

LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS Y EL SISTEMA NORMATIVO

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA JUSTIFICACIÓN DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. II. PRECISIONES CONCEPTUALES: LIMITACIÓN, VULNERACIÓN, SUSPENSIÓN Y DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. III. EL PLANO CONSTITUCIONAL DE LA LIMITACIÓN: A. *Límites y conflicto entre derechos*. B. *Límites derivados de las exigencias de protección de determinados bienes jurídicos expresos o implícitos: orden público, derecho penal y límites generales al ejercicio de los derechos*. IV. LÍMITES Y LEGISLADOR: EL USO DE LA RESERVA COMO INSTRUMENTO DE LIMITACIÓN DEL DERECHO. V. LOS CRITERIOS DE ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR: LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD GENERAL, RESPETO DEL CONTENIDO ESENCIAL Y PROPORCIONALIDAD. VI. LÍMITES Y JUEZ. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

I. INTRODUCCIÓN: LA JUSTIFICACIÓN DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El estudio de los límites de los derechos fundamentales que nos proponemos llevar a cabo se abordará teniendo en cuenta dos consideraciones. En primer lugar, dicha problemática es una cuestión central para una teoría de los mismos, seguramente no verificable sin una determinada idea de ellos, aunque sólo se refiera a un momento concreto de la vida de los derechos, cuando colisionan entre sí o con otros bienes jurídicos. Así la condición medular de los límites en la Teoría General de los Derechos mostrará la conexión de los mismos con determinadas cuestiones como la reserva de ley, el contenido esencial, el prin-

cipio de proporcionalidad, y, en general, la intervención en el ejercicio de los derechos de la configuración del legislador y la aplicación judicial. Efectivamente habrá de tenerse bien presente la integración de los derechos no ya en el sistema constitucional sino general del ordenamiento, pues el aseguramiento de su efectividad requerirá la contribución del legislador y finalmente del juez, según resalta especialmente alguna concepción de los derechos fundamentales, como puede ser la institucional.

En segundo lugar, en nuestro análisis de los límites tendremos en cuenta tanto aportaciones doctrinales académicas como jurisprudenciales. En el aspecto doctrinal hemos superado un momento en el que los déficits habían de cubrirse recurriendo a la doctrina extranjera, sobre todo alemana. En este momento podemos decir que se han publicado entre nosotros una serie de monografías al menos de calidad notable sobre diversos aspectos de la Teoría General de los Derechos Fundamentales. Lógicamente partiremos de esas contribuciones, aunque las mismas no se refieren expresamente a la cuestión que va a ocupar nuestra atención. La utilización adecuada de la jurisprudencia constitucional española exige ponernos en guardia contra una dependencia excesiva de la misma, pues no es infrecuente que, debido especialmente a su nivel técnico, los estudios académicos sean antes glosa de la doctrina del Alto Tribunal que crítica o construcción propia.

En el terreno de la teoría la primera cuestión de la limitación de los derechos fundamentales, esto es, la de su existencia y justificación, no parecen plantear dificultad alguna. La limitación es el resultado inevitable de la ordenación, que es precisamente lo que diferencia a *los derechos* en cuanto facultades reconocidas y protegidas por el ordenamiento de *las libertades naturales* o poderes sobre la propia conducta que lleguen hasta donde alcanzan nuestras fuerzas. De la idea de ordenación, requerida para la afirmación simultánea, general y total de los derechos entre sí y de los derechos con otros bienes jurídicamente protegidos, se sigue necesariamente la limitación.

Así pues ni el individuo puede decidir de modo absoluto sobre su actuación lícita, ignorando que su condición social implica obligaciones con los intereses comunes y derechos de los demás, ni el ordenamiento en cuanto conjunto integrado tolera sacrificios o excepciones injustificados o desproporcionados de las facultades que admite, por lo que la compatibilidad de los derechos entre sí y de éstos con bienes constitucionalmente protegidos implica su reconocimiento limitado. Así no tiene que extrañar que el Tribunal Constitucional haya ra-

tificado en numerosas ocasiones esta condición limitada de los derechos hasta convertir su constatación en una especie de cláusula de estilo, sobre todo, con ocasión de la resolución de conflictos entre derechos fundamentales.

II. PRECISIONES CONCEPTUALES: LIMITACIÓN, VULNERACIÓN, SUSPENSIÓN Y DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el terreno conceptual hay una primera diferencia a hacer entre lo que es *limitación* del derecho, inevitable como acabamos de decir y justificada por tanto, de *la lesión o vulneración* del derecho que se produce cuando un derecho se niega o ignora, esto es, privación propiamente dicha, o se reconoce con un alcance inferior al garantizado por el ordenamiento, o mera restricción. La limitación es legítima; la vulneración o invasión es ilegítima. La invasión consiste, por tanto, en una actuación estatal, mediata o inmediata, jurídica o de hecho, con o sin ejercicio de autoridad, que impide al individuo conducirse de acuerdo con lo previsto en el derecho negado.

Aunque con efectos claramente restrictivos puede distinguirse de la limitación *la suspensión* que es una privación temporal o episódica del ejercicio de los derechos. Se trate de una suspensión general durante los estados excepcionales o individualizada en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, no estamos ante una pérdida de los derechos, como ocurre en el sistema alemán con aquellos ciudadanos que abusen de los mismos contra el orden constitucional, descontando además que en este caso se produce una intervención del Tribunal Constitucional que no procede en el supuesto de la suspensión española. Nótese de otro lado que, por exigencia constitucional expresa, durante el tiempo de la suspensión individualizada la restricción, sobre referirse específicamente a algunos derechos, no equivale a una desprotección absoluta de los mismos, pues la suspensión de dichos derechos no hace desaparecer de su régimen, especialmente, «la necesaria intervención judicial». De lo que la suspensión individualizada priva es, entonces, de algunas garantías en que los derechos consisten, sin llegar a acabar, en concreto, con la protección judicial de los mismos que la Constitución asegura en el artículo 55.2. en sus términos imprescindibles. En el supuesto de la suspensión general de los derechos tampoco desaparecen totalmente las garantías de los derechos suspendidos; lo

que ocurre es que la protección debilitada de los mismos queda exclusivamente asegurada por la Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio.

La limitación de los derechos fundamentales debe distinguirse también de la *delimitación o configuración* constitucional. En este caso el alcance del derecho no se desprende, como en los supuestos de la limitación, de exigencias externas, expresas o no, establecidas por la Constitución sino de la propia delimitación del derecho que se refiere a facultades concretas decididas directamente por el constituyente. Esta determinación directa por parte del constituyente no quiere decir, ni que la configuración del derecho se lleve a cabo exclusivamente a partir del precepto constitucional que lo reconoce, pues la delimitación del derecho exige la integración de ese precepto en el conjunto, parcial o total, constitucional, ni que en esa configuración no quepa, como veremos después, una intervención ya no accesoria sino constitutiva del legislador. Así el derecho de reunión que se protege en nuestro ordenamiento, art. 21 CE, es exclusivamente el pacífico y sin armas; y por mandato constitucional, de significación obvia por lo demás, sólo está protegido el derecho de asociación para fines lícitos, art. 22 CE. En efecto, la delimitación constitucional del derecho de reunión presenta algunos problemas interpretativos referentes principalmente al carácter pacífico de la reunión, así saber si la demanda en tal sentido impide la defensa abstracta de la violencia y el desorden, concretando en un ámbito determinado el alcance en el Estado de derecho de la exigencia de la paz. De otro lado, la segregación de la violencia en manos públicas y la eliminación de la ventaja para nadie de posiciones en el debate, condiciones sin las cuales el Estado democrático no podría constituirse ni funcionar, excluyen de raíz el recurso de los particulares a la fuerza en ninguna de sus actuaciones, comprendiéndose dicho supuesto en la reunión celebrada en términos inconstitucionales. Por otra parte, el artículo 22 de la Constitución, en relación con las asociaciones, establece dos clases de ilícitos, a saber, el penal, de modo que el constituyente confirma la prohibición establecida por tal tipo de legislador y la prohibición sólo constitucional, esto es, la referente a las asociaciones secretas y paramilitares. Efectivamente una cosa es la prohibición penal de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios delictivos, y otra la prohibición meramente constitucional de las asociaciones secretas y paramilitares, que el Código Penal puede no ratificar, lo que hace actualmente con las sociedades paramilitares (art. 515 CP), pero no con las secretas, y que ocurría con el anterior Código, bajo la denominación de clandestinas.

