

LA LIBERTAD DE EXPRESION DESDE LA TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

JUAN JOSE SOLOZABAL ECHAVARRIA

*SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL ACOTAMIENTO TEMÁTICO Y ENFOQUE UTILIZADO EN EL ESTUDIO DE LOS ASPECTOS SUSTANTIVOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.—II. LA COMPRENSIÓN SISTEMÁTICA ADECUADA DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE IDEAS Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO MANIFESTACIONES DE UN DERECHO GENERAL A LA COMUNICACIÓN SIN TRABAS DEL PENSAMIENTO.—III. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS A UNA COMUNICACIÓN LIBRE: DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS O DERECHOS DE TIPO INSTITUCIONAL: A) *Garantía institucional y derecho fundamental como posiciones jurídicas constitucionales. La garantía institucional schmittiana y el enfoque institucional de los derechos fundamentales (Häberle). La crítica a los planteamientos institucionales en la literatura alemana actual (Schneider).* B) *El debate en la doctrina alemana sobre la concepción institucional de los derechos a una comunicación libre. Las razones funcionales y teóricas de la posición del Tribunal Constitucional Federal al respecto: examen de sus pronunciamientos. Especial consideración de los planteamientos de Lerche y del realismo leibholziano de Ridder.*—BIBLIOGRAFÍA.*

I. JUSTIFICACION DEL ACOTAMIENTO TEMATICO Y ENFOQUE UTILIZADO EN EL ESTUDIO DE LOS ASPECTOS SUSTANTIVOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESION

Seguramente, la adecuada comprensión del presente estudio sobre la *libertad de expresión*, esto es, sobre el derecho de todos a manifestar y comunicar sin trabas el propio pensamiento, necesita de algunas advertencias que acoten efectivamente el tema y muestren mis propósitos al explicitar la perspectiva y los límites con que me propongo abordarlo.

Mi intención es hacer frente a la problemática planteada desde la perspectiva del Derecho constitucional, lo que quiere decir que obviaré las cuestiones que la libertad de expresión presenta —y en abundancia— en otros

sectores del ordenamiento: así, el Derecho penal cuando se tipifican delitos contra el honor o se castigan la provocación o conductas que no pueden ser cubiertas por el derecho a comunicar y propagar el propio pensamiento; o el Derecho civil, como cuando se establece la protección de este género frente a invasiones ilegítimas en la propia intimidad, u otros supuestos contemplados por el *Derecho administrativo o mercantil*...

Y en esta ocasión, en particular, mi intervención se ceñirá a estudiar los aspectos nucleares o esenciales de carácter constitucional de la libertad de expresión. En efecto, procederé a continuación, una vez realizada su adecuada identificación y sistematización, al estudio de la naturaleza de estos derechos de comunicación, concentrándome en el examen de su calificación como derechos fundamentales o como garantías institucionales, o, lo que viene a ser lo mismo, su caracterización como derechos públicos subjetivos o como derechos de vertiente institucional.

Seguramente es pertinente que me detenga un momento para defender la conveniencia de este acotamiento temático exponiendo el prisma utilizado para su estudio al tiempo que extraigo algunas consecuencias que de ello se derivan.

Como vamos a ver muy pronto, no es en absoluto caprichoso el enfocar la problemática básica de la libertad de expresión desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales, porque justamente ésta se ha desarrollado en buena medida como consecuencia de las incitaciones provenientes desde el estudio de los derechos de la comunidad libre. Basta por ello con consultar el índice temático de los libros de Häberle, Schneider, Alexy, Schwabe, Klein o Lerche para comprobar que, en sus respectivos planteamientos teóricos generales, las referencias a la libertad de prensa o de los medios de comunicación son muy abundantes.

P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3 Auflage, Heidelberg, 1983; L. SCHNEIDER, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 G. G.*, Berlin, 1983; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985; J. SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977; H. H. KLEIN, *Die Grundrechte in demokratischen Staat*, 2 Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1974; P. LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht... Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, Köln/Berlin/München/Bonn, 1961.

Paremos mientes, por ejemplo, en la distinción que a nosotros tanto nos importa entre derecho fundamental y garantía institucional, que es, efectivamente, capital en la teoría de los derechos fundamentales, no sólo porque

suministra un eje clasificatorio elemental de las posiciones jurídicas protegidas constitucionalmente, sino porque ha dado origen a un esfuerzo doctrinal que ha servido para aclarar el significado de la contribución normadora del legislador en el establecimiento del régimen completo de los derechos fundamentales, arrojando luz, de modo especial, sobre el alcance de la indisponibilidad para el legislador del contenido esencial de los mismos, limitación que se construye como una réplica a la barrera de la imagen maestra (*Leitbild*) de la garantía institucional, y que también se le prohibía traspasar al legislador en su actividad configuradora de las instituciones reconocidas en la Constitución.

Pues bien: esta distinción, que además está relacionada con la preocupación compartida, entre tantos, por Mortati, Häberle, Hesse o Müller, de conectar adecuadamente normatividad y realidad o, en términos generales, con la comprensión institucional del Derecho, no puede entenderse cabalmente, me parece, sin referirse a la polémica sobre la naturaleza del derecho a la libre expresión.

C. MORTATI, «Dottrine generale della Costituzione», en «Scritti sulle fonti del Diritto e sull'interpretazione», *Raccolta di Schitti*, II, Milano, 1972; P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3 Auflage, Heidelberg, 1983; K. HESSE, «Die normative Kraft der Verfassung», en M. FRIEDRICH (ed.), *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt, 1978; F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität*, Berlin, 1966, y *Juristische Methodik*, 2 Aufl, Berlin, 1976.

Sobre la necesaria tensión entre los planos de la normatividad y normalidad constitucionales, véase, últimamente, la reflexión de J. ISENSEE, «Staat und Verfassung», en ISENSEE y KIRCHOF (eds.), *Handbuch des Staats Rechts*, II, Heidelberg, 1987, pp. 642-643. Una constitución que se limite a reflejar la realidad no es verdadera norma al renunciar a ser referencia de ordenación. Pero una constitución que no tenga en cuenta la realidad tampoco puede pretender modelarla. Aquélla es redundante o superflua; ésta deviene, seguramente, utópica e inútil.

Cuestión esta que, además, como veremos, y por si no fuera suficiente el interés de esta temática desde la perspectiva de la teoría general de los derechos fundamentales, guarda un estrecho lazo con importantes problemas políticos concretos, tales como el de la conveniencia de la restricción de las facultades normadoras —especialmente si las mismas se actúan en sentido innovador— del Estado sobre la organización interna de los medios de comunicación y sobre la ordenación del mercado informativo, defendiéndolo de monopolios y oligopolios; así como con cuestiones de teoría constitucio-

nal, dada la vinculación de buena parte de los defensores de la comprensión institucional de la prensa con la propia teoría plebiscitaria del Estado de partidos de Leibholz y su posible mejora, favoreciendo la integración en el mismo de la opinión pública, como institución aseguradora de la comunicación permanente entre representantes y representados.

G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, Berlin, 1960, y *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 1967. Sobre la teoría leibholziana de la democracia, véase la sagaz crítica de F. RUBIO, «El Parlamento y la representación política», en *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, 1985.

Pero he de señalar inmediatamente que existen asimismo otras dos razones que avalan, según creo, la pertinencia de este enfoque. Primeramente se ha de indicar que el interés de la indagación sobre la verdadera naturaleza de los derechos a una comunicación libre no se agota, como ocurre con todo ejercicio verdaderamente teórico, y no meramente especulativo o artificial, en sí mismo, esto es, no se justifica reflejamente, sino por su contribución a la comprensión del régimen efectivo de dichos derechos. Por ello se ha de señalar que de la caracterización individual o institucional que se confiera a los mismos depende la solución a los principales problemas que estos derechos plantean; así, en relación con la atribución de su titularidad; el tipo de comunicación que cubren los mismos; la posición de los poderes públicos respecto a su ejercicio; su vigencia en las relaciones internas en los medios de comunicación-libertad interna de prensa; exigencia de veracidad en la información para su protección constitucional y alcance de los límites de la libertad de expresión y resolución de sus conflictos con el respeto de otros derechos o bienes constitucionales reconocidos.

Para la problemática general del régimen de la libertad de expresión en España, véase mi trabajo «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23. Una exposición de conjunto en el Derecho alemán, en MAUNZ-DÜRIG (contribución de HERZOG), *Grundgesetz. Kommentar* (sobre el art. 5 de la G. G.), 1958-1985.

Se confirma así, me parece, también en este caso, la validez de una afirmación que, sobre la dimensión práctica de la reflexión acerca de los aspectos básicos o generales, suelo hacer, quizá para justificar mis propias inclinaciones generalistas. De la posición que sobre las cuestiones básicas se adopte depende la resolución de problemas determinados, de modo que el ejercicio teórico no se justifica, a la postre, desde su propia autonomía, por muy bri-

llante que ello pueda resultar, sino por su capacidad para resolver con coherencia o ayudar a resolver cuestiones concretas en un terreno, el del Derecho, que es, por lo menos yo así lo creo, antes que nada, un saber concreto o práctico.

En segundo lugar, me parece que en la reflexión sobre la naturaleza de los derechos a una comunicación libre, y en concreto sobre si la misma se corresponde con su condición de derechos-libertad o derechos cubiertos con una garantía institucional, subyace clarísimamente la dimensión material, verdaderamente política, de los derechos fundamentales, y que somos propensos a olvidar. Muchas veces —y de modo especial cuando el objeto de estudio son los derechos fundamentales— concretamos nuestro interés en las dimensiones técnicas, garantistas y procedimentales de los problemas que nos planteamos. Obviamente, ello es necesario y resulta obligado del enfoque especializado de nuestra profesión de juristas. Pero no debemos olvidar que el Derecho constitucional es una técnica al servicio de la libertad y que, en concreto, lo que se trata de asegurar con los derechos fundamentales es el respeto de ámbitos vitales, privados o de participación, directamente relacionados con la dignidad de la persona y necesarios para asegurar su desarrollo como tal.

Así, una reflexión sobre los derechos fundamentales, para ser completa, ha de referirse a los criterios de la fundamentalidad de los mismos. Criterios que necesariamente han de ser materiales o sustantivos —establecedores de la relación de los ámbitos vitales o relaciones sociales correspondientes, según decía antes, con la dignidad del hombre y las exigencias de su desarrollo como persona en una comunidad política construida a su medida y con su participación— y nunca meramente formales o procesales.

En efecto, el criterio de la fundamentalidad de los derechos constitucionales no puede ser sino material. Los derechos constitucionales no deben su fundamentalidad al nivel de su eficacia o a su protección institucional o procesal, pues estos aspectos de los derechos fundamentales no son la causa de su valía, sino sólo el exponente de la misma. Así, los derechos fundamentales se protegen por su importancia, pero, obviamente, no deben su importancia a su protección. De modo que, para nosotros, no hay sino una fuente, o un criterio, necesariamente material, de la fundamentalidad de los derechos constitucionales, a saber: el de su relación, determinada ideológicamente, o teóricamente, o históricamente, o mediante referencias de este triple orden, con la dignidad y la libertad de la persona humana. Los derechos fundamentales, como ha quedado dicho, se refieren a relaciones, o ámbitos vitales, imprescindibles en el estado histórico y cultural en que nos movemos, para asegurar el desarrollo en libertad de la persona (véase nuestro trabajo «Algunas

cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71).

Como es bien sabido, la concepción subjetiva de la libertad de expresión religa a la misma con el principio de la dignidad de la persona. La perspectiva institucional, con el principio democrático.

Pensamos, con Dworkin, que el derecho a la libertad de expresión deriva de la idea de la dignidad de la persona humana y de su derecho a un trato que no desmerezca de esa dignidad. Un hombre a quien se le impide o dificulta la comunicación libre con los demás es tratado indignamente, vejado en su auténtica condición, pues el hombre es un ser comunicativo y locuaz, a quien no se le puede callar, contra su voluntad, condenándolo al aislamiento y al empobrecimiento espiritual.

R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, p. 295.

Pero la libertad de expresión no es sólo una condición del desarrollo individual de la persona, sino una exigencia insoslayable del sistema político democrático. Sencillamente no hay democracia sin libertad de expresión ni comunicación política libre.

La libertad de expresión dispone así de las dos dimensiones propias de todo derecho fundamental. Desde un punto de vista individual, los derechos fundamentales están ligados a la *dignidad* de la persona, son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma, constituyendo el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del *status* jurídico del individuo.

