

ALGUNAS CUESTIONES BASICAS DE LA TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por JUAN JOSE SOLOZABAL ECHAVARRIA

SUMARIO

I. EL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL.—II. LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, ¿SON SIEMPRE DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS?—IV. SU TITULARIDAD.—V. LA CONCEPCIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO ORDEN CERRADO Y COMPLETO.—VI. EL PROBLEMA DE SUS LÍMITES.—VII. LÍMITES Y CONSTITUCIÓN.—VIII. LA INTERVENCIÓN NORMATIVA DEL LEGISLADOR EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—IX. DERECHO FUNDAMENTAL Y GARANTÍA INSTITUCIONAL.—X. BIBLIOGRAFÍA ESENCIAL.

La adecuada comprensión de la extensa Declaración de derechos que nuestra Constitución contiene (Tít. I, arts. 10 a 55), en congruencia con la función que este tipo de normas tienen en el moderno constitucionalismo y, en concreto, con la aspiración de nuestra Carta de establecer un orden político basado en el «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10) y su proclamación de la libertad como «valor superior del ordenamiento» (art. 1), exige dedicar algo de atención al planteamiento de algunas cuestiones que aborda la Teoría general de los derechos fundamentales.

I. EL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL

En primer lugar, ¿qué debemos entender por *derechos fundamentales*? Los derechos fundamentales reconocen facultades referentes a ámbitos vi-

tales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, imprescindibles para su desarrollo como persona y derivados de su propia dignidad de tal.

Desde un *punto de vista individual*, podemos decir que los derechos fundamentales están ligados a la *dignidad* de la persona, son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma. Constituyen asimismo la condición de su libertad y autodeterminación. Su desconocimiento o conculcación vulnera la dignidad e impide el desarrollo del individuo como persona. Por eso su disfrute resulta imprescindible. Los derechos fundamentales constituyen el núcleo básico, ineludible e irrenunciable, del *status* jurídico del individuo.

Pero los derechos fundamentales, además de esta dimensión subjetiva, disponen de *otra dimensión objetiva*, ya que constituyen elementos asimismo esenciales del orden jurídico-político general.

En primer lugar, los derechos fundamentales son condición misma de la democracia, que, como sistema político, no puede existir sin el reconocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales. Sencillamente: no hay democracia sin derechos fundamentales. Como ha escrito Häberle, cuya contribución a la Teoría jurídica de los derechos fundamentales es, valga la redundancia, fundamental, los mismos son integrantes funcionales del propio sistema democrático. Así, la formación democrática de la voluntad del Estado es impensable sin el ejercicio de los derechos a una comunicación libre del pensamiento, los cuales, de otro lado, se encuentran muy ligados con otras formas de libertad que son concomitantes con ellos, y sin los que aquéllos no pueden ser comprendidos ni, de hecho, puestos en práctica.

En segundo lugar, los derechos fundamentales son normas competenciales del ordenamiento jurídico. En la doble medida en que establecen ámbitos inmutables a la actividad pública, espacios protegidos de la intervención estatal, que ésta ha de respetar, y asimismo, en el sentido en que, incluso cuando una actuación normadora sea imprescindible, la misma no puede realizarse por cualquier sujeto público, sino sólo por el legislador, en veste ordinaria u orgánica en el ordenamiento español, dependiendo del alcance configurador o meramente ordenador de su actuación, y a quien, por lo demás, se le impone un comportamiento no desfigurador del derecho fundamental cuyo régimen detalla, al establecer la indisponibilidad para el mismo del «contenido esencial» del derecho constitucional de que se trate.

En tercer lugar, en la medida en que los derechos fundamentales definen el *status* jurídico básico del individuo, actúan como un *factor de homogeneización* de todo el sistema jurídico y suponen un límite a la variedad deducida del pluralismo territorial. Es cierto que los derechos fundamentales no se encuentran *reservados* al legislador estatal, o, dicho de otro modo, que es po-

sible una intervención normativa al respecto de las Comunidades Autónomas. Pero esa intervención, que el Tribunal Constitucional ha admitido desde la sentencia 37/81, sobre no poder ser propiamente configuradora, esto es, no puede tratarse de una actuación (*ex Constitutione, art. 81*), tampoco puede referirse a la regulación de las condiciones básicas —aseguradoras de la igualdad— del ejercicio de los derechos fundamentales, que corresponde verificar (art. 149.1.1.º) exclusivamente al legislador estatal. De este modo se asegura que todos los ciudadanos españoles, con independencia de la Comunidad Autónoma a que pertenezcan, dispongan, en su régimen básico y general, de los mismos derechos fundamentales.

Finalmente ha de señalarse que los preceptos que contienen derechos fundamentales consisten en normas principales que se refieren a todo el ordenamiento. Se encuentran, en cuanto acogidas en la Constitución, a la cabeza de éste, y son objeto de protección en sus diversas disciplinas. Los determinados bienes jurídicos a que se refieren sólo *in nuce* encuentran reconocimiento y protección en la Constitución, de modo que a las diversas disciplinas jurídicas corresponde su concreción y desarrollo, lo que se verifica al procederse a una regulación detallada en dichas disciplinas de su régimen, mediante la cual se establecen restricciones que vedan su abuso y permitan su compatibilidad con el disfrute de otros derechos o la protección de otros bienes constitucionalmente garantizados; o se procede a organizar su ejercicio o asegurarlo, así, impidiendo, mediante la tipificación penal, conductas contrarias; o admitiendo excepciones, establecidas en los códigos procesales, a su ejercicio o suspensiones.

II. LA CLASIFICACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Otra cuestión que tiene interés plantearse en el estudio de la Teoría general de los derechos fundamentales es la que se refiere a la clasificación de los mismos. Hoy suele admitirse la diferenciación en su seno, primeramente, de los *derechos libertad, derechos autonomía* o *derechos defensa*, que reconocen un ámbito autónomo al individuo sin interferencias estatales necesario para el desarrollo de sus potencialidades vitales. La configuración de los mismos o la determinación de su efectivo contenido corresponde a sus titulares, exigiéndose exclusivamente una actitud de abstención o respeto por parte de los poderes públicos en relación con su ejercicio, que puede dar lugar a una actuación normativa de los mismos tuteladora y marginal, pero no definidora ni sustancial de su régimen (son *Achtungspflichte*). Su titularidad es universal. Históricamente, su reclamación consistió en el objetivo político del libe-

ralismo frente al intervencionismo y proteccionismo del antiguo régimen. Su posición preferente es subrayada hoy por los defensores ideológicos de la sociedad civil.

