

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

[Colección: Estudios Constitucionales, 1994, 368 págs.]

LOS alumnos de tercer ciclo que desean hacer su tesis doctoral en el Área de Derecho constitucional tienen, en general, la intención de elaborarla sobre los derechos fundamentales. Con muy pocas excepciones, el planteamiento que se hacen responde a dos perspectivas; una, la iusfilosófica, que ve los derechos fundamentales como derechos humanos, en cuyo caso el interés gira en torno al contenido ético de los derechos y la justicia de sus límites (El derecho a la vida, la libertad ideológica, la objeción de conciencia, libertad de expresión y derecho a la intimidad, etc. son los preferidos); la otra, de corte administrativo, al estilo francés, que analiza el régimen jurídico de las libertades centrándose sobre todo en el plano de la legalidad, de las condiciones concretas y minuciosas del ejercicio de los derechos o, todo lo más, en la mera recopilación descriptiva de lo que la jurisprudencia ha ido diciendo al respecto. Por lo demás, esto es lo que sucede con

gran parte de los manuales españoles que tratan los derechos fundamentales; abordan la «parte especial» sin exponer previamente la «parte general» de los derechos fundamentales.

En fin, no es labor cómoda hacer comprender a aquellos alumnos que la tarea que pretenden es mucho más compleja de lo que se imaginan. Por fortuna, la publicación de tesis doctorales como la que ahora se comenta, o la editada más recientemente, de Ignacio Villaverde Menéndez, «Estado democrático e información: el derecho a ser informado», ayudan a mostrar lo que debe ser un trabajo serio sobre la materia, ya sea en relación con la parte general o con la especial.

Al contrario de lo que sucede con el título de muchos libros, aquí no se engaña al lector prometiéndole el estudio de algo que luego no aparece en su interior. El subtítulo que incorpora en la portada «La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales

en la Ley Fundamental de Bonn» no obedece a un deseo de aminorar las expectativas que pudieran desprenderse del título «Derechos fundamentales y desarrollo legislativo»; más bien indica el objeto inicial de la tesis, que luego queda desbordado por la materia investigada, hasta alcanzar la dimensión propia de su título. El libro en este sentido (y en otros muchos), no defrauda e incluso va más allá al contener un apéndice sobre «la recepción de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Constitución española y la metodología utilizada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para su determinación».

El origen de la garantía del contenido esencial de los derechos marca la estructura del libro. La vinculación del legislador a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y el control por el Tribunal Constitucional de esa vinculación sugieren al autor un estudio en tres planos, correspondientes a los tres grandes capítulos de la obra: «el parámetro del control de constitucionalidad en materia derechos fundamentales», «el objeto del control de constitucionalidad» en dicha materia y «el examen de la adecuación de la ley de desarrollo de los derechos fundamentales a la Ley Fundamental de Bonn: la garantía del contenido esencial». Quizás ese pie procesal enturbia la apreciación de lo que en realidad se expone a lo largo de las casi cuatrocientas páginas del libro, pues la teorización de los derechos fundamentales no es un problema estrictamente jurisdiccional, por más que su eficacia comporte de-

terminar el objeto de protección (parámetro o premisa mayor), el objeto a controlar (premis menor) y el método de adecuación de éste a aquél.

En efecto, el hecho de que las diversas teorías acerca del contenido esencial de los derechos indaguen sobre cuál es el elemento normativo protegido no tiene como finalidad averiguar el parámetro de control de constitucionalidad, sino lisa y llanamente determinar en qué consisten los derechos fundamentales y, más concretamente, su ámbito irreductible. Por lo demás, así lo corrobora la exposición de las teorías objetivas y subjetivas del contenido esencial que no dejan de ser trasunto de la teorización general de los derechos. Lo mismo cabe decir de lo que se califica como «reconstrucción del parámetro de constitucionalidad», que alude ante todo a la necesidad de determinar el contenido constitucionalmente declarado de los derechos, y que obliga como presupuesto a un estudio de las diversas concepciones dogmáticas de los derechos que se interponen como lentes en el enfoque y definición de éstos. La primera parte del libro es, así, un excelente compendio de las tesis acerca de la estructura y contenido de los derechos, tanto en lo que respecta a las teorías generales subjetivas y objetivas, como en lo relativo al sentido prescriptivo de los derechos (referido a la relación jurídica implícita en los derechos) y al sentido cualificatorio de los mismos (referido a los efectos que produce sobre enunciados jurídicos contrarios al derecho fundamental).