Pero los derechos fundamentales, además de este plano subjetivo, poseen otra *dimensión objetiva*, ya que constituyen elementos, asimismo imprescindibles, de orden jurídico general. Exponente de ella debe considerarse la relación de los derechos fundamentales con la democracia, cuestión a la que se alude en el caso de la libertad de expresión en el texto. El relieve objetivo de los derechos fundamentales alcanza asimismo a su condición de normas competenciales del ordenamiento y a su contribución homogeneizadora de todo el sistema jurídico, suponiendo a éste un límite a la variedad deducida del pluralismo territorial. Como es sabido, nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a las dos dimensiones aludidas de los derechos fundamentales en múltiples ocasiones. Así, en la sentencia 25/1981, de 14 de julio. (Véanse estos aspectos de los derechos fundamentales modélicamente expuestos en K. HESSE, *Grünzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14 Auflage, Heidelberg, 1984, págs. 112-122. Me remito asimismo a mi trabajo, anteriormente citado, «Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los derechos fundamentales».)

Sin libertad de expresión —como señalara Chateaubriand, refiriéndose en concreto a la libertad de prensa— no hay régimen constitucional. Y ello, naturalmente, aunque el ejercicio de la libertad de expresión sea incómodo para los titulares de los poderes públicos o rebase, en ocasiones, los límites aceptables del buen gusto o la ética política, pues en todo caso se trata de un requisito imprescindible, de una verdadera *conditio sine qua non*, de la democracia.

Como afirmó acertadamente el juez Jackson en el caso *Thomas versus Collins* (1945): «Esta libertad no fue protegida porque los padres fundadores (de la Constitución) esperaran que su uso habría de ser siempre agradable a los investidos de autoridad o que su ejercicio siempre sería sabio, moderado o útil para la sociedad. Como yo entiendo sus intenciones, esta libertad fue protegida porque ellos no conocían otro medio por el cual los hombres libres pudieran realizar la democracia representativa.»

La referencia de CHATEAUBRIAND, procedente de su obra *De la Monarchie selon la Charte*, se encuentra en P. DAGTOGLOU, *Wesen und Grenzen der Pressefreiheit*, Stuttgart, 1963, p. 7. La cita del juez JACKSON, en «Pressefreiheit», de U. SCHEINER, en *VVDSiRL H.*, 22, 1965, p. 19.

Aunque espero que para este momento esté claro el interés de la perspectiva preferentemente —al menos de modo inmediato— teórica que aquí se adopta, me parece oportuno apuntar que su observancia ha implicado dos consecuencias a tener en cuenta. Me refiero, primeramente, a la dependencia doctrinal de lo que aquí se diga de la teoría alemana de los derechos fundamentales, literatura de cuya procedencia corresponderá la mayor parte de las referencias que aduzca. Lo que no tiene nada de particular. Considero muy difícil decir algo de mínimo interés y profundidad en la teoría constitucional que no se realice en diálogo, más o menos directo, con el Derecho constitucional alemán. Principio orientativo que asumo el riesgo de convertir casi en axioma, en el caso de que la materia constitucional sean derechos fundamentales.

Por consiguiente, en lo que señale a continuación no atribuiré mucho relieve a la doctrina del Tribunal Constitucional español. Me parece que, aunque los pronunciamientos del mismo sobre libertad de expresión, y en concreto sobre la naturaleza de los derechos a una comunicación libre, no sean en absoluto desdeñables, se impone, por lo menos en esta ocasión, y en cuanto ello sea posible, una reflexión doctrinal autónoma. Sé que existen muy sólidas razones que explican el alto lugar de la doctrina del Tribunal Constitucional en nuestra literatura. No seré yo quien las discuta, pero pienso que tal

dependencia es bastante insólita en países de nuestro entorno y que la madurez de la teoría constitucional española no se alcanzará en su plenitud hasta que ese benéfico —y justificado— influjo no se haya reducido a sus lógicas dimensiones.

II. LA COMPRESION SISTEMATICA ADECUADA DE LOS DERECHOS
RECONOCIDOS EN EL ART. 20 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.
LA LIBERTAD DE EXPRESION DE IDEAS Y EL DERECHO A LA INFORMACION
COMO MANIFESTACIONES DE UN DERECHO GENERAL A LA COMUNICACION
SIN TRABAS DEL PENSAMIENTO

Un primer problema que me gustaría plantear es el de la adecuada comprensión sistemática de los derechos reconocidos en el artículo 20 de nuestra Constitución, y, en concreto, la distinción y el establecimiento de las correspondientes relaciones mutuas entre el párrafo *a)* y el *d)* de dicho artículo, que albergan, respectivamente, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información veraz.

La elucidación de estas cuestiones resulta de interés, en primer lugar, por razones de claridad y precisión; resulta necesario definir con rigor los diversos derechos de la comunicación libre, así como establecer sus mutuas relaciones sistémicas. También porque en dicha problemática vamos a encontrar, posiblemente, una muestra de las implicaciones que una adecuada caracterización de la naturaleza de estos derechos supone, referida en concreto al alcance práctico de la dimensión institucional, que se aprecia especialmente en alguno de ellos.

En el artículo 20, donde se reconoce el derecho a la comunicación libre del pensamiento (o libertad de expresión en sentido amplio), parecen ubicarse dos tipos de derechos que tienen un contenido próximo, pero quizá no idéntico.

En el párrafo *a)* se reconoce el derecho a expresar y difundir libremente ideas y opiniones.

El párrafo *d)* contiene el derecho a comunicar y recibir información veraz.

El Tribunal Constitucional español, en un primer momento, entendía (sentencia 61/1981, de 16 de marzo, asunto: «Voz de España y Unidad») que el *derecho a la información* era una manifestación o concreción del derecho a la libertad de expresión, y que el derecho a recibir la información era un simple reverso del derecho a transmitir la información: no es posible la recepción sin la comunicación.

En realidad, esta concepción es algo simplista y no sólo ignora la relación sistemática —dentro del género común de los derechos de comunicación libre o libertad de expresión en sentido amplio— entre la libertad de expresión y el derecho a la información, sino sobre todo una diferenciación cabal de los mismos y sus diversos momentos.

La verdad es más bien que el *derecho a la información* es no tanto una variedad del derecho a la libertad de expresión, caracterizada por el objeto a que se refiere —relato de hechos o conductas—, cuanto el supuesto de la libertad de expresión en sentido estricto. Sin información no hay opinión.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional alemán: «La libertad de información es, precisamente, el derecho a informarse. Por otra parte, este derecho de libertad es el presupuesto de la formación de la opinión que precede a la expresión de ésta. Pues sólo la información completa posibilita una libre formación y expresión de la opinión tanto para el individuo como para la sociedad» [*BVerfG*, t. 27, p. 71(81). Asimismo, t. 27, p. 104(108). Véase, sobre esta problemática, W. SCHMITT-GLAESSER, «Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts» (1. Teil), en *Archiv des öffentlichen Recht*, 97, 1972, p. 63].

Por tanto, *libertad de expresión* de ideas y *libertad de comunicación de información* son manifestación de un derecho general a la libre comunicación. La libertad de información no es una muestra de la libertad de expresión, sino su condición en una sociedad libre.

Tanto la libertad de expresión como el derecho a la información tienen dos momentos, a saber: el del envío y el de la recepción de la comunicación.

En ambos derechos se garantiza la libertad del comunicante —de ideas o noticias— para hablar y que el mensaje llegue sin interferencias a su auditorio. Aunque lo que no se garantiza es la existencia de un auditorio concreto.

Pero sobre estas dos coincidencias estructurales de la libertad de expresión y del derecho a la información (ambas, como queda dicho, son categorías diferentes por su objeto, pero que constituyen variedades del mismo tipo genérico —derecho a la comunicación libre—, y responden a la misma dualidad de conformación) estos dos derechos pueden definirse más nítidamente reparando en sus diferencias, relativas, respectivamente, al conjunto de actividades comprendidas en su ámbito y a sus rasgos institucionales.

La *libertad de expresión* en sentido estricto protege exclusivamente una sola actividad: la comunicación sin trabas del pensamiento.

En cambio, en el *derecho a la información* las actividades garantizadas son múltiples: preparación, elaboración, selección y difusión de la información o noticias.

Finalmente, singulariza al *derecho a la información* respecto de la *libertad de expresión* un carácter más marcadamente institucional. Este plus institucional explica que, en determinadas ocasiones, el derecho a la información pueda prevalecer sobre la libertad de expresión. Ello acontece, en los supuestos de réplica o rectificación, cuando el derecho a rendir información del aludido y del público a conocer una versión plural respecto de los hechos que fueron objeto de la crónica se impone sobre la libertad de expresión (en este caso negativa) del medio a no contar lo que no quiere: el contenido de la rectificación.

Véanse las consideraciones que realizo sobre el relieve institucional de la libertad de expresión en mi nota jurisprudencial «Libertad de expresión, información y relaciones laborales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 26, y mi trabajo, de próxima aparición, «Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 2.

III. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS A UNA COMUNICACION LIBRE: DERECHOS PUBLICOS SUBJETIVOS O DERECHOS DE TIPO INSTITUCIONAL

- A) *Garantía institucional y derecho fundamental como posiciones jurídicas constitucionales. La garantía institucional schmittiana y el enfoque institucional de los derechos fundamentales (Häberle). La crítica a los planteamientos institucionales en la literatura alemana actual (Schneider)*

Pero como ya he señalado en diversas ocasiones, nuestro interés debe centrarse en la problemática de la calificación de la *naturaleza* de los derechos a una comunicación libre, y, en concreto, en averiguar si la caracterización de los mismos se corresponde con la categoría *derechos públicos subjetivos o derechos defensa*, o si para su comprensión es necesario acudir en mayor o menor medida a planteamientos de tipo institucional.

La cuestión se complica porque, como también hemos señalado anteriormente, la calificación se acuerda no exclusivamente en razón de argumentos dogmáticos, sino también debido a lo que podríamos llamar el rendimiento funcional de ambas opciones, esto es, su aptitud para resolver en determinado sentido los problemas concretos que el régimen de estos derechos plantea: así, las cuestiones referentes a la actitud —de injerencia o abstención— de los

poderes públicos respecto a su ejercicio, la libertad en el seno de estos medios o la resolución de los conflictos con otros derechos; o a condicionantes resultantes de algunos debates de teoría constitucional o del Estado tendentes a una reforma en sentido realista del sistema representativo.

Lo que podríamos llamar TENTACION INSTITUCIONAL de la teoría de los derechos fundamentales siempre ha estado muy presente en la doctrina alemana. Como es sabido, la manifestación básica de tal enfoque tiene lugar en la reflexión sobre la garantía institucional, que aparece como un concepto alternativo al de derecho fundamental. Pero hay que subrayar la especial relación entre las dos categorías, que se va haciendo cada vez más sutil y complicada. Tal relación, muy pronto, va a dejar de ser de mera contraposición —aunque desde esta perspectiva no sea pequeño el rendimiento de la misma para la delimitación respectiva de los dos conceptos— para convertirse en mutua influencia. En efecto, las dos categorías que son formuladas inicialmente como excluyentes han permitido, con el tiempo, una aproximación, desarrollándose un importante esfuerzo teórico tendente a comprenderlas como relacionadas e incluso compatibles.

Me estoy refiriendo a los dos momentos históricos del enfoque institucional: el primero, en el que se acuña la categoría de la *garantía institucional*, claramente diferenciada de la de *derecho fundamental*, aunque, como veíamos, contribuyese tan poderosamente a la delimitación de éstos, y otro segundo que se corresponde con la aportación de Häberle y Hesse, operando sobre las huellas de Smend, cuando, en correspondencia con la afirmación de la relación entre libertad y democracia, sociedad y Estado, se subraya la dimensión institucional de los derechos fundamentales, la necesidad de los mismos de organización y completamiento normativo, así como su obligada comprensión como realidades políticas y de vigencia social efectiva.

La vinculación alemana al pensamiento institucional no es función exclusivamente de la procedencia geográfica de sus principales formuladores —ayer, Schmitt, Wolf, Anschütz y Klein; hoy, Häberle y Hesse— ni, en concreto, de la cobertura contextual que la Constitución de Weimar confirió, en su primera formulación, a la teoría de la garantía institucional, y sin cuya consideración, no obstante, dicha construcción no es fácilmente comprensible.

