el que puede operarse técnicamente: de ahí el carácter estrictamente jurídico predicado por la jurisprudencia constitucional de la aplicación de la garantía de dicho contenido nuclear.

Precisamente en razón a la radicalidad o esencialidad de los elementos del contenido que han de ser detectados para concluir la permanencia de la naturaleza del derecho (y, con ella, la observancia del artículo 53.1 de la Constitución), afirma el Tribunal Constitucional con acierto la mayor bondad del examen que incluya las dos perspectivas aludidas, cuyo contraste y recíproca combinación es el que permite un resultado fiable.

No obstante, el dato crucial de referencia es siempre jurídico y abstracto: la idea del derecho de que se trate vigente en el momento histórico en que se proceda a la determinación de su contenido esencial; idea que es la resultante de las convicciones generalmente admitidas sobre lo que sea aquel derecho, reconduciéndose en último término dichas convicciones al mundo del Derecho (se trata de las convicciones admitidas por la doctrina científica y la legal). En este punto queda de nuevo en evidencia la dimensión del contenido esencial como garantía institucional. Pues, en definitiva la prescripción de observancia del contenido esencial expresa la voluntad del legislador constituyente de la permanencia en el ordenamiento jurídico de los distintos derechos fundamentales como instituciones jurídicas vertebrantes del mismo perfectamente reconocidas por aquel legislador en función de las ideas sobre las mismas generalizadas y vigentes en el momento constituyente (ideas éstas que son precisamente las que posibilitan la traducción positiva de la voluntad constitucional a través simplemente de las denominaciones de los diferentes derechos). Esta circunstancia permite hacer operativas en este campo las técnicas de concreción del «núcleo esencial», elaboradas por la doctrina de la garantía institucional, a las que en otro lugar me he referido *in extenso* (*vid.* «Las autonomías locales...», *op. cit.*), además de advertir que el contenido esencial no es históricamente determinado (por referido, de una vez y para siempre, al momento constituyente), sino capaz de sufrir una adaptación evolutiva en el tiempo, como expresamente reconoce el propio Tribunal Constitucional («todo ello —dice la sentencia— referido al momento histórico de que en cada caso se trata»).

De todas formas, ese dato de referencia no es enteramente abstracto y formal. Pues todo el proceso hermenéutico conducente a la determinación del contenido esencial por la vía examinada ha de hacerse descansar, según expresión textual de la sentencia que en este momento comentamos, en «las condiciones inherentes en las sociedades democráticas», es decir, es un criterio de valor y experiencia, por muy vigoroso que éste sea.

Resta, así, tan sólo dejar noticia de las dos vías metodológicas diseñadas por el Tribunal Constitucional para la fijación, en cada caso, del contenido esencial de un derecho fundamental; vías que se corresponden, naturalmente, con las dos respuestas dadas por el mismo al problema de la consistencia de ese contenido nuclear.

La primera parte de la premisa, según la cual

«El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta.»

Queda presupuesto, así, que existe un cierto sistema jurídico, que no precisa estar formulado como tal, bastando su inmanencia a «las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas», es decir, a la idea colectiva del Derecho en cada momento histórico, pero que —en todo caso— es un producto del mundo jurídico, de los especialistas en Derecho (doctrina científica, jurisprudencia).

De ahí que, a la vista de una concreta regulación legal de un derecho, sea posible apelar

«... a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho.»

a fin de establecer una comparación entre el tipo abstracto del derecho así obtenido y el resultante de la regulación legal; comparación sobre cuya base

«los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo.»

La segunda de las vías apuntadas por el Tribunal Constitucional remite igualmente a una operación técnico-jurídica. Esta vez, sin embargo, no tiene por objeto la vertiente interna del derecho: el haz de facultades que constituye su *licere* típico, sino la externa: el interés (goce, ganancia, ventaja, aprovechamiento) en vista del cual la situación de poder en que consiste el derecho resulta objetivamente protegida. Pero, en último término, su finalidad y su método son idénticos a la anterior, pues persigue el reconocimiento del derecho en la norma positiva por comparación con su imagen teórica.

¿Cuándo cabe detectar por cualquiera de las dos vías expresadas una lesión del contenido esencial del derecho? La respuesta a esta crucial pregunta parece obvia y es la que nuestro Tribunal ha dado, en la línea de la doctrina establecida por otras jurisdicciones constitucionales: cuando la imagen del derecho que proyecta su regulación legal no es reconocible con precisión y en sus rasgos determinantes como perteneciente a la categoría abstracta teórica de dicho derecho o cuando, aun siendo reconocible como tal, aparece el derecho en la regulación legal sujeto a limitaciones o dificultades de ejercicio más allá de lo razonable o despojado de la protección necesaria.

Parece ciertamente poca sustancia para tan ardua cuestión y grande razonamiento la conclusión alcanzada: unos criterios de valor (razonabilidad de la limitación del ejercicio del derecho o privación de la necesaria protección al mismo) bastante indeterminados e imprecisos, que autorizan por ello un amplio margen de apreciación, y la precisión de su interpretación, y aplicación por los juristas y, en definitiva, el Tribunal Constitucional (en tanto que único juez en Derecho de las Leyes). En último término, según ha destacado GARCÍA DE ENTERRÍA («La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEC, núm. 1, pp. 35 y ss.), siempre se acaba llegando a dicho Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, cuyo papel es insustituible para la vida, vivencia y efectividad reales de la norma superior, sin que ello justifique la denuncia de que, por ello, todo el ordenamiento está entregado, en sus fundamentos básicos, al decisionismo judicial.