III. EL PLANO CONSTITUCIONAL DE LA LIMITACIÓN

A) Límites y conflicto entre derechos

La determinación constitucional de los límites de los derechos, o establecimiento de su contorno, cuenta con una dificultad no pequeña que es la de la sumariidad o incompletud de las cláusulas constitucionales que reconocen los derechos. Ciertamente se trata de rasgos que no afectan sólo a los derechos fundamentales, sino que alcanzan también a otro tipo de preceptos, en razón de determinadas exigencias de las Constituciones que llegan a todas sus partes. Esta incompletud constitucional hace que puedan faltar las prescripciones sobre los límites. Obvio es que estos límites se expresan en algún caso, como ocurre con los derechos al honor o las exigencias de la protección de la infancia en relación con la libertad de expresión del artículo 20 CE, pero desde luego esos límites existen, aun cuando se trate de límites implícitos, derivados de exigencias de unos derechos en relación con otros y de las demandas de protección de determinados bienes, en función del principio de unidad de la Constitución, que afirma a la vez que el carácter normativo de toda ella, la efectividad de todas sus partes, y no sólo de la de los derechos.

Por cierto que la unidad sistemática de la Constitución, que, como se acaba de decir, vincula la parte dogmática con el contenido institucional y orgánico, de modo que los derechos no pueden utilizarse contra el Estado, obstaculizando el funcionamiento de la organización política (lo que trata de evitar la figura del abuso del derecho, ratificándose así nuestra idea de que, debido a que sólo hay derechos fundamentales positivos, los mismos se tienen frente al Estado, pero nunca contra él) se da con más intensidad en el caso de unos preceptos que en el de otros, como ocurre con los derechos constitucionales fuera del título I, que suelen estar relacionados con los fundamentales. Es el caso del derecho a usar el castellano (art. 3 CE), afín a la libertad de expresión o al derecho a la educación —estos sí verdaderos derechos fundamentales— o diversos derechos atinentes al funcionamiento de la Justicia, así el derecho a la justicia gratuita, la publicidad de la misma o la participación en el jurado, cuya conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE es evidente. Se trata de derechos reconocidos en términos muy sumarios y cuya protección procesal e institucional se alcanza en cuanto las facultades en que consisten se hallan mediadas por la relación de dichos derechos simplemente constitucionales con los fundamentales que le son próximos.

Junto a estos supuestos de limitaciones directas (explícitas o no) hay también una fuente de *limitación constitucional de los derechos indirecta*, derivada de la vinculación a fines de los mismos, como ocurre por ejemplo con los derechos a la educación, según se reconoció por el Tribunal Constitucional en la sentencia temprana 5/1981, asunto LOECE. En efecto, el Alto Tribunal atribuye al señalamiento constitucional de fines al derecho a la educación (art. 27.2 CE) efectos no sólo limitativos, «sino de inspiración positiva».

La vinculación finalista de los derechos fundamentales es excepcional, porque los derechos fundamentales, en cuanto facultades de libre determinación de la conducta, se orientan al cumplimiento de las finalidades que exclusivamente establecen los titulares de los mismos. No puede ser de otra forma si se ha de impedir la funcionalización de dichos derechos que sería contraria a su condición de exponentes de la dignidad de la persona que les es propia. Así la libertad de expresión protege el derecho a comunicar sin trabas cualquier tipo de mensaje, sea o no político; y el derecho de reunión protege cualquier tipo de ésta sea cual sea su índole. El derecho de asociación, por su parte, comprende toda clase de asociación, sean sus fines espirituales (intelectuales) o materiales (económicos), pues la caracterización negativa de este derecho como libertad impide distinguir entre diferentes tipos de asociación, de modo que unas fuesen acreedoras de protección pública frente a otras que no la merecerían.

Aunque el señalamiento de fines a la educación alcanza tanto a los centros públicos como privados, indudablemente por este procedimiento se reducen las opciones del ideario de éstos últimos cuyos propósitos no pueden contrariar los objetivos de la educación constitucional. Además de este modo se procede a configurar un contenido constitucional de la educación, lo que podríamos llamar una visión humanista y cívica de la misma, con vigencia en cualquier centro con independencia de su titularidad.

El orden constitucional ofrece otros dos aspectos a considerar cuando se trata de la limitación entre derechos que se presenta ciertamente en términos muy diferentes respecto de la limitación en el caso de derechos no fundamentales. Nos referimos primeramente a la falta de previsión sobre los conflictos, que no falta en otros sectores del ordenamiento, donde, como ya se ha apuntado con anterioridad, la regulación de la materia puede ser exhaustiva o al menos muy completa, de modo que, en concreto, se atiende a la solución de las colisiones en su seno. En segundo lugar, que frente a lo que puede ocurrir en el ordenamiento general, no se admite en el caso de los derechos fundamentales una

solución que imponga siempre o por término medio el sacrificio de un derecho frente a los demás, como si existiese una jerarquía entre los derechos o cupiese pensar que algunos derechos lo son más que otros. En ese sentido no hay derechos necesariamente instrumentales o auxiliares de otros, por decirlo así, principales. La integración de los derechos se hace en términos de paridad sistémica, de manera que en aquellos casos en que se produce una vinculación funcional respecto de otro (así por ejemplo el fin de la reunión es manifestar o hacer patente un mensaje o una actitud y la asociación puede formar su voluntad a través de la reunión de sus miembros) tal instrumentalidad no acaba con la autonomía tipológica de cada uno de ellos, con su propio régimen y por tanto sus respectivos límites.

Nosotros partimos de la idea de la necesidad de todos los derechos para el desarrollo de la persona y de que todos son igualmente imprescindibles en la vida democrática. Diferente es que esta dimensión ética o política de los derechos fundamentales sea más obvia en el caso de unos derechos que en otros, o que, como ocurre con los derechos fundamentales formales, no quepa una graduación en la lesión, de manera que su vulneración se produce o no. En realidad es la patencia de la relación del derecho con la dignidad de la persona el criterio que utiliza el Tribunal Constitucional al distinguir entre los derechos que corresponden a los extranjeros en los mismos términos que los españoles, de aquellos cuyo ejercicio les puede ser atemperado a tales titulares y otros que en modo alguno corresponden a los no nacionales, por más que el Alto Tribunal se refiera como verdadero criterio de la distinción no a la manifestación sino a la existencia de tal conexión (STC 107/1984). La existencia de derechos políticos o libertades públicas, esto es derechos de participación, a través de los cuales, directa o indirectamente, se produce la intervención de los ciudadanos en la vida política o el funcionamiento del Estado, aunque reconoce la especialización de algunos derechos no puede ignorar la relación de los demás derechos con el sistema político. De manera que todos los derechos son «rasgos funcionales de la democracia», lo que quiere decir que todos los derechos son instituciones en el sentido de realidades efectivas de la vida política, y sobre todo, que no hay derechos fundamentales sin democracia. Otra cosa, y ello puede tener efectos decisivos de cara a la resolución de un conflicto entre los derechos, es que algunos de ellos tengan una dimensión institucional mayor. De manera que, en concreto, la posición preferente de la libertad de expresión sobre otros derechos la puede afirmarse en razón de su *plus* institucional sin que los derechos personales que ceden en un eventual conflicto con aquella, ca-

rezcan de esta dimensión, aunque la misma puede ser inferior a la de la libertad de expresión, en razón del indudable superior relieve político de ésta.

En efecto, desde el punto de vista de la teoría, la infracción constitucional correspondiente sólo resulta vulneración del derecho fundamental si tiene determinada entidad o gravedad, de manera que las facultades sustanciales en las que el derecho consiste son alcanzadas o negadas. Ello se ve claramente en el caso de los derechos fundamentales de configuración legal, en donde la infracción de la ley que desarrolla el derecho pero que no «percute» o tiene alcance sustantivo en el mismo no resulta denunciabile en el amparo, así hay infracciones electorales que obviamente no abren la vía del recurso o infracciones reglamentarias que no significan una vulneración del derecho fundamental de participación del parlamentario.

En cambio en los derechos formales no se admiten gradaciones en la infracción constitucional, de modo que esta se produce con independencia de su trascendencia material. Así el secreto de las comunicaciones protege la libertad y reserva para terceros de las mismas, prescindiendo de la gravedad o importancia del mensaje; y lo mismo puede decirse de la inviolabilidad del domicilio. Ello no tiene porqué significar que la «repercusión» de la infracción constitucional en los bienes o derechos del afectado no quede sin consecuencia procesal, por ejemplo en relación con la disponibilidad de la vía del recurso de amparo, si se decidiese restringir ésta teniendo en cuenta que el amparo, además de ofrecer un remedio individual, debe sopesar la trascendencia de dicha infracción para todo el ordenamiento o sistema jurídico.

B. Límites derivados de las exigencias de protección de determinados bienes jurídicos expresos o implícitos: orden público, derecho penal y límites generales al ejercicio de los derechos

La determinación constitucional de los derechos plantea, ya en relación con la protección de los bienes jurídicos, la identificación de los mismos, que puede ser inmediata o mediata. Entre dichos bienes jurídicos ha de ocupar un lugar importante el *orden público*, reconocido expresamente como límite en el ejercicio de algunos derechos fundamentales como el de libertad religiosa (art. 16 CE) o el derecho de reunión (art. 21 CE). Precisamente es un dato de la mayor importancia el de la escasa utilización constitucional del concepto que no opera, como ocurría en el ordenamiento franquista, como cláusula de habilitación gene-

ral de potestades administrativas ni se emplea, al modo como acontecía en la Ley de Bases de Régimen Local con los acuerdos municipales, para justificar la suspensión que acompaña a la impugnación de las disposiciones y resoluciones de las Comunidades Autónomas del artículo 161.2 CE.

La noción de orden público constitucional que evidentemente se refiere a un concepto jurídico, construido exclusivamente desde este tipo de parámetro, debe formularse en unos términos que satisfagan las referencias constitucionales expresas al respecto, cuando el orden público limita los derechos de reunión y la libertad religiosa, desde luego, pero que también permitan una comprensión adecuada (constitucional) del concepto que se utiliza en muchísimas ocasiones en el resto del ordenamiento infraconstitucional, así cuando en el artículo 1.255 del Código civil el orden público limita la libertad negocial de las partes o en el artículo 12.3 de dicho cuerpo jurídico se prohíbe la utilización de la aplicación de la ley extranjera a que remite la norma de conflicto que «resulte contraria al orden público». Aunque abordaremos directamente sólo el primer objetivo, las consideraciones que hagamos no serán del todo inútiles para encontrar una noción de orden público general o, en ese sentido, ultraconstitucional.

Evidentemente no procede una identificación del orden público con el orden político o el conjunto o síntesis de los valores del sistema. Esta concepción esencialista podría favorecer la utilización del orden público como una cláusula general limitativa de los derechos constitucionales, cosa que no es, pues el límite del orden público sólo se formula en dos ocasiones, evidentemente con un propósito constitutivo y no meramente declaratorio y confirmatorio. De otro lado esta interpretación no procede en un sistema de libertades como es el Estado democrático constitucional, en el que los valores generales no vinculan obligatoriamente a los ciudadanos, que pueden perfectamente no compartirlos o incluso solicitar su supresión o sustitución.

Pero tampoco parece satisfactorio, con un sentido minimalista, limitar el orden público a la tranquilidad o paz exterior que permite gozar de los derechos y libertades, que es la opción claramente elegida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995 que, en relación con un supuesto de ejercicio del derecho de reunión, identifica el orden público con las garantías de seguridad del normal desarrollo de la convivencia ciudadana. «La expresión orden público no se refiere a los principios y valores comúnmente aceptados en la sociedad. No cabe en el estado democrático someter las ideas de los manifestantes a controles de oportunidad política basados en los principios y valores, tanto ju-

rídicos como metajurídicos, dominantes en la sociedad...de modo que se trata de proteger el mantenimiento del orden exclusivamente en un sentido material, que equivale a un normal desarrollo de la convivencia ciudadana que no ponga en peligro a personas o bienes.»

Quizás pueda proponerse una idea de orden público, ulterior a la versión minimalista del mismo, y referente no ya al conjunto de los valores del edificio social y jurídico del sistema constitucional sino al núcleo o determinaciones esenciales del mismo, tendentes a garantizar sobre todo la autonomía del individuo y su igualdad (impidiendo por ejemplo la discriminación por razón de sexo), así como su integración en el orden jurídico y político común. Muy próxima a esta idea el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la libertad de creencias en su repercusión externa, manifestó que el creyente no puede pretender, amparado en la libertad religiosa del artículo 16.1 CE, que todo límite a su libertad de comportamiento constituye sin más una restricción de dicho precepto, «ni alterar con el solo sustento de su libertad de creencias el tráfico jurídico privado o la obligatoriedad misma de los mandatos legales con ocasión del ejercicio de dicha libertad, so pena de relativizarlos hasta un punto intolerable para la subsistencia del propio Estado democrático de derecho del que también es principio jurídico fundamental la seguridad jurídica» (STC 141/2000). De manera que el límite del orden público de la libertad religiosa, en línea con exigencias provenientes de la noción en el ordenamiento subconstitucional, impediría la alegación de motivos religiosos o ideológicos para alcanzar el encapsulamiento social de la comunidad y la imposición del propio orden jurídico político sobre el común constitucional de los demás ciudadanos.

El derecho penal es un límite obligado del ejercicio de los derechos fundamentales, aunque obviamente el derecho penal debe ser un derecho penal constitucionalmente adecuado, y ello tanto desde un punto de vista formal, así en relación con los procedimientos y garantías, como ocurre con los principios de legalidad, irretroactividad o seguridad jurídica, como desde el punto de vista material, no tipificando las conductas amparadas constitucionalmente.

No es la existencia del derecho penal, esto es la disposición pública de la competencia para castigar, lo que distingue el Estado constitucional del Estado absoluto, sino la orientación de tal *ius puniendi* en nuestra forma política exclusivamente al servicio de los derechos y libertades de los ciudadanos —y no de cualquier política del Estado—, así como su adecuación a determinados estándares materiales y formales de racionalidad, que pueden cifrarse en las exigencias del respeto de la dignidad de la persona y la proporcionalidad, alcanzables en muy bue-

na medida mediante la reserva al legislador de la tipificación de lo que en una sociedad moderna merece el reproche penal.

Las relaciones entre el derecho constitucional y el penal son bidireccionales, pues si el derecho constitucional es base del derecho penal, de manera que hay decisiones en este ámbito que han sido tomadas por el propio constituyente, también el derecho penal es límite o marco del derecho constitucional, y por ello no cabe un ejercicio ilícito de nuestros derechos y libertades. Así nos encontramos con un derecho penal constitucionalizado, que debe adecuarse a las decisiones sobre los principios sancionadores de la Constitución; pero también con un derecho constitucional cuyo límite es precisamente el orden penal.

De partida en un sistema constitucional no hay otro límite al ejercicio de los derechos que el penal, de manera que no cabe otra fuente que la de esta clase para establecer la ilicitud de una conducta. Todo lo no prohibido penalmente está permitido: no hay, por ello, un límite político al disfrute de nuestros derechos. En efecto, como no es admisible, según sabemos, la funcionalización de los derechos, estos no consisten en facultades orientadas a un fin, cuya inconveniencia o incongruencia con el sistema constitucional pudiese determinar su ilicitud, sino en la capacidad de determinar la propia conducta en los ámbitos correspondientes sin otro límite que el de no incurrir en conductas tipificadas penalmente, dañosas para los demás y la sociedad misma. Ciertamente que nos referimos a un límite externo al derecho constitucional, sabiendo que puede haber otros topes intraconstitucionales al ejercicio de los derechos, derivados, como hemos visto, de exigencias procedentes de derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

Los límites penales, en primer lugar, evitan el abuso de nuestros derechos, así podemos hablar pero sin calumniar o injuriar —tampoco insultar como se desprende de un límite de base meramente constitucional, según la STC 105/1990— y asociarnos, pero no utilizando asociaciones ilícitas penalmente, porque si traspasamos los márgenes penales lesionamos gravemente los derechos e intereses de los demás. Pero los límites penales, de otra parte, no sólo restringen nuestra libertad, suponen también una garantía enérgica de nuestros derechos, protegiendo, por decirlo así, el perímetro de los mismos, al castigar los ataques claros y más peligrosos contra ellos, así cuando, a través de los correspondientes tipos, se castiga el quebrantamiento de la inviolabilidad del domicilio o la conducta de quienes impiden el ejercicio de nuestras libertades.

Que no hay otro derecho constitucional que el limitado penalmente, no supone la subordinación del derecho constitucional al penal, aun-

que evidentemente el contenido penal del derecho constitucional no puede entenderse sin el legado histórico del derecho penal, suponiendo un ejemplo clarísimo de contribución de la ley a los contenidos constitucionales. No hay que pasar por alto que los límites, aunque necesarios y justificados por tanto, restringen la libertad, y desde ese punto de vista todo límite incluso el penal debe ser contenido o, valga la redundancia, limitado. De otro lado el derecho penal y el constitucional conviven en el mismo contexto de moderación y racionalidad propio de la mentalidad «ilustrada». Así los límites han de ser adecuados constitucionalmente, lo que significa que el derecho penal no puede tipificar conductas que puedan encontrar justificación constitucional, de manera que asuma la defensa coactiva de unos bienes jurídicos construidos expansivamente, con claro contenido ultraconstitucional.

Puede haber límites al ejercicio de los derechos fundamentales que se derivan de la suscripción por España de documentos declarativos de derechos y que, como ha ocurrido con la *moral*, supongan limitaciones a través de esta vía, que no se encontraban en nuestro ordenamiento, pero que se habrían incorporado al mismo como consecuencia de la apertura internacional de nuestra declaración de derechos, prevista en el artículo 10.2 de la Constitución. En concreto este era el caso suscitado en un recurso de amparo contra la retirada de un libro escolar, confirmada por los tribunales de instancia, por ataques a la moralidad pública, y que se resolvió en sentido desestimatorio por la Sentencia 62/1982. En principio el artículo 10.2 no consiente la inclusión sin más de las declaraciones internacionales de derechos en nuestro derecho constitucional, pues ello implicaría ignorar la condición constitutiva que el carácter normativo de la declaración de derechos de la Norma Fundamental, por lo que los españoles no tienen más derechos fundamentales que los contenidos en el Título I. Lo que hace el art. 10 CE es imponer la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales al respecto suscritos por España, asegurando a tales derechos un nivel mínimo (no necesariamente coincidente con el contenido esencial) que al menos reconozca las facultades deducidas —directamente y a través de los órganos jurisdiccionales que los interpreten— para tales derechos de las declaraciones internacionales correspondientes, lo que explica que, en efecto, sean muy numerosas las referencias, a veces no sólo en un sentido meramente confirmativo sino como principal base de apoyo, de la doctrina del Tribunal Constitucional, por ejemplo, a la Convención así como a Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Así la significación del nuevo límite de la moralidad, incorporado, repetimos, por la vía del art. 10.2 CE procedente del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, habrá de quedar circunscrito al plano interpretativo, pudiéndose referir a esta limitación sólo con carácter subsidiario, esto es si su invocación fuese imprescindible, o adjetivo, sirviendo para establecer el alcance de algún límite, en este caso previsto constitucionalmente de modo explícito, como el del orden público.

Esta solución, bien que moderadamente, admite un significado de la cláusula de apertura del art. 10.2 CE restrictivo (o *in peius*) para nuestra Declaración, que no obstante debe respetar el contenido esencial del derecho limitado (en la Sentencia citada, la libertad de expresión). Lo que es más discutible es que quepa con tal base una especificación legal de dicho tope, consecuencia que asume el Tribunal Constitucional en el caso, en la Ley Orgánica 7/1980, art. 3.1, al incluir explícitamente a la moralidad en el límite del orden público al ejercicio de la libertad religiosa.

También habrá que evaluar el alcance para los derechos fundamentales de los *límites generales* al ejercicio de todos los derechos. Nos referimos a la prohibición del abuso de los derechos fundamentales en perjuicio de los derechos de los demás o del orden constitucional, o la obligación del ejercicio de los mismos conforme al principio de buena fe. Se trata, sin duda, de límites fácilmente deducibles a la unidad, pues «tanto si se considera que (el abuso del derecho, la buena fe y el fraude de ley) integran una institución completamente distinta y separada, como si se entiende que son facetas diferentes de una misma institución, es lo cierto que la finalidad de todos ellos es idéntica, a saber, impedir que el texto literal de la Ley pueda ser eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la Justicia» (STS 17 de mayo de 1968), cuya vigencia ha de afirmarse de modo excepcional y restrictivo, como corresponde a su origen propiamente moral. Mas bien parece, como dicen nuestras Partidas, «que non faze tuerto quien usa de su derecho». Lo que ocurre es que hay casos en que se ejerce el derecho exclusivamente para hacer daño o de modo claramente irresponsable. Son los jueces los que a su vez han de imponer, mediante el correspondiente control técnico, un uso moderado y justificado de tal límite. Como advertiera Federico de Castro, la recepción en el plano jurídico, de criterios morales o de las buenas costumbres corre peligros que precisamente «se han limitado al dársele al abuso del derecho carácter de figura técnicamente definida» (*Temas de Derecho Civil*, pag. 143).

Pero la problemática de más interés que presenta la existencia de límites generales al ejercicio de los derechos tiene que ver con cuestiones

referidas al alcance, origen e imposición de su vigencia. Primeramente lo que la presencia de estos límites testimonia es una referencia extraconstitucional, previa y condicional de la propia Constitución, de modo que la Norma Fundamental queda inserta en un contexto jurídico, que en cierta manera la hace posible, al imponer condiciones nada menos que al ejercicio de una parte importante de la misma como son sus derechos. Esta dependencia exterior contraviene aparentemente el entendimiento canónico de la normatividad constitucional que afirma la superioridad, al menos lógica, de la Constitución sobre el ordenamiento, que resultaría negada si éste pudiese imponer condiciones a aquella. Una respuesta a esta dificultad podría deparar la idea material de Constitución (cuestionable desde una mentalidad positivista) según la cual lo que determina la condición constitucional de un contenido es su importancia, esto es, la calidad de la decisión que implica, no su inserción en una norma de determinado rango. Así habría verdaderas normas constitucionales fuera de la Constitución y podrían existir simples leyes constitucionales en su seno, y por tanto la aceptación, por ejemplo, de los límites referentes al ejercicio de los derechos, dada su trascendencia material, no supondría, propiamente, una imposición extraconstitucional.

Parece, en cambio, más correcto afirmar que la idea de la superioridad de la Constitución no comprende la absoluta libertad del constituyente para dotarla de cualquier contenido (así debe necesariamente incluir los elementos imprescindibles prescritos en el art. 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano), ni prescindir de determinadas exigencias, impuestas por la lógica o el progreso moral que habría alcanzado el orden jurídico en el que obviamente se inserta la Constitución.

En segundo lugar, se trata de ver si el derecho constitucional, sobre todo como sistema de posibilidades de libertad individual, puede entenderse sin referencia a un determinado orden material concreto de valores, algo así como la idea de la democracia activa (beligerante o combativa) de la que se habla en la literatura alemana, aunque allí se cuenta con una garantía del orden constitucional frente a los abusos de los derechos referentes al mismo, establecida expresamente (art. 14 de la Constitución alemana). Si bien en el plano político no cabe duda acerca de la conveniencia del mayor caudal posible de legitimidad para el orden constitucional, desde un punto de vista jurídico no es, como hemos visto, la adecuación o congruencia políticas, lo que atribuye licitud al ejercicio de los derechos. No es inconstitucional un ejercicio de los derechos fundamentales contrario al orden constitucional no sólo por-

que el constituyente español no ha considerado abusiva una actuación opuesta al sistema liberal democrático sino porque es lícito proponer un cambio del mismo, dada la admisión de la reforma «total», en el sentido de radical o fundamental, de la Constitución (art. 168 CE). Son, entonces, sólo los medios, si suponen empleo de la violencia o alteración del orden público, los que determinan la ilicitud del ejercicio de los derechos.

IV. LÍMITES Y LEGISLADOR: EL USO DE LA RESERVA COMO INSTRUMENTO DE LIMITACIÓN DEL DERECHO

Pero este horizonte normativo constitucional no hace sino acotar los términos del problema de la limitación. El alcance concreto de ésta corresponde sin duda sobre todo al legislador, aunque pueda ser una instancia jurisdiccional la que, con ocasión de un control abstracto o en la resolución de un conflicto específico, decida sobre la corrección de tal limitación.

De modo que la limitación del derecho fundamental la lleva a cabo el legislador, con una justificación y dentro de unas posibilidades que ya hemos considerado, y sin necesidad de apoderamiento específico, aunque suele recibirlo por medio de la reserva. *La reserva de ley* no es otra cosa que una cláusula constitucional que prevé la intervención normadora exclusiva del legislador en relación con determinada materia. La problemática de la reserva es muy abundante y ello nos exime de un tratamiento exhaustivo al respecto. Supone, antes que nada, la supervivencia de una figura jurídica del siglo XIX, lograda a cambio de una modificación funcional de su significado originario, por ello el concepto de reserva de ley es una muestra de lo que podríamos llamar inercia constitucional, entendiendo por tal la resistencia de determinadas categorías constitucionales (meramente teóricas o también institucionales) a desaparecer una vez superadas las circunstancias que explicaron su utilidad en cierto momento.

Pero como decíamos la supervivencia de la figura de la reserva se hace a costa de la alteración del contenido o significado de la misma. Así la reserva de ley de nuestros días no habilita al legislador para regular una materia pues este disfruta en principio de competencia universal, mientras que en la monarquía constitucional del siglo XIX se parte justamente de la posición contraria, la de que la competencia originaria normadora corresponde al Monarca, de manera que el Parlamento sólo dispone de la potestad normativa que, a través de la reser-

va, le atribuye específicamente la Constitución. En nuestros sistemas parlamentarios de hoy en día la reserva confirma la competencia normativa del Parlamento, imponiendo la ley como modo de ejercerse, de modo que a partir de la cláusula habilitadora la regulación de la materia cubierta por la misma necesariamente ha de verificarse por ley, cerrando el paso a reglamentos que sobre tal ámbito pudiese dictar la Administración sin cobertura legal o producto de una deslegalización previa.

En segundo lugar, actualmente la reserva de ley tiene un objeto que trasciende el campo de los derechos, y, más específicamente, el de la libertad y propiedad de los primeros tiempos. La reserva constitucional a favor de la ley buscaba excluir de la regulación reglamentaria aquellas materias en las que, en una línea por lo demás tradicional, importaba asegurar el asentimiento de la comunidad a través de sus representantes. En efecto, las materias de propiedad y libertad quedaban reservadas a la regulación primera, si no exclusiva de la ley. La intervención sobre las mismas del reglamento sólo se realizaría en su caso de manera posterior y de plena conformidad con la norma legal. Únicamente la ley procedía a una verdadera regulación jurídica, estableciendo los derechos y obligaciones de las personas, pues se refería a las relaciones entre diversos sujetos con su propia voluntad (de los ciudadanos entre sí y las de estos con el Estado).

En los sistemas de nuestros días las reservas, en cuanto cláusulas constitucionales que se refieren a una actuación normativa del legislador, y con independencia de que sean en blanco, reforzadas, etc., trascienden a los derechos, así hay reservas legales institucionales, presupuestarias, etc., superando una visión exclusivamente restrictiva de ellos. Por tanto procede la reserva en otros supuestos que los de los derechos fundamentales, cuando se trata de garantizar la democracia en la adopción de normaciones y decisiones relevantes para el sistema democrático, de manera que el Parlamento decide sobre lo esencial, sobre todo si la Constitución lo ha establecido, de la vida común.

Pero, en tercer lugar, y con mucha mayor trascendencia para nuestros propósitos, lo que diferencia a la actual reserva de la originaria es su destinatario, que hacía posible el control exclusivamente de la Administración y que hoy funciona como parámetro de la regularidad constitucional de la ley. En los ordenamientos correspondientes a la monarquía constitucional la reserva de ley persigue sobre todo la juridificación de la actuación del ejecutivo, sólo posible en los términos de la ley, de manera que ésta habilita la actuación del reglamento y establece los términos de su control. Evidentemente de la reserva resulta la protección

jurídica del ciudadano, que sólo está obligado a soportar la actuación de la Administración, si se encuentra prevista en la ley o, si este es el caso, a que se verifique conforme a las especificaciones legales (lo cual le será obligado por los tribunales contencioso administrativos que velen por su legalidad) . Pero la ley no resulta afectada por la reserva, porque esta se hace en términos muy genéricos y además porque no hay una jurisdicción que obligue a la ley a atenerse a la Constitución.

En nuestro ordenamiento la reserva obliga ya a la propia ley, pues como sabemos la reserva es un instrumento que articula la relación entre la Norma Fundamental y la ley, en la medida en que la reserva no se suele verificar en blanco, sino que establece contenido o propone guías al legislador. Por supuesto cabe un control de la constitucionalidad de la ley de acuerdo con los términos de la reserva, sin excluir que el contenido constitucional de la norma legal funcione como parámetro obligado también para el propio reglamento, aunque sólo fuese por la inclusión necesaria de dicho contenido en la ley.

Si la reserva, como se desprende de lo dicho, no tiene un sentido habilitador de la limitación, sino sólo condicionante de la misma, quedan por explicar dos supuestos en los que la reserva o carece de contenido, o ni siquiera existe. Hay en efecto reservas sencillas o en blanco que se limitan a prever la intervención reguladora del legislador sobre el derecho en cuestión y hay reservas cualificadas que someten al legislador a determinados objetivos o guías obligándole a incluir cierto contenido en su actuación . Nótese que, en la línea señalada con anterioridad, son estas reservas reforzadas las que permiten un control del legislador (así el llevado a cabo por la STC 72/1984), evidentemente, a nuestro juicio, si se ha producido la ley en cuestión y por parte del Tribunal Constitucional en relación con los parámetros establecidos por el constituyente. Lo que no hacen las reservas en blanco es liberar a la ley del límite constitucional, como tampoco caben reglamentos jurídicos o de ejecución de dichas leyes. Asimismo está excluida la posibilidad de una intervención absolutamente deslegalizadora en relación con la materia cubierta por la reserva en blanco.

La reserva hace posible la limitación o control de la Administración, cuya actuación sólo puede tener lugar, al menos en los derechos con reserva explícita, si ya existe ley, no cabiendo, por tanto, al respecto ni reglamento independiente ni reglamento habilitado por una deslegalización. De manera que la reserva constitucional autoriza la intervención de la Administración en la materia, que no puede producirse sin cobertura legal . Esta reserva en principio se limita a exigir una norma legal de cobertura, pero sin decidir sobre su contenido.

En relación con la *existencia de derechos fundamentales con reserva específica o no*, conviene dejar brevemente apuntadas algunas consideraciones. Desde luego no cabe ignorar que, esté previsto el completamiento normativo del legislador o no, su intervención tendría títulos generales para producirse, lo que ocurriría en el caso del artículo 81 CE para el desarrollo y la habilitación del artículo 53 para la regulación del ejercicio, debiendo atribuirse, como parece lógico, un significado diverso a ambas actuaciones del legislador, que no es el momento de establecer ahora. Además la diferencia entre derechos sólo constitucionales y derechos fundamentales o legales no puede corresponderse con la de derechos humanos y derechos simplemente positivos, según se prevea para unos u otros el completamiento legal.

Primero porque ese completamiento no está excluido en ningún supuesto y segundo porque ello supondría admitir una jerarquización axiológica en nuestra declaración de derechos que no compartimos. Pero quizás a lo que esa diferencia apunta es a una modalización de la intervención del legislador en el establecimiento del régimen del derecho: la no invitación al legislador a completar la regulación de los derechos sin reserva, aunque no le impide actuar, como acabamos de ver, debe llevar a una mayor cautela del poder legislativo, cuya intervención constructiva o definitoria del derecho habría de evitarse, limitándose el legislador a una labor ordinaria y tuitiva. Este tipo de argumento creo que resultaba de utilidad para cuestionar, como paso previo a su eventual declaración de inconstitucionalidad, la procedencia de la utilización de conceptos tradicionales del derecho procesal penal, como el de flagrancia, en la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana (LO 1/1991), art. 21. Por supuesto si la libertad del legislador está especialmente restringida cuando se trata de la fijación del régimen de un derecho fundamental, la intervención normadora del reglamento tendrá especiales dificultades de producción.

Naturalmente la ley, cuente con habilitación expresa o no, en virtud de la correspondiente reserva, puede hacer más u otra cosa que limitar el derecho. Claramente no hay un propósito limitador, sino mas bien de delimitación o configuración, cuando la ley establece las facultades o pretensiones específicas en que consiste el derecho, definiendo sus características o fijando sus principios. Decimos que el legislador *concretiza* el derecho, determinado el objeto que el derecho protege, por ejemplo, la propiedad, cuyos contornos puede constitutivamente variar, así estrechar. Desde luego el plano en que se mueve el legislador al concretizar el derecho es inferior al constitucional, de manera que el constituyente impone al legislador unas decisiones que dada su dependen-

cia jerárquica no puede ignorar. En efecto, el constituyente rara vez se limita a nombrar el derecho cuando lo reconoce, pues lo que suele hacer es fijar los fundamentos de su régimen y aun principiarlo. Ello determina doblemente al legislador, exigiéndole, de un lado, congruencia y adecuación con lo establecido por la Constitución y, de otro, recortando su libertad configuradora, pues, tras la actuación constituyente hay un espacio normativo que ya no está disponible para la ley.

La ley puede proceder a la *protección del derecho*, función conferida sobre todo a las normas de derecho penal, tipificando conductas sobre el abuso del derecho o sobre conductas contrarias a su ejercicio, con un propósito impeditivo o abusivamente restrictivo del mismo. La actividad del legislador, finalmente, puede consistir en la *organización procedimental del derecho*, estableciendo normas de regulación del mismo y asegurando el disfrute general del derecho o su compatibilidad con el ejercicio de otros derechos y la protección de otros bienes constitucionales.

Como se ve nosotros distinguimos la actuación tuitiva del legislador de la configuradora: el derecho penal, aunque acote el espacio de libertad, lo hace, digámoslo así, desde fuera; en cambio, la configuración del derecho consiste en una actuación definidora de sus posibilidades constitutivas o propias. La determinación en un caso es interna y en el otro externa. De manera que para nosotros el derecho penal no desarrolla el derecho, si bien la determinación del espacio de libertad es función también de lo que no se puede hacer. Aunque el derecho penal no sólo nos limita, también nos protege, asegurando entonces positivamente nuestro espacio de libertad, pues el legislador penal nos resguarda de ataques especialmente groseros en el ejercicio de los derechos, al castigar las conductas antijurídicas correspondientes. Al asentar la paz jurídica aporta entonces las condiciones externas que hacen posible el disfrute de los derechos. El derecho procesal penal, por su parte, previendo intervenciones lícitas o autorizando suspensiones de nuestros derechos constitucionales tampoco lleva a cabo, desde nuestro punto de vista, una actuación de configuración, limitándose a acoger exigencias derivadas de los derechos de los demás o de los intereses generales.

La organización procedimental es especialmente indicada en *los derechos* propiamente dichos, que no se limitan a garantizar a sus titulares un espacio de actuación inmune al poder público, sino que ofrecen una oportunidad de intervención en el funcionamiento institucional del Estado. De la regulación del derecho político, procediendo a su organización, se derivan consecuencias limitadoras, pero éstas no son la finali-

dad de la regulación. Lo que ocurre es que no cabe sino un ejercicio organizado, y por ello limitado, del derecho.

En el caso de los derechos prestacionales la regulación de los mismos es inevitable ya que la actuación pública a que obligan requiere de una actuación de la Administración que por razones técnicas presupone un servicio público establecido por ley y cuyo funcionamiento ha de respetar las exigencias del principio de legalidad; y en segundo lugar, porque es la mediación del legislador la que impide que la protección del derecho, en su caso, por el juez tenga un significado que implique discrecionalidad y en definitiva denote la disposición por parte de éste de poder político extrajurisdiccional.

Obviamente el tipo de actuación normadora del legislador está en relación con el instrumento que éste elija para su intervención. Como se sabe dicha intervención puede llevarse a cabo mediante ley orgánica y mediante ley ordinaria, sea estatal o autonómica. A la ley orgánica le está reservado el «desarrollo» de determinadas materias (art. 81 CE), a la ley ordinaria le queda la regulación del ejercicio del derecho (art. 53), esto es, toda normación que no sea su desarrollo. La observancia de la delimitación constitucional entre los dos tipos de leyes evitará que la ley ordinaria invada el ámbito de la ley orgánica, rebajando por tanto la regulación y la protección de rango de la misma; pero también que la ley orgánica por motivos de comodidad, en realidad, y sistematicidad, aparentemente, se extralimite, regulando no sólo el ámbito material que le es propio sino aspectos o cuestiones relacionadas con el mismo o materias conexas. Como se sabe la inclusión de una materia en una ley orgánica implica, en principio, la congelación de rango de la misma, de modo que su regulación en el futuro queda vedada al legislador ordinario. De ahí esa expresión sólo aparentemente cabalística del Tribunal Constitucional (STC 5/1981) de que si hay materias reservadas al legislador orgánico, esto es, materias que sólo el puede regular, también la ley orgánica se encuentra reservada para determinadas materias, lo que supone que el legislador orgánico no puede extender el manto de protección de las normas de este rango a otro tipo de cuestiones que las expresamente contempladas en el artículo 81 CE. Otra actuación sería irresponsable, produciendo una rigidez en ordenamiento sin justificación constitucional.

La delimitación del ámbito de la reserva de la ley es función del tipo de normación y del objeto de la misma. Nosotros nos referimos al primer nivel de la determinación de la reserva según la cual lo que el constituyente quiere que hagan la ley orgánica y la ley ordinaria es, respectivamente, desarrollar y regular el ejercicio del derecho. Pero el ob-

jeto de la reserva también es diferente, pues el desarrollo que se quiere reservar a la ley orgánica no es el de cualquier derecho fundamental, sino precisamente de los denominados «derechos fundamentales y libertades públicas» que se contienen en la Sección 1ª, Capítulo II del Título I. El objeto sobre el que según el artículo 53 CE procede la regulación, es el de todos los derechos y libertades del capítulo II del Título I.

Para el Tribunal Constitucional en el caso de la ley orgánica estamos ante una actuación configuradora, esto es una regulación global o básica, no necesariamente detallada, que incluso, en sus aspectos marginales, permita una remisión al legislador ordinario —que no puede hacerse en blanco o en términos genéricos (STC 137/1986)— o a la Administración (STC 77/1985). A la ley ordinaria del art. 53 (estatal o autonómica), según hemos dicho, queda atribuida de modo residual lo que no sea desarrollo, entendiéndose consiguientemente por regulación del ejercicio de un derecho fundamental, de ordinario en relación con los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II, la normación que posibilite su disfrute, así asegurando su compatibilidad con las exigencias de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, o que proceda a una ordenación para garantizar el ejercicio simultáneo del mismo a sus titulares, adopte medidas tuitivas para su disfrute o, en relación con los demás derechos del Capítulo II, cualquier la regulación ordinaria de los mismos.

V. LOS CRITERIOS DE ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR: LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD GENERAL, RESPETO DEL CONTENIDO ESENCIAL Y PROPORCIONALIDAD

La intervención limitadora del legislador resulta de un equilibrio adecuado del derecho en cuestión con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, pero teniendo en cuenta que no hay nada parecido a un «óptimo o equilibrio ideal», de modo que se hace necesaria una operación de ponderación: habrá un esfuerzo por parte del legislador de compatibilizar los derechos o bienes en colisión, de manera que se haga posible esa concordancia práctica a que se refiere Hesse y que, bien mirada, es una exigencia derivada del principio o tópico de la unidad de la Constitución y del mandato de su eficacia. Pero estamos hablando de un principio de la limitación, como criterio orientador, para que la misma se produzca de modo constitucionalmente adecuado, excluyéndose una solución simplista del conflicto, que asuma una jerarquización constitucional inaceptable entre derechos o principios. En

realidad este criterio, aunque su formulación positiva pudiese inducirnos a pensar otra cosa, es bastante inútil, y vendría a condensarse en un *mandato de razonabilidad o prudencia*. Se trataría de advertir al legislador para que actúe teniendo en cuenta la imprescindibilidad de todos los derechos y la exigencia de una conducta restrictiva de los derechos cautelosa o prudente. Sin duda, como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, «la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos» (STC 20/1990).

Quizás tendría más interés explorar otro tope que el legislador tendría en su actuación normadora, en este caso limitando el derecho fundamental, esto es, *el respeto del contenido esencial* del mismo. Los problemas que presenta la interpretación de este límite constitucional son muchos, y sólo prestaremos atención a algunos de ellos, referentes más que a la estricta comprensión de su significado a la fijación de su alcance. Lo que el límite del contenido esencial establece es una prohibición de desfiguración del derecho: el legislador es un agente imprescindible en la determinación del régimen del derecho que sólo está, por decirlo así, delineado en el tipo constitucional. Claro que esa contribución necesaria del legislador no le convierte en dueño del derecho, de manera que el derecho tras su regulación por el legislador debe ser reconocible en su *nomen* y capaz de seguir desempeñando la función que se le atribuye en el mundo jurídico. La STC 11/1981 describió perfectamente la figura del contenido esencial. «Se entiende por 'contenido esencial' aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte de contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga...» .

Pero saber qué es el contenido esencial de un derecho no garantiza acertar en su determinación, operación normalmente a cargo del legislador. El Tribunal Constitucional decidirá sobre la corrección de la actuación del legislador contribuyendo así, indirecta o negativamente, a la delimitación de dicho contenido, excluyendo lo que no lo respeta a través de la declaración de inconstitucionalidad. Evidentemente en la medida en que estamos hablando de un límite constitucional, el Tribunal sólo puede declarar su contenido, pero no establecerlo (*configurarlo*) directamente.

El destinatario de la cláusula del respeto del contenido esencial de los derechos, es ciertamente el legislador, actúe en veste ordinaria u orgánica, también sin duda el poder constituyente constituido y, desde luego, el juez. El alcance del límite del contenido esencial que proponemos en los términos tan amplios que acabamos de expresar, depende en muy buena medida del significado constitutivo o meramente declarativo de la cláusula del artículo 53 CE. A mi juicio estamos ante un precepto que no crea sino que confirma un límite ya existente para el legislador, dada la vinculación necesaria de éste a la Constitución en virtud del criterio de la jerarquía normativa. La ejemplificación de la subordinación del legislador en el artículo 53 CE, que se refiere sólo a la regulación del ejercicio de los derechos, no libra de la obligación de respeto al contenido esencial a la ley orgánica que los desarrolla, ni puede ignorar que dicho límite existe en el caso de figuras como la garantía institucional (aquí el tope obligatorio de la «imagen maestra» lleva también a las características permanentes de la institución protegida por su reconocimiento constitucional), como tampoco que hay derechos fundamentales relacionales que no disponen *per se* y de modo independiente de un contenido esencial, así en el caso del derecho a la igualdad, o es muy difícil de establecer tal como ocurre con los derechos formales, como el secreto de las comunicaciones, etc.

Si el poder constituyente constituido se encuentra en dependencia no sólo procedimental sino también material con la Constitución es difícilmente admisible que una modificación constitucional fuertemente restrictiva no afecte a algún derecho (o algunos) en su contenido esencial. La modificación de la Constitución puede referirse o incluso incidir (estos dos tipos de actuaciones se encuentran comprendidos en el término «afectar» que utiliza el artículo 168 CE para reservar un determinado ámbito material al procedimiento agravado) sobre los derechos fundamentales pero sin admitir la supresión del standard común del reconocimiento constitucional de las declaraciones o una devaluación significativa del mismo.

La determinación del contenido esencial de un derecho que lleva a cabo normalmente el legislador de modo directo, y que realiza negativamente el Tribunal Constitucional, propone una serie de facultades que constituyen las exigencias elementales y típicas de la dignidad de la persona en el ámbito vital del derecho en cuestión. Como ya hemos explicado esta relación del contenido esencial y la dignidad de la persona no se verifica sin mediación cultural e histórica en la tipificación constitucional. A los efectos de encontrar así la concretización de las exigencias de la dignidad de la persona, que como hemos dicho es to-

do menos una operación automática de tipo lógico, conviene recordar que el artículo 10.2 de la CE al imponer la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados al respecto suscritos por España asegura a dichos derechos (que, insistimos, no son nuevos derechos que se incorporen sino derechos de la Declaración española reforzados por su reconocimiento internacional) un nivel mínimo, no necesariamente coincidente con el contenido esencial, que al menos comprenda las facultades derivadas, directamente y a través de los órganos jurisdiccionales que los interpreten, de tales derechos en las declaraciones internacionales correspondientes. Ello explica, como decíamos anteriormente, las referencias formuladas como apoyatura principal en no pocas ocasiones, de la doctrina del Tribunal Constitucional, por ejemplo a la Convención así como a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así este contenido necesario completa las exigencias del contenido esencial, pudiendo actuar restrictivamente no respecto del contenido esencial constitucional, sino sobre los términos de su reconocimiento ordinario legal.

Pero es importante señalar en torno a la problemática que estamos considerando que el tope del contenido esencial no ofrece *una garantía absoluta* para los derechos objeto de la ponderación a que procede la norma del legislador. Cuando en un conflicto entre derechos éste se resuelve totalmente a favor del que prevalece no se puede afirmar que se respeta el contenido esencial del derecho que cede, aunque no sea suprimida su figura ni dañada en la práctica la vigencia del derecho como institución. En este caso concreto no se da una conciliación de derechos, de acuerdo con los planteamientos de la concordancia práctica entre los mismos: en realidad lo que se produce es una privación o pérdida del derecho. Así cuando el artículo 5 de la LO 9/1983 prevé la suspensión o disolución de determinadas reuniones o manifestaciones por razones de orden público no concilia el derecho de manifestación (por ejemplo de quienes no van armados o no pretenden alterar el orden público) con las exigencias del bien constitucional en cuestión, restringiendo las facultades en que dichos derechos pueden consistir y las exigencias normales del orden público, sino que lleva a cabo el sacrificio de la manifestación en aras de la garantía de las exigencias del interés general.

De manera que el del contenido esencial no es un límite absoluto que proteja en caso de conflicto a los derechos en pugna, porque hay conflictos sencillamente no resolubles por medio de la acomodación sino, en ese supuesto concreto y no de modo permanente o incondicionado, a través de la imposición del derecho prevalente. La situación no parece resolverse, a través de nominalismos, como aquel en que se in-

curre si se afirma que el derecho que cede, y que en ese supuesto concreto se retira, sigue atribuyéndose en su titularidad a su dueño, de modo que sólo lo perdería en el ejercicio. Lo que sí parece es que el límite del contenido esencial opera como un *mandato de optimización* de los derechos, al afirmarse, en principio, el acomodo de los mismos. Tal compatibilización se lleva a cabo normalmente a costa de las facultades no definitorias de los mismos, cuidando de no sacrificar los rasgos característicos de los derechos. Así el límite del contenido esencial actúa sobre todo como prohibición de la desfiguración del derecho, esto es, en aquellas normaciones en las que lo encargado al legislador es una actuación en los términos que vimos de definición o especificación, antes que en las regulaciones sobre el ejercicio de los mismos que por tener como finalidad asegurar su disfrute general y, especialmente, su compatibilización con otros derechos, alcanzan unas consecuencias limitadoras inevitables.

Mas importancia que el límite meramente negativo del contenido esencial a la actuación restrictiva del legislador tiene la observancia por su parte del *principio de proporcionalidad*. Entendiendo por tal un principio técnico de control de la arbitrariedad del legislador, expresión de su vinculación a los derechos fundamentales y que consiste en demandar una actuación razonable en la limitación. Proporcionalidad quiere decir para el legislador que las regulaciones y habilitaciones legales con un significado invasor de los derechos fundamentales deben ser apropiadas y necesarias para alcanzar su finalidad respectiva, que a su vez debe ser constitucionalmente legítima.

El principio de la proporcionalidad se presenta originariamente como un criterio de control del poder discrecional de la Administración (sobre todo la policial). Más tarde completará el canon de constitucionalidad como principio implícito del orden constitucional (subprincipio sobre todo del Estado de derecho), de manera que la suerte de los derechos no quede sólo protegida ante la Administración mediante el expediente de la reserva, lo que excluirá un reglamento independiente o una deslegalización de esta materia. Nuevamente en nuestros días el principio revierte a su primer sentido como medio jurídico de control de la Administración pues, dadas las condiciones en que se enmarca la actuación reglamentaria, esta cada vez cuenta con un mayor espacio de discrecionalidad. Así la ley, especialmente si no se encuentra impuesta por una reserva constitucional, no tiene por objeto, dada su indefinición, cubrir la actuación de la Administración, esto es guiarla, preverla o controlarla, sino habilitarla o hacerla posible, de manera que la determinación de su alcance está en manos de la propia Administración y su

control no puede hacerse ya a partir de la norma legal sino de criterios externos, básicamente el respeto de la proporcionalidad.

Precisamente durante el franquismo el mejor sector de la doctrina administrativista propuso el control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria a partir de los principios generales del derecho, entendidos como criterios técnicos que impedirían la arbitrariedad. García de Enterría deducía de la propia doctrina del Tribunal Supremo de la época algunos supuestos de arbitrariedad susceptibles de control jurisdiccional efectivo : así reglamentos que no se adecuaban a los supuestos de hecho en virtud de los cuales se determinaban, o que establecieran desigualdades injustificadas o que tuvieran en realidad una finalidad diferente a la proclamada, o trascendieran a sus limitaciones institucionales o propias.

Ya en época constitucional se presenta una polémica algo enconada sobre la superfluidad de la cláusula constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9 CE), reconocida la vigencia de la igualdad como principio o como derecho (art. 14 CE). Ciertamente la disponibilidad del amparo para la garantía de la igualdad permite oportunidades jurisdiccionales que no existen en el caso de la interdicción de la arbitrariedad, si bien esta categoría, en realidad mero principio, puede cubrir más supuestos que los de la infracción de la igualdad. Además, aunque se entendiera la interdicción de la arbitrariedad como criterio técnico y no ya como mínimo garante de justicia material, y por tanto quepa incluir plenamente dicho principio en el de la igualdad, no hay que negar la posibilidad de las redundancias constitucionales que desde un punto de vista técnico son superfluas, pero que encuentran su justificación en algunos casos por razones de política constitucional, dada su importancia en el orden político. Así ocurre, según es sabido, con la imposición de límites del contenido esencial de un derecho a quien regula su ejercicio, o la declaración como vinculante de la Constitución para los poderes públicos (art. 9.1 CE).

Nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado, en un sentido general, el principio de proporcionalidad como criterio de razonabilidad a la hora de determinar el alcance de los derechos en sus relaciones mutuas, principalmente en casos relativos a *la libertad de expresión*. En sentido más técnico el Tribunal Constitucional se ha servido de este criterio para apreciar la constitucionalidad de una pena en relación con la infracción correspondiente.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia en materia de libertad de expresión la proporcionalidad no es una idea muy alejada de la ponderación (más exactamente, si se quiere, es el resultado de la misma) y

normalmente juega en un sentido restrictivo. Se trata, entonces, de un principio muy cercano al de la concordancia práctica, que asegura la coexistencia en un mismo espacio de dos derechos. Así la proporcionalidad puede servir para resolver los conflictos de la libertad interna de prensa, en concreto para saber hasta donde puede llegar el sacrificio o la modulación de la libertad del periodista que se deriva del respeto a la línea editorial de un periódico y que obviamente no pueden tener un alcance ser excesivo o desproporcionado, obligándole a la apología o el servilismo (STC 11/1981, analógicamente). Como queda dicho de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito material de que hablamos se siguen consecuencias constrictivas, pero a veces no. Este es el caso de la STC 102/2001, en la que se otorga el amparo a un militar, objeto de una sanción disciplinaria, porque en la defensa por su parte de sus derechos e intereses legítimos se le permite un exceso de la libertad de expresión que, vistas las circunstancias, no es considerado desproporcionado.

Por añadidura, puede ser de utilidad la aplicación del principio también para resolver cuestiones como la de la intervención de los poderes públicos en el mercado de la prensa, sobre todo en relación con la toma de medidas correctoras, que sólo podrían ser adoptadas de acuerdo con el principio de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad (o intervención mínima).

Pero la jurisprudencia más interesante sobre la proporcionalidad se deduce, especialmente, de tres Sentencias del Tribunal Constitucional, en relación con el segundo ámbito temático aludido, que resuelven los correspondientes amparos, en un sentido desestimatorio los dos primeros: las STC 1996 en relación con la pena impuesta a un objetor de conciencia que se negaba a cumplir la prestación social sustitutoria y la STC161/1997, referente a un recurso planteado por la sanción que se le impone a alguien que se negaba a someterse a las pruebas de alcoholemia; y, en cambio, en un sentido estimatorio en el caso de la Sentencia 13/1991 sobre la Mesa Nacional de Herri Batasuna por considerar desproporcionada la pena establecida en el Código penal por colaboración con banda armada u organización terrorista.

En las tres Sentencias se acoge un criterio técnico de proporcionalidad *en el campo penal* que exige que exista relación entre la gravedad de la infracción y la entidad de la pena. Se entiende que el legislador se ha atendido al principio siempre que la pena se justifique aplicando el test de la proporcionalidad, esto es, que exista necesidad de tipificación penal, dado el ataque que sufre el bien jurídico correspondiente, que la medida sea adecuada y, por último, que suponga una intervención mí-

nima que no ponga en peligro la adecuación o idoneidad, así como la necesidad o justificación de la medida.

El Tribunal sólo puede controlar la proporcionalidad de la pena en casos extremos, ya porque la intervención penal no esté justificada o porque la misma sea manifiestamente excesiva. Así no procede la revisión jurisdiccional en los dos primeros casos aludidos en los que, efectivamente, se desestiman los amparos. Pero sí debe verificarse el control en el tercero de los supuestos, toda vez que la conducta castigada —se trataba de la cesión del espacio electoral correspondiente a H B a la organización terrorista ETA— sin poder exhibir causa de justificación, si que sufre un rigor inconstitucional, dado el mayor margen de la libertad de expresión durante los periodos electorales y los efectos inhibitorios que un castigo penal como el tipificado ha de tener sobre el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de asociación y expresión.

En realidad esta sentencia sobre la Mesa Nacional de HB es severamente discutible en sus bases doctrinales. Primero, porque el principio de proporcionalidad es un principio constitucional implícito que difícilmente puede operar como canon separado y abstracto de constitucionalidad, que es lo que ocurre en esta sentencia, a pesar de las observaciones y protestas en ese sentido del propio Tribunal. Y, en segundo lugar, porque la decisión sobre la procedencia y, en su caso, alcance de la penalización, de acuerdo con el criterio sentado por el propio Tribunal, es de naturaleza política y técnica y debe estar en manos del legislador.

En este caso concreto además, la decisión del Tribunal Constitucional es cuestionable, pues ni puede aceptarse que durante el período electoral desaparezcan los límites a la libertad de expresión, ni parece admisible que el castigo del abuso de la libertad de expresión se considere inhibitorio del ejercicio de la misma.

VI. LÍMITES Y JUEZ

Hasta ahora nuestras observaciones sobre la limitación de los derechos fundamentales se refieren a la intervención del legislador. En realidad la suerte de los derechos compete al *juez* en cuyas manos está la protección efectiva de los mismos. Al juez constitucional le corresponde la verificación de la corrección de la limitación llevada a cabo en la aplicación judicial de los derechos por todo tipo de órganos jurisdiccionales, sabiendo que esa intervención no es mera decisión sino decisión, que además de obligatoria, se hace de acuerdo con una fundamentación o doctrina que fija el alcance de los derechos, expresada

cuando en un supuesto concreto se produce una colisión de los mismos entre sí o con otros bienes constitucionales. De otro lado, a través ya no del amparo sino de los recursos o las cuestiones, puede pedirse un pronunciamiento del Tribunal acerca de la corrección constitucional de la limitación llevada a cabo por el legislador.

La labor de aplicación del juez no es ejecución mecánica de las previsiones legales, sino interpretación cuidadosa, juicio práctico, ponderación o concretización que se llevan a cabo de conformidad con la ley, pero con un margen de apreciación suficiente, de manera que los límites del respeto del contenido esencial y la exigencia de acomodación a los requisitos del principio de proporcionalidad deben observarse no sólo por el legislador sino por el juez, que es quien decide sobre el efectivo alcance, en cada caso concreto, del derecho fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- F. RUBIO, «Los Derechos Fundamentales» *Claves*, Nº 75, Madrid 1997.
- J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales, concepto y garantías* Madrid Madrid 1996.
- M. ARAGÓN, *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid 1998.
- P. CRUZ, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española Derecho Constitucional*, nº 25 (1989) «Dos cuestiones de titularidad de los derechos fundamentales: los extranjeros; las personas jurídicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35 (1992).
- BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del derecho*. Madrid 1992.
- J. SOLOZÁBAL. «Algunas Cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales». *Revista de Estudios Políticos*, nº 71. «La libertad de expresión desde la Teoría de los derechos fundamentales» *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32. «Los derechos fundamentales en la Constitución española» *Revista de Estudios Políticos*, nº 105. «Principialismo y Orden Constitucional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 2.
- A. CARRASCO, «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional» *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11 (1984).
- J.C.GAVARA de CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Madrid 1994.
- M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid 1996.
- I. DE OTTO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Cons-

- titución». En I de OTTO y L. MARTÍN-RETORTILLO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid 1998.
- M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. München, 1985.
- L. DíEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. Vol I. Sexta edición. Madrid 1988.
- J. BARCELONA LLOPI Voz «Orden Público» en *Enciclopedia Jurídica Civitas* Madrid 1995.
- A. LÓPEZ CASTILLO, *La libertad religiosa en la Jurisprudencia Constitucional* Madrid 2002.
- F. CAAMAÑO, *La garantía constitucional de la inocencia*. Madrid 2003.
- J. BARNES «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario» *Revista de Administración Pública* 135 (1994).
- J. M. BILBAO y F.REY «Veinte años de Jurisprudencia sobre la igualdad constitucional» en *La Constitución y la Práctica del Derecho*, tomo I, edición de M. ARAGON y J. MARTINEZ-SIMANCAS.
- P. HÄBERLE *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs 2 Grundgesetz*, 3 Auflage, Heidelberg, 1983.
- PIEROTH UND SCHLINK *Grundrechte. Staatsrecht II*. Heidelberg, 1999.
- P.LERCHE «Schutzbereich, grunrechtsprägung, grunrechtseingriff» en ISENSEE Y KIRCHHOF (eds). *Handbuch des Staatsrechts*. Heidelberg, 1987, tomo II.
- E. W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2ª ed. Berlín, 1981.
- F. OSSENBÜHL, «Rechtsverordnung», en J. ISENSEE Y P. KIRCHOFF (EDS.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III Heidelberg 1987, pág. 389.