Comentario aparte merece el pro-

blema que también se aborda en este primer capítulo sobre las indeterminaciones o aperturas semánticas, estructurales o en relación al supuesto de hecho que surgen en el momento de aplicar normas que reconocen los derechos fundamentales. Quizá pueda inducir a confusión el planteamiento que se hace de estas indeterminaciones o aperturas de los derechos, porque puede dar la impresión de que hay una separación entre teorías sobre el concepto, estructura y contenido de los derechos fundamentales y teorías sobre la interpretación/aplicación de sus enunciados jurídicos. Lo cierto es que esa separación entre teoría y praxis es sólo aparente, como se pone de manifiesto en los propios títulos que Gavara da a los modelos que pretenden dar solución a tales aperturas: «el modelo interpretativo: la teoría general de los derechos»; «El modelo objetivo-valorativo: los derechos fundamentales como sistema de valores y su carácter objetivo»; «el modelo institucional: los derechos fundamentales como instituciones jurídicas», etc. todos ellos tienen su anclaje argumental en las diferentes concepciones de los derechos fundamentales.

El asunto tiene importancia por la conclusión a la que se llega. Los diferentes modelos, que son métodos con los cuales reconstruir el parámetro de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales, responden según Gavara a dos grandes tipos de criterios: contextuales (determinación del parámetro basada en las normas que establecen derechos fundamentales, su

conexión con otras normas constitucionales, así como las circunstancias y reglas de su utilización) y extracontextuales (determinación a través de argumentos externos o al margen del texto constitucional), y considera el autor que todos los modelos que analiza son extracontextuales salvo el que él propone (y, con algunos matices, el propuesto por R. Alexy). Quizá es una conclusión poco afortunada, porque no es fácil entender cómo se puede calificar de «extracontextual» el modelo de Böckenförde, cuando en su conocido artículo sobre teoría e interpretación de los derechos fundamentales afirma la necesidad de una teoría de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuada y por tanto extraíble del contexto constitucional y no de valores o instituciones ajenos a la idea de relación entre individuo y sociedad estatal ínsita en la concreta Constitución en que están reconocidos los derechos fundamentales de que se trate.

Probablemente el equívoco radica en que se utiliza un concepto muy restringido de lo que es el «contexto normativo», ceñido al ámbito de relación de la norma de derecho fundamental con las demás normas constitucionales. Si la apreciación es cierta, el modelo contextual propuesto no difiere de lo que es un método de interpretación sistemático. La cuestión está precisamente en que este método, al igual que los otros tradicionales de interpretación, es satisfactorio en el ámbito jurídico-legal, pero no en el jurídico-constitucional. Las indeterminaciones o aperturas de los derechos obedecen al carácter abstrac-

to de la formulación de los derechos y su concreción no es posible deducirla de una exégesis jurídica. Hay que acudir a campos extranormativos, lo cual no quiere decir que sean necesariamente extracontextual. Conceptos como «matrimonio», «honor», «intimidad», etc que figuran en enunciados de derechos hay que enmarcarlos en el contexto constitucional, pero su contenido no puede determinarse acudiendo a los «criterios contextuales» antes mencionados.

Lo mismo cabe decir respecto a la estructura concreta sobre la que se articulen los derechos fundamentales; La opción por un modelo institucional de los derechos o por un modelo objetivo-valorativo no tiene por qué entrañar sin más la aplicación de criterios extracontextuales. Lo importante es averiguar cuál o cuáles de los modelos de concreción de los derechos admite el contexto normativo de la Constitución de que se trate. Para ello es necesario indagar qué teoría de los derechos fundamentales está presupuesta en el texto constitucional. Por último, no es de fácil comprensión la afirmación del autor de que el modelo contextual que propone no se puede aplicar de forma previa al análisis de la ley de desarrollo de un derecho fundamental. Si este modelo, y en general los modelos por él estudiados, tiene como finalidad permitir la reconstrucción del parámetro de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales -parámetro que servirá para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes de desarrollo de los derechos-, no se alcanza a entender la

imposibilidad de una autonomía del parámetro en relación con el objeto al que ha de aplicarse el parámetro. Una cosa es que las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales concreten el contenido del derecho abstractamente formulado en la Constitución y que a ese contenido concreto quede vinculado el juicio de legalidad de actos y disposiciones infralegales y otra interpretar la Constitución de acuerdo con esas leyes hasta el extremo de transformar a éstas, objeto de enjuiciamiento constitucional, en un elemento más del parámetro.

