



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)

**LA GARANTÍA DEL
CONTENIDO ESENCIAL DE
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN LA
CONSTITUCIÓN EUROPEA**

TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ
*Profesor Titular de Escuela Universitaria de
Filosofía del Derecho de la Universidad Miguel Hernández*

ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE
*Profesor Titular de Filosofía del Derecho
de la Universidad Miguel Hernández*

SUMARIO: I. Introducción.- II. El artículo 52.1 de la Constitución europea: una apuesta por la teoría absoluta sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales.- III. El debate sobre la teoría absoluta. 1. Las posiciones contrarias a la teoría absoluta. 2. Las posiciones favorables a la teoría absoluta.- IV. Crítica a la teoría absoluta.- V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo II-112 de la Constitución europea, en relación con el alcance e interpretación de los derechos y principios reconocidos en la Carta de derechos fundamentales, establece: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

Este precepto, cuya redacción apenas ha sufrido alteración alguna respecto a la Carta de Derechos Fundamentales aprobada en la Cumbre de Niza de 2000, consagra la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, siguiendo así la estela de la Constitución alemana de 1949, primer texto que plasmó esta cláusula, y de muchos otros textos constitucionales europeos que lo han hecho con posterioridad, entre ellos la Constitución española de 1978¹.

La garantía del contenido esencial fortalece la posición de los derechos fundamentales frente a cualquier actuación de los poderes públicos, en especial del legislador, que pretenda lesionarlos o restringirlos. Por esta razón, se puede afirmar que constituye un pilar básico del neoconstitucionalismo, cuya característica más notable acaso sea el reconocimiento de que la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales representan el núcleo del bien común en una comunidad política, al cual debe orientarse de manera efectiva, y no meramente programática, toda la acción de los poderes públicos.

¹ Cfr. Peter HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, presentación y estudio preliminar de Francisco Fernández Segado, traducción de Joaquín Brage Camanazo, Madrid, Dykinson, 2003, p. LXVII. Además de consagrar la garantía del contenido esencial, este precepto ha supuesto también la constitucionalización del principio de proporcionalidad que desde hacia años venía siendo aplicado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sobre el particular, cfr. Ángel RODRÍGUEZ, *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 312-325.

La doctrina ha discutido durante más de medio siglo qué significado y alcance cabe otorgar a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Esta discusión ha generado, especialmente en Alemania, una abundante literatura. No debe extrañar el interés suscitado, pues la respuesta que se ofrezca traspasa el terreno de la dogmática constitucional y alcanza los fundamentos filosófico-políticos y jurídicos de la comunidad política. Por esta razón, es enormemente relevante examinar el tratamiento de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Constitución europea.

II. EL ARTÍCULO II-112 DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA: UNA APUESTA POR LA TEORÍA ABSOLUTA SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Según la primera parte del art. II-112, más arriba citado, los derechos fundamentales pueden ser restringidos mediante ley, siempre y cuando dicha restricción no se extienda a su contenido esencial. La segunda parte del precepto precisa el alcance de la restricción en un doble sentido:

a) Sólo se podrán restringir los derechos y libertades reconocidos en la Carta para alcanzar objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea o para proteger los derechos y libertades de los demás.

b) Cualquier restricción deberá respetar el principio de proporcionalidad.

La Constitución europea, por tanto, admite genéricamente la posibilidad de limitar o restringir los derechos fundamentales, en lugar de referirse a la regulación del ejercicio de los derechos, tal y como hace con mayor precisión el art. 53.1 de la Constitución española. En este sentido, el precepto se asemeja bastante al artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que también menciona expresamente la posibilidad de restringir los derechos fundamentales, aunque en el precepto alemán no se admite dicha posibilidad con carácter general². En nuestra opinión, la referencia que la Constitución española realiza a la regulación del ejercicio resulta mucho más afortunada, habida cuenta de que la

² El art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn dispone en su primer párrafo: «Cuando según esta Ley Fundamental un derecho pueda limitarse por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso singular. Además la ley tiene que designar el derecho fundamental». El segundo párrafo añade: «En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial».

restringibilidad de los derechos fundamentales es cuanto menos discutible a la luz de los principios que inspiran el neoconstitucionalismo. En efecto, si la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales constituyen el centro de actuación de los poderes públicos, cualquier restricción de los derechos fundamentales representa una actuación que debe ser vista con desconfianza. Ciertamente, el art. 52.1 de la Constitución europea admite con cautelas la posibilidad de introducir restricciones; pero, insistimos, parece más coherente con los principios del neoconstitucionalismo que la principal actividad del legislador en relación con los derechos fundamentales consista en fortalecer su protección a través de la regulación de su ejercicio, como indica el art. 53.1 de la Constitución española.

Debe destacarse además que el precepto considera que la protección de cualquier objetivo de interés general reconocido por la Unión puede justificar la restricción de un derecho fundamental. Son evidentes, pues, las amplias posibilidades que se ofrecen para introducir restricciones, al no especificarse si debe tratarse de objetivos de interés general explícitamente reconocidos en la Constitución europea o no. Junto a estos objetivos de interés general, la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás también permite justificar las restricciones de derechos. De este modo, se está reconociendo implícitamente que se pueden producir conflictos entre los derechos fundamentales.

Ante la amplitud de las razones que justificarían la restricción de los derechos fundamentales, cobran particular importancia las garantías para evitar su completa relativización. La primera parte del precepto alude al necesario respeto del contenido esencial del derecho que vaya a ser restringido. El inciso final añade que la restricción en cuestión deberá respetar también el principio de proporcionalidad.

El precepto, pues, distingue claramente ambas garantías; es decir, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales no se reduce a exigir el respeto del principio de proporcionalidad. Ello muestra que no es posible interpretar la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales prevista en la Constitución europea según las tesis de la denominada teoría relativa.

En el debate que se ha producido en Alemania desde 1949 en torno al alcance de la garantía del contenido esencial, han venido a cristalizar principalmente dos posiciones doctrinales divergentes: la teoría relativa y la teoría absoluta. Pues bien, según la teoría relativa, la garantía del contenido esencial se limitaría a exigir que cualquier restricción que se efectúe sobre un derecho fundamental esté suficientemente justificada. El test que se aplica para examinar esta

justificación es el principio de proporcionalidad, que consta de tres elementos: el examen de la adecuación de la medida restrictiva a la consecución del fin que se propone; el análisis de la necesidad de restringir el derecho fundamental, al no existir una medida adecuada menos gravosa; y, finalmente, el denominado «principio de proporcionalidad en sentido estricto», que consiste en valorar si los bienes que se obtienen con la restricción son mayores que los costes que se derivan de ella. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales no supondría, pues, ninguna protección adicional al respeto del principio de proporcionalidad. Conclusión que nos situaría ante la paradoja de no saber muy bien la función que desempeña la garantía del contenido esencial, pues parece lógico que ante la ausencia de dicha cláusula cualquier restricción sobre un derecho fundamental requiera una especial justificación. Pero la principal objeción que debe afrontar la teoría relativa cabría formularla así: ¿Puede admitirse que existan bienes de tal importancia que su protección justifique la completa restricción de los derechos fundamentales, cuando éstos se reconocen como la base axiológica de la comunidad política, y por tanto adquieren una posición institucional central? La teoría relativa responde que en determinadas circunstancias sí es posible. Sin embargo, no parece sencillo conciliar esta tesis con la centralidad de los derechos fundamentales en los ordenamientos constitucionales contemporáneos.