En segundo lugar, los *derechos democráticos* reconocen facultades de intervención en el proceso político, abriendo la composición de los órganos del Estado y la formación de la voluntad de los mismos a la participación de los ciudadanos por sí, respectivamente, o mediante la actuación de sus representantes.

Es a través del ejercicio de los derechos-participación mediante los que se lleva a cabo la definición de la forma política como Estado democrático. No se trata, por consiguiente, de derechos frente al Estado, sino en el Estado, cuya titularidad corresponde exclusivamente a los ciudadanos y que necesitan, para su ejercicio, de una superior configuración legal, esto es, una actuación normadora de alcance verdaderamente delimitador, o sustantivo, y no meramente ordenador o tuitivo.

Finalmente, suele hablarse de los *derechos sociales* o *derechos prestación* para referirse a determinadas pretensiones de los ciudadanos a actuaciones concretas o prestaciones de los poderes públicos. No se reclama la abstención ni la participación, sino el desempeño de una actividad por parte de los poderes públicos. La actuación que se solicita, sin merma de su necesaria previsión legal, corresponde esencialmente a la Administración y depende, consecuentemente, no sólo de una voluntad política o de una disposición ideológica a su rendimiento, sino antes que nada de una cierta capacidad económica o presupuestaria. Por eso el reconocimiento de estos derechos se realiza, a nivel constitucional, en las democracias del Estado de bienestar.

La problemática que plantea la clasificación de estos derechos, una vez superado el dintel de su identificación, es triple, y también de diferente interés para nosotros.

En primer lugar, en términos generales, hemos de llamar la atención sobre la artificiosidad, sobre todo en supuestos límites, de esa distinción y la necesidad de captar la interrelación de los tipos clasificatorios.

En efecto, la propia distinción entre los derechos, si recomendable por razones analíticas, no debe llevarse hasta sus últimas consecuencias. A este respecto conviene recordar la observación insistente de Heller, según la cual, desde una perspectiva histórica, los derechos de participación son la consecuencia de la búsqueda de seguridad de la propia burguesía para el reconocimiento efectivo de un área propia de autonomía. Otros, en cambio, aun reconociendo la interconexión de los derechos, afirman que el ejercicio de las libertades individuales es condición del de las libertades de participación. Tendencia en la que habría que incluir posiciones como las de Ely o Häberle,

que absorben aquéllas en éstas, de modo que las libertades individuales serían, al decir de García de Enterría, la fuente de innovaciones y alternativas capaces de mantener indefinidamente abierto el proceso político.

Asimismo ha de tenerse en cuenta la conexión existente en el plano de la realidad entre los derechos de crédito y los derechos de libertad: se reclaman prestaciones estatales a partir del ejercicio de libertades individuales, y el aseguramiento del goce de libertades individuales requiere en muchas ocasiones la intervención del propio Estado.

De hecho, y como propone García de Enterría, con cada libertad concreta es preferible, antes que adscribirla a un sector de los reconocidos tradicionalmente por la doctrina, intentar diferenciar en ella diversos aspectos en los planos individual, de participación o de prestación, de los que quizá pueda predominar uno, pero sin destruir a los demás. Así, pensemos que en la Constitución española, a la hora de regular un derecho tan individual como la libertad de conciencia (art. 16), tradicionalmente considerado, desde Jellinek, como paradigma de las libertades negativas, se imponen relaciones de cooperación con las distintas confesiones.

Una libertad como la de reunión (art. 22) no sólo supone el ejercicio de un derecho individual, se trata asimismo de un instrumento fundamental para la realización de la participación democrática, y puede, en fin, obligar a los servicios de orden público a su protección positiva.

Un segundo problema a plantearse, pero que no podemos agotar ni tratar aquí con extensión, es el referido a los criterios de la ubicación sistemática de los derechos fundamentales en la Declaración constitucional (Título I), cuestión esta también relacionada con la incompletud y confusión, al menos terminológica, de dicha Declaración.

No nos interesa elucidar aquí este tipo de cuestiones, aunque sí, con toda brevedad, la referida a la de la atribución de la fundamentalidad a todos los derechos comprendidos en el Título I o exclusivamente a los derechos del capítulo 2.º o, más aún, a los de la sección primera de éste y a los asimismo cubiertos por protección jurisdiccional especial, en particular por el recurso de amparo. No podemos considerar obviamente intrascendente para su régimen el nivel de su eficacia, inmediata o no, que diferencia a unos derechos de otros, en concreto a los del capítulo 2.º del 3.º, ni la garantía institucional que supone la protección de su indisponibilidad, en su contenido esencial, para el legislador ordinario, de todos los derechos del capítulo 2.º, o para el constituyente de la sección primera, así como la especial protección procesal conferida, en las instancias ordinarias o ante el Tribunal Constitucional, mediante el recurso de amparo, además de la exigencia para su desarrollo de ley orgánica de los derechos contenidos en la sección primera del capítulo 2.º del

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

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, ¿SON SIEMPRE DERECHOS PUBLICOS SUBJETIVOS?

Otra cuestión interesante a plantearse es la de si los derechos fundamentales son exclusivamente *derechos públicos subjetivos*, esto es, si se refieren únicamente a facultades consistentes en pretensiones de hacer, intervenir, o participar, o recibir prestaciones alegables sólo frente a los poderes públicos, porque el Estado sería el sujeto pasivo, o el *adressat*, de estas situaciones jurídicas favorables del individuo, y a quien compete una actitud de abstención, facilitación o rendimiento respecto de las actividades que constituyen el contenido de las pretensiones a que se refieren los derechos fundamentales. O si ha de solicitarse una vigencia de los derechos fundamentales asimismo en las relaciones entre particulares, de modo que en estos casos la actuación del Estado se retrasaría a la exigencia del cumplimiento de la obligación o la correspondiente compensación sustitutoria del particular que hubiese infringido el derecho fundamental en cuestión.

Las dificultades que la afirmación de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y que se muestran no sólo en la tardanza de su reconocimiento, sino en las modalidades de su aceptación y en el condicionamiento del mismo y sus restricciones, arrancan de una inercia histórica, o prejuicio, que imposibilita la comprensión de la posibilidad de ataques o lesiones de origen privado a la libertad de los ciudadanos. Los derechos fundamentales tienen un relieve sobre todo político: se refieren a la protección de ámbitos vitales no sólo básicos para el individuo, sino de inmediato

alcance político, cuya conculcación, por consiguiente, procedía históricamente del poder del Estado.