La segunda parte del libro se dedica al examen del «objeto del control de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales». En sentido estricto se refiere al estudio de la ley a la que se reserva la regulación del desarrollo normativo de tales derechos y su vinculación a la garantía del contenido esencial. No obstante, con buen criterio, el autor aborda con carácter previo el análisis de los sujetos a los que se dirige la garantía del contenido esencial. La conclusión a la que llega Juan Carlos Gavara es que no cabe conceptuar la garantía del contenido esencial como una especificación de la cláusula de intangibilidad que la Ley Fundamental de Bonn establece en su art. 79, párrafo 3.º y, por tanto, dicha garantía no vincula al poder constituyente constituido, o sea, al órgano de reforma de la Constitución. La garantía tampoco se dirige «a los actos no normativos del Poder ejecutivo o a las disposiciones del Poder judicial». Quizá sería más correcto no especificar entre actos normativos y no normati-

vos del Poder ejecutivo, ya que éste no debiera en ningún caso incluirse como destinatario de la garantía. Habida cuenta de que el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales es un límite a su desarrollo normativo (es decir a la determinación de su «sentido cualificatorio»), la garantía sólo tiene razón de ser en relación con las normas llamadas a realizar esa cualificación (las leyes) y con el órgano que las produce (el legislador). Las demás normas y actos (sean producto del Gobierno y su Administración o del Poder judicial) carecen de ese sentido cualificatorio y deben respetar el contenido del derecho tal cual ha sido configurado por el legislador, y no sólo su contenido esencial. El Poder ejecutivo puede dictar normas con rango de ley, pero ello no le convierte en destinatario de la susodicha garantía. En la medida en que tales normas no pueden desarrollar derechos fundamentales, no pueden verse directamente afectadas por una garantía concebida para limitar las normas que sí están habilitadas para llevar a cabo ese desarrollo (las leyes). La posibilidad de que sea declarado inconstitucional un decreto-ley o cualquier otra norma del Ejecutivo que regule derechos fundamentales tampoco convierte al Gobierno en destinatario de la garantía del contenido esencial, porque ésta no actúa como parámetro. La norma constitucional que se infringe es la que establece la reserva de ley en materia de desarrollo de derechos fundamentales. Afirmar lo contrario es tanto como mantener que esas normas del Ejecutivo pueden de uno u otro modo atribuir

sentido cualificatorio a los derechos. Por lo demás, las remisiones legislativas que habiliten al Ejecutivo para regular derechos fundamentales o son infracciones del legislador a la reserva de ley que la Constitución establece en este campo, o son reenvíos no constitutivos de infracción y cuya materialización por el Gobierno es controlable mediante un mero juicio de legalidad. Gavara acaba participando de esta idea, y por eso debería haber sido más coherente a la hora de fijar qué normas y órganos están vinculados a la cláusula del contenido esencial.

Especial interés ofrece el detallado examen que el autor realiza acerca de los tipos de reserva de ley que establece la Ley Fundamental de Bonn. El debatido problema de qué se entiende por «desarrollo de los derechos fundamentales» encuentra en esta tipología un marco de referencia para la interpretación de cuál es el ámbito de actuación y la función normativa del legislador de los derechos fundamentales y cuál el papel que en este campo le queda al Gobierno. Gavara se adhiere con buenos fundamentos a la tesis de que las expresiones «mediante ley» y «en razón de una ley» modulan en distinto grado la remisión que la Constitución hace al legislador de los derechos fundamentales, pero que, en todo caso, éste es su destinatario y no cabe colegir de la última expresión la posibilidad de un concepto material de ley. El Gobierno no está llamado a ser autónomamente legislador de los derechos. A pesar de que la Constitución española carece del rigor técnico de la Ley Fundamental de

Bonn a la hora de fijar el tipo de reserva, no hay diferencias sustanciales en esta conclusión.

Una vez estudiadas las fórmulas de habilitación, el autor destina abundantes páginas al análisis del ámbito de actuación que se reserva al legislador de los derechos y, por tanto, al examen doctrinal de las diferentes clases de «configuración» (delimitación) e «intervención» (limitación) legislativa de los derechos fundamentales. De un lado, es de destacar su acertada fundamentación del rechazo frontal de la tesis de los «límites inmanentes» tal cual ha sido formulada en la llamada «cláusula de comunidad» y en la interpretación irradianante que se ha hecho de los límites al derecho del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2 de la Ley Fundamental). De otro, merece subrayarse su apuesta en favor de la tesis extensiva del ámbito de aplicación de la garantía del contenido esencial, es decir, en favor de que la garantía tenga virtualidad no sólo ante la actividad limitadora o de intervención, como sostiene la tesis restrictiva, sino también ante cualquier acto normativo que entrañe un desarrollo de los derechos fundamentales, ya se trate de una limitación o de una configuración de los derechos. El asunto pudiera tener trascendencia en el caso español, dado el tenor de su art. 53.1, que vincula la garantía del contenido esencial como límite a la regulación del ejercicio de los derechos, pero nada dice en relación con el desarrollo normativo de los mismos previsto en el art. 81.1. Una trascendencia que se aminora si se tiene presente que regular el ejercicio

de un derecho no es una actividad ajena a la de regular el contenido de ese derecho. De no entenderse así, la tesis restrictiva dejaría desamparado al derecho frente al legislador allí donde es más necesario.