Ante el riesgo evidente de relativización de los derechos fundamentales que supone la teoría relativa, cobra fuerza la denominada teoría absoluta, que no identifica garantía del contenido esencial y principio de proporcionalidad. Según la teoría absoluta, sería posible separar en todo derecho fundamental un «núcleo duro» que representaría el contenido esencial del derecho y, por ello, resultaría irrestrictible, y un contenido accesorio o accidental sobre el que sí que sería admisible introducir restricciones, siempre que se respetara el principio de proporcionalidad.

Da la impresión de que el art. II-112 de la Constitución europea asume las tesis de la teoría absoluta. De este modo, el riesgo de relativización de los derechos fundamentales se evita, al menos en relación con el «núcleo duro» del derecho en cuestión. Sin embargo, esta teoría no está exenta de dificultades teóricas que deben ser cuidadosamente examinadas, dada su aparente consagración en la Constitución europea.

III. EL DEBATE SOBRE LA TEORÍA ABSOLUTA

La teoría absoluta ha sido objeto de una intensa polémica. Trataremos de hacer un examen de la recepción de este debate en la doctrina española, que nos

servirá para —en el epígrafe siguiente— desarrollar nuestras propias conclusiones.

1. Las posiciones contrarias a la teoría absoluta

La teoría absoluta divide en dos partes —una esencial y otra accidental— el derecho fundamental. Sin embargo, los derechos fundamentales se reconocen en su integridad, precisándose sólo en ocasiones las facultades de actuación y/o el ámbito de la personalidad que protegen. Por lo tanto, lo primero que hay que señalar es que ese supuesto «núcleo duro» o esencial del derecho fundamental tendrá que ser determinado a través de la interpretación.

Este hecho motiva una primera crítica a la teoría absoluta. Gavara de Cara señala que el contenido esencial no puede ser determinado «con certeza y seguridad jurídica, en un momento anterior a la intervención del Tribunal Constitucional, puesto que es la última instancia de decisión»³. En opinión de este autor, «[e]sta necesidad de determinación corre el riesgo de sobrepasar la interpretación y aplicación de las normas constitucionales y se encuentra próxima a la creación de las normas constitucionales. Debe tenerse en cuenta que el contenido esencial o núcleo mínimo que es indisponible por el legislador no está determinado por el texto constitucional. Por este motivo, el Tribunal Constitucional debe recurrir a algún criterio extracontextual o al margen de la Constitución con el fin de precisar su determinación»⁴. La teoría absoluta otorgaría, pues, al órgano jurisdiccional encargado de determinar en última instancia cuál es el núcleo esencial del derecho fundamental —en el caso de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— unas posibilidades interpretativas excesivas. Sin embargo, no parece que este argumento sea excesivamente consistente, pues otro tanto sucede cuando se trata de establecer si una restricción respeta el principio de proporcionalidad —teoría relativa—, o de determinar el contenido de un derecho fundamental sin distinguir entre partes esenciales o accidentales. ¿Acaso en estos casos la argumentación jurídica puede quedar limitada a una interpretación gramatical y sistemática de la Constitución? No cabe duda de que el carácter abierto de los preceptos sobre derechos fundamentales posibilita una interpretación jurídica altamente creativa por parte de los órganos jurisdiccionales, en la que cobran

³ Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, prólogo de Francesc de Carreras, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 270 y p. 231.

⁴ *Ibid.*, p. 271.

especial relevancia los argumentos teleológicos. De lo que se trata es de orientar correctamente esas amplias posibilidades argumentales. Ante un caso concreto es posible que se entienda que una determinada medida restrictiva viola el «núcleo esencial» de un derecho fundamental, el derecho fundamental sin más consideraciones, o, finalmente, que la medida no está suficientemente justificada por no respetar el principio de proporcionalidad. En los tres casos se pueden requerir valoraciones que vayan más allá del texto constitucional.

Pero la principal crítica que se hace a la teoría absoluta consiste en la división en dos partes del derecho fundamental. Como hemos señalado en otro lugar, la división que propone la teoría absoluta será con frecuencia completamente artificial y técnicamente insostenible, pues, además de que el texto constitucional reconoce los derechos fundamentales en su integridad, el control de constitucionalidad de las disposiciones legislativas lo constituiría en ese caso tan sólo una parte de la norma constitucional en la que se reconoce el derecho, y no la totalidad de éste⁵. Además, la teoría absoluta «descansa en una interpretación decimonónica de los derechos fundamentales, que vería en éstos tan sólo derechos frente al Estado, y que reduciría el papel de éste último a una tutela pasiva o a una actuación limitadora de los derechos, sin tener en cuenta que hoy al legislador incumbe crear las condiciones que hagan posible el ejercicio efectivo de los derechos»⁶.

La artificialidad de la distinción entre contenido esencial y contenidos accidentales de los derechos fundamentales se advierte bien en la STC 11/1981, de 8 de abril, que la mayoría de la doctrina considera favorable a las tesis de la teoría absoluta. En esta sentencia el Tribunal Constitucional admitió la constitucionalidad de un Decreto-Ley que establecía la ilicitud de las huelgas de celo, argumentando que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en la cesación en el trabajo, independientemente de las manifestaciones o modalidades que dicha cesación pueda revestir. La distinción entre contenido esencial y contenido accidental se manifiesta en este caso netamente artificial: «o bien la huelga de celo constituye una de las manifestaciones del derecho de huelga constitucionalmente reconocido, y entonces tal manifestación de la huelga debe ser objeto de la misma protección que cualesquiera otra, o bien el derecho fundamental a la huelga se circunscribe a la cesación en el trabajo, que es lo que en definitiva sostiene el Tribunal Constitucional, a mi juicio con

acuerdo, y entonces la huelga de celo no puede reclamar en absoluto la protección de los derechos fundamentales; pero lo que resulta cuando menos artificial es pensar que la huelga de celo forma parte del contenido del derecho de huelga, pero sólo con carácter accidental»⁷.

Finalmente, hay que observar que, como consecuencia de la artificial distinción que propone la teoría absoluta, existe la posibilidad de que esta teoría se desplace hasta la teoría relativa, es decir, ante la imposibilidad de determinar cuál es el «núcleo esencial», se puede concluir evaluando la admisibilidad de una restricción acudiendo al principio de proporcionalidad⁸. En el tercer epígrafe de este trabajo pretendemos desarrollar de un modo más completo nuestros argumentos frente a la teoría absoluta, siguiendo las pautas apuntadas.

Recientemente se ha pronunciado también de forma crítica frente a lo que él denomina «teoría espacial-absoluta» del contenido esencial Bernal Pulido, en el contexto de un extenso estudio acerca del principio de proporcionalidad. A su juicio, la teoría absoluta «es intuicionista por definición. Confía en la existencia y en el funcionamiento de una especie de «intuición colectiva» [para determinar el núcleo esencial e intangible del derecho fundamental]»⁹. Esto le hace sumarse a Gavara de Cara en su crítica al excesivo poder para controlar las leyes que esta teoría atribuye al Tribunal Constitucional, o a cualquier otro órgano jurisdiccional que en último término vele por la adecuación de las leyes a la Constitución. Además, opina que la teoría absoluta «desampara la libertad de configuración de la Constitución que tiene el Legislador»¹⁰.

Bernal Pulido también analiza la aplicación de la teoría absoluta en la STC 11/1981. Como se recordará, en esta sentencia el Tribunal Constitucional propone dos caminos para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales. El primero de ellos consiste en «tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general los especialistas en Derecho... El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en

⁵ Cfr. Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 31. Cfr. también Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, cit., pp. 271-272.

⁶ Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, cit., p. 32.

⁷ Ibid., p. 31.

⁸ Ibid., p. 33.

⁹ Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad*, prólogo de José Luis Cascajo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 407.

¹⁰ Ibid., pp. 407-408.

este sentido se puede hablar de una reconocibilidad del tipo abstracto en la regulación concreta... Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito... Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trate y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales» (fundamento jurídico 8º). Bernal critica el «exagerado credo cognitivista del Tribunal», pues, en su opinión, no es en absoluto evidente que los derechos tengan una naturaleza susceptible de ser reconocida por todos; que dicha naturaleza se pueda definir a través de las convicciones generales de los juristas; o, finalmente, que puedan conocerse qué normas adscritas y posiciones —conceptos que toma de Alexy— son necesarias para que el derecho no pierda su naturaleza. Por todo ello, sostiene que mediante este camino el Tribunal Constitucional español no ofrece «ningún criterio adicional al mero intuicionismo, para definir lo que deba entenderse por contenido esencial y para distinguirlo del contenido accidental»¹¹.

El segundo camino que propone el Tribunal Constitucional español para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental «consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten, real, concreta y efectivamente protegidos» (fundamento jurídico 8º). Tampoco le parece aceptable a Bernal esta vía, que califica de «subjetiva», pues a su juicio «no existe un criterio intersubjetivo claro, para establecer en todos los casos si uno de los específicos intereses subjetivos protegidos por el derecho fundamental pertenece al núcleo o a la periferia»¹².

En nuestra opinión, la crítica de Bernal resulta insuficiente. La teoría absoluta es una teoría sobre la estructura de los derechos fundamentales, según la cual éstos constan de un «núcleo esencial» y de otra parte accesorio o accidental. Bernal se limita a desechar los caminos para la captación del «núcleo duro» del derecho que propone el Tribunal Constitucional español por considerarlos que no son racionalmente justificables, y se reducen a la mera intuición. Pues bien, por una parte habría que explicitar con mayor rigor y profundidad por qué se considera que el modo de interpretación propuesto por el Tribunal

¹¹ Ibid., p. 410.

¹² Ibid., p. 413.

Constitucional en la sentencia 11/1981 es intuicionista, y en qué sentido se emplea este término. Y, por otro lado, el que la teoría absoluta se haya podido traducir en algún caso en un modo de argumentación intuicionista no autoriza a afirmar que se trate de una teoría intuicionista por definición. Ciertamente, quizá no sea posible conocer con exactitud cuáles son los perfiles del tipo abstracto de cada derecho fundamental que lo hacen reconocible, y tampoco es seguro que se alcance un acuerdo unánime respecto a los intereses jurídicos protegidos por el derecho en cuestión. Sin embargo, no parece acertado dar a entender que aquellos métodos que no conducen a resultados seguros deben ser considerados intuicionistas. En nuestra opinión, el Derecho, como saber práctico, se mueve en el terreno de lo razonable, de lo plausible, no de lo unívoco o exacto. Por esta razón, no debe rechazarse sin más que pueda ser sólida y razonable una interpretación que, por ejemplo, apelando a los intereses jurídicamente protegidos, se atreva a precisar el «núcleo duro» de un determinado derecho fundamental.

2. Las posiciones favorables a la teoría absoluta

En un trabajo pionero sobre la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en España, Parejo Alfonso se adhiere a la teoría absoluta¹³. Este autor cree que la garantía del contenido esencial representa una garantía institucional¹⁴, y rechaza explícitamente que «contenido esencial» sea equivalente a mero contenido de los derechos. Tras recoger los criterios de la STC 11/1981, mantiene que la esencialidad se refiere a «aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la *reconocibilidad*¹⁵ jurídica del derecho en cuanto tal, tanto en su aspecto interno (haz de facultades) como en su aspecto externo (protección de la que goza)»¹⁶. En su trabajo no se cuestiona si resulta admisible la división del derecho en dos partes, y se confía, sin realizar un ulterior desarrollo de la

¹³ Luciano PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 3 (1981), pp. 169-190.

¹⁴ En este punto coincide claramente con la posición de Peter HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., pp. 221-222. En relación a la conexión existente entre la teoría absoluta y la teoría de la garantía institucional, cfr. Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, cit., pp. 228-232.

¹⁵ Énfasis añadido.

¹⁶ Luciano PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial de los derechos fundamentales...», cit., p. 187.

cuestión, en la posibilidad de determinar ese «núcleo esencial», al sostenerse que, pese a ser un concepto jurídico indeterminado, con él se puede operar técnicamente¹⁷.

Entre los partidarios de la teoría absoluta se cuenta también Medina Guerrero, si bien su posición no está exenta de vacilaciones, ni se encuentra tampoco, a nuestro juicio, suficientemente argumentada. Concretamente, Medina comienza mostrándose cauteloso ante la posibilidad de admitir sin previa argumentación que el contenido esencial sea una «parte definible y cierta del contenido total de un derecho protegido por la Constitución»¹⁸. Sin embargo, en el capítulo final de su libro afirma que la escisión del derecho en dos partes es una «consecuencia obligada de la concepción espacial de la estructura de los derechos fundamentales a la que necesariamente conduce la teoría absoluta del contenido esencial»¹⁹, sin haberse detenido a analizar críticamente si esa concepción espacial y, por tanto, la teoría absoluta, resultan admisibles.

Medina opina que los criterios establecidos por la STC 11/1981 para precisar cuál es el «núcleo esencial» de los derechos fundamentales son «razonables y suficientemente nítidos en orden a determinar cuál es el núcleo plenamente irreductible de cada derecho fundamental, que, por definición, resulta intangible incluso para el legislador limitador de los derechos fundamentales»²⁰. No obstante, observa que la aplicación de dichos criterios en la STC 11/1981 condujo a precisar no el «núcleo esencial» del derecho a la huelga, sino el contenido constitucionalmente protegido por ese derecho fundamental. Coincide, pues, con nuestro análisis respecto de esta sentencia, si bien ello no le lleva a concluir la artificialidad de la distinción entre contenido esencial y contenidos accidentales de los derechos; más bien al contrario, pues entiende que esta decisión, «al definir tan ampliamente el contenido esencial del derecho de huelga, podía fomentar el equívoco de equiparar el contenido esencial con el contenido constitucionalmente protegido *prima facie* del derecho (o contenido total)»²¹.

En definitiva, Medina concluye admitiendo la división en dos partes de los derechos fundamentales, en dos círculos concéntricos que ganan en «relevancia para identificación»²² del propio derecho, a medida que se van aproximando al

¹⁷ Ibid., p. 188.

¹⁸ Manuel MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 146.

¹⁹ Ibid., p. 168.

²⁰ Ibid., p. 152.

²¹ Ibid., p. 155.

²² Énfasis añadido.

centro»²³. Así, en el círculo exterior «se ubican aquellas facultades o posibilidades de actuación concretas que, aunque directamente relacionadas con el bien jurídico encarnado en el derecho, pueden ser eventualmente sacrificados en aras de la defensa de otros derechos o bienes constitucionales, sin que por ello aquél deje de ser reconocible o se impida la salvaguarda de los intereses para cuya protección se confiere el derecho. En el círculo más íntimo habrían, pues, de situarse aquellas otras sin cuya presencia es ilusorio mantener la pervivencia del derecho, bien porque resulta desnaturalizado, bien porque se anula su eficacia protectora de los mencionados intereses»²⁴.

La posición de Prieto Sanchís, aun en el marco de la teoría absoluta, reviste ciertos matices de significación. En uno de sus principales libros, *Estudios sobre derechos fundamentales*, se halla una primera indagación respecto a la garantía del contenido esencial. Prieto también atiende a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la STC 11/1981 para delimitar el contenido esencial, y extrae las siguientes conclusiones: «Primero, que, efectivamente, el contenido esencial de un derecho comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible, que impiden su desaparición o su transformación en otra cosa. Segundo, que para la determinación del contenido esencial no basta acudir a la Constitución, sino que ha de indagarse en la esfera de los conceptos jurídicos tradicionales, atender a las ideas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas; en definitiva, que el contenido esencial no coincide con el contenido constitucionalmente declarado. En tercer lugar, que se trata de un concepto de valor absoluto y no relativo, es decir, que cualesquiera que fueren las circunstancias invocadas para la limitación del derecho, éste ha de conservar siempre sus rasgos esenciales»²⁵. La segunda de estas conclusiones pone de relieve el importante papel a desempeñar por el órgano jurisdiccional —en este caso el Tribunal Constitucional español—, encargado de velar en último término por el respeto de la garantía del contenido esencial. En cierta medida esto puede suponer, en opinión de Prieto, un problema, dado que la determinación del contenido esencial exige juzgar las leyes con parámetros extraconstitucionales, al acudir a conceptos e ideas jurídicas tradicionales. Sin embargo, más adelante matiza su opinión, al afirmar que conceptos jurídicos indeterminados, como la garantía del contenido esencial, por su mero reconocimiento constitucional representan ya «un condicionamiento del proceso interpretativo que, de otro

²³ Ibid., p. 169.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 143-144.

modo, sería aún más libre»²⁶. Por otra parte, la tercera conclusión pone de relieve que, si bien Prieto considera que al valorar la admisibilidad de una restricción los jueces deben tener en cuenta el principio de proporcionalidad, «la cláusula del contenido esencial constituye un parámetro independiente y distinto al de proporcionalidad»²⁷.

Prieto ha precisado sus tesis en un trabajo más reciente. En él reconoce explícitamente que la teoría relativa «en hipótesis podría conducir al sacrificio completo del derecho si la protección de algún bien constitucional en conflicto así lo recomendase»²⁸. También señala que la teoría absoluta ofrece las bases de una interpretación satisfactoria del contenido esencial como garantía autónoma de los derechos, y entiende que ésta ha de entenderse como «una barrera insuperable que se eleva una vez que la disposición restrictiva se acredita en sí misma como razonable o suficientemente justificada»²⁹.

Pero la principal novedad radica en que Prieto cree que la cláusula del contenido esencial, más que un concepto indeterminado, es un concepto impredecible, y, en su opinión, la razón de ello radica en que «así como es posible argumentar acerca de la justificación o adecuación de una ley limitadora, la distinción entre lo esencial y lo accidental no deja de ser un tanto artificial y arbitrari[a]»³⁰. Surge inmediatamente la pregunta de cómo es posible mantener la teoría absoluta reconociendo que el «núcleo duro» de un derecho no sólo no es racionalmente cognoscible, sino que no existe, es un artificio. A ello responde Prieto que la cláusula de garantía del contenido esencial serviría de contrapunto a los argumentos ponderativos, esto es, que «el simple hecho de que exista la cláusula obliga (o debería obligar) a los jueces a pronunciarse sobre la misma en todos los casos en que estuviera en juego un derecho fundamental; y ese pronunciamiento ya no miraría hacia el otro bien constitucional en pugna, que es lo que suele suceder cuando se pondera, sino hacia el derecho en sí mismo considerado, preguntándose qué es lo que queda de él tras la regulación legislativa. No se trata, por cierto, de preservar «una parte» del derecho como esfera intocable, olvidándose de la «otra parte», pues sólo metafóricamente cabe hablar de «partes» en el contenido de un derecho; de lo que se trata más bien es de comprobar si al final de la regulación legislativa el derecho fundamen-

²⁶ Ibid., p. 146.

²⁷ Ibid., p. 144.

²⁸ Luis PRIETO SANCHÍS, «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», en *Derechos y Libertades*, nº 8 (2000), p. 438.

²⁹ Ibid., p. 439.

³⁰ Ibid., p. 440.

tal puede seguir siendo reconocible como perteneciente al tipo descrito en la Constitución según los criterios de significado de nuestro lenguaje y cultura jurídica»³¹.

Esta respuesta plantea muchas incógnitas. Por ejemplo, ya no se habla de «núcleo esencial» del derecho, pero en contrapartida se exige que tras la posible restricción legislativa el derecho fundamental siga siendo «reconocible». En los criterios de la STC 11/1981, uno de los caminos para descubrir el «núcleo esencial» del derecho consistía en determinar «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho [fuera] reconocible». No está suficientemente claro si esto no es exactamente lo mismo que dice Prieto, pues, según él, la restricción no violaría el contenido esencial si el derecho, tras la restricción, puede seguir siendo reconocible. ¿Pero qué significa aquí la reconocibilidad del derecho?, ¿acaso que permanezcan intactas determinadas facultades básicas que el derecho otorga a su titular? Sí es así, se estaría de acuerdo con el Tribunal Constitucional, y, por tanto, se estaría admitiendo implícitamente que todo derecho fundamental otorga unas facultades básicas que deben permanecer a salvo de la acción de legislador, mientras que otras facultades pueden ser justificadamente restringidas, esto es, que existe un «núcleo esencial» y otro «accesorio». Y si no es esta la reconocibilidad a la que se refiere Prieto, habrá que convenir que su posición se encuentra más próxima a la teoría relativa que a la teoría absoluta. En efecto, Prieto subraya que la presencia de la cláusula del contenido esencial exige que en la aplicación del principio de proporcionalidad se pondere adecuadamente el «peso axiológico» de los derechos fundamentales, de tal forma que sólo se admita su restricción cuando ésta sea absolutamente imprescindible, y, además, no haga irreconocible al derecho. Si esta reconocibilidad no se entiende en el sentido apuntado por el Tribunal Constitucional, no nos encontramos sino ante un elemento más, por lo demás notoriamente impreciso, del test que debe aplicarse para analizar si las restricciones de los derechos fundamentales se encuentran justificadas, en la línea apuntada por la teoría relativa.

Nos detendremos, por último, en el análisis de la posición de Rodríguez-Toubes, quien teniendo a la vista las tesis de Martínez-Pujalte, sostiene decididamente que la distinción entre un contenido «esencial» y otro «no esencial» de los derechos fundamentales es viable, y, además, en contra de lo que mantiene la doctrina mayoritaria, afirma que «[l]a garantía de la proporcionalidad es si cabe más difícil de precisar que la del contenido esencial»³².

³¹ Ibid., pp. 440-441.

³² Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 198.

Dos son las vías de argumentación que aporta este autor en defensa de la divisibilidad de los derechos fundamentales. La primera de ellas se basa en el tenor literal del art. 53.1 CE, mientras que la segunda consiste en presentar diversos ejemplos, en su opinión suficientemente significativos, que prueban la pertinencia de dicha división.

En primer lugar, sostiene Rodríguez-Toubes que «la distinción entre un contenido esencial y otro no esencial en los derechos fundamentales no sólo es posible, sino que es necesaria para no privar de sentido literal al artículo 53.1 CE»³³. Lo mismo cabría afirmar, por tanto, en relación con el art. II-112 de la Carta de derechos fundamentales de la Constitución europea. Según Rodríguez-Toubes, nuestra posición no habría tenido suficientemente en cuenta este argumento textual, mientras que a él le parece «un tanto vací[a] cualquier elaboración dogmática que pase por alto el hecho de que el art. 53.1 habla de “contenido esencial”»³⁴. Es evidente, pues, que, a juicio de este autor, si algo se reputa esencial es porque existe algo que no lo es, e ignorar esta circunstancia implica forzar hasta un extremo inaceptable el tenor literal del precepto. Ciertamente, en muchas ocasiones el término «esencial» se contrapone a aquello que resulta menos importante, accidental. Sin embargo, es posible otra interpretación del término, como pone de relieve Andrés Ollero: «No parece fácil ponerse de acuerdo sobre qué sea eso —tan poco positivista— del contenido esencial. Quizá porque más de uno de los que abordan la cuestión se olvida de algo bien simple: la esencia tiene a la existencia por obligada pareja. Así se entiende mejor que —como acertadamente se nos sugiere lo esencial no sea una «parte» del derecho (como la esencia no es una parte de lo existente), sino aquello que hace que lo existente (todo) sea lo que es y no otra cosa. No hay, pues, en efecto «contenidos no esenciales» de derecho alguno (como no hay elemento existencial alguno desprovisto de esencia)»³⁵. Así, pues, el argumento textual al que se refiere Rodríguez-Toubes no conduce necesariamente a la interpretación que él propone. No obstante, hay que señalar también que la redacción del art. 52.1 de la Constitución europea, al admitir genéricamente la posibilidad de que los derechos fundamentales se limiten mediante ley, siempre que no se vulnere su contenido esencial, favorece la interpretación que ofrece Rodríguez-Toubes. No sucede así en el caso de la Constitución española.

La segunda de las vías de argumentación de este autor consiste, como decíamos, en ofrecer ejemplos que prueban la pertinencia de la división de los

³³ Ibid., p. 208.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Andrés OLLERO TASSARA, «Prólogo» a Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, cit., p. 10.

derechos fundamentales en contenidos esenciales y accidentales. El primero de ellos se refiere al derecho de huelga. En su opinión, junto al contenido esencial y, por tanto, inviolable de este derecho, pueden existir también otros contenidos no esenciales, consecuencia de la actividad legislativa. Así, opina que la exigencia legal de preaviso de los trabajadores huelguistas al empresario, «altera el contenido constitucional del derecho de huelga, pero es aceptable en tanto en cuanto es adecuada a su regulación básica, esto es, respeta su contenido esencial»³⁶. Más adelante, añade: «Se trata de una exigencia introducida por el legislador que simplemente altera el derecho tal como el constituyente lo había configurado, pero —admitámoslo en aras de la argumentación— respeta su contenido esencial. En definitiva, altera una parte no esencial del contenido del derecho fundamental»³⁷.

Otro ejemplo aducido por Rodríguez-Toubes tiene por objeto el derecho a la libertad sindical. Tras admitir que el contenido esencial de este derecho faculta para participar en las elecciones sindicales, entiende que una ley que exigiera como requisito para participar en las elecciones que el sindicato estuviera registrado alteraría el contenido no esencial del derecho.

El tercero de los ejemplos se refiere al caso del objetor de conciencia que para obtener la exención del servicio militar se ve obligado a declarar los motivos de su objeción, de acuerdo con lo previsto en la ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia al servicio militar. Rodríguez-Toubes observa que el art. 30.1 de la Constitución española no establece ninguna limitación al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y, además, el art. 16.1 de la Constitución española dispone que nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Ello le lleva a entender que la ley 48/1984 modificó el contenido del derecho a la objeción de conciencia, y que «el modo más simple de explicar la naturaleza de esta intervención legislativa es reconocer que ha alterado el contenido constitucional (original) del derecho, pero que lo hizo —suponiendo acertada la interpretación del TC— en un aspecto no esencial del mismo, el cual por tanto era disponible para el legislador»³⁸.

El último ejemplo que utiliza, y que a su juicio es todavía más claro, atañe al derecho de sufragio de los deficientes psíquicos. El art. 23 de la Constitución española no les priva de este derecho; sin embargo, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General sí les ha excluido de su ejercicio. Según Rodríguez-Toubes,

³⁶ Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *Principios, fines y derechos fundamentales*, cit., p. 207.

³⁷ Ibid., pp. 207-208.

³⁸ Ibid., p. 209.

dicha restricción es admisible porque «altera sólo un aspecto disponible (no esencial) del mismo, no porque no altere en absoluto el derecho»³⁹. Precisamente, este ejemplo había sido utilizado en el trabajo que toma como base Rodríguez-Toubes para afirmar que dicha intervención legislativa no representaba un «límite ajeno al propio contenido del derecho: si el derecho de sufragio consiste básicamente en el derecho a intervenir en la formación de la voluntad de la comunidad política, parece lógico que para su ejercicio deba requerirse una cierta capacidad básica de formación de la propia voluntad, como presupuesto necesario para intervenir en la formación de la voluntad colectiva»⁴⁰. A juicio de Rodríguez-Toubes no podría afirmarse que esa intervención legislativa no altera el contenido del derecho, habida cuenta que también Martínez-Pujalte había reconocido que la exclusión legal «está evidentemente estableciendo una restricción del derecho fundamental de sufragio reconocido por el art. 23 CE, restricción que no existiría en ausencia de un precepto legal semejante»⁴¹.

Una vez expuestos los ejemplos que utiliza este autor en defensa de su posición, conviene realizar algunas observaciones críticas.

Los dos primeros ejemplos utilizados ponen de manifiesto la distinción que media entre atribuir o reconocer un derecho fundamental y regular su ejercicio. En nuestra opinión, Rodríguez-Toubes no percibe esta diferencia, y en su lugar distingue erróneamente entre contenidos esenciales y no esenciales de los derechos fundamentales. En efecto, las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales atribuyen tales derechos sin establecer los procedimientos y/o formalidades necesarias para su ejercicio. Y el legislador desempeña un papel fundamental en la regulación del ejercicio del derecho, que básicamente consiste en adaptar el ejercicio del derecho a las circunstancias concretas en las que normalmente se desarrolla. Lógicamente, la regulación legislativa originará obligaciones jurídicas que no están presentes en el texto constitucional, puesto que en él sólo se reconoce el derecho de forma genérica. Tales obligaciones no inciden sobre el contenido del derecho, sino sobre su ejercicio. La exigencia del preaviso impuesta por el legislador no incide en el contenido del derecho a la huelga, pese a que genere una obligación jurídica de obligado cumplimiento para el ejercicio del derecho. Otro tanto cabe decir con relación al requisito de registro de los sindicatos.

En los otros supuestos analizados por Rodríguez-Toubes —la obligación de exponer las razones de conciencia por las que se rechaza realizar el servicio

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, cit., p. 81.

⁴¹ Ibidem.

militar, y la privación del derecho de sufragio a los deficientes psíquicos judicialmente declarados— da la impresión de que el legislador va efectivamente más allá de una regulación de los cauces del ejercicio del derecho, y llega a alterar su contenido. Examinemos en qué medida esta impresión es correcta.

Sería perfectamente posible que al regular el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar no se hubiera exigido motivar las razones de la objeción⁴². Otro tanto sucede con la privación a los deficientes psíquicos del derecho de sufragio. Para entender correctamente lo que acontece en estos casos no se debe perder de vista que la regulación del ejercicio del derecho que lleva a cabo el legislador requiere necesariamente que éste interprete su contenido, y que a su vez tenga presentes las circunstancias en las que se va a desenvolver su ejercicio. Por lo tanto, además de establecer los procedimientos y formalidades que regulan el ejercicio del derecho, «el legislador puede concretar el contenido del derecho y sus límites internos»⁴³. En otras palabras, el legislador precisa los perfiles del derecho, su contenido, pero ello no significa que existen contenidos esenciales y accidentales del derecho. No cabe duda de que el contenido del derecho adopta unos perfiles distintos tras la intervención del legislador, pero esto no quiere decir que se haya actuado sobre contenidos no esenciales, como da a entender Rodríguez-Toubes; ni tampoco cabe afirmar que el legislador haya introducido una restricción en el ejercicio del derecho. Por lo tanto, cuando el legislador regula el derecho de sufragio privando a los deficientes psíquicos de su ejercicio no cabe hablar de «restricción», sino de delimitación del contenido del derecho. El concepto de restricción alude al recorte de las posibilidades de acción que se ofrecen al titular de un derecho cuando actúa dentro de los contornos definidos por los límites internos del derecho en cuestión⁴⁴, o en el caso de derechos fundamentales que protegen un ámbito de la personalidad, a la lesión de dicho ámbito definido por los límites internos del derecho. El concepto de «límite interno» alude a todo aquel que se desprende de los perfiles del bien jurídico protegido por cada derecho fundamental⁴⁵. Como ya se ha señalado, «si el derecho de sufragio consiste básicamente

⁴² No obstante, y como hemos indicado en otro lugar, exigir que se expongan las razones por las que se produce la objeción de conciencia no creemos que represente una restricción del derecho a la libertad ideológica. Sobre esta cuestión, vid. Tomás DE DOMINGO PÉREZ, «El derecho fundamental a la objeción de conciencia y su aplicación a la Ley del Jurado», en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 20/21 (1997), pp. 163-166.

⁴³ Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, cit., p. 79.

⁴⁴ Sobre el particular, vid., Tomás DE DOMINGO PÉREZ, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, estudio preliminar de Antonio Luis Martínez-Pujalte, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 95-103.

⁴⁵ Ibidem.

mente en el derecho a intervenir en la formación de la voluntad de la comunidad política, parece lógico que para su ejercicio deba requerirse una cierta capacidad básica de formación de la propia voluntad, como presupuesto necesario para intervenir en la formación de la voluntad colectiva»⁴⁶. Este razonamiento pone claramente de relieve que nos hallamos en el terreno de los límites internos del derecho de sufragio, pues se indaga en torno a las exigencias propias del bien jurídico protegido por este derecho fundamental.

IV. CRÍTICA A LA TEORÍA ABSOLUTA

El repaso de las posiciones favorables a la teoría absoluta no ofrece, en nuestra opinión, argumentos sólidos que justifiquen la división de los derechos fundamentales en contenidos esenciales y accidentales. En el mejor de los casos se asume dicha división, y se ofrecen criterios para la determinación del contenido esencial que lo identifican normalmente con el último reducto de reconocibilidad del derecho, sin que se sepa muy bien qué quiere decirse con este término. Ahora bien, las posiciones críticas con la teoría absoluta requieren asimismo una argumentación más consistente y desarrollada, que permita descartarla definitivamente. Como se ha apuntado, la teoría absoluta es una teoría sobre la estructura de los derechos fundamentales, que afirma que en todo derecho fundamental garantizado por la cláusula del contenido esencial se debe distinguir entre un contenido esencial y un contenido no esencial. Por lo tanto, no parece posible abordar una crítica sólida de la teoría absoluta sin analizar estructuralmente qué es un derecho fundamental⁴⁷. En los límites de

⁴⁶ Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, cit., p. 81. Ciertamente, en este último trabajo se califica como «restricción» la exclusión a los deficientes psíquicos del ejercicio de derecho de sufragio, pero es fácil advertir que este término no se emplea en el sentido preciso en el que lo hemos definido en el texto —como recorte de las posibilidades de acción que se ofrecen al titular de un derecho cuando actúa dentro de los contornos definidos por sus límites internos—, sino más bien en un sentido lato, como sinónimo de «acotación» o «delimitación». Que la posición de Martínez-Pujalte difiere netamente de la de Rodríguez Toubes se advierte con claridad, por el contrario, si se tiene en cuenta que, en relación con la citada exclusión, Martínez-Pujalte subraya expresamente que «no se trata de un límite ajeno al propio contenido del derecho», y que los límites del derecho siempre «han de ser conformes a su contenido constitucionalmente declarado, y no puede existir nunca una restricción del derecho que vulnere ese contenido» (ambas citas en p. 81).

⁴⁷ Sorprende por ello que Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, primera reimpression, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 286-291, cuya teoría es quizá el más acabado intento de desarrollar una teoría

este trabajo no cabe dar cumplida cuenta de esta tarea, pero sí intentaremos al menos ofrecer las líneas maestras que definen la estructura de los derechos fundamentales, y permiten realizar una crítica fundada de la teoría absoluta.

Según Robert Alexy, autor del principal análisis estructural de los derechos fundamentales, estos son derechos subjetivos, concepto sobre el que todavía está lejos de haberse alcanzado un consenso, como él mismo reconoce. Por consiguiente, la dificultad para establecer el concepto y la estructura de los derechos fundamentales está ligada a los problemas que plantea la noción de derecho subjetivo. Pues bien, a juicio de Alexy, una teoría estructural de los derechos fundamentales debe prestar atención primordial a los aspectos analíticos, y, desde este prisma, opina que en relación a los derechos subjetivos es absolutamente relevante la distinción entre norma y posición. Así, señala que «[s]i vale la *norma* individual según la cual *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*, entonces *a* se encuentra en una posición jurídica que está caracterizada por tener frente a *b* un derecho a *G*»⁴⁸.

Por tanto, Alexy entiende que tener un derecho subjetivo consiste en ocupar una posición jurídica que faculta para exigir algo a alguien. Además, añade que tener derecho a algo implica una relación normativa entre tres elementos: el titular del derecho (a), el destinatario (b), y el objeto (G) del derecho⁴⁹. A su juicio, este modo de entender los derechos subjetivos permite distinguir entre «(a) razones para los derechos subjetivos, (b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos»⁵⁰, que, según él, es una de las causas esenciales de la polémica en torno al concepto de derecho subjetivo, sobre todo, entre las distintas variantes de la teoría del interés y de la voluntad.

En nuestra opinión, este planteamiento no recoge todas las posibilidades existentes a la hora de ofrecer un concepto de derecho subjetivo. Una aproximación kelseniana implica poner el énfasis en el punto *c*, y así se mantendría que sólo puede hablarse de derecho subjetivo si existe una capacidad para lograr su imposición. Por otra parte, a esta concepción se ha replicado destacando el

estructural de los derechos fundamentales, al examinar la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, y, en concreto, la teoría absoluta, no se pronuncie explícitamente sobre la posibilidad de admitir la partición del derecho.

⁴⁸ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 178.

⁴⁹ *Ibidem*. Cfr. también, Robert ALEXY, «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», traducción de María Cecilia Añaños Meza, en *Derechos y Libertades*, n° 8 (2000), p. 22.

⁵⁰ Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 178.

punto *a*, y afirmando que tener un derecho no consiste en gozar de esa capacidad de imposición, sino que la clave radica en la razón que justifica el reconocimiento de esa capacidad de imposición⁵¹. Ahora bien, existe una posibilidad que Alexy parece no tener en cuenta, y que consiste en entender como elemento primario del derecho subjetivo aquello que ha sido atribuido o reconocido a un individuo, y cuya protección justifica el reconocimiento de una facultad, protegida por el ordenamiento jurídico a través de los correspondientes mecanismos procesales, para evitar su lesión. Las razones por las que se procede a tal reconocimiento o atribución, pese a su relevancia para justificar el derecho, no se identificarían con él.

Ciertamente, en el pensamiento jurídico moderno ha predominado la idea de que tener un derecho subjetivo equivale a gozar de una facultad para exigir algo a alguien⁵². Sin embargo, en nuestra opinión el elemento radical, en tanto a partir de él pueden explicarse las distintas vertientes que normalmente están presentes en relación a un derecho subjetivo, consiste en aquello reconocido o atribuido a su titular. La posición jurídica que faculta para exigir algo cobra sentido en relación a ello, y no al revés. Asimismo, una buena razón para que se reconozca un derecho no determina su titularidad. Por lo tanto, en contra de lo que sostiene Alexy, creemos que un derecho fundamental no consiste primariamente en gozar de una posición que faculta para reclamar algo, sino que, por el contrario, dicha posición es la consecuencia lógica de tener un derecho.

Esta cuestión es más importante de lo que puede parecer, y, desde luego, tiene relación directa con la teoría absoluta. En efecto, si tener un derecho consiste en una posición de poder jurídico que faculta para exigir algo a alguien, y el contenido del derecho se concreta en las distintas facultades de las que dispone su titular, se podría llegar a pensar que cualquier regulación que de alguna manera afecte a dichas facultades estará alterando el contenido del derecho fundamental en cuestión. En nuestra opinión, la posición de Rodríguez-Toubes refleja claramente este planteamiento. Como se recordará, este autor cree posible distinguir entre contenidos esenciales y no esenciales de los derechos fundamentales. A su juicio, el preaviso al ejercer el derecho de huelga altera el contenido de este derecho fundamental, y lo mismo sucedería con el derecho fundamental a la libertad sindical si se exigiera el registro obligatorio

⁵¹ Cfr. Francisco LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», en *Doxa*, Alicante, 4 (1987), pp. 24-31.

⁵² Sobre el concepto de derecho subjetivo y su irrupción en el pensamiento jurídico moderno, cfr. Michel VILLEY, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, varios traductores, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, *passim*.

de un sindicato para concurrir a unas elecciones sindicales. Tales exigencias formales modifican las facultades originarias de los titulares de los derechos, al imponerles unos requisitos adicionales en su ejercicio. Luego, si este autor concluye que en estos casos se ha incidido en el contenido accidental de los derechos, cabe inferir que ello se debe a que identifica el contenido del derecho con las facultades de su titular, y a su vez valora cuáles de esas facultades son esenciales. De esta identificación entre contenidos del derecho y facultades de su titular es justamente de lo que se discrepa en el presente trabajo.

Lo que se atribuye o reconoce como derecho fundamental a través, aunque no exclusivamente, de una norma sobre derechos fundamentales⁵³, consiste en un ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana que se considera especialmente relevante para el titular del derecho, y también para el bien común. Por esta razón, en la actualidad se reconoce a los derechos fundamentales no sólo una dimensión individual, sino también una posición institucional central en el marco de la comunidad política⁵⁴. En efecto, los diversos textos constitucionales, por ejemplo el art. 1.1 de la Constitución alemana y el art. 10.1 de la Constitución española, califican expresamente el respeto a la persona humana y a sus derechos fundamentales como núcleo del bien común, y esta idea aparece también reflejada en la Constitución europea. Así, en el Preámbulo de la Carta de derechos fundamentales recogida en la Constitución europea se declara que «la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, *sitúa a la persona*

⁵³ Debe precisarse que la determinación de lo atribuido requiere ir más allá de lo previsto en la norma, por el propio carácter abierto que caracteriza a las normas que reconocen derechos fundamentales. Puesto que el derecho fundamental no se delimita exclusivamente a través de la norma de derecho fundamental que lo reconoce o atribuye, puede admitirse la distinción que establece Alexy entre norma de derecho fundamental y derecho fundamental. Según este autor, debe establecerse una cuidadosa distinción entre los conceptos de disposición de derecho fundamental, norma de derecho fundamental y derecho fundamental. La disposición de derecho fundamental alude al enunciado normativo que expresa una norma de derecho fundamental. Por su parte, la norma de derecho fundamental expresa el significado de una disposición de derecho fundamental. Así, por ejemplo, la norma que reconoce el derecho a la libre expresión a todos los ciudadanos puede ser expresada a través de distintas disposiciones de derecho fundamental, tales como «todos tienen derecho a la libre expresión», o «se reconoce el derecho a la libre expresión». Sobre estas cuestiones, cfr. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 63-66.

⁵⁴ Vid. Tomás DE DOMINGO PÉREZ, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, cit., pp. 322-328.

en el centro de su actuación⁵⁵». En el mismo Preámbulo, más adelante, se afirma la intención de lograr la mejor protección de los derechos fundamentales: «Para ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos». Creemos que sólo la consideración de los derechos fundamentales primariamente como bienes jurídicos puede explicar satisfactoriamente esta doble dimensión, institucional y subjetiva, de tales derechos.

Los derechos fundamentales constituyen, pues, los pilares de la convivencia. Desde una perspectiva política representan el núcleo del bien común, mientras que desde la perspectiva de su titular predomina en ellos su carácter de bienes —ámbitos de la personalidad y/o de la actuación humana— que indefectiblemente le acompañan en las relaciones jurídicas que establezca. Hay que añadir, además, que en las Constituciones, y también en la Constitución europea, normalmente se apela a la noción de dignidad humana como el título por el que se atribuyen tales bienes; y que, coherentemente con la dimensión institucional de los derechos fundamentales, se suelen articular intensos mecanismos de protección para evitar su lesión o restricción por parte de los poderes públicos, y también de particulares⁵⁶. El respeto a su contenido esencial, o el reconocimiento al titular de la facultad de recurrir la lesión a través del cauce procesal oportuno, representan dos claros ejemplos del nivel de protección del que actualmente gozan los derechos fundamentales en la mayor parte de las Constituciones de nuestro entorno.

Teniendo presentes todas estas observaciones, podríamos atrevernos a ofrecer una definición de «derecho fundamental» que, en nuestra opinión, refleja correctamente su estructura: Entendemos por derecho fundamental aquel ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana que la Constitución reconoce como digno de protección, y al que otorga, en consecuencia, una protección de alto nivel, consistente al menos en que el respeto de dicho ámbito se configura en un principio básico del ordenamiento, es declarado inmune a la acción de los poderes públicos —especialmente el legislador—, y el particular ve reconocida una facultad procesal a que dicho ámbito le sea protegido judicialmen-

⁵⁵ Énfasis añadido.

⁵⁶ Sobre el problema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, vid. Tomás DE DOMINGO PÉREZ, «El problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho», en *Derechos y Libertades*, nº 11 (2002), pp. 251-289.

te. Según esta definición, los derechos fundamentales son primariamente bienes jurídicos, y las facultades de las que puede disponer el titular para lograr la protección de dichos bienes, siendo importantes, ocupan un papel subordinado en tanto su concreción dimana de los perfiles que se atribuya a tales bienes.

Pues bien, sólo si se parte de esta caracterización de los derechos fundamentales es posible comprender cabalmente el error que entraña la teoría absoluta. La razón radica en el carácter indivisible del bien jurídico en que consiste el derecho fundamental, idea que seguidamente trataremos de desarrollar.

La doble dimensión, individual e institucional, de los derechos fundamentales permite afirmar que estos derechos tienen relevancia política, en tanto componente básico del bien común, y obviamente jurídica, pues se trata de bienes que acompañan a su titular en cualquier relación jurídica. Por consiguiente, es posible examinar los derechos fundamentales desde ambas perspectivas, sin confundirlas.

Desde la perspectiva política, si los derechos fundamentales se configuran como el núcleo del bien común⁵⁷, puede decirse que su protección y efectiva vigencia representa el principal fin que han de perseguir los poderes públicos en su actuación. La teoría relativa estima, sin embargo, que pueden presentarse objetivos cuya relevancia para el bien común justifique la restricción de los derechos fundamentales. Conviene subrayar que la teoría relativa en todo momento examina los derechos fundamentales desde esta perspectiva que hemos denominado «política». El principio de proporcionalidad, como instrumento idóneo para valorar la admisibilidad de la restricción, supone una ponderación de fines más que de bienes, al indagar si la restricción que sufre el derecho fundamental está suficientemente justificada en atención a otros fines de interés público. Lógicamente, la principal objeción que a nuestro juicio cabe formular a la teoría relativa es que, al admitir que ciertos fines pueden justificar la restricción de los derechos fundamentales, está minando la dimensión institucional de los derechos fundamentales como núcleo esencial del bien común, lo cual tiene claras repercusiones prácticas⁵⁸.

El principal problema que plantea la teoría absoluta es, por su parte, la confusión de perspectivas desde las que examina los derechos fundamentales. En efecto, la teoría absoluta admite, por un lado, que pueden presentarse fines

⁵⁷ Respecto al papel del «bien común» como elemento identificador del modo de vida político, cfr. Sergio COTTA, *El derecho en la existencia humana*, traducción de Ismael Peidró, Pamplona, Eunsa, 1987, pp. 94-104.

⁵⁸ Cfr. Tomás DE DOMINGO PÉREZ, «El problema de la *Drittwirkung*...», cit., pp. 273-276.

que justifiquen la restricción de los derechos fundamentales. Hasta aquí es evidente la semejanza de planteamiento y perspectiva con la teoría relativa. Sin embargo, para precisar el grado de restricción admisible exige que el «núcleo esencial» del derecho fundamental permanezca inalterado. Esta afirmación entraña un cambio de perspectiva en el análisis del derecho fundamental, ya que para determinar la admisibilidad de la restricción se exige un análisis estructural del derecho que sólo puede realizarse analizando el derecho fundamental desde la perspectiva de su titular del derecho.

Pues bien, desde esta última perspectiva, el derecho fundamental se presenta, pues, como un bien jurídico al servicio de su titular, mediante el cual podrá alcanzar un determinado fin que constituye la razón que justifica el reconocimiento del derecho, y al que indudablemente hay que atender para determinar los perfiles del bien jurídico y las situaciones en las que el derecho ha sido legítimamente ejercido. Estas son, a nuestro juicio, las dos tareas básicas en relación con la interpretación de los derechos fundamentales. Como se ha apuntado, la delimitación del contenido de los derechos fundamentales, dada la indeterminación de las normas que reconocen derechos fundamentales, exigirá una interpretación teleológica que indague cuál es la finalidad a que obedece el reconocimiento de cada derecho fundamental⁵⁹. Por otra parte, para establecer cuándo se ha producido un ejercicio legítimo del derecho fundamental habrá que tener a la vista el fin al que responde el reconocimiento de cada derecho, sin olvidar que su carácter de bien jurídico exige armonizarlo con las circunstancias en las que tiene lugar el ejercicio del derecho.

Hechas estas consideraciones, es posible comprender por qué resulta absolutamente inapropiado sostener la existencia de contenidos esenciales o accidentales de los derechos fundamentales. Puesto que el fin al que obedece el reconocimiento de cada derecho fundamental permite su comprensión y determina las posibilidades de ejercicio legítimo ligadas a su titularidad, es evidente que cualquier conducta que pueda ser considerada un legítimo ejercicio del derecho será apta y necesaria, aunque se pueda pensar que en diverso grado, para la consecución del fin propio del derecho. Ello significa que cualquier restricción en las posibilidades de acción dimanantes del bien jurídi-

⁵⁹ Vid. Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, cit., pp. 63-73; Pedro SERNA y Fernando TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, La Ley, 2000, especialmente pp. 49-54; Tomás DE DOMINGO PÉREZ, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, cit., pp. 95-103, y, de este mismo autor, «El problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales», cit., pp. 276-277.

co protegido por el derecho fundamental afectará al derecho fundamental en su conjunto, puesto que lo inhabilita para alcanzar el fin por el que ha sido reconocido. Así, por ejemplo, el derecho a la libre información protege la comunicación y difusión de hechos veraces y de interés público. La creación de un medio de comunicación está directamente relacionada con la difusión de noticias, y, por tanto, es una actuación protegida por este derecho fundamental. Por lo tanto, no es acertado considerar que la creación de un medio sea menos importante (menos esencial) que el acto de informar, ya que el fin al que obedece este derecho fundamental —la posibilidad de comunicar hechos veraces y de interés público— sólo puede lograrse desde la protección conjunta de ambas conductas.

Podría pensarse que el planteamiento que hemos realizado es incorrecto, al asumir implícitamente que cada derecho fundamental representa un único bien jurídico, e hipotéticamente podríamos pensar en supuestos en que un derecho fundamental atribuya a su titular varios bienes jurídicos esto es, proteja varios ámbitos de la personalidad y/o de la actuación humana cuyo reconocimiento, en consecuencia, obedecería a la consecución de diversos fines. Si eso es posible, ¿no sería admisible establecer entre dichos bienes jurídicos una distinción entre aquellos que resultan más «esenciales» para su titular? A esta objeción cabe responder señalando que una situación como la descrita, más que la división de un derecho fundamental en un «núcleo esencial» y otro «accidental», representaría el reconocimiento de varios derechos fundamentales bajo el «nomen iuris» de uno de ellos, pues el derecho fundamental se individualiza en función del bien jurídico protegido.

En definitiva, la caracterización estructural de los derechos fundamentales como bienes jurídicos, y su correlación con la finalidad a la que responde su reconocimiento, muestra con claridad que la división de los derechos fundamentales que propone la teoría absoluta resulta claramente inadecuada. En nuestra opinión, ello se debe principalmente a una incorrecta comprensión del concepto y la estructura de los derechos fundamentales.

V. CONCLUSIÓN

Si la distinción que propone la teoría absoluta resulta inviable, es fácil concluir que la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan sufrir restricciones, prevista con carácter general en el art. 52.1 de la Constitución europea, en la práctica supone la generalización de la teoría relativa, y, por consiguiente, del principio de proporcionalidad. Si a ello se añade que el citado precepto contempla un amplísimo elenco de fines cuya consecución puede

justificar la restricción de los derechos fundamentales, y se tiene en cuenta la ausencia de cauces procesales que el titular de los derechos pueda utilizar ante la vulneración de los derechos reconocidos en la Constitución europea, es evidente el claro riesgo de relativización que pueden padecer los derechos fundamentales en el ámbito de la unión. Si, como hemos tenido ocasión de destacar, en las modernas Constituciones los derechos fundamentales se presentan como la raíz del bien común, será necesario lograr la inmunidad de los derechos fundamentales frente a la acción de los poderes públicos. De ahí la importancia de una correcta interpretación de la cláusula de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Como hemos tenido ocasión de mostrar a lo largo de este trabajo, la interpretación que propone la teoría absoluta resulta inviable, y la teoría relativa entraña un importante riesgo de que los derechos fundamentales cedan ante intereses públicos muy diversos. Por consiguiente, si no se quiere renunciar a construir una Unión Europea sobre la sólida base del respeto a la dignidad de la persona y a sus derechos fundamentales es necesaria una interpretación diferente de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Ello supone reiterar nuevamente que los derechos fundamentales presentan un contenido delimitado por los perfiles de los bienes jurídicos en que consisten, y que dicho contenido, sin más calificativos, no admite ser restringido.