Este supuesto se va a poner en cuestión en virtud de un doble proceso: cuando se piense en la protección de otros ámbitos vitales que el de la autonomía o cuando se comience a considerar al Estado en otros términos que como amenaza de la libertad, bien como el garante de ésta o como el suministrador, a través de los servicios que él organiza, de determinadas prestaciones u oportunidades vitales. En segundo lugar, a medida que, sobre todo por la posición preeminente, desigual, de determinadas instancias particulares en la vida social se manifieste claramente la posibilidad de que los ataques a la libertad del individuo provengan no sólo del Estado, sino también de esos poderes privados. Por ello se comenzará a exigir que el Estado responda, además de por las violaciones de los derechos fundamentales que provienen de sus órganos, también por aquellos ataques que proceden de los particulares.

La solicitud para los derechos fundamentales de vigencia en el plano de las relaciones entre particulares deriva asimismo de la dimensión objetiva de aquéllos en cuanto, según dijimos, se trata de elementos del ordenamiento general cuya existencia ha de ser tenida en cuenta a lo largo de todo el despliegue, en sus diversos sectores y disciplinas, de éste. El Estado queda, pues, como garante de la afirmación de los derechos fundamentales en todo su ordenamiento.

La vigencia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales dependerá en primer lugar del contenido de éstos. Quiere decirse que habrá derechos cuyo contenido no puede referirse sino a relaciones en las que la obligación respectiva pertenezca al Estado; así, los derechos de participación política o el derecho a «entrar y salir libremente de España». Derechos, por tanto, en los que no tiene sentido cuestionarse la existencia de una *drittew kung*. La doctrina alemana, en cuyo ámbito se presentó esta problemática y a quien corresponde la teorización más rica al respecto, prefiere reconocer en los derechos fundamentales en los que quepa una eficacia frente a terceros de los mismos, pero no de modo inmediato, por lo general, sino a través del desarrollo de los mismos, mediante la *interpositio legislatoris*. Regirían los derechos fundamentales, asimismo, en el ordenamiento privado como consecuencia de las cláusulas generales que deberían ser interpretadas por el juez de acuerdo con los derechos fundamentales.

En general, la doctrina alemana, sobre reconocer una eficacia *mediata* de los derechos fundamentales en el plano horizontal de que venimos hablando, les atribuye asimismo una vigencia *condicionada*, que alcanza hasta tanto donde su afirmación no perjudique a la autonomía negocial de las partes a consi-

derar verdadero principio esencial del mundo de las relaciones privadas. Esta última conclusión es bastante discutible, pues se hace difícil de aceptar la licitud constitucional de una renuncia a un tipo de derechos como los fundamentales, si bien esa renuncia se contraiga a ámbitos o relaciones determinadas o se realice asimismo por un tiempo limitado. Seguramente, en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de libertad de cátedra —sentencia de 13 de febrero de 1981—, pero aplicable asimismo a otras esferas, como la libertad de expresión o las relaciones laborales, ha de encontrarse una adecuación entre la vigencia de los derechos fundamentales también en estos terrenos y las exigencias derivadas del respeto de la autonomía de las partes.

En el caso español, como es sabido, esta problemática ha encontrado una respuesta adecuada en el terreno normativo. De una parte, la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, reconoce especialidades penales y civiles, al lado de la vía contencioso-administrativa, en la protección procesal ante la jurisdicción ordinaria de los derechos fundamentales, eventualmente vulnerados en ese tipo de relaciones. Pero, sobre todo, el Tribunal Constitucional admite a su conocimiento, aplicando flexiblemente su Ley Orgánica (en concreto, su art. 44), recursos frente a actos de los órganos judiciales que, en realidad, no son lesiones directamente causadas por éstos, sino que traen su origen de anteriores violaciones de los derechos fundamentales de particulares, a las que los órganos judiciales no han puesto remedio.

En efecto, a pesar de la configuración constitucional del recurso de amparo en nuestro ordenamiento como proceso dirigido a proteger al ciudadano frente a ataques de los derechos fundamentales de los poderes públicos, y, en concreto, la exigencia en el recurso de amparo frente a violaciones de los derechos fundamentales por parte de los órganos judiciales que éstas tuviesen un origen directo e inmediato en acciones u omisiones de los mismos, en la práctica el Tribunal Constitucional ha conferido la protección a los particulares mediante esta vía cuando las violaciones de los derechos fundamentales alegadas no procedían directa e inmediatamente de los actos de los jueces, sino de conductas de los particulares constitutivas de lesiones de los derechos fundamentales que los Tribunales no habían reparado.

De manera que en esta modalidad del proceso que consideramos, aunque lo que formalmente se recurre es la sentencia de un juez, la violación impugnada no trae su verdadero origen sino del acto atentatorio contra los derechos fundamentales de un particular.

Así, el Tribunal Constitucional, al rebajar el rigorismo procesal de la LOTC respecto del conocimiento por su parte de las violaciones que trajeran

su causa —directa e inmediata, dice la Ley, de acciones u omisiones de los órganos judiciales—, ha posibilitado el reconocimiento de eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, al proporcionar su protección a los mismos en el nivel del amparo constitucional.

IV. SU TITULARIDAD

Ya nos hemos referido ocasionalmente a la titularidad de los derechos fundamentales al estudiar la problemática de su clasificación. Los derechos fundamentales son patrimonio de todos, en razón de su vinculación directa con la libertad y dignidad de la persona, de cuyo desarrollo son condición indispensable. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos no confieren su titularidad en términos tan amplios, sobre todo la de los derechos políticos, restringidos a los ciudadanos, aunque se suela admitir un derecho a la participación de los extranjeros en elecciones municipales condicionado a la posesión de permiso de residencia, a la pertenencia del extranjero a determinada área política o a la reciprocidad entre los nacionales de los países con los que se haya regulado el particular.

En España, los extranjeros disfrutan de las libertades públicas del Título I de la Constitución —a entenderse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los convenios internacionales sobre dichas materias ratificados por España (art. 10.2)— en los términos establecidos en los tratados y la Ley, *ex art. 13*. La cuestión está en que, a mi juicio, de dichos tratados no pueden derivarse limitaciones que, al menos respecto de los derechos fundamentales del capítulo 2.º, afecten al contenido esencial de tales derechos, que quedarían mutilados si se restringiese abusivamente su titularidad y su protección, por decirlo así, desconstitucionalizada, al quedar el derecho fundamental, en su configuración efectiva, a merced de cualquier tratado o ley.

La titularidad de los derechos fundamentales, en la medida que lo permitan los términos de su reconocimiento, y la naturaleza de su objeto, contenido o relaciones vitales a que se refieran, corresponde asimismo a las personas jurídicas y, en su caso, a grupos o colectivos que no lo sean; así, por ejemplo, partidos o asociaciones de electores sin dicha condición.

V. LA CONCEPCION SISTEMATICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
COMO ORDEN CERRADO Y COMPLETO

Una cuestión sin duda apasionante de la Teoría general de los derechos fundamentales es la que se refiere a la concepción de los mismos como un sistema cerrado y completo, trasunto de su existencia metapositiva, en el terreno de las evidencias lógicas o de los contenidos iusnaturalistas, de tipo cristiano o racionalista. Esta concepción se atribuiría una coherencia en la comprensión de los derechos fundamentales, a los que aportaría el rigor de la teoría del ordenamiento propia del positivismo jurídico. Pero debería hacer frente, realmente en situación de franca desventaja, a los reproches de su incompatibilidad con los presupuestos pluralistas ideológicos de las sociedades modernas, que no reposan, afortunadamente, en ningún consenso ideológico que no sea el de la admisión del disenso, salvo en lo esencial de la aceptación de unas reglas de juego que permitan a todos el juego político y la libertad.

De otro lado, esta concepción de los derechos fundamentales plantea una comprensión trascendente de los mismos, al exigir la remisión a un orden transpositivo en el que verdaderamente tienen existencia, que es contrario a las bases, exclusivamente positivas, de certeza y seguridad jurídicas, de los ordenamientos vigentes.

Finalmente, este tipo de comprensión de los derechos fundamentales como traslación de principios metajurídicos o morales al plano del derecho se concibe sobre todo como una operación de tipo intelectual o teórico: el problema es plasmar, tan perfectamente como se pueda, desde el plano de la ordenación ideal, en el sistema jurídico positivo aquel sistema de los derechos fundamentales que tienen vigencia por sí en el plano de la razón y de la justicia. Este es un planteamiento ahistórico que ignora que el reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales es inseparable de la voluntad de restañar abusos concretos que la violación de los mismos suponía.

Para muchos, en efecto, los derechos fundamentales son la manifestación jurídico-positiva de un orden de valores que existe extra y preconstitucionalmente. Desde este punto de vista, el constituyente se habría limitado a reflejar y reconocer estos derechos anteriores, que poseen valor y existencia por sí mismos.

Pero esta visión puede plantear algunos problemas al intentar explicar y analizar la situación de los ordenamientos positivos actuales.

En primer lugar, según veíamos antes, ¿cómo explicar la aceptación del Derecho natural por la sociedad moderna? Una sociedad que instaura un Es-

tado que se define a sí mismo como laico, esto es, no defensor ni favorecedor de una determinada corriente religiosa o ideológica; una sociedad progresista que no se apoya en verdades dogmáticas o en razones últimas, superiores, sobre cuya existencia no se ofrezcan dudas; una sociedad donde triunfa el relativismo ideológico frente al dogmatismo propio de otras épocas.

En este contexto histórico es difícil afirmar que los derechos fundamentales reconocidos hoy por la mayor parte de los países occidentales en sus Constituciones sean parte de un Derecho natural superior que nos veamos obligados a reconocer y obedecer.

En segundo lugar, debemos darnos cuenta que las declaraciones de derechos, desmintiendo su carácter «sistemático» y cerrado, correspondiente a su existencia separada en un orden transpositivo, no son completas. Se han consignado una serie de derechos, a modo de ejemplo, aunque puedan existir otros que no estén en la Constitución y que el legislador no ha recogido, bien porque no ha sabido reconocerlos o porque no ha querido hacerlo. Podemos concluir que, en esta visión «sistémica» de los derechos fundamentales, el positivismo jurídico sufre de contaminación iusnaturalista.

De modo que habríamos de recapitular diciendo: Primeramente, que los derechos fundamentales no forman un sistema cerrado, trasunto de su existencia en un orden metapositivo que el Derecho constitucional se limitaría a reconocer o sancionar. Existen en el ordenamiento con independencia de su base filosófica o ideológica. Tampoco puede representarse como la concreción de un derecho general al libre desarrollo de la personalidad.

En segundo lugar, se trata de verdaderos derechos jurídicos. Esto es, pretensiones concretas, dotadas de protección jurídica, pues son alegables ante el juez, y esto en virtud del reconocimiento y amparo que les otorga el Estado. Los derechos fundamentales son derechos positivos y no naturales, lo que quiere decir que se disfrutan en los términos del ordenamiento en lo referente a su limitación, protección y alcance.

VI. EL PROBLEMA DE SUS LÍMITES

Como se acaba de decir, los derechos fundamentales, a pesar de su imprescindibleidad, no son derechos absolutos, pues en el ordenamiento jurídico, como sistema que es, todos los derechos son limitados, pues todos se encuentran en relación próxima entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales, potencialmente, cabe el conflicto.

La existencia de límites a los derechos fundamentales deriva fundamentalmente de tres causas.

En primer lugar, *del carácter universal o general* de los derechos fundamentales, cuyo disfrute simultáneo es imposible sin la ordenación, de indudable alcance restrictivo, de su ejercicio. La titularidad universal de los derechos fundamentales implica ya, evidentemente, una primera limitación de los mismos, en la medida en que tales derechos reconocidos a todos han de poder ser ejercidos simultáneamente también por todos. Una vez aceptado el hecho de que el disfrute de los derechos fundamentales ha de poder realizarse al mismo tiempo por todos sus titulares, debe aceptarse asimismo el límite evidente que se deriva de ello. Así, una persona podrá ejercitar su derecho siempre y cuando esto no suponga la imposibilidad de que otro individuo también lo haga. Siendo esto así, se planteará el problema de la coordinación en el ejercicio de estos derechos.

De modo que la resolución de la vigencia efectiva universal y simultánea de los derechos fundamentales requerirá de una regulación normativa que compatibilice su disfrute y que habilite una actuación ordenadora y, en su caso, represiva o impeditiva de la autoridad gubernativa.

La limitación de los derechos fundamentales puede derivarse, en segundo lugar, *de la necesaria coexistencia de los mismos entre sí o con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos*, pues, como veremos, los conflictos que surjan entre ellos no se resolverán de ordinario con la afirmación de la prevalencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás, sino con la afirmación de la vigencia debilitada de todos. Realizaremos tres observaciones, en efecto, sobre la necesaria compatibilidad sistémica, principalmente de los derechos constitucionales, pero que son aplicables al planteamiento de conflictos entre derechos constitucionales y exigencias derivadas de la defensa de bienes constitucionalmente protegidos, sobre todo en la medida en que éstos puedan referirse a valores defendidos en la parte dogmática de la Constitución.

a) El conflicto entre derechos fundamentales es inevitable como resultado, según acabamos de señalar, de la condición limitada e integrada de todos los derechos fundamentales, pues tales se refieren a ámbitos vitales o relaciones sociales que tienen lugar en el mismo plano de la convivencia. «La libertad de cada uno termina donde comienza la de los demás» sigue siendo una representación gráfica, aunque elemental, de esta situación.

b) El conflicto entre los derechos fundamentales no puede resolverse aceptando en principio y de partida la superioridad de uno o unos derechos sobre otros. El orden o el sistema de valores constitucional no se encuentra jerarquizado axiológicamente. La relación lógica o sistemática entre los bienes jurídicos protegidos en los derechos constitucionales fundamentales no puede reducirse, por consiguiente, a esquemas de supraordenación o jerarquía.

c) La resolución de los conflictos entre derechos constitucionales ha de establecerse en cada caso —lo que no quiere decir que no pueda haber estándares, fijados básicamente por el Tribunal Constitucional, aplicables, en principio, para los supuestos de conflictos de determinados caracteres, pero como pauta sólo de medio alcance en su nivel de generalización— como consecuencia de una ponderación, que, aunque puede establecer la prevalencia en ese determinado supuesto de un derecho fundamental sobre otro, en razón de las específicas circunstancias de cada caso, debe afirmarse sin negar la existencia del derecho no preferente y procurando, en la medida de lo posible, la protección de éste. Resolución, por consiguiente, del conflicto mediante ponderación que no busca la aniquilación del derecho no prevalente, sino, en la medida de lo posible, la concordancia práctica de ambos derechos.

VII. LIMITES Y CONSTITUCION

La condición limitada de los derechos fundamentales se deriva, a veces, del propio tenor explícito de la Constitución. Primeramente, de los mismos términos reconocedores del Derecho, que delimitan su objeto al referirlo a determinado contenido, relaciones o ámbitos vitales. Así, nuestra Constitución, como otras, contrae el reconocimiento del derecho de reunión exclusivamente a las de carácter pacífico (art. 21). El derecho de asociación excluye del mismo la pertenencia a las asociaciones que, de acuerdo con nuestro ordenamiento, quepan ser calificadas de ilícitas (art. 22).

Otras veces, la Constitución se refiere expresamente a restricciones o límites derivados de la colisión del respectivo derecho con otro concreto o contiene limitaciones formuladas en términos más generales (así, respectivamente, conflicto de los derechos a una comunicación libre con el derecho al honor, intimidad y la propia imagen, en concreto, así como todos los derechos del Título I, art. 20.4).

En otras ocasiones, la existencia de límites es *implícita*, consecuencia de la inclusión sistémica de los derechos fundamentales en el ordenamientos, en el que no existen, por tanto, según venimos repetidamente insistiendo, posiciones absolutas.

VIII. LA INTERVENCION NORMADORA DEL LEGISLADOR
EN EL ESTABLECIMIENTO DEL REGIMEN
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Lo que acabamos de señalar sobre la limitación de los derechos fundamentales nos lleva de la mano a otro gran tema de la teoría de los derechos fundamentales, a saber: el de la intervención normadora del legislador en el establecimiento de su régimen, pero intervención cuyo alcance y significado no deja de ser admitida sin polémica por la doctrina.

La incompletud de la regulación constitucional de los derechos fundamentales es consecuencia, primeramente, del carácter sumarial y lapidario de las formulaciones de aquéllos, que caracterizaría sobremanera a las normas «prescriptivas» constitucionales antes que a las organizativas o competenciales; pero también es función de la imposibilidad constitucional de establecer las restricciones que el disfrute simultáneo implica por todos los titulares, la necesidad de compatibilizar el ejercicio de unos derechos con el de otros, realizando las acomodaciones necesarias; o verificar la protección penal de los mismos, estableciendo sanciones a la conducta que les sea contraria; o salvar las intervenciones gubernativas o judiciales a su disfrute, como excepciones procesalmente establecidas. Todas estas causas hacen necesaria una actuación de los poderes públicos en el régimen efectivo de los derechos fundamentales, en primer término, en el plano normativo, y que alcanza antes que a nadie, evidentemente, al poder legislativo, dada la vigencia del principio de legalidad, que excluye, sobre todo, cualquier regulación de la administración sin cobertura legal.

La colaboración normadora del legislador en el establecimiento del régimen, o estatuto jurídico de los derechos fundamentales, plantea no sólo el problema del significado de esta intervención, que puede tener un carácter verdaderamente constitutivo o esencial, definidor o delimitador del contenido del derecho, o meramente adjetivo o exterior, sino algunas cuestiones referentes al propio carácter de los derechos fundamentales, como derechos «naturales», que el constituyente se limita a reconocer, pero cuya condición sigue siendo, por decirlo así, prepositiva, inmune en cuanto sea posible a la intervención, más allá de su respeto y protección, del Estado. De modo que se considera a los derechos fundamentales derechos básicamente de carácter negativo o preestatal, o derechos políticos, en tanto que se disfrutan en la medida de su reconocimiento, esto es, en los términos establecidos en el ordenamiento, que viene a configurarlos básicamente y, en realidad, a definirlos.

En la primera perspectiva el Estado aparece como el enemigo de los de-

rechos, y con una contribución en su régimen tan escasa como sea posible; en la segunda como el colaborador esencial en su disfrute, como su definidor y configurador, con una intervención verdaderamente constitutiva en su regulación. El primer punto de vista rezuma desconfianza; el segundo, por el contrario, considera al Estado no como el potencial enemigo de los derechos fundamentales, sino como su garante.

La primera perspectiva apura la equiparación de los derechos fundamentales a situaciones «naturales», cuyo disfrute depende exclusivamente de la actitud de abstención del Estado. La segunda parte de una visión «institucional» o realista de los derechos fundamentales, consciente de que su afirmación no depende exclusivamente de su proclamación y, en todo caso, protección jurisdiccional, sino de su organización y configuración, así como de su vigencia efectiva en la sociedad, lo que no es posible sin una actuación positiva, de ordenación y fomento, diríamos para entendernos, de los poderes públicos.

Esta visión «realista» de los derechos fundamentales, que tienen en cuenta la intersección del plano de la sociedad y el Estado, es debida, según es sabido, básicamente a la obra de Häberle, y sus méritos son grandes, en cuanto ha puesto de relieve el carácter positivo e institucional de aquéllos, eliminando el prejuicio naturalista, preestatal, en la concepción de los derechos fundamentales, que en modo alguno son situaciones prejurídicas, y ha destacado la necesidad de una regulación completa, o régimen jurídico de los derechos fundamentales, cuyo disfrute es complicado en las modernas sociedades y depende de actuaciones normadoras y materiales de los poderes públicos, que deben producirse con plenas garantías y de modo ordenado.

Pero esta concepción «institucional» de los derechos fundamentales no debe hacer olvidar que la contribución normadora del legislador en el establecimiento del derecho fundamental, si siempre es necesaria, no siempre tiene un carácter constitutivo, definidor o configurador, lo que no ocurre en el caso de los derechos autonomía o derechos defensa, los cuales son, antes que nada, derechos de autodeterminación de sus titulares, que son quienes los configuran verdaderamente, sin que la intervención del Estado se produzca, sino de modo exterior y marginal, para asegurar a los titulares el disfrute de su contenido sin restricciones.

Pero, en los demás casos, tampoco la intervención normadora del legislador puede tener lugar sin restricciones. Estas pueden derivarse de alguna exigencia modal de la ley (nuestra Constitución reserva, *ex art. 81*, a la ley orgánica la materia relativa al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, y deja para la ley ordinaria la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 2.º del Título I, lo que

plantea antes de nada la cuestión de saber primero si los derechos de que se habla en ambos casos son los mismos, y segundo, averiguar en qué pueda consistir para el constituyente esas actividades de 'regulación del ejercicio' y 'desarrollo'), y, sobre todo, de la declaración de indisponibilidad para el legislador del «contenido esencial» del derecho, que se hace tanto en la Ley Fundamental de Bonn como en la Constitución española, en concreto en el artículo 53.2.

El establecimiento de este límite constitucional a la actividad normativa del legislador sugiere diversas consideraciones.

En primer lugar, relativas a la lógica de su existencia, no necesariamente a la de su constancia constitucional.

La actividad normadora del legislador no puede concebirse como una capacidad ilimitada o absoluta, habida cuenta del carácter limitado del reconocimiento de todos los derechos, condición a tener en cuenta por el legislador ordinario a la hora de establecer el régimen de los derechos fundamentales.

Una actuación absoluta del legislador atribuyendo a los derechos fundamentales en su régimen efectivo contenidos exorbitantes de su reconocimiento constitucional vulneraría el principio de jerarquía normativa, en cuya virtud un poder constituido —en este caso el legislador— no puede contrariar lo prescrito por el poder constituyente. Quiere decirse que una actuación *extra vires* del legislador haría incurrir en inconstitucionalidad a la ley reguladora del derecho fundamental.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional español ha establecido que el límite del contenido esencial no se respeta por el legislador cuando la actuación normadora de éste deja irreconocible el derecho fundamental, esto es, lo desfigura, de modo que ya en su régimen no es incluíble en el *nomen* del mismo, o cuando, tras su regulación, el derecho fundamental deja de ser capaz de proteger los intereses cuya tutela le compete. [«Se entiende por 'contenido esencial' aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte de contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga...» (STC 11/1981, de 8 de abril).]

El problema consiste en saber si la existencia de ese límite a la actuación normadora del legislador respecto del derecho fundamental se deriva de la posición estructural subordinada, inferior en la jerarquía normativa, del legislador respecto del constituyente o si trae su causa de la indisponibilidad expresa del contenido esencial del derecho fundamental para el legislador. Esto es, se trata de averiguar si la reserva del artículo 53 establece constitu-

tivamente una prohibición, que sin ella no existía, o si tiene un carácter meramente declarativo. Son muchos quienes, en la doctrina alemana (así, Häberle y Hesse), atribuyen a su cláusula homóloga la mera condición de un recordatorio enérgico de las obligaciones del legislador en relación con lo establecido por el constituyente, conminándole a la observancia de límites, que en realidad, viene a reiterar, pero no a establecer propiamente.

Un segundo tipo de problemas, que se refieren sobre todo al Derecho constitucional español, tienen que ver en primer término con la exploración del sentido del establecimiento de reserva de ley para la fijación del régimen de los derechos fundamentales, ya estemos ante una reserva de ley ordinaria, si se trata de la regulación del ejercicio de los derechos y libertades del capítulo 2.º del Título I, o de ley orgánica para, según dijimos, el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Evidentemente, no se trata de mantener los presupuestos originarios de la teoría de la reserva de ley relacionada con determinado horizonte político-intelectual, el del positivismo jurídico y el de la doble soberanía, correspondiente, entonces, a la monarquía constitucional y doctrinaria y hoy a regímenes de parlamentarismo equívoco o dualistas, sino de explicar su persistencia limitada en el mantenimiento de reservas impropias en nuestro ordenamiento constitucional con el objetivo no de garantizar necesariamente un ámbito normativo al legislativo frente al ejecutivo, lo que ya no sería necesario, pues, en principio, no hay ámbitos vedados al legislador sino en el sentido de imponer la regulación legislativa de determinadas materias y, en concreto, de vedar su deslegalización, pues la reserva de ley asegura la protección que se deriva del procedimiento parlamentario, considerada acertadamente vital para la regulación satisfactoria de cuestiones de especial relieve político o interés para la colectividad.

Otro problema es el de establecer cuándo será necesaria la intervención normadora del legislador ordinario o del orgánico. La cuestión puede intentarse resolver, en términos abstractos o mediante la interpretación de las previsiones constitucionales, utilizando, básicamente, procedimientos de exclusión. Con la primera perspectiva reclamaríamos una actuación del legislador ordinario en el establecimiento de limitaciones o restricciones tendentes, en esencia, a asegurar el disfrute simultáneo o general del derecho fundamental por todos sus titulares o la compatibilidad de los derechos fundamentales entre sí y con otros bienes jurídicos, asimismo constitucionalmente protegidos. Se trataría de una actuación de carácter ordenador, tuitivo y de organización de su ejercicio. La actuación normadora del legislador orgánico tiene, en cambio, un carácter más configurador, delimitador de su contenido y de carácter constitutivo.

Pero la determinación de su ámbito de actuación puede alcanzarse también por medio de la interpretación que correctamente quepa conferir a las expresiones, respectivamente, de «regulación de su ejercicio» y de «desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas». Propongo para la primera la comprensión exclusiva o residual de aquellas actuaciones normativas del legislador que no quepa identificar con las del segundo tipo. De modo que la interpretación de estas dos cláusulas queda reducida al establecimiento del alcance del segundo tipo de normación.

La comprensión del ámbito material, reservado (*ex art. 81*) al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, plantea la interpretación de la identificación del tipo de derechos comprendidos en dicha reserva. La referencia a los *derechos fundamentales y libertades públicas* parece remitir al capítulo 2.º, sección primera, del Título I. Aunque hay que hacer notar que en dicha remisión no pueden incluirse todos los preceptos comprendidos en dicha sección, ya que el operar de otro modo tendría efectos restrictivos o superfluos en el caso de mandatos o prohibiciones. Son los casos, por ejemplo, del artículo 15 o del 20.2, preceptos que en absoluto necesitan de desarrollo alguno.

El segundo problema que se plantea es el referente al sentido que deba darse al término *desarrollo*.

En primer lugar, existe una interpretación muy amplia, que pretende hacer objeto de regulación por ley orgánica cualquier referencia, incluso si ésta es incidental u ocasional, a algunos de los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo 2.º del Título I. Esta interpretación es lógicamente rechazable, pues supondría imponer una rigidez inconveniente a la actividad legislativa.

En segundo lugar, el término desarrollo cabría ser entendido como comprendiendo una regulación *directa, completa y detallada*. Esta posición interpretativa es la que mantiene Eduardo García de Enterría, para quien el artículo 81 exige ley orgánica cuando se trata de establecer el régimen exhaustivo de los preceptos constitucionales a que nos referimos. Este enfoque, exigido con rigidez, llevaría asimismo a unos resultados inconvenientes al restringir en exceso la utilización del tipo de ley orgánica.

Una tercera posibilidad, más plausible, podría consistir en la comprensión de la expresión *desarrollo*, en el sentido de regulación *global*, en cuanto *básica*, pero no necesariamente detallada, que permita una remisión ulterior al legislador ordinario o a la misma Administración. En efecto, el Tribunal Constitucional, incluso, ha admitido la posibilidad de reglamentos que tengan un sentido adicional no básico.

Como señalaba anteriormente, la actuación normativa del legislador ordi-

nario habría de entenderse como referida a la normación no comprendida en los supuestos constitucionalmente no reservados al legislador orgánico.

IX. DERECHO FUNDAMENTAL Y GARANTÍA INSTITUCIONAL

El último problema del que queremos ocuparnos brevísimamente es el referido a la distinción de la figura de los derechos fundamentales de otras próximas como la de la *garantía institucional*. Como es sabido, toda ciencia (por consiguiente, también la jurídica) recurre a veces a contraposiciones entre tipos que operan como criterios modélicos de clasificación o como guías orientadoras de comprensión. Una de las dualidades conceptuales más arraigadas en la Teoría constitucional es la de *derecho fundamental y garantía institucional*. La categoría de garantía institucional es acuñada en los años veinte de este siglo por la doctrina alemana —sobre todo por Schmitt— para referirse a la protección constitucional conferida a determinadas instituciones no esenciales o centrales, pero sí típicas y, por tanto, necesarias de la organización político-administrativa.

El reconocimiento constitucional de las mismas les conferiría una protección, especialmente frente al legislador, que les aseguraría de su supresión o de la desfiguración sustancial de las mismas que pudiese hacerse en el establecimiento de su régimen, garantizándose, por consiguiente, su imagen maestra o *Leit-Bild*. En principio, el objeto de protección son determinadas instituciones públicas. Con el tiempo se hablará asimismo de garantías de instituciones sociales, conferidas no a organizaciones públicas, sino a determinadas manifestaciones sociales.

Nos interesa destacar aquí algunos aspectos de la teoría de la garantía institucional. En primer lugar, que aparece como una contraposición que ayuda a comprender el propio concepto —que es en buena parte su negativo— de derecho fundamental. El derecho fundamental es esencialmente prejurídico, pues su modelo, según quedó ya dicho, es la situación de libertad pre-estatal, «natural». La garantía institucional se encuentra sólo *in nuce* recogida en la Constitución. Se remite a un régimen jurídico extraconstitucional, configurado históricamente, en un determinado sentido, sobre todo por el legislador. El titular del derecho fundamental es el individuo o la persona. El titular de la garantía institucional es la institución, cuya existencia y rasgos básicos —imagen maestra— se quiere proteger. El derecho fundamental tiene protección jurisdiccional, eficacia directa, etc., de los que carecería la garantía institucional. El derecho fundamental alberga situaciones jurídicas subjetivas, que son su verdadero objeto, lo que sólo mediatamente ocurre en la garantía

institucional. Así, por ejemplo, la garantía institucional no comprende los derechos de los funcionarios, salvo en la medida que indirectamente se encuentran cubiertos por la protección institucional conferida a la burocracia...

Pero en un segundo momento, la relación entre derecho fundamental y garantía institucional ya no será de contraposición, sino de influencia. En efecto, la construcción del derecho fundamental en la teoría y el reconocimiento constitucional positivo se verá influida por la contribución institucional una vez que se revele la estructura homóloga de la garantía institucional y el derecho fundamental, tal como se contempla en la Ley Fundamental de Bonn. Así, la exigencia formulada en el terreno doctrinal del respeto por parte del legislador de determinados límites en su actividad de configuración y organización de las instituciones es recogida en el plano positivo por la norma constitucional, en el caso presente, como mandato expreso de respeto del contenido esencial del derecho fundamental, confiriéndose —lo que sí es una novedad de nota respecto de la teoría de la garantía institucional, pero que no podía faltar en el Estado constitucional de Derecho— el control de su observancia al Tribunal Constitucional.

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

Un tercer momento de las relaciones entre la teoría de la garantía institucional y el derecho fundamental puede verse en la comprensión «institucional» de los derechos fundamentales que han puesto de moda autores como Häberle y Hesse, sobre las huellas de Smend, y que no puede entenderse sin la reflexión pionera sobre la garantía institucional de Schmitt, Wolf, Anschutz o Klein. En este tipo de comprensión más realista de los derechos fundamentales, en correspondencia con la afirmación de la relación entre libertad y democracia, sociedad y Estado, se subraya la dimensión institucional de los derechos fundamentales y la necesidad de los mismos de organización y completamiento normativo, así como su obligada comprensión como realidades políticas y de vigencia social efectiva.

Esta perspectiva ha revolucionado la comprensión de los derechos fundamentales, pero ha sido objeto de críticas que, al lado de la atribución a la misma del mérito de haber puesto de relieve la importancia de la contribución del legislador en el establecimiento de su régimen efectivo, le han reprochado su tendencia a conferir una función constitutiva o configuradora y no meramente colaboradora de éste, ignorando, por tanto, las exigencias de la jerarquía normativa entre Constitución y Ley, así como la inadecuación de este

enfoque para la comprensión de los derechos de autonomía, que, según vimos, no serían configurados por el legislador, sino propiamente por el titular de los mismos.

El Tribunal Constitucional español ha utilizado la construcción de la garantía institucional en dos ocasiones y ha desaprovechado otra en que debió hacerlo. En su sentencia de 28 de julio de 1981 —caso Diputaciones catalanas— recuerda el concepto de garantía institucional y el alcance del límite que tal garantía imponía al legislador. Objeto de la protección constitucional son «determinadas instituciones, consideradas componentes esenciales del orden jurídico-político, elementos arquitecturales indispensables», a los que se asegura «un núcleo o reducto indispensable por el legislador». «La garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre.»

Nuestro Alto Tribunal retoma este concepto para la calificación del régimen foral vasco reconocido en nuestra Constitución. Según la sentencia 76/1988, de 26 de abril, «lo que la Constitución ha venido a amparar —en su disposición adicional 1.ª—, señala el Tribunal, no es una suma o agregado de potestades, facultades o privilegios, ejercidos históricamente en forma de derechos subjetivos de corporaciones territoriales, susceptible de ser traducidos en otras tantas competencias de titularidad o ejercicio respaldadas por la historia».

Lo que la Constitución garantiza es la foralidad, o la «imagen identificable del régimen foral tradicional», tanto en sus aspectos organizativos como competenciales, pero no «todos y cada uno de los derechos que, históricamente, la hayan caracterizado». El reducto indisponible al legislador, protegido por la garantía institucional, establecida en la disposición transitoria 1.ª, es «un régimen de autogobierno territorial con el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos territorios históricos».

Como decía antes, el Tribunal Constitucional perdió una buena oportunidad de retomar adecuadamente su rica doctrina de la garantía institucional en la sentencia 26/1987, de 27 de febrero, cuando caracteriza la «autonomía universitaria» como derecho fundamental y no como (según advierte correctamente el voto particular, entre otros de Rubio Llorente y Díez Picazo) garantía institucional, lo que, de paso, habría evitado los enojosos problemas que, para la Teoría constitucional, supone reconocer un derecho fundamen-

tal, que no sea una garantía procesal, a una corporación de Derecho público, y permitiría plantearse, en términos más adecuados, eventuales conflictos entre la autonomía universitaria y la libertad de cátedra.

X. BIBLIOGRAFIA ESENCIAL

- ABEL, G.: *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*, 1964.
- ALEXY, R.: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985.
- BAÑO LEÓN, J. M.: «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*.
- BARENDT, E.: *Freedom of Speech*, Oxford, 1987; Tübingen, 1905.
- BETHGE, H.: *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, München, 1977.
- BETTERMAN/NIPPERDEY/SCHÜNER: *Die Grundrechte*, 2.ª ed., vol. II, 1968.
- BLECKMANN, A.: *Staatsrecht. II. Allgemeine Grundrechtslehren*, 2.ª ed., 1985.
- BÖCKENFÖRDE, E. W.: «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», en *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt/Main, 1976.
- CRUZ VILLALÓN, P.: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.
- DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, pág. 295.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso de Derecho administrativo*, 5.ª ed., Madrid, 1989.
- GARCÍA TORRES, J./JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986.
- HÄBERLE, P.: *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3 Auflage, Heidelberg, 1983.
- HAURIOU, M.: «La Théorie de l'institution et de la fondation», en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, vol. 4, 1925.
- HESSE, K.: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14 Auflage, Heidelberg, 1984.
- JELLINEK, G.: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905.
- KLEIN, H. H.: *Die Grundrechte in demokratischen Staat*, 2 Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1974.
- KREBS, W.: *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, Berlin, 1975.
- LERCHE, P.: *Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, Köln/Berlin/München/Bonn, 1961.
- MANGOLDT, H./KLEIN, F.: *Das Bonner Grundgesetz*, Berlin/Frankfurt, 1957.
- MARTÍN RETORTILLO, L.: «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en L. MARTÍN RETORTILLO/I. DE OTTO Y PARDO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.
- MAUNZ-DÜRIG: *Grundgesetz. Kommentar* (sobre el art. 5 de la G. G.), 1958-1985.
- MÜLLER, F.: *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Berlin, 1968.
- OTTO Y PARDO, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, y «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en L. MARTÍN RETORTILLO/I. DE OTTO Y PARDO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.

- PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990.
- SCHNEIDER, U.: «Pressefreiheit», en *VVDStRL H.*, 22, 1965.
- «Die Neure Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland (1960)», en *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978.
- «Die Institutionellen Garantien des Grundgesetzes», en *Recht, Staat, Wirtschaft*, volumen 4, 1953.
- SCHMIDT-JORTZIG, E.: *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, Göttingen, 1979.
- SCHMITT, C.: *Verfassungslehre*, 1928.
- «Freiheitsrechte und Institutionelle Garantien der Reichs-Verfassung», 1931.
- SCHMITT-GLAESSER, W.: «Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *Archiv des Öffentlichen Recht*, 97, 98, 1972.
- *Missbrauch und Verwirkung von Grundrechten im Politischen Meinungskampf*, Bad Homburg/Berlin/Zürich, 1968.
- SCHWABE, J.: *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977.
- *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Studienauswahl*, 3.ª ed., Hamburg, 1984.
- SCHNEIDER, L.: *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19. Abs. G. G.*, Berlin, 1983.
- SCHOLZ, R.: *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, München, 1971.
- SMEND: *Verfassung und Verfassungsrecht, Staatrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2.ª ed., Berlin, 1968.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23.
- «La libertad de expresión desde la Teoría de los derechos fundamentales», de próxima aparición en la *Revista Española de Derecho Constitucional*.
- «Problemas constitucionales de la Autonomía Vasca» y «Estatuto de Autonomía y Derechos Históricos», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2.
- STEINBEISS-WINKELMANN: *Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung*, Frankfurt am Main, 1986.
- STERN, K.: *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, Band III, 1. Allgemeine Lehre der Grundrechte, München, 1988.