Como es sabido, pero resulta imprescindible recordar, la garantía institucional buscaba asegurar, frente a la voracidad del legislador, la persistencia y el respeto en sus rasgos esenciales de instituciones básicas —pero no constitutivas— de la planta político-administrativa del Estado alemán. La protección que esta construcción doctrinal se quiere confiera a las instituciones amparadas en ella va a dar a las mismas en el edificio constitucional weimariano mayor seguridad que a las propias libertades o derechos fundamentales, que

no se encuentran verdaderamente protegidas frente al legislador, sino sólo frente a la Administración, al exigirse que las intervenciones de ésta en los ámbitos correspondientes de tales derechos tengan lugar exclusivamente de acuerdo con el principio de legalidad.

La verdad es que, por motivos más profundos, el pensamiento institucional no podía tener arraigo sino en Alemania, en donde la contraposición Estado-sociedad, según he mostrado en otro lugar, no es sentida como en Francia o Inglaterra porque, en base a deficiencias en el proceso de afirmación de la propia burguesía alemana, no se reclama del Estado exclusivamente una actividad de vigilancia y rendimiento de funciones elementales, sino más bien de estructuración de la propia sociedad y de realización de la afirmación nacional. En el plano jurídico ello va a implicar que la teoría constitucional no contemplará los derechos fundamentales desde una perspectiva de resistencia y separación, sino de compromiso y responsabilidad.

Véase mi *Nota* «Sobre el contexto histórico-intelectual del positivismo jurídico», en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), número 48, noviembre-diciembre 1985.

El trasfondo intelectual y político de la formulación schmittiana de la *garantía institucional* en C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934; ABEL, *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*, 1964; U. SCHEUNER, «Die Neure Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland (1960)», en *Staatstheorie und Staatsrechts*, 1978; H. J. KOCH, *Die Juristische Methode im Staatsrecht*, 1977; C. STEINBEISS-WINKELMANN, *Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung*, Frankfurt am Main, 1986.

Entre nuestra bibliografía, L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, 1981; J. M. BAÑO LEÓN, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24; G. GÓMEZ ORFANEL, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, 1986; J. A. ESTÉVEZ ARAÚJO, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, 1989. Y las modélicas ediciones, respectivamente, de P. DE VEGA y M. ARAGÓN, de diversos trabajos de Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983, y *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, 1990.

Este trasfondo histórico-intelectual sí explica que en la teoría constitucional alemana de los derechos fundamentales de los años veinte y treinta se preste tanta atención a la elaboración de la garantía institucional. En la misma, el carácter ilimitado de los derechos fundamentales como posición jurídica frente al Estado se afirma de modo retórico; pues el derecho fundamental

queda a merced del legislador —como no podía ser menos, admitida constitucionalmente la deferencia al mismo del establecimiento de su régimen efectivo y no existiendo justicia constitucional— y sólo se asegura frente a la Administración al imponerle a ésta, en virtud de la técnica de la reserva de ley y del control jurisdiccional de su actuación, una intervención regida por el principio de legalidad en el ámbito material propio de tales derechos fundamentales.

Bien es cierto que la reflexión sobre la garantía institucional no ha sido inútil en absoluto, una vez, principalmente, que se ha revelado su estructura homóloga con el derecho fundamental que contempla la Ley Fundamental de Bonn. Así, la exigencia formulada en el terreno doctrinal del respeto por parte del legislador de determinados límites en su actividad de configuración y organización de las instituciones es recogida en el plano positivo por la norma constitucional, ahora como mandato expreso de respeto del contenido esencial del derecho fundamental, confiriéndose —lo que sí es una novedad de nota respecto de la teoría de la garantía institucional, pero que no podía faltar en el Estado constitucional de Derecho— el control de su observancia al Tribunal Constitucional.

Hemos aludido a las relaciones entre *garantía institucional* y *derecho fundamental*, cuya comprensión requiere, quizá, referirse, con carácter previo, a la problemática que las enmarca. Así ha de comenzarse advirtiendo sobre la dificultad o «nebulosidad» de todo enfoque institucional, deducida de la equivocidad del mismo concepto de «institución» o de los designios del tratamiento «institucional» del Derecho, que ha permitido a autores como Stern, recientemente, y antes Rütters, referirse a la perspectiva institucional como propia de épocas críticas, «en las que el intérprete o aplicador del Derecho está insatisfecho con el orden jurídico vigente» (RÜTTERS, *Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen*, 1970, p. 18). (Stern hace suya la expresión «niebla de lo institucional», que otros autores han utilizado, en K. STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, Band III, 1, *Allgemeine Lehre der Grundrechte*, München, 1988.)

La literatura alemana sigue contando exclusivamente con dos monografías básicas sobre la *garantía institucional*: la de G. ABEL, *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*, 1964, y la de E. SCHMIDT-JÖRTZIG, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, Göttingen, 1979, que, con las contribuciones al respecto de STERN en el lugar que acabo de mencionar (pp. 751 a 887) y el libro de C. STEINBEISS-WINKELMANN, *Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung*, Frankfurt, 1986, pueden permitirnos rastrear la evolución de esta categoría y ayudar a plantearnos en un plano sistemático, con toda brevedad, su problemática elemental.

A) *Evolución del concepto*

El concepto, si no la expresión, es utilizado por GIESE, en 1919, o por M. WOLF, en 1923, al referirse a la protección constitucional de los derechos de propiedad o herencia, o por SMEND, en 1927, cuando, en su ponencia en las Jornadas de Derecho Público sobre el derecho a la libertad de expresión, habla del «derecho fundamental de la universidad alemana», queriendo significar la posición jurídica correspondiente a una gran institución pública. C. SCHMITT, en su *Verfassungslehre* (1928), emplea expresamente la categoría *garantía institucional*, cuyo contenido y significado se establecen en contraposición a los de *derecho de libertad*. Los derechos de libertad son ilimitados y preestatales, mientras que la garantía se refiere a una institución que existe en el Estado, cuyo contenido y alcance, o verdadera configuración, son fijados por el legislador, aunque éste no pueda suprimirla. «Las garantías existen sólo dentro del Estado, basándose en la idea de una esfera de libertad en principio limitada. Se refieren, asegurándolas, a instituciones jurídicamente reconocidas, cuya supresión a manos del legislador ordinario ha de hacerse imposible.» Schmitt procede a enumerar unas cuantas, como la propiedad, matrimonio, juez legal, autonomía municipal, descanso dominical, mantenimiento universitario de facultades de teología, etc.

En su opúsculo «*Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichs-Verfassung*», 1931, SCHMITT distingue entre garantía institucional y de instituto, y, como hará ya más adelante, reduce la contraposición entre garantía y derecho de libertad, atribuyendo a aquéllas una función conexas y complementaria de éstos.

Aunque durante la época de Weimar no falten autores que rechacen la categoría —así, STIER SOMLO— o fuercen su significado originario —así, R. HUBER en su trabajo, de 1933, «*Bedeutungswandel der Grundrechte*», o LOEWENSTEIN en su libro, de 1931, *Ercheinungsformen der Verfassungsänderung*, o DENNEWITZ en su *Institutionelle Garantien*, de 1932—, por lo general se acoge la categoría favorablemente —así, THOMA, ANSCHÜTZ o BOEHMER, éste en el ámbito privado—. A partir de estos autores, la significación canónica de la garantía institucional será la de aquella protección constitucional que preserva a una institución no sólo de su destrucción, sino de su desnaturalización, al prohibir vulnerar su mínimo esencial (véase G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14 Auflage, 1933, p. 520).

Por lo que se refiere a la contribución posterior a la guerra sobre la categoría de la garantía institucional, habría que citar los nombres de Klein y de G. Dürig, y dejando de lado la aportación de Scheuner, más ligada al tratamiento institucional de los derechos fundamentales que a planteamientos, desde nuestra perspectiva, genuinamente institucionalistas —me refiero a su importante trabajo «*Die Institutionellen Garantien des Grundgesetzes*», en *Recht, Staat*,

Wirtschaft, vol. 4, 1953, en donde nos encontramos con una interesante clasificación de las normas constitucionales, un apunte sobre el carácter «constitutivo» del orden jurídico-público de las instituciones cubiertas con protección institucional y la propuesta de inclusión en las garantías institucionales de los partidos políticos y la prensa—.

Klein, incurriendo en una confusión del plano jurídico y social, que le ha sido reprochada por Abel, en su nueva edición de 1957 de los comentarios constitucionales de MANGOLDT/KLEIN —*Das Bonner Grundgesetz*— incluye en el objeto de protección de las garantías institucionales no sólo a instituciones públicas, sino relaciones sociales o determinados ámbitos vitales: así, libertad de reunión, asociaciones, sociedades, viviendas y arte.

La aportación de DÜRIG, en su glosa del art. 1, apart. 3, párrafo 98, *Grundgesetz, Kommentar*, año 1958, tiene interés por cuanto: a) Reacciona frente a la pretensión de incluir en la garantía institucional cualquier tipo de relación social, pues ello implica la inutilidad del concepto, suponiendo la consideración del derecho fundamental como un producto accesorio o lateral, que de hecho resulta expulsado por la función pública de la institución. b) De otro lado, diferencia la institución del instituto por la relación de éste con los derechos fundamentales.

Los trabajos de Abel y Schmidt-Jörtzig suponen, en la línea señalada por el comentario de Dürig, un regreso a la situación de la teoría de los tiempos de Weimar.

B) *Plano sistemático: algunas cuestiones básicas*

La atención conferida al rastreo de la evolución del concepto va a permitirnos una mayor brevedad en el planteamiento sistemático de las cuestiones que la misma suscita. Así, por lo que se refiere al OBJETO DE PROTECCION de la garantía institucional, hay acuerdo en admitir que el mismo puede consistir tanto en instituciones públicas como complejos normativos de Derecho privado o institutos. Las instituciones objeto de la protección constitucional, aunque son elementos típicos y necesarios del edificio político y social, no tienen una función propiamente constitutiva del Estado, esto es, carecen de referencia inmediata en el nivel de la organización política constitucional (Schmidt-Jörtzig) o, lo que viene a ser lo mismo, no son órganos constitucionales, y ello en el doble sentido de que no «constituyen» propiamente el orden político esencial y que no son instituidas propia ni completamente por el constituyente, sino por el legislador preconstitucional o, con ciertas cautelas, posconstitucional.

Las garantías de instituto, además de por la disciplina jurídica que los regula, se diferencian de las de institución en su especial conexión con los derechos fundamentales (Dürig). Pero tanto la ga-

rantía de institución como de instituto, aunque propiamente no confieran sino una protección jurídica, se refieren a realidades con efectiva vida social y política, a instituciones (*Einrichtungen*), por consiguiente, delimitables y efectivamente existentes (Klein y Sasse).

Por lo que se refiere al TIPO DE PROTECCION que confiere la garantía institucional, ésta ampara, como queda dicho desde Thoma y Anschütz, tanto frente a su supresión como a su desnaturalización o vaciamiento. Según se ha señalado con anterioridad, la garantía que confiere la protección constitucional es de índole exclusivamente jurídica y consiste en la exigencia de que la supresión o el vaciamiento normativo de la institución sólo pueda realizarse válidamente mediante reforma constitucional, pero no se trata de la garantía de la institución propiamente dicha. Como dice Abel, se puede asegurar el mantenimiento de la protección jurídica de determinada institución: así, la prensa, el autogobierno municipal, etc., pero no que estas instituciones no puedan ser desbancadas por la evolución social o incluso suprimidas.

El DESTINATARIO DEL MANDATO DE RESPETO que la garantía institucional comporta —o el sujeto frente al que se establece ésta— es, preferentemente, el legislador. La garantía institucional protege, en efecto, básicamente, frente al legislador, a quien compete la configuración del régimen jurídico de la institución cubierta. Pero en la medida, relativa, como se ha visto, en que la institución es no sólo, por decirlo así, una figura jurídica, una relación de derecho, sino una fuerza operativa o realidad efectiva, los ataques a la misma pueden provenir también del ejecutivo, aunque en este caso el peligro para la institución no procederá de un ataque concreto, sino de una línea de conducta o praxis continuada de la Administración. En cambio, razonablemente, ha de excluirse una eficacia frente a terceros de la garantía institucional, pues, obviamente, una institución como tal no puede ponerse en peligro mediante la operación de fuerzas privadas.

Restan dos problemas a plantearse en el estudio sistemático de la garantía institucional: el referente al NIVEL DE LA PROTECCION QUE LA MISMA CONFIERE y el de la relación de esta figura con los derechos fundamentales.

Por lo que hace a la primera cuestión, ha de señalarse que la garantía institucional no asegura la permanencia incondicionada de los rasgos de la institución existentes en el momento de la protección constitucional. Como es bien sabido, esa protección sólo alcanza a sus rasgos constitutivos o imagen maestra. Otro planteamiento atribuiría a la Constitución una función conservadora o consolidadora de la realidad, imponiendo una rigidez inconveniente para el propio edificio institucional del Estado. Este efecto retardatario, aunque en principio no quepa dudar del designio estabilizador de la figura de que estamos hablando, suele obviarse al verificarse la garantía con una reserva de regulación por ley, cuyo propósito, citando a Quaritsch, no puede ser otro que «mantener el instituto en

relación con las exigencias cambiantes del orden estatal y las nuevas perspectivas jurídicas».

Pero tampoco hemos avanzado mucho en la indagación sobre el alcance conferido por la garantía institucional, señalando que ésta no cubre a la totalidad de la institución efectivamente existente en el momento de su reconocimiento constitucional, ni siquiera al determinar que la protección alcanza sólo a la «imagen maestra» o su contenido básico. Pues de este modo no hacemos sino trasladar el problema a la determinación de dicho núcleo irreductible.

El CRITERIO DE DETERMINACION DE LA IMAGEN MAESTRA de una institución está muy relacionado con la concepción general que sobre la garantía institucional se tenga y sobre todo con el significado que a la misma se le confiera. Quienes piensen que a la garantía institucional le es inseparable una dimensión conservadora o consolidadora, aceptarán la determinación de su núcleo duro *de acuerdo con la imagen social de la misma*, esto es, aquella que la comunidad haga suya y que seguramente dependerá de los rasgos que la hayan caracterizado tradicionalmente. Es cierto que esta concepción de la idea maestra de la institución no excluye cierta capacidad de adaptación de la misma a las necesidades de los tiempos, pero seguramente predominará en su construcción el peso de su configuración histórica o tradicional.

Ha de hacerse notar que, contra lo que pueda parecer, esa imagen social del contenido esencial de la institución no es establecida de modo ajeno al derecho, y ello, según entiendo, en un triple sentido.

En primer lugar, porque a la percepción social de una institución contribuye, de modo importante, la regulación jurídica de la misma. En segundo lugar, porque quienes determinan esos contornos son precisamente los operadores jurídicos, los aplicadores del Derecho, a los que corresponde, por tanto, concretar los rasgos de la institución percibidos socialmente.

Finalmente, porque el guardián y definidor —al menos negativamente— del núcleo esencial de la institución es el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución.

Al lado de este criterio de determinación de la imagen maestra o reducto indisponible de la institución (que, en términos generales, ha sido el prevalente en la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, y aun en la del nuestro, así cuando, en su sentencia de 28 de julio de 1981 —caso Diputaciones catalanas—, se atribuye a la garantía institucional la función de asegurar el mantenimiento «de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar»; o cuando, en la sentencia 76/1988, de 26 de abril, se establece que la garantía de la foralidad contenida en la Disposición adicional 1.^a se refiere a «la imagen identificable del régimen foral tradicional») cabe establecer dicho contenido *mediante los procedimientos exclusivos de la argumentación jurídica*. En este caso, ha de construirse la

imagen maestra de una institución a partir de aquel complejo organizacional y elenco competencial, considerados imprescindibles para que la institución desempeñe la función que convencionalmente se le atribuye en el Derecho público, y que determina su utilidad.

Esta línea de actuación parece seguirse, aunque no se encuentre formulada con voluntad de ruptura con la perspectiva tradicional, tanto en la literatura —así, H. H. Rupp y R. Reinhard— como en la propia doctrina constitucional alemanas —así, *BVerfGE*, 35, 79(116)—, relativas a la garantía de la libertad de ciencia, posteriores a la crisis universitaria de los años setenta. Esta garantía ha de entenderse que cubre no tanto «el modelo estructural tradicional de la Universidad alemana» cuanto la organización autónoma universitaria que se requiera en el futuro para la protección efectiva de la libertad de ciencia. (Véanse referencias doctrinales y jurisprudenciales en STERN, *loc. cit.*, pp. 808-813).

Se utilice el criterio que se prefiera para la determinación del núcleo básico de la institución o su imagen maestra, la institución es representable, utilizando un lenguaje espacial y siguiendo a Schmidt-Jörtzig, como un doble círculo concéntrico: el primero se refiere a los aspectos inatacables, esenciales, reservados sólo al constituyente; el segundo, disponible para el legislador, se refiere a los aspectos accidentales, modificables de la institución.

La protección que la Constitución confiere a la institución afectada por su reconocimiento puede establecerse en términos cuantitativos, y entonces la preservación del núcleo esencial se entiende como un resto al que no puede alcanzar la sustracción de los rasgos normales o previos de la institución por la regulación del legislador, a quien se le impide el *vaciamiento* de la misma, o, en términos cualitativos, de modo que lo que se veda al legislador es una normación desfiguradora o desvirtuadora de los rasgos típicos de la institución, con independencia del número de los elementos de la misma que resulten afectados.

EL PROBLEMA DE LAS RELACIONES ENTRE LAS CATEGORIAS DE GARANTIA INSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES puede ser planteado, como se hace en el texto, desde una perspectiva preferentemente histórica. En la situación originaria ambos conceptos aparecen claramente contrapuestos: el derecho fundamental, como un ámbito de libertad inmune y privado, respecto del cual la actuación normadora del legislativo no puede ser sino exterior y tuitiva, realizada en los términos establecidos en la reserva, mientras que la garantía institucional se refiere a la protección conferida a una institución sólo nombrada, como quien dice, en la norma de mayor rango, pero a la que define y constituye propiamente el legislador. En un segundo momento, se produce una reflexión que repara en la estructura esencialmente homóloga del derecho fundamental y la garantía institucional, de modo que se propone en la comprensión del mandato constitucional del respeto del contenido esencial del derecho fundamental la delimitación del mismo con-

forme a los criterios empleados para la averiguación de la imagen maestra de la institución que el legislador, en su actividad configuradora, había de preservar.

Finalmente se ha de hacer notar que el actual enfoque institucional de los derechos fundamentales sólo tiene una relación equívoca con el pensamiento institucional genuino de los años veinte y se encuentra más ligado a Smend, Hauriou o Kaufmann que al de Schmitt o Wolf. Como se apunta *supra* en este tipo de tratamiento más realista de los derechos fundamentales, en correspondencia con la afirmación de la relación entre libertad y democracia, sociedad y Estado, se subraya la dimensión institucional de los derechos fundamentales y la necesidad de los mismos de organización y cumplimiento normativo, así como su obligada comprensión como realidades políticas y de vigencia social efectiva.

Al lado de este planteamiento, un enfoque más sistemático repara en la diferencia entre ambas categorías. Estas diferencias se refieren al plano normativo en que preferentemente tiene lugar su reconocimiento, el diferente objeto de protección de la garantía institucional y los derechos fundamentales y, consiguientemente, las relaciones de ambos con situaciones jurídicas subjetivas concretas.

En efecto, en el caso de los derechos fundamentales, el plano relevante de su reconocimiento es el constitucional. En cambio, las instituciones, salvada su imagen maestra, son configuradas por el legislador.

Así como todos los derechos fundamentales aseguran pretensiones subjetivas constitucionales, objeto de la protección de las garantías institucionales son determinadas estructuras político-administrativas que pueden no tener relación con derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, finalmente, contienen un mandato al Estado para que respete determinado ámbito vital, lo que confiere a todos la facultad de reclamar la observancia de esa posición. En el caso de la garantía, lo que hay es un mandato al legislador para que, en su regulación de la institución, respete su contenido esencial, pero sólo surgen pretensiones de los particulares en la medida en que existe una amenaza generalizada que afecta a la propia institución en su conjunto (véase C. STEINBEIß-WINKELMANN, *op. cit.*, pp. 122-123).

De modo que la reflexión sobre lo que implique la exigencia del respeto de la imagen maestra (*Leit Bild*) o el tipo básico o ideal —diríamos weberianamente, si se nos permite la licencia sociológica en estos duros tiempos de purismo metodológico— va a resultar de enorme utilidad para fijar el alcance del artículo 19.2 de la Constitución alemana, que impone, como es bien sabido, el respeto estricto del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Pero sobre todo, la tradición institucional ha resultado de gran utilidad

para comprender el sentido y alcance de la contribución normadora del legislador en la configuración completa del régimen de los derechos fundamentales. Sobre esta dimensión va a insistir el enfoque institucional, cultivado especialmente por Häberle o Hesse, autores cuya contribución es capital, aunque no esté exenta el problemas, en la actual teoría de los derechos fundamentales. Häberle y Hesse retoman enfoques e instrumentos de la vieja teoría institucional, en un contexto doctrinal en el que se insiste en las estrechas relaciones entre sociedad y Estado y en el que los derechos fundamentales no son tanto ámbitos exentos a la intervención estatal como fundamentos funcionales —configurados en libertad— del propio sistema democrático. El Estado, en la nueva situación, ya no es un potencial enemigo de la libertad, sino un colaborador del titular de los derechos en su definición y protección.

Las aportaciones de Häberle y Hesse proceden asimismo de un pensamiento constitucionalista, preocupado por las críticas realistas que el normativismo extremo precedente había merecido, y sensible a las exigencias de «concretización» demandadas por la misma estructura, abierta e indeterminada, de la propia norma constitucional, que dichos autores captan con especial sensibilidad.

Es bastante difícil imaginarse lo que sería hoy la teoría de los derechos fundamentales sin la obra de P. HÄBERLE *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3 Auflage, Heidelberg, 1983, pues en muy buena medida, por lo menos en Alemania, dicha teoría sigue centrada en una discusión de los problemas básicos que preocuparon a este autor. Lo que resulta fascinante de ese libro no es sólo la centralidad en el Derecho constitucional del tema que se propone estudiar, a saber: el del alcance verdadero en el régimen de un derecho fundamental de su reconocimiento constitucional, sino el del significado ideológico de esta problemática al referirla a determinado modo de concebir las relaciones entre sociedad y Derecho, realidad social y normatividad constitucional.

El modo en que tiene lugar la conjunción de los tres niveles —el del doble plano normativo, constitucional e infraconstitucional y el social de las relaciones cubiertas por ellos— que acabo de mencionar en la esfera de los derechos fundamentales sólo se capta si se comprende a éstos como instituciones. La institución no es ya, por tanto, una figura organizacional pública acreedora de determinada protección derivada de su reconocimiento constitucional, sino un conjunto de relaciones vitales objeto de normación jurídica encabezada por el precepto constitucional que enuncia el derecho fundamental y preside su régimen.

Es cierto que Häberle construye su concepción «institucional» repudiando la idea schmittiana de los derechos fundamentales, como ámbitos de actuación «naturales» y absolutos, como situaciones ver-

daderamente prejurídicas y ajenas al derecho, sobre las que no cabe otra intervención normadora que la ejercida exteriormente y con un designio tuitivo; pero no es menos verdad que, a pesar de todas sus protestas antischmittianas y los respetos que ofrece a Smend o Kaufmann, la concepción de los derechos fundamentales de Häberle reposa sobre las vigas maestras de la idea de institución de Schmitt, y ello por dos razones: porque Häberle, como hace Schmitt en el caso de la institución, confiere al legislador una contribución constitutiva en el establecimiento del régimen del derecho fundamental y porque, como el viejo profesor, construye la idea de contenido esencial como límite del legislador según la idea de la imagen maestra (*Leit Bild*), que igualmente se encontraba indisponible a la obra configuradora de la ley sobre la institución protegida constitucionalmente.

Quizá tiene interés, dada la práctica nula atención de nuestra doctrina a la obra de Häberle, que intentemos ilustrar brevemente sus principales tesis.

La comprensión institucional de los derechos fundamentales exige reparar no sólo en SU DIMENSION INDIVIDUAL, en cuanto reconocimientos constitucionales de determinadas posiciones subjetivas, sino también en SU REFERENCIA A EFECTIVOS AMBITOS VITALES que son propios del sistema democrático. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales no sólo son normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino órdenes concretos vitales y elementos funcionales de la democracia.

En efecto, para Häberle, los derechos fundamentales en su aspecto individual «garantizan a sus titulares un derecho subjetivo público»; en su dimensión institucional suponen una protección constitucional «de un ámbito vital que se ordena y configura libremente» (*Die Wesensgehaltsgarantie der Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, p. 70). Los derechos fundamentales, además, son «rasgos esenciales de la democracia, sin cuyo reconocimiento y ejercicio ésta no puede existir». Sólo donde hay derechos fundamentales «la minoría tiene posibilidades de convertirse en mayoría» (*op. cit.*, p. 17).

Estos dos aspectos de los derechos fundamentales coexisten y se condicionan. Son de igual rango e importancia. El aspecto institucional no es complementario del individual, ni el individual es un «efecto subjetivo lejano» o una mera irradiación del aspecto objetivo institucional, de modo que el individuo sea rebajado a la condición de «mero órgano de ordenaciones y regulaciones de vida» (*op. cit.*, p. 72).

La concepción institucional de los derechos fundamentales no permite una comprensión de éstos exclusivamente normativa, ni aun cuando la misma se refiriese al plano constitucional, que ignore la suerte de las relaciones sociales o ámbitos vitales que dichos derechos fundamentales contemplan. De modo que el derecho fundamental como institución es inseparable de su vigencia efectiva, de la

realidad de su observancia en la vida de la comunidad por un número significativo de sus titulares. «Los derechos fundamentales sólo son considerados como *institutos* si son realizados en la realidad de la vida social por medio de la actuación de muchos titulares de derechos fundamentales... Donde, en efecto, sólo unos pocos ejerciesen de verdad sus derechos fundamentales, éstos perderían su realidad viva, le faltaría su vigencia efectiva, se entumecería el ámbito vital de libertad» (*op. cit.*, p. 110).

Según la idea institucional del derecho fundamental, éste es, pues, inseparable de una cierta vocación de efectividad, lo que es indicador de la comprensión de Häberle del Derecho como ordenación de la realidad, esto es, no como mero orden normativo o sistema lógico de proposiciones prescriptivas. Tal idea «realista» del Derecho, tan próxima a planteamientos como el de Mortati, Hesse o Müller, es importante no sólo desde el punto de vista de la concepción del Derecho constitucional, sino, claro está, desde la perspectiva de la aplicación de éste y sobre todo de su interpretación.

Pero el concepto de *institución*, por medio de la cual realiza Häberle la conjunción del plano normativo y de la realidad, necesita para su cabal comprensión de la atención a dos aspectos esenciales del mismo, que son, de un lado, EL DE LA IDEA MAESTRA O FUERZA DE LA INSTITUCION, esto es, el principio que le da coherencia y le asegura su mantenimiento vital. De otro, LA INTERVENCION DEL LEGISLADOR en la configuración del régimen jurídico de la institución.

Por lo que se refiere al primer punto, el problema que plantea la consideración de la idea inspiradora o fuerza no es el de su caracterización como criterio estructurador, depósito y límite de las potencialidades de su institución o principio espiritual de la misma, en donde el pensamiento de Häberle no difiere del de su inspirador Hauriou, sino el de la localización de la idea maestra, como ha hecho notar sagazmente C. Steinbeiß, que el maestro francés encuentra en el Derecho natural, y de la que el profesor alemán sólo admite una conformación sociológica y plural, de acuerdo con lo que la conciencia social de la época tiende a considerar como adecuada.

Pero lo que caracteriza sobre todo la visión institucional de los derechos fundamentales es el sentido de la intervención en el régimen de los mismos del legislador. El legislador, al establecer, por medio de su regulación, el régimen del derecho fundamental en sus aspectos básicos, establece la conexión entre la idea maestra del mismo, contenida sumariamente en la Constitución, y el plano de la realidad de los órdenes concretos en que consisten los derechos fundamentales. El legislador es la instancia que media entre la proclamación abstracta del derecho fundamental y su vigencia efectiva en «objetivas relaciones de vida». Los derechos fundamentales, así comprendidos, se refieren a relaciones o ámbitos vitales concretos regulados por un complejo de normas, encabezados por la idea del derecho fundamental, expresada constitucionalmente, pero que ne-

cesita de aplicación o concreción normativa a cargo del legislador principalmente.

El legislador ha de procurar que, en virtud de la adaptación del derecho fundamental a las relaciones vitales, pueda ser ejercido por todos; sólo así, señala Häberle, se da efectividad a los derechos fundamentales y se permite desarrollar a la Constitución su fuerza normativa. De este modo se logra la actualización continua del derecho fundamental a la esfera del ser, a las condiciones efectivas de la sociedad.

La intervención normadora del legislador en el régimen del derecho fundamental se deriva, por tanto, de la comprensión realista de éste, de la preocupación por su vigencia efectiva, propia de la visión institucional, pero es función asimismo de otras dos condiciones: la primera se refiere *al carácter principal, elemental y sumario de las normas constitucionales*, en particular aquellas de contenido prescriptivo, que necesitan inevitablemente complemento desarrollador o concretización. Asimismo, la contribución constitutiva del legislador en el régimen del derecho fundamental supone necesariamente *una revisión del papel del Estado* propia del liberalismo, en paralelo a una concepción verdaderamente jurídica de las libertades y el replanteamiento, por tanto, de la concepción esencialmente fáctica o «prejurídica» de las mismas que se mantiene en dicho sistema ideológico. El Estado deja de ser considerado sustancialmente como el potencial enemigo de las libertades para pasar a ser su garante y definidor. El Estado, a cuyo legislador compete una intervención decisiva en la organización y configuración de la libertad, no puede ser considerado «una asociación de dominación» ni su derecho «una regulación exterior de fuerza». Antes bien, «Estado, Derecho y legislador se encuentran en la más estrecha y necesaria relación imaginable con la libertad» (*op. cit.*, p. 227).

La contribución del legislador al régimen de los derechos fundamentales, según venimos insistiendo, tiene un alcance verdaderamente constitutivo, cuya comprensión exige ante todo el renunciar a la categoría del ordenamiento constitucional liberal de LA RESERVA DE LEY.

La reserva de ley se limitaba a prever y habilitar una intervención exterior y, ocasional en el ámbito de la libertad y la propiedad, que era comprendido como terreno de discrecionalidad individual o esfera de libertad fáctica, salvo que se produjera la injerencia del Estado, mediante un mandato de éste —contenido en la ley— a los súbditos sometidos a su voluntad. Caracteriza a esta intervención sobre su excepcionalidad, su sentido restrictivo o invasor. En realidad, consiste la reserva sobre todo, más que en la habilitación de una determinada actividad al legislador, a quien no se le impone contenido en su actuación, dada la sumariedad del reconocimiento constitucional de la reserva y la inexistencia de justicia constitucional en que residenciar a aquél por la eventual vulneración de dicha reserva, en una prohibición normadora, sin cobertura legal al res-

pecto, de la Administración, cuya intervención independiente, ni aun existiendo previa deslegalización, es válida en el dominio de la ley.

Frente al planteamiento de las relaciones entre derecho fundamental y ley de acuerdo con la idea liberal de reserva de ley, Häberle propone para el legislador una intervención con designio definidor o determinador del propio contenido del Derecho, concebida no como restricción o invasión ocasional, sino como contribución normal y positiva del legislador a la regulación del régimen del derecho fundamental. «La opinión dominante cualifica a la reserva de ley de modo tradicional como habilitación del legislador para verdaderas intervenciones (*Eingriffen*)/invasiones en la verdadera esfera del derecho fundamental en su propio contenido. Según esta teoría, a la legislación sobre la reserva de ley le está vedado determinar el contenido de los derechos fundamentales y configurarlos. Esta tesis de que la libertad no necesita de ley alguna de ejecución cierra el acceso al reconocimiento de que los derechos fundamentales necesitan de configuración, esto es, que necesitan de precisión por parte del legislador, de que para el legislador no son sólo límite, sino objeto de regulación» (*op. cit.*, pp. 128-131).

Para Häberle, la perspectiva tradicional ignora la significación constitutiva del legislador al establecimiento del régimen normativo del derecho fundamental, lo que queda impedido por una deficiente comprensión de la naturaleza extrajurídica de la libertad. «Este modo de pensar desconoce que los derechos fundamentales forman un sistema de libertad regulada jurídicamente y, en cambio, los considera como libertad jurídicamente ilimitada. Para ellos la libertad de los derechos fundamentales no es ninguna libertad en el Derecho, sino libertad más allá o fuera del Derecho. Libertad y Derecho se excluyen. El pensamiento de que el legislador pudiera y debiera actuar en el terreno de los derechos fundamentales para 'llenar' de libertad —de modo que no se pudiese valorar esta actividad como 'injerencia' o 'limitación' (*Eingriff* o *Beschränkung*) es completamente ajeno a este pensamiento» (*op. cit.*, p. 158).

Pero la principal objeción de Häberle al enfoque liberal de las relaciones entre derecho fundamental y legislador, que pivota, como queda dicho, en torno a la idea de reserva de ley, reside en el hecho de que dicha perspectiva se centra en las relaciones ley y reglamento, con el objeto de impedir a la Administración una actuación normativa en materia de derechos fundamentales sin cobertura legal. Tal enfoque descuida el relieve constitucional de la actuación del legislador para destacar la sujeción legal de la Administración. De lo que se trata ahora es de reparar en la *dimensión constitucional de la intervención normadora en materia de derechos fundamentales del legislador*.

Como ha quedado indicado, la sumariedad del reconocimiento constitucional del derecho fundamental, así como la necesidad de acomodar el mismo a las exigencias planteadas por la realidad «ins-

titucional» a regular, implican la «prolongación» adecuada de la normación del constituyente por parte del legislador. La actuación de esta función concretizadora no supone que el legislador se sitúe en lugar del constituyente ni que su intervención carezca de frontera alguna, pues aquél «puede sólo concretar y precisar los límites y contenido del derecho fundamental, pero no establecerlos discrecionalmente». El legislador que configura el derecho fundamental ha de respetar necesariamente su imagen maestra. Así, la legislación de desarrollo no comporta la debilitación, sino el fortalecimiento de los derechos fundamentales.

La dificultad surge porque la imagen maestra del derecho fundamental, su contenido esencial, no se obtiene exclusivamente desde la propia Constitución, de modo que la fijación que ésta hiciera de aquél operase como parámetro para el legislador, sino que dicho contenido esencial ha de ser establecido en cada caso, tras una ponderación, que no sólo tenga en cuenta otros preceptos constitucionales, sino regulaciones legales, pues, en la concepción de Häberle, el propio constituyente ha querido la compatibilización de diversos bienes jurídicos, con independencia del rango normativo de la protección de los mismos.

Esta visión integrada de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento lleva a Häberle a captar agudamente el sentido protector, imprescindible para los derechos fundamentales, del Derecho penal (*op. cit.*, p. 14) o tratar adecuadamente la condensación de la situación preconstitucional que toda Constitución implica (*op. cit.*, p. 168); pero impone sobre todo a nuestro autor *una reflexión sobre el significado general de la intervención del legislador en el régimen de los derechos fundamentales.*

A veces, la actuación normadora del legislador tiene el sentido de una *limitación (Beschränkung)* del derecho fundamental, que permite la compatibilización de su disfrute con otros o la organización de su ejercicio, ya que la titularidad general de los derechos fundamentales impone una actuación ordenadora sobre los mismos. Pero la contribución normadora del legislador puede tener asimismo un significado delimitador o, mejor, configurador, de modo que el contenido esencial del derecho no haya de establecerse, en su caso, teniendo en cuenta las limitaciones impuestas externamente, sino como consecuencia de un propósito determinador directo de las facultades básicas en que consiste el derecho fundamental a cargo del propio legislador. Estamos ante una contribución de este órgano que supone no ya una invasión ocasional en el ámbito de los derechos fundamentales (*Eingriff*) ni una normación limitadora (*Beschränkung*) de orden tuitivo u ordenador del ejercicio de los mismos, sino una actuación claramente configuradora (*Ausgestaltung*) del contenido de éstos. Como «los derechos fundamentales no son ninguna 'esfera de libertad' no normada, sino ámbitos vitales ordenados jurídicamente y configurados a voluntad, resulta evidente que los ámbitos vitales a que se refieren los derechos fundamentales se impo-

nen y establecen mediante una serie de normas jurídicas que hacen posible la manifestación, realización y consecuencias de la idea del derecho fundamental correspondiente» (*op. cit.*, p. 192).

Esta perspectiva institucional ha generado una enorme reacción en la literatura alemana, que ha puesto de manifiesto las graves consecuencias que un precipitado entierro de la diferencia Estado-sociedad puede suponer, por lo menos en el terreno dogmático (si no ya en el plano político, como ocurrió en la historia alemana, y que convirtió a los profesores de Derecho público, como lo mostrarían los elogios de Bismarck hacia Laband, en valedores de la respetabilidad de un liberalismo *manqué* o de un autoritarismo disfrazado).

En efecto, en el terreno dogmático las tesis institucionalistas han llevado a infravalorar la diferencia de rango normativo entre Constitución y ley, pues al destacar la indispensabilidad «constitutiva» de la intervención normadora del legislador y la significación definitoria y configuradora de la misma en el régimen del derecho fundamental, terminan, luego de relegar a un significado meramente declarativo, y por ello superfluo, la exigencia del respeto del contenido esencial del derecho, por poner su efectivo alcance constitucional a merced de la voluntad del legislador.

Pero el déficit principal que se endosa a este enfoque, cuya contribución a una comprensión «realista» de la aportación normadora de la ley en el establecimiento del régimen de los derechos fundamentales, especialmente útil en la inteligencia de algunos de éstos, como la propiedad, nadie niega ya es el de su inoperancia para el entendimiento de un sector tan importante de los mismos como el de los derechos de libertad.

En efecto, la adecuada caracterización de estos derechos se ha realizado en la teoría de los derechos fundamentales al socaire de la crítica a las tesis de Häberle, mostrando de paso la fecundidad de algunas doctrinas que, aunque parcialmente erróneas, tienen una enorme capacidad heurística, que resulta de utilidad incluso en terrenos muy alejados de aquellos para los que originariamente fueron ideadas.

La moderna teoría de los *derechos defensa* se articula, consiguientemente, en torno a una doble reacción. Se trata, de un lado, de establecer un ajuste de cuentas con su inicial formulador, Jellinek, poniendo de manifiesto las limitaciones que la inspiración puramente civilista de su construcción de los derechos públicos subjetivos conllevaba. Pero la nueva perspectiva, aun aceptando que, como quiere Häberle, el núcleo de las potestades comprendidas en los derechos fundamentales lo son de configuración, no atribuye la realización de la misma al legislador, sino al propio titular de dichos derechos.

Sobre todo, la caracterización de los llamados derechos de defensa, insis-

te la crítica más solvente, debe reparar en que los mismos no consisten sólo, ni básicamente, como quería Jellinek, en exigencias de abstención del Estado respecto de determinado ámbito material al que se refieren aquéllos ni en la pretensión de que, en todo caso, la intervención pública se produzca de acuerdo con las prescripciones contenidas en la reserva legal, que acompaña al reconocimiento constitucional de estos derechos, esto es, que sea jurídicamente correcta —consista en una actuación mediante ley o en virtud de ley—.

Esta visión se limita a captar una dimensión de estos derechos, que sólo tiene sentido en el supuesto de violación o amenaza de los mismos por parte del Estado. Pero esta dimensión negativa, sólo eventualmente relevante, y en todo caso referida a su aspecto exterior o marginal, no hace justicia a la verdadera naturaleza de estos derechos. Los derechos de autonomía son, antes que derechos de defensa, verdaderos derechos de libertad activa, derechos de autodeterminación de su titular en el ámbito a que los mismos se refieran, y configurados, en su contenido concreto, a su voluntad por el mismo.

Como se indica *supra*, la crítica que se ha hecho al enfoque institucional de los derechos fundamentales se formula en un doble plano. En primer lugar se señala, en el caso de los derechos fundamentales de configuración legislativa, *la insuficiente comprensión* de dicha perspectiva *del mandato constitucional del respeto del contenido esencial* de tales derechos por parte del legislador.

Además se pone de relieve que la contribución normadora del legislador al régimen de los derechos fundamentales no es la misma en todos los casos, de modo que, por ejemplo, es inadmisibles una intervención configuradora del legislador en los genuinos derechos de defensa. Estas críticas han sido formuladas, sobre todo a Häberle, con rigor y decisión extraordinarios especialmente por L. Schneider en su libro, verdaderamente imprescindible, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach art. 19 Abs. 2 G. G.*

Schneider reprocha a Häberle que la atribución que este autor hace al legislador de una función configuradora de los derechos fundamentales le impide apreciar de modo suficiente el sentido del límite que a su actividad impone la exigencia de respeto del contenido esencial del derecho fundamental, cuya constancia constitucional en modo alguno es superflua, de manera que el artículo 19.2 tenga un valor meramente declarativo. Para Häberle o Hesse, las relaciones entre legislador y constituyente en el punto de la concreción de los derechos fundamentales se rigen de acuerdo con el principio de la jerarquía orgánica, de modo que el legislador recibe de la Constitución a la vez un mandato de desarrollo y un límite en su actuación normadora. Consiguientemente, la indisponibilidad para el legislador del núcleo básico del derecho fundamental se de-

riva de la posición jerárquica inferior de aquél respecto del constituyente y no trae su causa de la prohibición constitucional del artículo 19.2. La cláusula de este precepto no contiene sino un recordatorio enérgico de las obligaciones del legislador en relación con lo establecido por el constituyente, conminándole a la observancia de límites que, en realidad, viene a reiterar, pero no a establecer propiamente. Para Schneider, esta inadecuada comprensión como mera cláusula de estilo del artículo 19.2 no es sino la consecuencia del incorrecto planteamiento de las relaciones entre legislador y constituyente de que parte Häberle, que atribuye una verdadera significación constitutiva en el régimen del derecho fundamental a la actuación normadora del legislador.

Para Schneider, por el contrario, este precepto forma parte del Derecho constitucional vigente y tiene carácter vinculante en la medida que alberga una cláusula de seguridad en los derechos fundamentales. Su degradación a la condición de fórmula declaratoria contradiría, además de su modo imperativo, la intención de la Constitución de atribuir firmeza y estabilidad a los derechos fundamentales, y supondría una «erosión» del Derecho constitucional escrito, incompatible con la rigidez de la Constitución (L. SCHNEIDER, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 G. G.*, Berlín, 1983, pp. 25-26).

Según Schneider, la visión de Häberle de los derechos fundamentales es especialmente deficiente en lo que toca a *su comprensión de los derechos defensa*, demasiado dependiente de la concepción clásica de los derechos públicos subjetivos. Para este sector de los derechos fundamentales resulta claramente inapropiada la concepción häberliana de los mismos como «elementos fundamentales de la democracia», pues se trata de derechos fundamentales sin especial relieve político, al resguardar un ámbito privado que sólo, indirecta o inusualmente, adquiere significado de aquel tipo (aunque esto no sea óbice para afirmar que la protección de los derechos defensa está sólo plenamente asegurada en el sistema político democrático).

Tampoco es especialmente pertinente para la comprensión de la naturaleza de estos derechos el atribuir su configuración al legislador. Los derechos defensa son derechos cuyo contenido no es determinado por el legislador, sino por su propio titular. La intervención del legislador en la definición de su régimen es meramente exterior y tuitiva, pero no constitutiva. El derecho fundamental no consiste en una pretensión negativa o facultad de prohibir al Estado una coacción ilegal (o su cese o reparación si la misma se ha producido), sino en una actuación discrecional del titular del Derecho, que sólo a éste compete, sin interferencias, determinar libremente.

No es válida para Schneider la imagen de los derechos de defensa de Häberle, todavía demasiado tributaria de la concepción de los *derechos públicos subjetivos* de Jellinek, construida desde el modelo de la pretensión negativa del Derecho real, como facultades de

prohibición de una determinada actuación; en este caso, una coacción pública ilegal.

Los derechos fundamentales contienen algo más que una garantía de no interferencia del Estado o la exigencia de que si la misma se produce tenga lugar de acuerdo con las reservas legales (no son meras determinaciones competenciales negativas). Aseguran una libertad de desenvolvimiento o libertad de actuación y configuración en ámbitos vitales concretos.

Los derechos fundamentales de defensa tienen una estructura diferente de los derechos de la civilística al no consistir en exigencias de una actuación concreta. Contienen competencias abiertas e indeterminadas que, frente a las pretensiones del Derecho real, no se agotan en un acto ni pueden especificarse ni prescriben.

Estos derechos de reserva, o «privados», cuyo ejercicio es un asunto que sólo interesa a su titular (aunque únicamente en la democracia se reconocen límites insuperables a lo público) son insuficientemente comprendidos exclusivamente como derechos de defensa lo que son sólo ante ataques o lesiones del Estado; pero, según queda dicho, esta concepción no repara en su lado activo como derechos de autodeterminación, de «señorío sobre la propia conducta», o de configuración libre y variada (SCHNEIDER, *op. cit.*, pp. 205-210).

B) *El debate en la doctrina alemana sobre la concepción institucional de los derechos a una comunicación libre.*

Las razones funcionales y teóricas de la posición del Tribunal Constitucional Federal al respecto: examen de sus pronunciamientos. Especial consideración de los planteamientos de Lerche y del realismo leibholziano de Ridder

En este panorama, que aquí no hemos podido sino esbozar, ha de incluirse la contribución al mismo de la discusión sobre la naturaleza de los derechos de comunicación. La reflexión que dicha discusión supone refleja, y desde esta perspectiva es función de ella, la situación del debate sobre los derechos fundamentales, y en concreto sobre la conveniencia de aplicar a los mismos planteamientos institucionales. Pero también es verdad que la propia teoría de los derechos fundamentales se ha visto estimulada y enriquecida por sugerencias provenientes de la indagación sobre los derechos a la libre expresión.

Ha sido, en efecto, en Alemania donde se ha conocido la formulación más acabada desde el punto de vista institucional de la libertad de expresión. Planteamiento acogido, como veremos, expresa y plenamente por el propio Tribunal Constitucional, al plegarse a la intensidad de los vientos institucionalistas de alguna teoría constitucional —el realismo *leibholziano*— que se

hacían sentir con particular eficacia en el terreno de los medios de comunicación (Ridder).

Este entronque institucional se percibe ya en la misma reflexión de la teoría jurídica liberal del siglo XIX sobre la libre expresión, y en concreto sobre la libertad de prensa, a la que la mayoría de los autores insisten en concebir no como la protección de una posición individual desde la que pudieran formularse libremente críticas al Estado, sino como el desempeño de una *función* u *oficio* de colaboración, complemento o suplencia de la representación política, y cuya verdadera titularidad, por tanto, corresponde al pueblo, aunque, en la práctica, su ejercicio se atribuya a los periodistas.

Así, para Görres, la prensa, en cuanto portadora de la opinión pública, debe ser «la boca del pueblo y el oído del príncipe». Quiere esto decir que la primera reflexión alemana sobre la libertad de expresión subraya la dimensión política de ésta, relegando para un plano muy subordinado su significado como derecho también individual.

Véase D. CZAJKA, *Pressefreiheit und 'öffentliche Aufgabe' der Presse*, Stuttgart, 1968, pp. 41 y ss.

En un segundo momento —ya dentro plenamente del ámbito propio de la teoría de la garantía institucional—, la solicitud para los derechos de comunicación, y especialmente para la prensa, de su inclusión en el instituto de la opinión pública libre, se entronca con la polémica —generada básicamente por Klein y Sasse— reclamando el ensanchamiento de la figura de la garantía institucional para cubrir no sólo instituciones de base normativa, sino complejos sociales efectivos cuya existencia, por lo menos preferentemente, se realice sin regulación jurídica o al margen de ella.

H. MANGOLDT y F. KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, 2 Aufl., Berlin/Frankfurt, 1957, y C. SASSE, «Die verfassungsrechtliche Problematik von Steuerreformen», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 85, 1960.

La solicitud de una cobertura institucional de los derechos de la comunicación ha dado origen a una enorme polémica en la literatura alemana, que ha señalado el coste en el terreno doctrinal de atribuir consecuencias jurídicas al relieve social y político de los medios de comunicación, que, por otra parte, nadie cuestiona.

Planteamiento general, con referencias bibliográficas, en MAUNZ-DÜRIG (contribución de HERZOG), comentario al art. 5 G. G., *Grundgesetz. Kommentar*, 1958-1985.

Las críticas a esta extensión de la protección institucional han señalado, en primer lugar, la impropiedad de tal perspectiva para acoger la actividad de unos sujetos —prensa, medios de comunicación— que en modo alguno pueden presentarse como instituciones.

Los medios de comunicación no son órganos públicos integrados en el edificio organizacional del Estado ni su actividad puede relacionarse con el cumplimiento de funciones estatales, verdaderamente públicas; aunque su colaboración, al contribuir a la transparencia, conocimiento y discusión de la conducta de los titulares de los poderes públicos, sea esencial para la democracia.

K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14 Aufl., Heidelberg, 1984, p. 60.

Pero los medios de comunicación se mueven en un terreno no estatal, en el ámbito de la sociedad civil. Por eso no tiene sentido adherirse a un pensamiento —el institucional— que tiende a identificar a la prensa o al resto de los *media* con un órgano constitucional (Parlamento) o cuasi-constitucional (como los partidos políticos).

Se insiste, asimismo, en la inadecuación de la presentación de la prensa o la opinión pública como una institución separada y distinguible, cubierta por la protección constitucional, cuando a tales sujetos les faltaría la mínima homogeneidad y consistencia, en razón de la pluralidad y contradicción existentes en su seno, para reclamar el *status* de verdadera institución.

Se objeta también la impropiedad de recurrir al pensamiento institucional para comprender la posición de los medios de comunicación, toda vez que aquél implica un intento de consolidación de la situación existente al tiempo de la Constitución —y que ésta, por lo menos en sus rasgos esenciales, ha de hacer respetar—, lo que iría contra el carácter dinámico y abierto a innovaciones técnicas y estructurales de una realidad tan cambiante como la de los medios de comunicación.

Pero sobre todo la crítica al planteamiento institucional ha manifestado que el mismo lleva a ignorar el verdadero carácter de los derechos a la libre expresión, abriendo la posibilidad de su degradación al rebajar su conversión de derechos inmediatamente constitucionales en derechos reflejos o meramente cubiertos por una protección institucional en su nivel de amparo y despojarse el camino así, por último, a su funcionalización política.

El meollo de esta crítica indica que la insistencia en la dimensión política de los derechos a la libre expresión lleva a olvidar el verdadero sentido de los mismos. Se trata de derechos de libre configuración de su titular, que puede orientarlos al debate político, pero sólo si ésta es su voluntad. Son

derechos negativos, en efecto, en la medida en que su núcleo básico de libre configuración está acompañado por una protección frente a injerencias o restricciones del Estado; por eso en ese sentido, y en cuanto no se haga injusticia a su verdadero carácter, se trata de derechos de defensa. Derechos que se ejercen sin vinculación a fin alguno, como derechos indeterminados a concretar libremente por su titular.

La posición de la literatura respecto de la visión institucional de la prensa es bastante crítica. Así, P. DAGTOGLOU, *Wesen und Grenzen der Pressefreiheit*, Stuttgart, 1963, pp. 30-31; D. CZAJKA, *Pressefreiheit und 'öffentliche Aufgabe' der Presse*, Stuttgart, 1968, pp. 101 y ss.; W. SCHMITT-GLAESSER, «Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts» (1 Teil), en *Archiv des öffentlichen Recht*, 97, 1972, pp. 97 y ss.

Otra cosa es funcionalizar estos derechos, convertirlos de derechos de libertad en derechos de participación, y sobre todo posibilitar una intervención organizadora y configuradora del Estado, lo que no puede brindar sino la ocasión de su manipulación.

Schmitt-Glaesser ha realizado al respecto una observación de interés cuando, al referirse a las consecuencias de la funcionalización de los derechos de comunicación, que dejan de ser abiertos y de significación incondicionada para acabar siendo valorados exclusivamente por su contribución política, señala la transformación dogmática del derecho y el riesgo político que ello implica: «Si se da la preferencia a un rendimiento político frente al privado y, correspondientemente, se gradúa la protección del Estado, existe, por tanto, una determinación del contenido del uso del derecho fundamental. Y entre la acentuación de la expresión de la opinión política y la acentuación de una determinada opinión política sólo hay una diferencia de grado.»

W. SCHMITT-GLAESSER, «Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts» (Schluss), en *Archiv des öffentlichen Recht*, 98, 1972, p. 293.

Sin embargo, la variedad y rotundidad de las críticas a la concepción institucional de los derechos a una comunicación libre, que, en el supuesto que contemple su conversión de plenos derechos fundamentales en simples situaciones jurídicas cubiertas por una garantía institucional, señalan la transformación de su naturaleza y las desfavorables consecuencias que de cara a la protección —ahora tan sólo mediata y de menor nivel— comporta, o su inanidad si el *approach* institucional sólo pretende referirse a la dimensión o aspecto político de los mismos, no han tenido especiales efectos ni en la lite-

ratura ni en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, donde el enfoque institucional, a pesar de las continuas denuncias que se formulan sobre su oscuridad o carácter meramente retórico, últimamente, por ejemplo, por el Prof. Stern, tiene fuertes asideros.

K. STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, Band III, 1, Allgemeine Lehre des Grundrechte, München, 1988, p. 755.

Así, el Tribunal Constitucional, desde la sentencia *Nordrhein-Westfalen*, habla de la «especificidad institucional de la prensa» y del instituto de la prensa libre, por ejemplo en el caso *Spiegel*, prefiriendo la dimensión objetiva o política de la libertad de expresión a su significado individual, que el Tribunal había subrayado en otras ocasiones (caso Luth, por ejemplo).

Esta actitud del Tribunal Constitucional alemán no puede entenderse, me parece, sin referirse a dos series de explicaciones. La primera es de carácter funcional; la segunda, de tipo doctrinal. Aquélla pone de manifiesto la utilidad del enfoque institucional para la resolución de numerosos problemas que plantea el régimen de los derechos de comunicación libre y el ejercicio de los mismos. Ese funcionalismo práctico explica también, a nuestro juicio, que la teoría institucional de la prensa haya sido reclamada por un constitucionalista de la importancia de Lerche para hacer frente, en un sentido en exceso conservador, a los problemas de la prensa en dos ámbitos concretos: el de las facultades del legislador para establecer la ordenación económica y la estructuración interna de los medios de comunicación, y la resolución, en determinado sentido, de los conflictos que plantea la colisión de la libertad de expresión de redactores y editor o director de la empresa periodística.

Pero seguramente el tinte «institucional» de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán no puede entenderse sin reparar en el influjo irradiador, primero de los planteamientos *smendianos*, que excluyen una visión neutra, indefinida de los derechos fundamentales y sobre todo una consideración de los mismos enfrentada o separada del Estado (los derechos fundamentales, en cuanto basados en valores comunes al Estado y los ciudadanos son el instrumento de integración de éstos en aquél).

SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht, Staatrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2.^a ed., Berlin, 1968, pp. 125 y 136.

Y de modo especial por el eco del pensamiento de Ridder, que intenta compensar, mediante la articulación constitucional de la opinión pública,

las deficiencias representativas que en el Estado de partidos plebiscitario había denunciado Leibholz.

Sobre estos tres procesos, en cuanto contribuyen a perfilar el panorama doctrinal que nos ocupa, hemos de dejar apuntado algo con toda brevedad.

El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN ha utilizado, en efecto, el planteamiento institucional para resolver algunos problemas que ocasiona el régimen de los derechos a una comunicación libre.

Así, en concreto, dicho Tribunal deduce de la concepción institucional de la prensa una garantía a cargo del Estado de la estructura competitiva del mercado informativo, de modo que la misma amparase una intervención pública frente a situaciones de abuso monopolísticas o de oligopolio.

Por ello, el Tribunal Constitucional alemán, en repetidas ocasiones, ha reiterado, con toda decisión, la responsabilidad del Estado en un mercado de opinión abierto y franco. En la sentencia *Spiegel* se establece expresamente un deber del Estado de «defender a la prensa libre de los peligros que para ésta pudiesen surgir de la formación de monopolios de opinión», y la decisión *Fernsehen* exige, finalmente, un equilibrio de fuerzas para asegurar la libertad en el terreno de la radiodifusión e impedir que este moderno instrumento de la opinión sea entregado al Estado o a un grupo social.

El Tribunal Constitucional alemán, como ya se ha señalado, incorpora a la protección conferida institucionalmente a la prensa a todos los intervinientes en el proceso de elaboración de la información y no sólo a sus comunicadores manifiestos. Como se señala en la sentencia *Nordrhein-Westfalen*, «la especificidad institucional de la prensa permite la garantía de todas las actividades comprendidas desde la creación de la información hasta la difusión de la noticia y de la opinión». Así, el lado objetivo de la libertad de prensa comprende también la mera información de hechos y sobre todo lo que típicamente pertenece a las empresas de prensa, incluyendo las actividades auxiliares.

Caso *Spiegel*, 20 *BVerfGE*, p. 162, 1966; primer caso *Fersehen*, 12, *BVerfGE*, p. 205, 1961; caso *Nordrhein-Westfalen*, 10 *BVerfGE*, p. 118, 1959; caso *Schmitt-Spiegel*, 12 *BVerfGE*, p. 113, 1961. Referencias a estos fallos, en el artículo doble citado de W. SCHMITT-GLAESSER, *Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Los supuestos de algunos de ellos, en E. BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford, 1987, en especial, pp. 76, 103 y 146 y ss. Se encuentran extractos esenciales de las sentencias correspondientes en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Studienauswahl*, ed. de J. SCHWABE, 3.^a ed., Hamburg, 1984, pp. 95 a 143.

El Tribunal Constitucional alemán ha utilizado asimismo la concepción institucional para derivar un deber de información de las autoridades públicas, que, en atención a las exigencias para facilitar el trabajo de los medios de comunicación, habrían de sacrificar en aras de sus responsabilidades al respecto su propio derecho —negativo— a la libertad de expresión. También deriva el alto Tribunal de la concepción institucional de la prensa la exigencia de veracidad de la información si quiere ésta hacerse merecedora de la protección constitucional (sólo una información verdadera, viene a decirse en el caso *Schmitt-Spiegel*, hace posible una formación correcta de la opinión pública).

El aspecto institucional de la prensa ha sido utilizado igualmente, como señala Scheuner, para resolver a favor de la libertad de expresión los supuestos de la ponderación a realizar entre la protección de la personalidad y libertad de prensa, atribuyendo a la función de la prensa para la formación de la opinión democrática una limitada preferencia en dichas situaciones conflictivas.

Así, no cabe, por parte de la prensa, ataque al honor de las personas o intromisión en el ámbito privado de las mismas, si estas actuaciones no pueden justificarse en atención a intereses públicos. «A la prensa sólo le corresponde protección en el tratamiento de cuestiones que afecten a lo público. Pero la prensa pierde la protección jurídicamente reforzada de su función política cuando injustificadamente penetra en la esfera puramente privada para exponer, sin existir interés público, la vida privada de las personas a una discusión que dañe su honor» (U. SCHEUNER, «Pressefreiheit» (Bericht), en *VVDStRL H.*, 22, 1965, p. 87).

Pero, como señalaba anteriormente, la acogida de la perspectiva institucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán no sólo se explica por su rendimiento funcional. Es preciso referirse al éxito de tal enfoque en algunos planteamientos doctrinales al respecto. Es el caso de diversos trabajos asociados a los nombres de Schneider, Scheuner y, sobre todo, Lerche.

F. SCHNEIDER, *Presse und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz*, München, 1952; U. SCHEUNER, «Pressefreiheit» (Bericht), en *VVDStRL H.*, 22, 1965; P. LERCHE, *Verfassungsrechtliche Aspekte der 'inneren Pressefreiheit'*, Berlin, 1974.

La obra de LERCHE *Verfassungsrechtliche Aspekte der 'inneren Pressefreiheit'* (Aspectos constitucionales de la libertad de prensa) supone una elaborada construcción de la concepción institucional de la libertad de prensa,

que implica la garantía de los tres aspectos definitorios del tipo o imagen que la Constitución asegura y que ha encontrado socialmente vigente, a saber: su dimensión empresarial privada, su carácter de actividad espiritual y su organización, necesariamente eficiente.

Garantía que, es verdad, no impide una evolución técnica de la prensa, pero que sí la preserva de aquellas transformaciones que pongan en cuestión su estructura esencial, definida en torno al entrecruzamiento de los tres ejes a que me he referido.

La obra de Lerche, como insinuaba anteriormente, no se explica, con todo, como una mera indagación teórica sobre los procedimientos y el alcance de la definición del núcleo esencial o la imagen o el tipo maestro de la institución. Su esfuerzo tiene que ver, me parece, con el afrontamiento de dos problemas que preocupan a este autor. Primero, la posibilidad de una intervención normativa por parte del legislador federal o de los *Länder*, que, sacando consecuencias de la dimensión empresarial o de su significación democrática, transforme en un sentido participativo o descompensador de la situación de preeminencia del editor —habilitado para crear, transformar o abandonar el periódico— la propia organización de los medios de comunicación. Esta posición no le impide a Lerche, no obstante, admitir la existencia como mero órgano de asesoramiento de consejos de redacción en el establecimiento de la línea editorial del periódico, o la recomendación por su parte al editor de una política de personal prudente.

Segundo, la resolución de los conflictos entre la libertad de expresión del editor y redactores sin poner en peligro el ámbito empresarial y funcional en que los mismos tienen lugar, esto es, a favor del derecho de fijación de la política editorial del propietario o director del medio de comunicación.

P. LERCHE, *Verfassungsrechtliche Aspekte der 'inneren Pressefreiheit'*, Berlin, 1974, pp. 59, 82, 102 y ss.

El libro de Lerche supone un esfuerzo inteligente por legitimar el *statu quo* del mundo de la comunicación existente. Lo que ocurre es que opera con una visión conservadora o exclusivamente consolidadora de la garantía institucional, como tipo de organización suministrado y definido básicamente por la historia, y que la Constitución protege, que ya no es necesariamente la que el Tribunal Constitucional defiende, como lo muestra la jurisprudencia más reciente del mismo en materia de libertad de ciencia y autonomía universitaria, que preconiza, en concreto, para la delimitación del contenido esencial de la institución de la ciencia cubierta por la garantía institucional, una construcción formal y no dependiente de criterios históricos.

Referencias doctrinales y jurisprudenciales al respecto, como hemos señalado anteriormente, en la página 90, en K. STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, Band III, 1, Allgemeine Lehre der Grundrechte, München, 1988, pp. 808-813.

Pero, como señalaba anteriormente la inclinación institucional del Tribunal Constitucional alemán —y, en general, la boga de los planteamientos de ese tipo— no se explica sólo en virtud de consideraciones funcionales, sino como consecuencia de las solicitudes provenientes de la crítica plebiscitaria leibholziana de la democracia representativa, y que Ridder ha expuesto modélicamente en la literatura alemana sobre los derechos a la comunicación.

Ridder no se conforma con llamar la atención sobre la significación o el relieve político de los medios de comunicación, sino que defiende la idea de un reconocimiento constitucional de los mismos, afirmando la existencia de una garantía institucional de la opinión pública, en la que han de incluirse prensa, asociaciones y partidos.

Este reconocimiento constitucional, a juicio de Ridder, se verifica implícitamente en el artículo 21 de la Ley Fundamental, que expresamente admite la contribución de los partidos políticos a la formación de la voluntad política del pueblo, pero que no excluye la de otros factores, esto es, de los que conforman la opinión pública.

Lo importante de las tesis de Ridder no es la atribución en las mismas a la opinión pública de la condición de órgano constitucional, actitud que ignora la diferencia de planos (Estado-sociedad) en que ambos se mueven y que expone a groseras manipulaciones la actividad de los medios de comunicación, sino el realismo constitucional del autor alemán al propugnar la conformación de acuerdo con principios democráticos de los agentes que intervienen en lo que Scheuner llama la «preformación de la voluntad política de los órganos del Estado», y especialmente su esfuerzo por reparar las graves deficiencias representativas del Estado moderno que Leibholz había revelado.

Como se ha señalado, la contribución de H. Ridder a la concepción institucional de la libertad de expresión, y en concreto de la prensa, puede considerarse modélica. Ridder la formula en su «Meinungsfreiheit», aportación al libro colectivo, dirigido por BETTERMAN, NIPPERDEY y SCHEUNER, *Die Grundrechte*, vol. II, 2.^a ed., 1968, pp. 243 y ss., pero debe verse como una continuación del esfuerzo anterior de otros autores, tales como HESSE y SCHEUNER, por superar la rígida distinción del positivismo y liberalismo entre sociedad y Estado, distinguiendo, en el ámbito de la sociedad, además de una parcela privada, otra de relieve público a la que cabría trasponer criterios de actuación y principios de organización de carácter democrático, establecidos constitucionalmente.

En esta esfera de lo social-público, junto a asociaciones y partidos, se encuentran las instituciones de la opinión pública, y entre ellas notoriamente la prensa, aludidas implícitamente en el artículo 21 de la Constitución, que sería aplicable, por tanto, a aquéllas. El artículo 5 queda reservado al reconocimiento de la libertad de prensa no política como un caso específico de la libertad de expresión. Pero la libertad de prensa política no es una concreción de esta última y, por tanto, un derecho subjetivo público, sino el supuesto del funcionamiento de la institución de la prensa libre, sin la cual no se podría formar la opinión pública y no habría democracia, y cuyo ejercicio queda cubierto por el artículo 21 de la Constitución («Meinungsfreiheit», *op. cit.*, pp. 257 y 259).

Ridder, por tanto, no se limita, como Häberle, a apreciar un matiz o aspecto institucional en la libertad de prensa. Antes bien, lo que hace es considerarla un supuesto, desde un punto de vista objetivo, de la existencia de la institución que implica que quienes trabajan en ella dispongan del correspondiente «derecho reflejo». En realidad, desempolva la contraposición liberal entre derecho, libertad y garantía institucional, protegiendo con ésta a relaciones sociales, al modo de Klein.

La consideración de la libertad de prensa desde la perspectiva «institucional» lleva a una reclasificación de la misma que deja de integrar el *status pasivus* para formar parte del *status activus* o democrático, y a una debilitación asimismo de su protección que tiene lugar no *per se*, en cuanto vinculada con la libertad espiritual individual, sino como supuesto necesario de la adecuada formación de la opinión pública. Pero no implica que la libertad de prensa pierda su dimensión negativa frente al Estado. Lo que pasa es que las restricciones o ataques a la prensa por el Estado son intolerables no porque impidan el libre desarrollo individual, sino porque imposibilitan la contribución de la prensa a dicha formación libre de la opinión pública (*op. cit.*, p. 270).

Lo que sí supone la comprensión institucional de la prensa es la atribución al legislador de una contribución muy importante en el establecimiento de su regulación. Al legislador compete, especialmente, la fijación de su organización interna democrática y la imposición de obligaciones que garanticen la transparencia del accionariado de sus empresas, así como establecer los criterios de su intervención en supuestos de monopolio informativo.

La comprensión institucional sirve finalmente para plantear en sus términos correctos toda la problemática de los límites de la libertad de prensa, afirmando la preeminencia de la misma, en supuestos de interés público, sobre los derechos privados a la personalidad y la reducción de las restricciones de orden político constitucional exclusivamente a las exigencias inexorables del mantenimiento del sistema democrático (*op. cit.*, pp. 284 y ss.).

La conexión del pensamiento de Ridder con algunas direcciones de la teoría constitucional de los derechos fundamentales y la

democracia puede establecerse a partir de D. CZAJKA, *Pressefreiheit und 'öffentliche Aufgabe' der Presse*, Stuttgart, 1968, pp. 115 y ss. Una exposición del pensamiento de Ridder sobre la garantía institucional de la opinión libre puede encontrarse en MAUNZ-DÜRIG (contribución de HERZOG), *Grundgesetz, Kommentar* (sobre el art. 5 de la G. G.), 1958-1985, y C. STEINBEIß-WINKELMANN, *Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung*, Frankfurt, 1986, pp. 435 y ss. y todo el cap. 7.

Si Leibholz había llamado la atención sobre el hecho de que el Parlamento no hacía sino mediar en la comunicación de la voluntad del Estado, que verdaderamente no se elaboraba en tal órgano constitucional, sino en el seno del partido en el poder, Ridder pretende que la opinión pública sustituya al partido, como instancia más dinámica y abierta de influencia en las decisiones de los poderes del Estado, trasladando a sus órganos, de modo constante, la voluntad del pueblo.

BIBLIOGRAFIA

- ABEL, G.: *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungs-garantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*, 1964.
- ALEXY, R.: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985.
- ANSCHÜTZ, G.: *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*.
- ARAGÓN, M.: Edición de *Sobre el parlamentarismo*, de C. Schmitt, Madrid, 1990.
- BAÑO LEÓN, J. M.: «La distinción entre Derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 24.
- BARENDT, E.: *Freedom of Speech*, Oxford, 1987.
- CZAJKA, D.: *Pressefreiheit und 'öffentliche Aufgabe' der Presse*, Stuttgart, 1968.
- DAGTOGLOU, P.: *Wesen und Grenzen der Pressefreiheit*, Stuttgart, 1963.
- DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, p. 295.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, 1989.
- GÓMEZ ORFANEL, G.: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, 1986.
- HÄBERLE, P.: *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3 Auflage, Heidelberg, 1983.
- HAURIOU, M.: *La théorie de l'institution et de la fondation*, en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, vol. 4, 1925.
- HESSE, K.: «Die normative Kraft der Verfassung», en *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, ed. de M. Friedrich, Darmstadt, 1978.
- *Grünzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14 Auflage, Heidelberg, 1984.
- ISENSEE, J.: «Staat und Verfassung», en ISENSEE y KIRCHOF (eds.): *Handbuch des Staats Rechts*, II, Heidelberg, 1987, pp. 642-643.

- JELLINEK, G.: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.^a ed., 1919.
- KLEIN, H. H.: *Die Grundrechte in demokratischen Staat*, 2 Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1974.
- KOCH, H. J.: *Die Juristische Methode im Staatsrecht*, 1977.
- LEIBHOLZ, G.: *Das Wesen der Repräsentation*, Berlin, 1960.
- *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 1967.
- LERCHE, P.: *Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze des Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, Köln-Berlin-München-Bonn, 1961.
- *Verfassungsrechtliche Aspekte der 'inneren Pressefreiheit'*, Berlin, 1974.
- MANGOLDT, H., y KLEIN F.: *Das Bonner Grundgesetz*, Berlin-Frankfurt, 1957.
- MAUNZ-DÜRIG (contr. de HERZOG): *Grundgesetz. Kommentar* (sobre el art. 5 de la G. G.), 1958-1985.
- MORTATI, C.: «Dottrine Generale della Costituzione», en *Scritti sulle fonti del Diritto e sull'interpretazione: Raccolta di Scritti*, II, Milano, 1972.
- MÜLLER, F.: *Normstruktur und Normativität*, Berlin, 1966; *Juristische Methodik*, 2 Auflage, Berlin, 1976.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Garantía institucional y Autonomías locales*, Madrid, 1981.
- PECES-BARBA, G.: *Derechos Fundamentales*, Madrid, 1983.
- RIDDER, H.: «Meinungsfreiheit», en BETTERMAN, NIPPERDEY y SCHEUNER: *Die Grundrechte*, vol. II, 2.^a ed., 1968.
- RUBIO, F.: «El Parlamento y la representación política», en *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, 1985.
- RÜTHERS: *Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen*, 1970.
- SASSE, Ch.: *Die verfassungsrechtliche Problematik von Steuerreformen*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 85, 1960.
- SCHEUNER, U.: «Pressefreiheit», en *VVDStRL H.*, 22, 1965.
- «Die Neure Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland» (1960), en *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978.
- «Die Institutionellen Garantien des Grundgesetzes», en *Recht. Staat. Wirtschaft*, vol. 4, 1953.
- SCHMIDT-JÖRTZIG, E.: *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, Göttingen, 1979.
- SCHMITT, C.: *Verfassungslehre*, 1928.
- *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934.
- «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung», 1931.
- SCHMITT-GLAESSER, W.: «Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des bundesverfassungsgerichts», en *Archiv des öffentlichen Recht*, 97, 98, 1972.
- SCHWABE, J.: *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977.
- *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Studienauswahl*, 3.^a ed., Hamburg, 1984.
- SCHNEIDER, F.: *Presse und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz*, München, 1952.
- SCHNEIDER, L.: *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach. Art. 19. Abs. 2 G. G.*, Berlin, 1983.
- SMEND: *Verfassung und Verfassungsrecht, Staatrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2.^a ed., Berlin, 1968.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 23.

- «Algunas cuestiones básicas de la teoría general de los derechos fundamentales».
 - «Libertad de expresión, información y relaciones laborales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 26.
 - «Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 2.
 - «Problemas constitucionales de la autonomía vasca —Estatuto de Autonomía y derechos históricos—», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2.
 - «Sobre el contexto histórico-intelectual del positivismo jurídico», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), n.º 48, noviembre-diciembre 1985.
- STEINBEISS-WINKELMANN: *Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung*, Frankfurt am Main, 1986.
- STERN, K.: *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, Band III, 1, Allgemeine Lehre der Grundrechte, München, 1988.
- VEGA, P. DE: Edición de *La defensa de la Constitución*, de C. Schmitt, Madrid, 1983.