La tercera parte del libro tiene como objeto el examen de la adecuación de la ley de desarrollo de los derechos fundamentales a la Ley Fundamental de Bonn y centra su estudio en la disección de la garantía del contenido esencial. La exposición gira en torno a dos grandes tipos de concepciones de esta garantía, unas absolutas y otras relativas, descritas con detalle a lo largo de las últimas páginas. Es muy de agradecer que el autor no sólo se limite a informar de su existencia, sino que también aborde la crítica de todas ellas en sus muy diversas variantes. No obstante, quizás este apego al terreno concreto le haya desviado de una crítica de raíz de estas teorías, sobre todo de las relativas. Es posible que esto no sucediese si, por encima de diferencias y matices, plantease de manera más radical -en su sentido etimológico- los términos sobre los que se formulan dichas teorías. Las teorías absolutas, y esto queda claro en el libro, ponen en relación el límite que se pretende establecer con el núcleo duro, absolutamente resistente, del derecho objeto de limitación. El problema está en saber qué constituye el núcleo duro y el peligro reside en que «lo no esencial» quede a la libre disposición del legislador. Las teorías relativas identifican el contenido esencial con la necesidad de justificar el límite que se impone. Por

tanto, y esto ya no queda tan claro en la obra, el juicio acerca de la constitucionalidad de la limitación se hace a partir de la relación entre el límite y el bien cuya protección se persigue, no entre el contenido del derecho fundamental y el límite que se cuestiona.

En realidad, el problema que entraña la cláusula de garantía del contenido esencial pone en evidencia otro de más largo alcance que es el de la delimitación del contenido sin más de los derechos fundamentales. La cláusula lo que ha hecho es, primero, desplazar los recelos que suscitaba un legislador soberano y los desplaza hacia el órgano encargado controlarlo, el Tribunal Constitucional, pero los recelos no desaparecen y, cuando surgen, se plantean no sólo en el terreno de la legitimidad jurídico constitucional de la decisión, sino directamente en el de la legitimidad político-constitucional del órgano que decide. Segundo, ha permitido en el terreno de los derechos fundamentales reafirmar la idea de Constitución como norma jurídica suprema y, en consecuencia, directamente aplicable sin necesidad de mediación legislativa, de manera que, al menos en su núcleo esencial, los derechos fundamentales tengan una eficacia inmediata; se sienta con ello las bases de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Tercero, en contra de su intención inicial, esta garantía, aun en el caso de las teorías absolutas, ha servido para relativizar el contenido no esencial, pero constitucionalmente declarado, de los derechos. La cláusula de «respeto, en todo caso, del contenido

esencial» se ha transformado en «respeto, al menos, del contenido esencial». Las teorías relativas han contribuido, además, a relativizar el propio contenido esencial de los derechos, de suerte que la garantía pierde su razón de ser. La resistencia del derecho no radica en algo propio, sino en la insuficiencia argumental del bien que se trata de proteger con la intervención limitativa, con lo cual aparece el problema de la configuración y limitación de los derechos en su punto de partida. Como era previsible tras tanta relativización, la garantía del contenido esencial ha pasado a un segundo plano y ha quedado como mero soporte de instrumentos más adecuados para aplicar esa relativización; por ejemplo el juicio de ponderación de bienes o el principio de proporcionalidad.

Juan Carlos Gavara mantiene al final de su trabajo la necesidad de abordar la garantía del contenido esencial desde una perspectiva estrictamente normativa, empleando criterios contextuales para el control de la constitucionalidad de las decisiones legislativas en materia de derechos fundamentales. Esto es tanto como afirmar que no hace falta dicha garantía cuando la Constitución que reconoce los derechos fundamentales se asienta como norma jurídica suprema y la ley es objeto de control de constitucionalidad.

Estamos, por tanto, ante un excelente libro, de obligada consulta para todo aquel que quiera acercarse a la compleja dogmática de la garantía del contenido esencial de los derechos. Al estudiar el núcleo del contenido de los

derechos, necesariamente se topa el investigador con la teoría de los derechos fundamentales que, a su vez, es elemento central de la teoría de la Constitución. Por ello no me cabe otra cosa que, aparte de felicitar a Juan Carlos Gavara de Cara, animarle a que a todos los conocimientos que conforman esta obra les dé una perspectiva de mayor alcance que la procesal y los sitúe dentro de una teoría de la Constitución y de arti-

culación del Estado de derecho, única manera de analizar la repercusión que los diversos planteamientos sobre el contenido y límites de los derechos fundamentales tiene en las funciones atribuibles a la Constitución, en la posición de la ley y del legislador o en las relaciones entre éste y el Tribunal Constitucional.

FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO