

El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional

Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas
Profesora Ayudante de Derecho Constitucional

Estado de la cuestión

Derechos Fundamentales y Libertades Públicas: un catálogo fundamental

Artículo 53.1: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)».

En primer lugar, veamos qué «derechos» y «libertades» reconoce el Capítulo segundo del Título I: Sección Primera: artículos 15 a 29: derecho a la vida; derecho a la integridad física y moral (art. 15); derecho a la libertad; a la seguridad (art. 17); derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18); derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Derecho a entrar y salir libremente de España (art.

19); derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (...), a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la libertad de cátedra, a comunicar o recibir libremente información veraz (...); derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional (art. 20); derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 21); derecho de asociación (art. 22); derecho a participar en los asuntos públicos y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23); derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales; derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia (art. 24); derecho del condenado a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad (art. 25); derecho a la educación (art. 27); derecho a sindicarse libremente; derecho a fundar sindicatos y a afiliarse (...), derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas; derecho a la huelga de los trabajadores (...) (art. 28); derecho de petición individual y colectiva (art.29).

Asimismo, se reconocen las siguientes libertades: libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y comunidades (art. 16); libertad de enseñanza; libertad de las personas físicas y jurídicas de creación de centros docentes (...) (art. 27).

Sección Segunda, arts. 30 a 38: derecho a defender España (art. 30); derecho a contraer matrimonio del hombre y mujer con plena igualdad jurídica (art.32); derecho a la propiedad privada y a su herencia (art. 33); derecho de fundación para fines de interés general (art. 34); derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia (art.35); derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37).

Respecto a las libertades, en el artículo 38 se reconoce la libertad de empresa.

En cuanto a los deberes constitucionales, éstos quedan fuera de la superprotección que ofrece el contenido esencial (en adelante «contencial»¹)².

¹ Preferimos utilizar esta endiádis, mediante la cual, con dos palabras distintas se forma un concepto: contenido + esencial = contencial. Este término nos parece más expresivo, evita repeticiones monótonas y contribuye a economizar el lenguaje, dejando, claro está, a salvo la coherencia del estudio.

² Aunque no es el objeto de este breve estudio, sería un tema sugestivo el estudio del contenido esencial del deber de defender a España, por ejemplo, para calcular su alcance y repercusión en el debatido asunto, hoy de plena actualidad, de la objeción de conciencia y la insumisión. ¿Existe este deber de defender a España?; y, en tal caso, ¿en qué se fundamenta dicho

Relación de los derechos fundamentales y de las libertades públicas con el artículo 53.1 CE

El artículo 53.1 CE establece la vinculación de todos los poderes públicos al Capítulo segundo del Título I. A su vez, se establece que sólo se podrá regular su ejercicio mediante ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial. Aquí se diferencian dos cosas: por un lado, se habla de la vinculación de todos los poderes públicos del Estado y de las Comunidades Autónomas a dichos derechos fundamentales y libertades públicas. Por el otro, se encomienda a la ley regular el ejercicio de dichos derechos y libertades.

La ley, por su parte, deberá respetar el contenido esencial del derecho o libertad en cuestión. Ahora bien, ¿qué es el contenido esencial de un derecho fundamental o libertad pública?; ¿es determinable?; ¿debe ser determinado? y, en tal caso, ¿a quién corresponde su determinación?

Que nosotros sepamos, hasta ahora, ni la ley ni la doctrina constitucional de nuestro país se han dedicado en profundidad a concretar el contencial³. En cambio, el Tribunal Constitucional sí ha entrado a determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, el derecho a la huelga, con motivo de una conocida sentencia⁴.

La cuestión básica en este estudio, esto es, qué se entiende por contenido esencial, la trataremos al final de este trabajo. Se trata ahora de responder a los otros interrogantes formulados, no sin antes aclarar algo que nos parece inaplazable: partimos de la idea de que los derechos fundamentales, todos, tienen un núcleo propio, irrenunciable e inmodificable, que constituye su propia identidad⁵. Trataremos de demostrar la afirmación anterior desglosando la cuestión fundamental en los siguientes interrogantes:

deber, que le hace ser exigible al ciudadano español (¡ojo, sólo al varón!) hasta el punto de poner en peligro su propia vida (caso de los cascos azules españoles en el reciente conflicto de la antigua Yugoslavia)?

³ Más bien ha sido un tema que ha suscitado poco interés.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril de 1981 (BOE n° 99, de 25 de abril de 1981).

⁵ No son pocos los que dudan acerca de la existencia misma del contencial. Parece que estamos aquí ante una cuestión de fe: hay los que creen que existe el contenido esencial y los que lo niegan (los más numerosos). Nosotros intentamos dar razones de por qué creemos que el contencial es algo real. Es un intento de aportar algo de luz en una cuestión tan oscura, que hasta representantes del máximo órgano interpretador de la Constitución se plantean su existencia por supuesto en opiniones privadas.

Por lo pronto, queremos pensar que si nuestra Norma Fundamental lo recoge será por algo más que simple influencia de otros ordenamientos fundamentales europeos. Intuimos que estamos ante «algo» que el poder constituyente (supuestamente dotado de una sabiduría parecida, utilizando una metáfora, a la de nuestros ancestros) incluye en el texto constitucional;

Primero.- ¿es determinable el contencial? Nos preocupa ahora saber si se puede llegar a conocer el contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas. Nosotros creemos que se puede; ¿cómo? Trataremos de buscar la vía adecuada; sin perjuicio de lo anterior, queremos llamar la atención en el siguiente punto: cuando hablamos de determinar el contencial no estamos pretendiendo crear dicho contenido. Determinar y crear son dos cosas diferentes. El contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas es anterior a su regulación constitucional, guste o no guste. Al igual que los valores de la Libertad, la Justicia, la Igualdad y el Pluralismo político, hay que estar con el valor supremo de la Dignidad Humana. El contenido esencial tiene un carácter evidente de preexistencia a la norma constitucional que, como en los casos anteriores, se limita a reconocerlo. No conviene olvidar que estos postulados son un legado importante de más de doscientos años de constitucionalismo liberal, que forman parte destacada de la cultura axiológica euroatlántica, de la *Weltanschauung* o cosmovisión occidental.

Segundo.- ¿debe ser determinado el contenido esencial o es, por su naturaleza, esencialmente indeterminable? Creemos que puede concretarse bastante el contenido esencial. De hecho, si no se trabaja en esta línea, ¿cómo va el legislador a legislar respetando el contenido esencial si desconoce qué es dicho contenido?; ¿se puede respetar intencionadamente algo que se ignora?; y, si se desconoce tal contencial, ¿acaso podemos tener alguna certeza de que el legislador «respete» ese contenido valioso de nuestros derechos y libertades que es el contencial?

Por otra parte, sería grave que la norma constitucional estableciese la reserva legal sometida al respeto del contenido esencial (nosotros la llamaremos «reserva legal cualificada»), sin que exista la posibilidad de respetarlo, porque se desconoce qué sea tal contenido. Estaríamos afirmando que el 53.1 CE es un artículo inútil: nada más lejos de nuestra intención. Y, además, ¿no parece que debería precisarse ese contenido irrenunciable, cuando menos por la trascendencia jurídica-práctica que tiene para la protección de los derechos y libertades del hombre ese ejercicio de precisión?

Una vez queda aclarada cuál es nuestra postura acerca de la determinación del contencial, determinación que aportaría ventajas en el tema de la protección de nuestros derechos y libertades, pasamos ahora a un tema no menos complejo.

Tercero.- ¿a quién corresponde su determinación? Aquí se plantea, a nuestro juicio, el mayor problema en torno al contenido esencial. De una primera lectura del

«algo» que no sabe muy bien qué es y, sin embargo, es consciente de su importancia (conciencia originada en parte por el conocimiento de ejemplos constitucionales precedentes) y de ahí que sienta la obligación de normativizarlo en el máximo nivel jurídico-positivo de la Constitución. Por lo tanto, soslayar la importancia de su estudio o negar, abiertamente, su existencia no es una solución satisfactoria; se trata de una solución huidiza que no afronta cuestiones que, yendo más allá de la norma jurídica estricta, le confieren su fundamento y su razón de ser (su ethos).

53.1 CE, parece que es al legislador a quien se le encomienda la fijación del contenido del contencional. Podríamos hablar aquí de una *tesis de concreción legislativo-constitucional* (la cursiva es nuestra). Sin embargo, no creemos que se deba extraer esta conclusión; al menos no de la literalidad del precepto («Sólo por ley, ..., podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...») ya que éste no encarga tal tarea al legislador, sino que le otorga la potestad para regular el *ejercicio* (la cursiva es nuestra) del derecho fundamental. Regular el ejercicio no es lo mismo que determinar el contenido del derecho o libertad en cuestión.

Entonces, si la ley no ha de concretar el contenido, ¿acaso lo encontramos dentro del propio texto constitucional?... Quizás, aunque no de manera directa y clara, la propia norma constitucional dá las pistas necesarias para determinarlo, a través de la interpretación de sus prescripciones. En tal caso, tiene mucho que decir el TC, como «intérprete supremo de la Constitución» (según expresa la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, art.1.1) y a él le corresponderá desvelar ese contenido en cada caso concreto. Pero, interpretar no equivale a determinar el «contenido» del contenido. Al fin y al cabo, quien redactó la Constitución fue quien introdujo la idea del contencional y, siguiendo aquella supuesta tesis de la concreción constitucional, volvemos a encontrarnos con que es el poder legislativo su reconocedor y conformador práctico dentro del precepto constitucional. Y es que, no nos sometemos a la idea de que sea el Tribunal Constitucional a quien compete determinar el contencional. Y ello por lo que ya hemos sostenido con anterioridad en este estudio: porque los jueces constitucionales no son portadores de la soberanía popular, por lo que su legitimidad en esta cuestión queda en tela de juicio. Nuestra Constitución, Ley de leyes, reserva a la ley (Cortes Generales, depositarios de la soberanía popular) el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (ley orgánica, art.81.1 CE). Asimismo, para una «revisión total de la Constitución o una parcial que afecte... al Capítulo segundo, Sección primera del Título I...» se prevén unas mayorías específicas en el Congreso y Senado (otra vez hablamos de poder legislativo, depositario de la soberanía popular). Es decir, se le encomienda a la ley desarrollar los derechos fundamentales de modo que se posibilite su ejercicio, al tiempo que se reserva también a la ley modificar este estado de cosas: reformar, en definitiva, la norma jurídica suprema que rige nuestra convivencia socio-política. Que la norma constitucional conceda el papel de configurador de la organización socio-política del Estado al poder legislativo indica que éste ha de desempeñar un papel fundamental.

Hasta aquí hemos dicho quien no debe determinar el contencional. Pasemos ahora a discernir, en sentido afirmativo-interrogativo quien sí debe, o a quien corresponde concretar el contenido. Se abren aquí dos posibles vías: por un lado el legislador, por el otro la doctrina constitucional.

Si queremos ser congruentes con los argumentos que antes defendimos en contra del TC=concretizador del contencional, por su falta de legitimidad para ello, parece que tropezamos con el mismo inconveniente a la hora de examinar el caso de la doctrina constitucional. Por otra parte, la falta de uniformidad doctrinal en este tema, obviado

por la mayoría de los estudiosos, hace difícil residir en sus manos tal labor de determinación. No obstante, el legislativo deberá tomar en consideración las aportaciones de quienes, al fin y al cabo se ocupan y preocupan del derecho constitucional. Sobre este tema volveremos más adelante.

Queda, pues, por analizar el papel del legislador constituyente de 1978. Tras él ha sido el legislador ordinario el encargado de dar cumplimiento a los preceptos constitucionales que requerían un desarrollo legislativo para la eficacia plena de los mismos. Sin embargo, en tema de derechos fundamentales y con la legislación existente en las manos, no se habla de su respeto al contenido esencial. El legislador establece lo que estima oportuno para hacer posible el ejercicio del derecho, sin saber en dónde se encuentra el límite de los límites, aquél infranqueable contenido esencial. Sólo cuando se plantea, expresamente ante el TC, lo que se considera ha sido una violación de un derecho fundamental, se exige el examen e interpretación del mismo. Vemos entonces que, en realidad, el legislador ordinario es mero instrumento propiciador del ejercicio del derecho o libertad (dicho en términos más simples, instrumenta el ejercicio) de acuerdo con la Constitución, que no entra en el examen del contenido esencial de ese derecho o libertad. Parece entonces que hay que fijarse en la norma constitucional, a ver si encontramos en ella las claves necesarias (al fin y al cabo, la *Norma normarum* es obra del legislador constituyente, por lo que, desde el punto de vista de su legitimación, nos movemos dentro de la requerida en el tema de los derechos fundamentales).

Constitución española y contenido esencial

¿Se encuentran en la CE esas «pistas o indicios» contenciales? Creemos que sí; al menos en una medida considerable. Más adelante ofreceremos algún ejemplo⁶.

Quizás se nos plantee la objeción de estar utilizando argumentos positivistas al entender que el contencial está expresado, no sólo en cuanto a su expresión formal, sino en cuanto a su contenido, en la propia norma constitucional. Así, nos parece reconocer en alguno de los preceptos constitucionales, que en la regulación del derecho fundamental que realizan se dan pistas sobre ese contenido esencial. El problema se planteará en diferenciar qué es contenido esencial (como hablamos de buscar pistas en la CE sobre el contencial, aquí le llamaremos ahora contenido

⁶ No nos es posible analizar en este trabajo todos y cada uno de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución española, en busca de esos indicios del contencial. No obstante, realizamos un análisis pormenorizado del tema en la tesis doctoral «Contribución al estudio del contenido esencial de los Derechos Fundamentales. Análisis histórico-dogmático y comparado del art. 53.1 de la Constitución española», que saldrá a la luz en la editorial Comares el próximo mes de septiembre.

esencial de relevancia constitucional), qué son límites internos del contenido esencial (que llamaremos límite/s contencial/es) y cuáles son los límites externos, impuestos al ejercicio (impuestos por la ley para el ejercicio «sano» del derecho y que son conocidos como limitaciones); éstos últimos, quedan fuera del contencial estrictamente considerado.

Lo anterior es tarea minuciosa y de resultado, por ahora, desconocido, puesto que no es sencillo trazar una línea divisoria entre límite contencial y límite externo o impuesto (limitación). En cualquier caso, lo que sí se muestra con claridad meridiana, es que la limitación externa no afecta propiamente al contenido esencial, sino al ejercicio del derecho o libertad; en cambio lo que nosotros llamamos límite contencial sí afecta al contenido esencial, es parte de ese contenido.

En otro orden de cosas, como contestación a la objeción de estar utilizando argumentos positivistas para defender una posición meta-positivista, diremos que no nos parece oportuna. Nosotros nos servimos de la norma, como instrumento puesto al servicio de los miembros de una comunidad política, en este caso para incardinar nuestra posición en el sistema jurídico español que es, en definitiva, el que trata de armonizar la convivencia en nuestro Estado. Además, como nuestra intención es contribuir, en la medida de nuestras posibilidades, al estudio del contenido esencial, de manera que sea de utilidad en posteriores investigaciones, hemos de ser prácticos y partir de nuestra norma escrita fundamental.

Ejercicio del derecho fundamental y libertad pública

También se presentan problemas a la hora de situar el ejercicio del derecho en relación con el contencial; nos toca ahora tratar de averiguar si aquél forma parte del contencial, o bien, se queda en su perímetro, en su borde exterior (en el aura que desprende el contencial, que no es propiamente contencial, pero sí va ligado a él ineludiblemente). Y es que, si afirmamos que las limitaciones impuestas desde fuera a dicho ejercicio (y por lo tanto no conformativas del contencial) le conciernen a ese ejercicio, dependerá de si consideramos a éste parte del contenido valioso o no, para poder mantener la intangibilidad, invulnerabilidad, de ese contenido. Es decir, si dentro del contenido esencial, consideramos el ejercicio de un derecho o libertad como un elemento más, estaremos admitiendo que el contencial es vulnerable al poder legislativo, puesto que la norma jurídica que impone una limitación al ejercicio entra a regular algo que forma parte del contencial. Y esto es inadmisibles. Si queremos transmitir la idea de un contenido esencial, núcleo intocable de los derechos fundamentales, que es, como hemos venido afirmando, anterior a la Constitución, no podemos aceptar la invasión de su esfera por el poder público. De ahí que nos inclinemos por considerar el ejercicio del derecho como una faceta que le complementa, pero que no es relevante al contenido esencial, es decir, su existencia no se hace depender de aquel ejercicio efectivo del derecho o libertad.

Se nos podría objetar la falta de practicidad del argumento que se detiene en el contencional sin dar importancia al ejercicio del derecho. Estamos de acuerdo con lo anterior. El ejercicio del derecho tiene un papel fundamental en este tema, pero nuestra tesis no versa sobre dicho ejercicio, sino sobre las entrañas mismas del derecho de cuyo ejercicio se trata.

Pistas contencionales

En la regulación de los derechos fundamentales, que como es sabido, constituye la parte dogmática de nuestra Constitución (Título Primero, CE) nos interesan los derechos fundamentales protegidos por la cláusula del respeto al contenido esencial formulada en el artículo 53.1, es decir, el Capítulo II, artículos 15 al 38. Para poder explicar nuestra teoría acerca del contenido esencial en la Constitución de 1978, vamos a dar una interpretación de los elementos que aparecen en ésta respecto de aquél. Así, en alguno de los preceptos del catálogo que comprende ese Capítulo II podemos diferenciar los siguientes elementos: un contenido esencial de relevancia constitucional *tácito*, de un contencional de relevancia constitucional *expreso*. Sin perjuicio de aclarar esta idea más adelante, por contenido esencial de relevancia constitucional (tácita o expresa) nosotros entendemos el tratamiento que la Constitución efectúa, en su articulado, de ese contencional (que unas veces es expreso y otras tácito)⁷. En ambos

⁷ No queremos equiparar aquí contenido de relevancia constitucional con materia constitucional. No toda la materia constitucional tiene relevancia constitucional respecto del contenido esencial de los derechos y libertades.

La diferencia entre «materia de relevancia constitucional» y «materia constitucional» se debe a la doctrina italiana reciente. Guarda cierta similitud con la distinción clásica de Constitución en sentido formal y en sentido material. Existe una materia constitucional que forma parte de los tratados de derecho constitucional desde que comenzó su estudio, considerada como la materia constitucional clásica, y otro tipo de materia que, sin ser parte de la anterior, es considerada hoy como materia o contenido de relevancia constitucional; por ejemplo lo relativo al Consejo de Estado es materia de este tipo.

Sin embargo, a mi juicio esta tesis no es del todo sostenible, porque órganos como el Tribunal Constitucional son considerados por esta doctrina como materia constitucional (clásica), sin haber formado parte del derecho constitucional inicial (recordemos que este órgano se incorpora a los textos constitucionales por primera vez en la Constitución austríaca de 1920).

Dejando de lado estas cuestiones, esta distinción terminológica, a primera vista me parece ociosa, si se plantea la cuestión de su utilidad desde el enfoque dogmático. Según esto, tal dicotomía sería un producto de *elegantia iuris* típico de la doctrina italiana. No obstante, podría ser un instrumento útil para la interpretación constitucional en casos como, por ejemplo, el conflicto de atribuciones entre los Tribunales Supremo y Constitucional.

casos se parte del valor superior de la dignidad humana y, de ahí, el derecho o libertad se manifestará con variantes, según de cuál se trate.

A su vez, hallamos también un/os límite/s que están en la frontera entre el contencional y el tratamiento constitucional del contencional, forman parte del mismo y lo especifican; son los límites contencionales. Junto a ello, encontramos regulaciones que podríamos llamar adyacentes y/o complementarias que no forman parte, propiamente de dicho contenido esencial; son las que antes llamamos limitaciones externas. Es decir: contenido esencial de relevancia constitucional (c.e.r.c.) tácito o expreso; límites contencionales (l.c.); y regulación adyacente y/o complementaria (limitaciones externas) del contencional (l.e.). Veamos si, en base a estos elementos de precisión del contencional que encontramos en la propia Constitución, el trabajo de recuperación del mismo puede tener éxito.

Los problemas se plantean cuando la norma fundamental no es igual de clara para todos los derechos y libertades que reconoce. El caso es más bien el contrario: la mayoría de los derechos y libertades sólo se enuncian por lo que, difícilmente, podemos averiguar el contencional: esta es tarea que, como ya hemos advertido (hasta saciar al lector) en distintos lugares de este trabajo, es importante para la efectiva protección del derecho o libertad reconocido. Tenemos entonces que, junto a un contenido esencial de relevancia constitucional expresa (c.e.r.c.) queda por investigar y precisar el contenido esencial no enunciado taxativamente en sede normativo-constitucional: ese contenido esencial que la norma constitucional no expresa claramente ha sido formulado por el poder constituyente; en este sentido, como dijimos anteriormente, nosotros le hemos llamado contenido esencial de relevancia constitucional tácita o presunta.

La cuestión en torno al contencional se va delimitando poco a poco: aquellos casos en que la Constitución es concisa y aporta algo sobre el contencional son los menos problemáticos. ¿Por qué? porque el legislador que ha de regular el ejercicio del derecho o libertad en cuestión, tiene un referente al que dirigirse, con lo que el riesgo de conculcar su contenido valioso es menor.

El problema se plantea con los derechos y libertades de los que no se aclara, ni en todo ni en parte, su contenido esencial. Es entonces cuando entra en juego la interpretación constitucional, que habrá de servirse en su trabajo de los estudios realizados por la doctrina del derecho constitucional. Otra cosa es que no existan tales trabajos porque a la doctrina no le interesen tales quehaceres; entonces resulta que los «deberes» los hacen quienes no debían, en este caso el TC⁸.

⁸ Recordemos los tiempos de la escuela, en los que alguna vez quienes realizaban las tareas escolares eran los padres, y no los alumnos. No es que afirmemos que los magistrados del Constitucional sean los «padres» intelectuales de la doctrina; más bien la cosa es compartida. Pero este ejemplo simplista nos sirve para reconocer que, en no pocas ocasiones, se espera que el TC realiza tareas que corresponderían más o mejor a otros.

Abundando en los argumentos escogidos para explicar el contencial, hemos de decir que lo anterior no significa que residamos el fundamento de éste en la norma constitucional escrita; más bien entendemos lo que sigue: ante objeciones a la teoría presentada del contenido esencial de relevancia constitucional tácita o expresa, atribuyéndole el calificativo de positivista o neo-positivista, sostenemos que el fundamento del contencial no se encuentra en la norma escrita (CE), sino que es superior y preexiste (anterior) a la Constitución, de la misma manera que lo es cada derecho fundamental y libertad pública reconocidos en la misma⁹.

Contenido esencial no es igual a «garantía institucional»

Bajo este rótulo queremos solamente marcar la diferencia entre dos figuras de cuño constitucional que consideramos distintas. Para ello nos vamos a servir del concepto de garantía institucional de C. Schmitt, quien afirma: «La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible una cierta «universalidad del círculo de actuación»¹⁰.

Por nuestra parte adelantamos lo que después será una definición del contenido esencial (más elaborada que la que ahora damos) y que hace referencia, en este caso, al «contenido esencial de relevancia constitucional» tantas veces citado.

Entendemos por c.e.r.c. (ya sea tácito o expreso) el reconocimiento que la norma constitucional hace del valor intrínseco de cada derecho fundamental y libertad pública, resultado de la conjunción entre el valor «dignidad humana» («fundamento del orden político y de la paz social», argumento *ex articulo* 10.1 CE) y un núcleo radical propio del derecho o libertad en cuestión (reconocido o no por la Constitución) y que guarda relación con sus manifestaciones internas (límites contenciales) y externas (exteriorización del contencial=ejercicio del derecho o libertad).

⁹ Recordemos la definición de derecho fundamental que hace Carl SCHMITT en su conocida *Teoría de la Constitución*, ed. preparada y traducida por F. AYALA, Alianza Universidad Textos, 1982, reconociéndoles un contenido meta o extrajurídico:

«Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre, y por cierto, derechos que él tiene frente al Estado.

Todos los derechos fundamentales auténticos son derechos fundamentales absolutos, esto es, no se garantizan «con arreglo a las leyes»; su contenido no resulta de la ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y, por cierto, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales».

¹⁰ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, ob. cit.

Contencial de los derechos fundamentales y de las libertades públicas

Tenemos pues los siguientes elementos de análisis:

- contenido esencial de relevancia constitucional (tácita/expresa) (c.e.r.c.),
- límite contencial,
- regulaciones adyacentes y/o complementarias (limitaciones externas).

Y estos son los interrogantes que trataremos de responder en atención a tales elementos analíticos:

I.- De la propia literalidad de la norma constitucional, ¿somos capaces de extraer un contenido esencial de relevancia constitucional? Aquí trataremos de averiguar si se dan pistas contenciales o no.

II.- Si la respuesta es afirmativa, la relevancia constitucional del contenido esencial ¿es tácita o expresa?

III.- ¿Qué otras regulaciones se hacen? Las posibilidades son varias y pueden formar parte del contencial o no: límites contenciales, limitaciones externas (prohibiciones, formulaciones negativas de los derechos y libertades...), regulaciones adyacentes y/o complementarias.

IV.- ¿Qué «garantías institucionales» se intercalan en el catálogo?; su relación con el contencial ex art. 53.1 CE.

A continuación analizaremos uno de los derechos fundamentales enunciados en la Carta Magna para poner en práctica el método propuesto; no obstante esto, queremos hacer constar que no se pretende agotar, con la aplicación de este método, el contenido esencial del derecho o libertad en cuestión, a base de buscar su referente en la Constitución. Queremos llamar la atención sobre el título que se dió al apartado 3. (vid. supra), que trataba de las «pistas» o «indicios» contenciales; pues bien, se tratará a continuación sólo de eso, de aportar pistas, huellas, indicios, que nos sitúen en el camino para conocer algo más de dicho contenido¹¹.

Art. 15: Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra (véase nota a pie más adelante).

Contestación a la primera pregunta (a): ¡en busca de pistas contenciales!

En este artículo se dan «pistas contenciales»; omitimos su reproducción; baste decir que se presentan los siguientes elementos:

- 1.- Derecho a la vida y a la integridad física y moral.

¹¹ A continuación se analizará el artículo 15 y se procederá a poner en práctica el método sugerido. El estudio de la aplicación del resto de derechos y libertades se ha realizado en la tesis doctoral citada con anterioridad (vid. nota a pie núm. 6).

2.- En ningún caso se permitirá el sometimiento a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

3.- Se abole la pena de muerte.

4.- Posible excepción a lo anterior: ¿cabe la pena de muerte si lo disponen las leyes penales militares para tiempos de guerra? La Constitución parece no desestimar dicha posibilidad, si bien habrá que estar a lo que establezcan las leyes penales militares «...para tiempos de guerra»¹².

En el punto 2., se da una de esas pistas: es parte de la esencia del derecho a la vida y a la integridad física y moral el que nunca, jamás, bajo ningún concepto, la vida o la integridad física o moral de una persona pueda sufrir tortura ni pena o trato inhumano o degradante=Contenido esencial de relevancia constitucional. ¿Por qué? porque es sustancial al hecho mismo de vivir, y vivir física y moralmente con integridad, el que no se produzcan tales conductas delictivas; si se producen el derecho se viola, se conculca en lo más profundo, por cuanto que atenta la dignidad de la persona ultrajada física o moralmente¹³.

La Constitución dice, además, «en ningún caso» ...se producirán tales conductas; este «en ningún caso», al liberar al derecho de cualquier tipo de injerencia que lo limite (que limite su alcance estableciendo excepciones que sí permitan tales conductas proscritas por la CE) nos parece que es decisivo para considerarlo parte esencial del derecho reconocido.

Además, consideramos parte de ese contenido esencial la abolición de la pena de muerte, correspondiente al tercer punto que hemos destacado de este artículo.

¹² La legislación penal militar ha sido recientemente modificada, en lo referente a la pena de muerte establecida para tiempo de guerra por la LO 11/95, de 27 de noviembre, estableciendo la abolición de la pena capital en todos los supuestos que se preveían con anterioridad (esto es, en los casos previstos en la LO 13/85, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, en la LO 4/87, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, así como en la LO 2/889, de 13 de abril, Procesal Militar).

Pensamos que sería conveniente una modificación del texto constitucional, artículo 15 *in fine*, porque, como veremos, consideramos parte del contencial del derecho a la vida la abolición de la pena de muerte, sin excepción que valga o se justifique en tiempo de guerra.

¹³ Recordemos el capítulo más negro de la II Gran Guerra, protagonizado, principalmente por el nacionalsocialismo: esos tratos inhumanos y degradantes atentaron contra la integridad moral y física y contra la vida de millones de seres humanos. El contenido esencial, su posterior reconocimiento y protección constitucional, tratan de asegurar que episodios como este no se repitan en el futuro. Otra cosa es que ésto tenga efectividad práctica, no ya en los países que preven su protección (que no está claro que se consiga) sino en los países en donde ni siquiera se reconocen los derechos fundamentales y libertades públicas tal y como las entienden hoy el «mundo occidental».

Esto es, sin duda, mucho más discutible y nos producirá bastantes quebraderos de cabeza. Sin embargo, como hemos sostenido *ut supra*, en el tema del contenido esencial estamos ante una cuestión de fe, o si se prefiere ética o moral; y en base a aquélla o a ésta, no podemos considerar lícita la pena de muerte, bajo ningún concepto.

Contestación a la segunda pregunta: ¿es tácita o expresa la relevancia constitucional del indicio de contencional encontrado? en este caso es expresa, y se manifiesta literalmente en sentido negativo y positivo: en primer lugar, en sentido negativo, establece que «en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas...»; pero, además, establece en sentido afirmativo que «queda abolida la pena de muerte».

Respecto a si se recogen otras regulaciones se remite a la legislación penal militar para que disponga en tema de pena de muerte para tiempos de guerra¹⁴; esto nos parece regulación adyacente, no conformativa del contencional ni limitación externa del mismo. Es una remisión constitucional a la legislación penal militar.

Por último, no se recoge aquí ninguna «garantía institucional»; sirva de ejemplo, respecto a la regulación de garantías institucionales en la CE los núms. 3, último párrafo y 4 del art. 17 (derecho a la libertad y seguridad): en el primero se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales... y remite a la ley para que lo regule. En el punto 4., se recoge el instituto del hábeas corpus y remite, una vez más, a los términos que establezca la ley en su regulación.

Jurisprudencia sobre el contenido esencial: el Tribunal Constitucional interpreta el artículo 53.1 CE

Casos en que se ha planteado la necesidad de su determinación¹⁵: Haremos referencia a las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional (STC en adelante):

5/81 de 13 de febrero;
11/81 de 8 de abril;
15/82 de 23 de abril;
35/83 de 11 de mayo;
114/84 de 29 de noviembre;
67/85 de 24 de mayo;
39/86 de 31 de marzo;
196/87 de 11 de diciembre.
85/88 de 28 de abril;

¹⁴ Vid. nota a pie núm. 12.

¹⁵ Para este apartado hemos contado con la ayuda de J.A. PORTERO MOLINA y su obra *Constitución y Jurisprudencia constitucional*, Valencia, tirant lo blanch, 1994, pássim.

STC 5/81 de 13 de febrero, donde se trata del contenido y significado de la libertad de cátedra (art. 20.1.c) CE).

En su Fundamento Jurídico (Fto. Jco. en adelante) 9 determina el TC que el derecho a la libertad de cátedra es atribuido por el constituyente de 1978 a todos los docentes, «sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúa y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora». Se trata de una libertad frente a los poderes públicos y su contenido (que es lo que nos interesa) «se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esa libertad. Tales características vienen determinadas, fundamentalmente, por la acción combinada de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente... y el nivel o grado educativo al que tal puesto docente corresponde... En los centros públicos de cualquier nivel... la libertad de cátedra tiene un contenido negativo uniforme en cuanto que habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada (...) la libertad de cátedra tiene también un amplio contenido positivo en el nivel educativo superior...

Fto. Jco. 10: Establece cuál es el contenido de esta libertad cuando el docente lo es de un centro privado: «En los centros privados, la definición del puesto docente viene dada, además de por las características propias del nivel educativo y, en cuanto aquí interesa, por el ideario que, en uso de la libertad de enseñanza y dentro de los límites antes señalados, haya dado a aquel su titular. Cualquier intromisión de los poderes públicos en la libertad de cátedra del profesorado de estos centros docentes es tan plena como la de los profesores de los centros públicos, y ni el art. 15 de la LOECE, ni ningún otro precepto de esta Ley la violan al imponer como límite de la libertad de enseñanza de los profesores el respeto al ideario del centro».

La existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación, no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento... El profesor es libre como profesor en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible, por tanto, con la libertad del centro, del que forma parte el ideario (...).

De lo anterior deducimos lo siguiente: el contenido de la libertad de cátedra depende de las características del puesto docente y está en función de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro y el nivel educativo al que corresponde el puesto docente.

Junto a esto, el Tribunal da a entender que la libertad (de cátedra) se ejerce en el caso de docente en centros privados, en el momento anterior a su ocupación, o sea, antes de ocupar dicho puesto o plaza en el centro privado dado que una vez incorporado al mismo parece que pierde ese derecho a libertad de cátedra. Lo anterior puede resultar exagerado, sin embargo entendemos que se deduce de la letra del alto tribu-

nal. Por lo tanto, en el caso de los docentes en centros privados (que establezcan unas directrices a seguir) la libertad de cátedra del docente se retrotrae al momento de elección del centro en cuestión. Pero, ¿qué sucede después, cuando el profesor ejerce como tal? ¿dónde queda su libertad de cátedra?; ¿desaparece tal derecho?... Ante estas interrogantes de poco sirve preguntarse por el contenido esencial del derecho a la libertad de cátedra, porque, como hemos visto, este derecho, en nuestra opinión pierde su plenitud tras la elección del centro. Estas son cuestiones que, guardando el debido respeto, no aclara el TC.

STC 11/81 de 8 de abril, que propone un método de determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales.

En esta sentencia, la más significativa con respecto al contenido esencial, el TC propone una doble vía de aproximación a la noción del mismo (Fto. Jco. 8) y, a su vez, define el contenido esencial del derecho a la huelga (Fto. Jco. 10).

Fto. Jco. 8: «Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de ‘contenido esencial’, ...cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se puede llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho». Para ello sugieren «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... (...) Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo». Con lo anterior afirman que «Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales».

Dudamos de la adecuación de esta vía de determinación del contencional. En primer lugar porque lo que el legislador regula en tema de derechos fundamentales es lo relativo a su ejercicio (art. 53.1 «Sólo por ley, ..., podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades,...») y no lo concerniente al contenido esencial propiamente dicho (entendemos que contenido esencial y ejercicio del derecho no son la misma cosa). Por lo tanto, si esta vía se basa en que la doctrina determine si el legislador, legislando sobre un derecho o libertad, se ajusta o no «a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo» no tiene sentido porque el legislador no describe el derecho, no define su contencional ya que cumple su cometido perfeccionando la enunciación constitucional de ese derecho en lo que al ejercicio del mismo se refiere.

En segundo lugar, no admitimos la equiparación del contencional con «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito...» porque, una vez más, al hablar de facultades o posibilidades de actuación se está hablando del ejercicio del derecho, mientras que,

cuando se trata de averiguar el contenido esencial la cuestión va al fondo mismo del derecho. Más adelante daremos nuestro propio concepto de contencial.

En cuanto a la segunda vía de aproximación que propone el TC ésta «...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 que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, resulten real, concreta y definitivamente protegidos. De este modo –siguiendo la sentencia citada– se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección». Respecto a lo anterior, la fórmula consistente en buscar los intereses jurídicamente protegidos entendidos como «núcleo» y «médula» de los derechos subjetivos, pudiera servir para acercarnos al contencial, si no terminase desorientando su indagación cuando luego habla de una «esencialidad del contenido del derecho... necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles – a los que denominó antes ‘núcleo y médula’ de los derechos subjetivos– ...resulten real, concreta y definitivamente protegidos». Es decir, primero parece que equipara intereses jurídicamente protegidos y núcleo y médula del derecho; sin embargo después habla de una esencialidad del derecho distinta de aquellos intereses jurídicamente protegidos.

Fto. Jco. 10: en este fundamento el TC va más allá en la determinación del contencial del derecho en cuestión (huelga). Al Tribunal se le plantea dilucidar si es o no conforme a la Constitución la reducción que del mencionado artículo opera el art. 7.1 del Real Decreto-Ley 17/77, «al preceptuar que el ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse precisamente mediante la cesación de los servicios y al considerar como actos ilícitos o abusivos las huelgas de celo o reglamento y las formas de alteración colectiva del régimen de trabajo distintas de la huelga». Según esto, «la respuesta que haya de darse al interrogante abierto en el párrafo anterior depende de como entendamos el contenido esencial del derecho de huelga, al aplicar a este especial derecho subjetivo las nociones genéricas que más arriba establecíamos con referencia al contenido esencial de cualquier derecho». Y así establecen que el contencial es «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 del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga».

Lo anterior nos deja bastante perplejos. Es obvio, evidente que el contencial es «algo» fundamental para que el derecho sea cual es y en virtud de ese «ser cual es» el derecho será uno u otro distinto del primero. Esto no aporta elemento nuevo alguno que nos sirva para tratar de identificar ontológicamente el contenido esencial. Resulta por lo demás reiterar en lo evidente decir que el contencial es la parte ineludiblemente necesaria para que satisfaga los intereses que pretende el derecho en cuestión; bien,

pero, ¿qué es esa «parte», ese «algo» (las comillas son nuestras) sin los que el derecho pierde su peculiaridad y es necesaria, además, para permitir la satisfacción de los intereses antes mencionados?

Sabemos que este tema es muy complejo. Tratar de averiguar el contenido esencial de un derecho fundamental o libertad pública es como tratar de definir lo incorpóreo, lo que no se percibe por los sentidos (ideas, valores, virtudes...). Precisamente esto hace que el asunto despierte nuestro interés y trabajemos buscando respuestas. Para ello es obligado poner el contencional en relación con principios generales del derecho y con los fundamentos y valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Se trata, en definitiva de ir acotando, siempre en la medida de nuestras posibilidades, ese contenido esencial. No podemos olvidar que si la doctrina dirige sus esfuerzos (algo más de lo que hasta ahora ha hecho) en este sentido, conseguiremos asegurar la permanencia en nuestra Carta Magna de una cláusula tan relevante como la del contencional.

Junto a esto, más adelante reflejaremos el parecer de algunos autores en relación a la sentencia que venimos examinando.

STC 15/82 de 23 de abril, sobre el contenido esencial de la objeción de conciencia. Son de interés en este estudio:

Fto. Jco. 6: «(...) Y, puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra C., reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español...».

Este reconocimiento no es gratuito: el art. 30.2 CE no dice que la objeción de conciencia sea un derecho fundamental; sin embargo el TC, interpretando dicho artículo junto con el 16 lo define como tal. La labor interpretadora de este tribunal es fundamental en casos como este, dado que el contenido esencial es predicable de los derechos y libertades y la obscuridad acerca de la naturaleza jurídica de la objeción podría provocar problemas relacionados con el grado de respeto que obliga al legislador a la hora de regular su ejercicio.

Fto. Jco. 7: «...la objeción de conciencia exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador en los términos que prescribe el art. 30.2 de la C. ... ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud».

«El legislador español, sin embargo, no ha dado aún cumplimiento a ese mandato constitucional...».

Poco cabe añadir a lo anterior. Le toca al legislador cumplir la labor que la Constitución le encomienda.

Fto. Jco. 8: «Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero ese mínimo contenido ha de

ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el art. 53.2 de la C., carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la C., impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella...».

Aquí se refiere el Tribunal a que, porque el hecho de que este derecho requiera de la *interpositio legislatoris* para su desarrollo y plena eficacia, ello no significa «que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado». Reiteramos, junto con el Tribunal, que es importante que el legislador desarrolle este derecho.

Por otro lado, se establece, en parte el contencioso de este derecho, cuando habla de un «mínimo contenido» constituido por la suspensión provisional de la incorporación a filas aunque para completarlo pensamos que hay que ponerlo en relación estrecha, como ya afirmó el Tribunal, con la libertad ideológica: la objeción de conciencia es una forma de manifestación de la libertad ideológica, por lo tanto hay que estar a lo que se entienda por contenido esencial de dicha libertad. Remitimos, una vez más, a páginas posteriores que recogen el parecer de la doctrina en estas cuestiones.

STC. 35/83 de 11 de mayo, acerca del contenido del derecho de rectificación.

Fto. Jco. 4: Según el Constitucional este derecho tiene «...un carácter puramente instrumental en cuanto que su finalidad se agota en la rectificación de informaciones publicadas por los medios de comunicación y que aquel que solicita la rectificación considere lesivas de derechos propios». Continúa diciendo que este derecho «debe ser regulado y ejercitado en términos que ni frusten su finalidad ni lesionen tampoco el derecho que también la C., garantiza a ‘comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión’».

El TC ejercita nuevamente su labor interpretadora reconociendo un derecho que la Constitución no prescribe taxativamente. El art. 20 CE no habla del derecho de rectificación, si bien lo hace del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz... y prohíbe la restricción de tal derecho «mediante ningún tipo de censura previa». El derecho fundamental propiamente hablando es el recogido en el apartado c), núm. 1 del art. 20 CE. La Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo regula el derecho de rectificación que, a los efectos que nos interesan es consecuencia del ejercicio del primero (derecho a comunicar y recibir...) y por lo tanto no cabe hablar de contencioso del derecho de rectificación sino, en su caso, de tal derecho especificado en dicho precepto.

STC. 114/84 de 29 de noviembre, sobre contenido esencial del secreto de las comunicaciones.

Fto. Jco. 7: Parece establecerse dicho contenido equiparándolo al «bien constitucionalmente protegido» que según esto es, «... la libertad de las comunicaciones...», «a través de la imposición a todos del secreto, ...». La libertad de las comunicaciones incluye que no se pueda interceptar la comunicación en sentido físico («aprehensión física del soporte del mensaje... o captación... del proceso de comunicación») ni pueda ser conocido el contenido de lo comunicado por medios antijurídicos («apertura de la correspondencia ajena...»). Además «el concepto de secreto... no cubre sólo el

contenido de la comunicación, sino también, ..., otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales».

Del extracto que hacemos del anterior Fto. Jco. deducimos que el contenido esencial se conculca cuando un tercero se interpone en el proceso de comunicación por medios antijurídicos. Por lo tanto, el núcleo o esencia de ese derecho es el secreto estricto; cuando una comunicación es interceptada o aprehendido su soporte o conocido su contenido de manera ilegal, o cuando se descubre la identidad subjetiva de los interlocutores o corresponsales sin ser consentido por ellos, se viola ese derecho fundamental.

STC. 67/85 de 24 de mayo, referido al contencional del derecho de asociación.

Fto. Jco. 3: Donde el magistrado ponente R. Gómez-Ferrer Morant explica: «El art. 22 de la Constitución reconoce en su número 1 el derecho de asociación. Desde una perspectiva negativa declara ilegales las asociaciones que persiguen fines o utilicen medios tipificados como delito –número 2– y prohíbe las asociaciones secretas y de carácter paramilitar –número 5–. Desde una perspectiva positiva protege a las asociaciones de posibles interferencias del poder ejecutivo, al garantizar que sólo podrán ser disueltas o suspendidas en virtud de resolución judicial –número 4–».

Más adelante manifiesta que, «de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución, las normas relativas al derecho de asociación han de ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Este criterio interpretativo permite afirmar que el derecho de asociación comprende tanto la libertad positiva de asociación como la negativa de no asociarse; (...) El Tribunal ha tenido ya ocasión de referirse a este contenido de la libertad de asociación, en relación al cual ha declarado que «el derecho de asociación, reconocido por nuestra Constitución en su art. 22.1 comprende no sólo en su forma positiva el derecho de asociarse, sino también en su faceta negativa, el derecho de no asociarse (S 5/1981, de 13 de febrero, BOE de 24 de febrero, fundamento jurídico 19)».

En el extracto seleccionado se esboza el contencional del derecho de asociación que abarca las libertades de asociarse y de no asociarse y la no interferencia del derecho por parte del ejecutivo. Como vimos en el análisis efectuado de cada uno de los derechos y libertades del Capítulo II, Título I (vid. nota a pie núm. 6), estos elementos forman parte del contenido básico, nuclear del derecho de asociación. Esta vía de aproximación al contencional nos parece más adecuada que las expuestas con ocasión del derecho de huelga. Además, es un ejemplo claro de contenido esencial de relevancia constitucional (vid. supra. lo que entendemos con dicha expresión) tácito, tanto en cuanto al elemento expresado en el núm. 2 (perspectiva negativa del derecho) como al expuesto en el núm. 4 (perspectiva positiva del derecho).

STC. 39/86 de 31 de marzo, que trata del ‘núcleo esencial’ del art. 28.1 CE.

Fto. Jco. 3 A): Donde afirman que «la libertad sindical implica la libertad para el ejercicio de la acción sindical comprendiendo en ella todos los medios lícitos, entre los que los Tratados internacionales ratificados por España y, especialmente, los Con-

venios 87 y 98 de la OIT y las resoluciones interpretativas de las mismas dictadas por su Comité de Libertad Sindical (...) incluyen la negociación colectiva y la huelga, debiendo extenderse también a la incoacción de conflictos colectivos». Más adelante establece que «debe tenerse en cuenta que, hablando en términos generales, los derechos citados con anterioridad son un núcleo mínimo e indispensable sin el cual el propio derecho de libertad sindical no sería «reconocible». Parece que con esto el TC determina el contencional de la libertad sindical.

Hasta ahora no se plantean problemas. Sin embargo el párrafo siguiente se presenta conflictivo. El TC determina con rotundidad que «es perfectamente claro que los sindicatos pueden recibir del legislador más facultades y derechos que engrosan el núcleo esencial del art. 28.1 de la C., y que no contradicen el Texto constitucional».

Estamos de acuerdo con la primera parte de este apartado: hasta donde se afirma que los sindicatos «pueden recibir del legislador más facultades...», pero no podemos aceptar que puedan recibir, igualmente, del legislador más derechos que los que le otorga la propia Constitución. El legislador debe desarrollar el ejercicio del derecho que la Constitución reconoce, pero no puede «crear» derechos. Lo que sí puede, por supuesto es aumentar las facultades de un derecho previamente reconocido en la CE, porque las circunstancias concretas del ejercicio de ese derecho lo exija para su disfrute pleno. Pero esto último es muy distinto a concederle al legislador la facultad de aumentar el núcleo esencial del derecho añadiéndole «derechos»... este argumento carece de sentido.

Por lo anterior nos parece un error grave afirmar que el legislador puede engrosar el contencional de un derecho fundamental: ni es esa su función, ni está en posición de determinar el contencional de un derecho o libertad porque esa es tarea que corresponde a la doctrina, que debe servirse y guiarse de la propia letra de la Constitución (legislador constituyente) y de la interpretación que realiza el TC de sus preceptos.

STC. 196/87 de 11 de diciembre, sobre el contenido esencial del derecho de asistencia letrada.

Fto. Jco. 5: Donde se explica el objeto de la sentencia que es «...examinar si la norma legal que impone Abogado nombrado de oficio al detenido incomunicado, negándose el derecho a elegirlo libremente según su voluntad, vulnera el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada que garantiza el art. 17.3 de la C. o, dicho en otras palabras, si la confianza del detenido en el Abogado que le asiste en su detención forma parte integrante del contenido esencial de dicho derecho fundamental».

El TC termina este fundamento quinto afirmando que «la esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarlo, no en la modalidad de la designación del Abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la C., es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al letrado de libre designación».

Aquí vemos que el TC considera que el núcleo del derecho de asistencia letrada al detenido incomunicado no reside en la relación de confianza con el abogado que le

asiste sino en que se aseguren, efectivamente, con la presencia personal del abogado de oficio, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados... Estamos de acuerdo con lo anterior. Por otro lado, en el art. 17.3 de la Constitución no se establece que el detenido pueda escoger, libremente, al abogado que le asista. En la medida que la Ley Orgánica 14/1983 desarrolla este artículo y reforma los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habrá que tomar en consideración su letra, pero sin olvidar que lo que allí se establece es algo que atañe, por definición (argumento *ex artículo* 53.1CE) al ejercicio del derecho y, por lo tanto, queda fuera del contenido esencial del mismo.

STC. 85/88 de 28 de abril, que se encarga del contenido del derecho de reunión.

Fto. Jco. 2: En esta ocasión baste citar un párrafo significativo: «... La ausencia de definición del derecho en este precepto constitucional (art.21) ...viene suplida en el art. 1 de la LO 9/1983 de 15 de julio... cuyos términos permiten sostener que, en nuestro ordenamiento jurídico, son elementos delimitadores o definidores del derecho de reunión, entre otros, el concierto de las personas que se reúnen y la presencia de un fin lícito que actúa como condición externa de legitimidad del derecho.

Creemos que hay que referirse, antes que a la citada ley, que, no olvidemos se limita a regular el ejercicio del derecho, a la propia Norma constitucional porque en su artículo 21 se especifican elementos contenciales (en este caso expresos) a los que ya hemos hecho referencia en otro capítulo (vid. *supra*), como son que la reunión sea «pacífica» y que además sea «sin armas».

Contenido esencial según el TC

Del repaso a los casos que hemos visto, en los que el TC entra a interpretar el contenido esencial de los derechos fundamentales se aprecia que son muy puntuales y, salvo en el relativo al derecho de huelga, no se aportan ideas que pretendan establecer las bases para la determinación del mismo. Sin embargo, pensamos que el intento no ha cuajado porque, como vimos al estudiar dicha resolución, los criterios no avanzan nada nuevo sobre qué sea el contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Aportación de la doctrina en la determinación del contenido esencial

Comenzamos analizando la opinión del profesor de la Universidad de Deusto Enrique Lucas Murillo de la Cueva quien ha realizado un interesante estudio¹⁶ acerca

¹⁶ Este estudio, de próxima publicación, se titula *El derecho de asociación*; hay que señalar que facilita una interesante bibliografía sobre el contenido esencial en nuestro país; véanse págs. 41 a 91 ambas inclusive.

del derecho de asociación y su contenido esencial. En efecto, al hablar del «Elemento volitivo o negocial: autodeterminación asociativa» aclara que dicho elemento «pone de manifiesto en qué consiste el derecho de asociación, revelándonos su misma sustancia, es decir, lo que el artículo 53.1 CE denomina el ‘contenido esencial’ del derecho y el Tribunal Constitucional ha descrito de manera un tanto tautológica como aquello que lo hace reconocible y le proporciona la operatividad necesaria para que los intereses que protege se hagan efectivos en la práctica». Para este autor es fundamental el elemento volitivo, pues es prioridad de este derecho la elección libre y voluntaria de asociarse o no asociarse.

Más adelante explica que en este derecho el elemento mencionado es especialmente significativo (aunque, no exclusivo, porque la libertad y la voluntariedad son «notas comunes» a todos los DF) «si se atiende a los avatares de la libertad asociativa durante el régimen franquista del que procede la Ley de Asociaciones de 1964, en parte aún vigente, y las limitaciones de todo orden a las que se sujetó su ejercicio. (...) Se explica así, también, que el Tribunal Constitucional, —en la Sentencia 67/85, de 24 de mayo que analizamos líneas atrás—, no haya dudado en declarar que el contenido esencial del derecho de asociación comprende la libertad de crear asociaciones (libertad positiva) así como el derecho a no hacerlo (libertad negativa), afirmando que una asociación coactiva y obligatoria no sería una verdadera asociación. El corolario de tal definición es que también integra el contenido esencial la garantía prevista en el artículo 22.4 CE, según el cual «las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada».

Así se expresa el contenido de este derecho. El profesor citado lleva a cabo en su trabajo un análisis minucioso de ese contenido determinado por el TC al interpretar el art. 22 CE junto con el 10.2 de la misma Norma. Sin embargo, hasta ahora, no aporta elementos útiles para la determinación del contenido: se limita a explicar el por qué de los elementos contentuales indicados por el TC.

Nos interesa recoger la opinión de este autor acerca de los mecanismos que el TC sugiere para dicha determinación. En este sentido, el autor cuestiona la utilidad de los argumentos del Tribunal aplicando al caso la doctrina de la STC 11/81, de 8 de abril, otros pronunciamientos del mismo y las indicaciones de algunas opiniones doctrinales. Recoge las opiniones de I. Lasagabaster Herrarte para quien «la definición del contenido esencial que hace el Tribunal Constitucional no es correcta, porque no es aplicable ‘en todo caso’ (art. 53.2 CE)...». Lucas Murillo de la Cueva recoge el ejemplo que añade dicho autor a ese razonamiento: según Lasagabaster se pregunta, «a propósito de la libertad sindical, si cabría entender, con arreglo a tal definición —la que hace el TC del derecho de asociación antes vista—, que no queda limitada para quienes prestan el servicio militar¹⁷ puesto que el

¹⁷ Recordemos que el art. 28.1 CE establece la posibilidad (vía ley) de una limitación al ejercicio del derecho a sindicarse libremente respecto de las Fuerzas o Institutos armados o los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar...

53.1 CE establece que ese contenido esencial debe ser respetado «en todo caso» y, si una ley establece limitación a ese derecho, ya no se respetaría ese contencial «en todo caso». Lo anterior nos parece un apreciación inteligente e interesante de Lasagabaster, si bien pone en relación dos derechos fundamentales que no son idénticos, y por lo tanto pueden tener diferentes elementos contenciales.

Volviendo con Lucas Murillo de la Cueva éste nos sugiere subsanar las deficiencias del concepto de contencial del TC «utilizando el de garantía institucional» con el que parece ser que guarda afinidad (así lo establece el TC y la propia doctrina). Sin embargo, no creemos que esa sea la vía adecuada: la resolución de problemas como el planteado por Lasagabaster sería factible si se tratara de conocer lo más posible el contenido esencial de esos derechos¹⁸. Piénsese que en el caso de la libertad sindical, la restricción que puede operar la ley afectando a su ejercicio, limita ad extra el núcleo de ese derecho por lo que, determinadas personas sufren una merma en su derecho a sindicarse que se matiza con la temporalidad de la misma y se justifica sobradamente en razón de la seguridad del resto de la ciudadanía. Otro tema es que se exceptúe a través de la *interpositio legislatoris* el ejercicio de ese derecho. Pero no es este el objeto que venimos estudiando y ello daría lugar a una investigación autónoma.

Además, si se desconoce el contenido esencial del derecho o libertad, ¿cómo se le va a proteger a través de garantías institucionales?, estamos ante el mismo problema que, por lo demás, se agrava si pensamos que los derechos y libertades tienen un mayor significado que las instituciones que protegen dichas garantías.

Resumiendo, este autor, aparte de suministrar en su estudio una bibliografía sugerente¹⁹ sobre el contencial, se preocupa del mismo en el caso visto, pero se aleja del camino que consideramos el único válido para la determinación del mismo.

Luciano Parejo Alfonso analiza la doctrina del TC acerca del núcleo esencial²⁰, en la sentencia 11/81 de 8 de abril. Antes de entrar en el meollo de la cuestión y después de afirmar que «es bien evidente que el artículo 19 GG ha sido la fuente de inspiración del constituyente español de 1978 a la hora de la regulación, en el artículo 53, de las garantías constitucionales de las libertades y derechos fundamentales» este autor sostiene, como condición inicial sobre la materia, «la depuración técnica de la garantía de un contenido esencial en los derechos fundamentales» que, según él «representa... una cuestión de primera importancia para la correcta interpretación y aplicación del texto constitucional». A este respecto manifiesta que «el contenido esencial es... un concepto jurídico, capaz de ser depurado y perfilado técnicamente a fin de hacer operativo el límite jurídico que expresa en el proceso de aplicación del texto constitucional».

¹⁸ Vid. pág. 8, donde señalábamos las diferencias entre contenido esencial y garantía institucional.

¹⁹ Véase E. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *ob. cit.*, págs. 41 y 42.

²⁰ L. 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», *REDC* n° 3, págs. 169 a 190.

Una vez afirmado lo anterior, elogia la labor del entonces (1979) recién establecido Tribunal Constitucional, que aborda la difícil tarea de la determinación del contencional en la conocida sentencia antes mencionada²¹.

En cuanto a la determinación del contencional, es importante para este autor su «exacta identificación entre los diversos límites que operan sobre los derechos fundamentales». En este sentido, afirma que el contencional es «un límite a la potestad legislativa de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales». Y así, considera el contenido esencial como «límite genérico» y lo explica de la siguiente manera: en primer lugar, expresando que la Constitución de 1978 sujeta el reconocimiento de los derechos fundamentales a un mismo y único régimen residual, compuesto de reserva de Ley y limitación de esta última por el contenido esencial; entiende por lo tanto que «ese régimen general y residual... rige para todos los derechos». Además entiende el autor que es límite genérico porque, con independencia del razonamiento anterior «parece evidente que éste (el núcleo esencial) no es otra cosa que el reducto último que compone la sustancia del derecho disuelto el cual (aunque sólo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere²². Así da el autor una primera definición de contencional parecida a la ofrecida por el TC y aquejada de su misma imprecisión.

En segundo lugar, relaciona este límite genérico con otros límites propios de los derechos fundamentales. En esta línea, afirma que «los derechos fundamentales pueden tener unos límites constitucionales expresos y específicos. Tales límites forman parte, ..., de las condiciones en que el texto fundamental ha reconocido los correspondientes derechos, por lo que –por definición– nunca podrán ser de tal índole que incidan, lesionen o desconozcan el núcleo esencial del contenido de los mismos, tal como éste ha sido constitucionalmente declarado (que constituye el único parámetro de referencia válido). En suma, los límites constitucionales directos de los derechos fundamentales, en tanto que definitorios del contenido ‘normal’ de éstos, en ningún caso pueden representar una incidencia capaz de hacer entrar en juego la garantía (y el límite) del contenido esencial. Unos y otros operan, ..., en planos distintos». Por

²¹ Remitimos a la página 171 del texto citado, donde el autor ensalza el trabajo del TC en dicha sentencia y, concretamente su «brillante redacción, precisa y, al propio tiempo, sobria (...) que redime la prosa forense de tanto pecado de barroquismo y violencia al idioma en el que ha incurrido y continúa practicando».

Ya hemos manifestado nuestro parecer respecto a aquella resolución y cómo flaquea al tratar de determinar el contencional; vid., págs. 11 y 12.

²² PAREJO ALFONSO describe el contencional de manera semejante a como lo hace el TC (STC 11/81 de 8 de abril) en su Fto. Jco. 10: «... entendemos 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, (...)»; vid., págs. 12 y 13.

último sostiene el autor que «la garantía del contenido esencial está dirigida precisamente a preservar para los derechos fundamentales una concreta e irreductible posición última en ese proceso de determinación del Derecho, de modo que en él el juego de acomodo de los bienes en presencia y, consecuentemente, de precisión de límites encuentra en todo caso, a su vez, un límite final: el del contenido esencial de tales derechos fundamentales».

Hasta aquí el autor no aporta elementos que nos sirvan de acercamiento a una posible determinación del contencial. Si bien expresa en un principio la necesidad de tal determinación y la viabilidad de la misma, junto con una aclaración de la naturaleza y alcance del contencial como límite genérico de los derechos fundamentales, la definición que brindó como «reducto último que compone la sustancia del derecho ...disuelto el cual (...) el derecho deja de ser aquello a lo que la Constitución se refiere» no traspasa la barrera (de definición vaga) en la que se estancó el propio TC al definir el contencial del derecho a la huelga.

No obstante reconocemos el valor de su intento cuando afirma que «... la garantía de este contenido es, al propio tiempo, un límite a la regulación (aspecto negativo) y la expresión positiva del valor asignado a los derechos fundamentales como piezas constructivas imprescindibles e insustituibles (al menos en ese contenido nuclear) del entero ordenamiento (aspectos de garantía institucional)»²³. Asimismo valoramos la equiparación de este límite genérico a la de «límite de límites» de la doctrina alemana (Schrankenschränken), al determinar que es el «límite último, residual e infranqueable, de cualesquiera límites propios de los derechos fundamentales o que legítimamente puedan ser impuestos a éstos.

Por otra parte, en opinión de Miguel Ángel García Herrera²⁴, «la prescripción constitucional según la cual ‘sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades’ constituye, ..., otro criterio inspirador de los mecanismos garantistas. (...) significa la determinación de un contenido material sustraído al poder para, al establecer este núcleo intangible, eliminar todas las posibilidades que, amparadas en la legislación, pudieran atentar ya no sólo contra derechos fundamentales singulares, sino contra el conjunto de los mismos a través de la violación de uno de ellos». Respecto a esto último el autor introduce un elemento que hasta ahora no habíamos considerado relevante: la violación del contencial de un derecho fundamental atenta también al conjunto de los mismos. Esta apreciación es interesante y apunta cuál es el criterio según el cual García Herrera tratará de determinar el contencial más adelan-

²³ Véase nuestra definición de «contenido esencial» en la pág. 27.

²⁴ Véase su artículo «Principios Generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° monográfico, 1979; págs. 111 a 113.

te; así, vemos que para este autor es importante poner en relación cada derecho fundamental con los principios y valores reconocidos en la Constitución.

Continuemos con la exposición de sus ideas. En su estudio indica que «el párrafo primero del artículo 53 arranca de la convicción de la necesaria convivencia de las libertades y, al tiempo, afronta la cuestión del intervencionismo del legislador en materia de situaciones jurídicas fundamentales. Consciente de ello, el constituyente establece en primer lugar una enunciación absoluta e incondicionada para regular con posterioridad algunas situaciones, intentando conciliar autoridad-libertad, sociedad-individuo, pero, al tiempo, fijando las fronteras de la discrecionalidad del legislador. De esta forma nuestra Constitución se inscribe en la lista de los textos fundamentales que manifiestan una explícita desconfianza hacia los poderes ordinarios como consecuencia de pasadas experiencias históricas». Junto a esto, que viene a ser una introducción al tema y, tras afirmar la oscuridad de la expresión «contenido esencial» y considerarlo «límite» o «residuo salvaguardado» aporta su definición de contencial: «... el contenido esencial se extrae de la conexión con los principios materiales del ordenamiento jurídico y de la funcionalización de los derechos respecto a la dignidad de la persona humana. No cabe, en consecuencia, una precisión singular caso por caso sin tener en cuenta el conjunto constitucional y los valores que le animan a fin de que sobreviva el mínimo común denominador que caracteriza las relaciones individuo-sociedad-poder».

Este intento de acercamiento y determinación al contencial nos parece mucho más aceptable que los anteriores. Se encuentra en la línea de nuestro concepto de contenido esencial en la medida en que relaciona éste con el valor fundamental de la dignidad humana; es, quizás, el único autor que se manifiesta en el sentido en que lo venimos haciendo en este trabajo.

Pasamos a analizar la aportación de Luis Prieto Sanchís²⁵. Para este autor, con la inclusión de la cláusula del contenido esencial en la Constitución «se ha querido traducir a términos jurídicos prácticos la especial relevancia que la Constitución concede a los derechos humanos como ‘fundamento del orden político y de la paz social’ (art. 10.1) y que ‘asumidos como decisión constitucional básica han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico’ (STC 15 de junio de 1981)». Además explica que «en nuestro Derecho, ..., el legislador, ..., viene obligado a respetar ese contenido esencial siempre y en todo caso, aunque su actuación no tenga por objeto limitar la libertad, sino regular el ejercicio de uno de aquellos derechos que generan obligaciones de contenido positivo». Estamos de acuerdo con estas afirmaciones que, por lo demás, no entran en el meollo de la cuestión.

²⁵ L. PRIETO SANCHÍS, «Artículo 53 Protección de los Derechos Fundamentales», Madrid, *Comentarios a las Leyes Políticas* dirigidos por Óscar ALZAGA VILLAAMIL, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo IV, 1984, págs. 463 a 471.

Si lo hace, sin embargo, cuando afirma que «no existe un contenido esencial de la categoría derechos fundamentales o, al menos, no resulta jurídicamente operativo». Con esta declaración realiza una crítica a nuestro maestro, cuando afirmó que la esencia de los derechos fundamentales «radica en el libre desarrollo de la personalidad, en el pleno despliegue y perfeccionamiento de la persona humana...». Creemos que sí es posible afirmar un contenido mínimo, esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales, lo cual no impide que en el estudio e interpretación de los mismos estén presentes elementos que los caracterizan individualmente. El contencional presente ineludiblemente en todo derecho fundamental reside en el valor de la dignidad humana, es decir, en aquél «libre desarrollo de la personalidad, en el pleno despliegue y perfeccionamiento de la persona», valor que se fundamenta en los principios, también constitucionalmente reconocidos de la libertad y la igualdad. De esto hablaremos en el capítulo siguiente.

Respecto a la crítica que hace el autor en relación a la falta de operatividad del contencional como límite a la actuación del legislador nos demuestra dos cosas: en primer lugar que refleja una duda del autor sobre si existe o no un contencional de la categoría derechos fundamentales puesto que afirma que, si así fuese, carecería de operatividad jurídica. Es decir, no sabe si existe tal contencional, pero de lo que sí está seguro es que, en tal caso, éste sería jurídicamente inoperante. Lo anterior nos parece un argumento insostenible. Demostrar que se duda en este tema es dejar la puerta abierta a su confirmación. Pero para que ello no suceda se afirma que, de existir tal contencional, entonces no tendría eficacia jurídica. Lo que no explica es por qué no la tendría. En segundo lugar, la postura que defiende que tal contenido esencial básico de todos los derechos no tiene operatividad jurídica es igualmente inaceptable: si la dignidad humana (valor que consideramos ese núcleo intangible), que debe protegerse en todos y cada uno de los derechos fundamentales, no puede protegerse por los medios que el derecho establece para ello, ¿qué sentido tiene el reconocimiento en nuestra Constitución de una amplia carta de derechos y libertades?, ¿cuál sería, en definitiva el sentido del propio ordenamiento jurídico?...

Prieto Sanchís no aporta nuevos datos a la determinación del contencional y aún cabe hacerle una crítica más. Según sus palabras la cláusula del artículo 53.1 «fortalece la posición del Tribunal Constitucional, que tiene a su disposición como parámetro de constitucionalidad un concepto abierto a múltiples concreciones, una noción susceptible de ser definida en cada supuesto atendiendo a los más heterogéneos principios jurídicos y valores sociales» (en otro lugar expresamos nuestra opinión acerca de la labor que corresponde al TC como máximo intérprete de la Constitución; baste recordar que no nos parece legitimado el TC para decir donde la Constitución no dice, crear el contenido no taxativamente expresado por ella. El TC no es el poder constituido que la ha de desarrollar, ni, por supuesto, el poder constituyente que la creó). Pasamos con esto a otro de los autores que tocan el tema del contenido esencial en la doctrina española.

Es el turno de Ignacio De Otto y Pardo que realiza un interesante estudio en colaboración con Lorenzo Martín Retortillo, sobre «Derechos fundamentales y Consti-

tución²⁶». Parte este autor, recurriendo a la doctrina germana, como la mayoría de los autores vistos, de la afirmación del contencional como «límite de los límites»: el contenido esencial «señala una frontera que el legislador no puede traspasar, delimita un terreno que la ley limitadora no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad. ...es límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas». No es menester comentar estas afirmaciones una vez más. Que el contencional es un límite al poder del legislador es doctrina aceptada mayoritariamente.

Tras realizar un exhaustivo análisis del contenido esencial como límite de los límites y exponer las teorías relativa y absoluta del mismo con agudeza, De Otto entra a investigar el contenido de los derechos en relación con la labor del legislador de regular su ejercicio. Afirma que «regular el ejercicio del derecho supone... que éste se encuentra ya delimitado constitucionalmente y que, en consecuencia, el legislador se halla ante un poder jurídico definido que no puede alterar en su contenido». En su opinión «la dificultad planteada por la vaguedad o indeterminación de las normas constitucionales no puede resolverse por remisión al legislador que regule el ejercicio del derecho o libertad, actividad normativa manifiestamente distinta de la de determinar el contenido de aquello que ha de ejercitarse».

Hasta aquí estamos de acuerdo: la vaguedad con que la Constitución enuncia algunos derechos no debe ser suplida por la actividad del legislador (recordemos la diferencia entre poder constituyente, cuyo fruto es la Constitución y poder constituido, o del que emanan las leyes). Sin embargo, nos parece menos clara, tal y como hemos venido sosteniendo en este trabajo, su siguiente línea de argumentación: explica el autor que aquella «determinación del contenido del concepto es una tarea que, a diferencia de la regulación del ejercicio, puede ser realizada por la doctrina jurisprudencial, porque su función en el sistema de producción normativa no es añadir algo a la norma constitucional, sino la de precisarla en su significado». Habría que ver qué entiende De Otto por «precisarla en su significado»²⁷.

Continuando con el tema del contenido de los derechos, entiende el autor que el problema se plantea porque «... la norma constitucional reconoce el derecho mediante una determinación abstracta y genérica del mismo que no indica ni las concretas facultades que comprende ni el concreto *status* jurídico del titular de la potestad de que se trate». Con ello no quiere decir el autor «... que el legislador esté llamado a

²⁶ L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1988.

²⁷ Remitimos al lector a la tesis doctoral mencionada supra, donde expusimos nuestro parecer respecto a quién debe concretar los contenidos de los derechos que son expresados vagamente en la Constitución.

configurar el derecho en su contenido, a establecer los términos en los que el derecho ha de ser operativo, pues una regulación del ejercicio ha de partir de la determinación del contenido del derecho tal como resulta de la construcción dogmática del mismo en la interpretación de la definición abstracta». Esto viene a corroborar lo afirmado en el párrafo anterior acerca de la función interpretadora-definidora de los derechos abstractamente formulados que, a juicio del profesor, corresponde cumplir al TC a través de su doctrina.

Critica sin embargo, la interpretación que realiza dicho Tribunal en la Sentencia 11/81 de 8 de abril. Según él, «... sólo la existencia de esta construcción dogmática del derecho permite resolver los problemas a que antes se ha hecho alusión al tratar de los límites y fronteras de los derechos fundamentales como la ponderación de bienes, la jerarquía de éstos y de los valores, etcétera, que son, ..., la base para la despositivización del sistema de los derechos fundamentales».

No queremos reiterar la crítica antes formulada. Reconocemos el interés del trabajo realizado por el autor pero no sugiere instrumento alguno que nos resulte válido para determinar el contencional. No sugiere, en definitiva ningún elemento que quizás integrase dicho contenido. Desde su punto de vista esa labor es propia del TC y ya hemos expresado y razonado nuestro desacuerdo en esta cuestión (vid. *supra*).

Francisco Fernández Segado²⁸ no difiere de los anteriores cuando, en un artículo reciente, manifiesta que «la garantía del ‘contenido esencial’ del derecho supone, ..., la existencia de una barrera insalvable por el propio legislador, que protege un núcleo inmediatamente constitucional y, por lo mismo, irreductible del derecho, que en modo alguno puede ser limitado».

Más adelante se refiere al trabajo de Parejo Alfonso que vimos anteriormente y a la sentencia, también muchas veces mencionada sobre el derecho a la huelga. Por último, comenta las reglas hermenéuticas utilizadas por el TC para determinar el contencional. Por lo tanto este estudio no va más allá que los anteriores en el tema que nos ocupa. Es una muestra más de la despreocupación casi total de la doctrina española por adentrarse en la cuestión, eludiendo la labor de aproximación al contencional y traspasando dicha tarea al TC.

No obstante lo anterior, recientemente se ha publicado un denso trabajo de recensión de la doctrina alemana sobre el contenido esencial. Como hemos indicado en más de una ocasión ésta sí se ha preocupado en tratar de determinarlo. Nos referimos al estudio del profesor J.C. Gavara sobre «La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn»²⁹. En él se realiza un por-

²⁸ F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional». Brasilia, Separata da *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, nº 121, janeiro/março 1994, págs. 99 y ss.

²⁹ Publicada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994, pássim.

menorizado repaso de la doctrina alemana respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales que sin duda es interesante³⁰. No obstante, comentaremos solamente alguno de los puntos que trata en dicha obra.

En primer lugar, nos llama la atención cuando el autor niega, en sede de recapitulación y conclusiones, que la determinación del contenido esencial sea equivalente al principio de la dignidad humana (según nosotros es un «valor»). Quizás no es apropiado hablar de equivalencia total, pero sí de una muy estrecha relación entre el contenido mínimo, el núcleo intangible de los derechos y libertades, por una parte, y la dignidad humana, por otra. Sostiene Gavara que «...el análisis del principio de la dignidad humana ofrece la dificultad de la identificación de los supuestos de hecho específicos de su infracción». Parece que el autor iguala un principio con una figura jurídica determinada tipificada por la Ley. Hablando de la dignidad humana no se puede hablar de «supuestos de hecho específicos de su infracción», puesto que no estamos tratando de una figura legalmente determinada. Esta afirmación nos da la medida de la consideración que el autor tiene respecto a los principios y valores, fundamento del orden constitucional. El hecho de que esta manera de considerarlos no le encuentre cabida en la aplicación práctica del derecho no significa que sean jurídicamente inoperantes.

En base a lo anterior, no estamos de acuerdo con la siguiente línea de argumentación que sigue el autor: «... la garantía del contenido esencial es una cláusula que tiene su origen conceptual en la voluntad de controlar la constitucionalidad de las decisiones del legislador, en materia de derechos fundamentales, en sistemas en que no existían órganos específicos de control de constitucionalidad de las leyes. En la actualidad, las Constituciones que incluyen dicha garantía pueden llegar a garantizar el contenido de los derechos fundamentales sin recurrir a teorías esencialistas para su determinación. Bastará para ello utilizar el sentido cualificadorio de un derecho fundamental, impedir las extralimitaciones en que pueda incurrir el legislador en el uso

³⁰ El director de dicho trabajo, Francesc DE CARRERAS, tesis doctoral presentada por GAVARA en la Universidad Autónoma de Barcelona, manifiesta en el prólogo cómo el autor que tenía por objetivo «averiguar el contenido y alcance de la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales como límite al legislador, tal como está formulada en el artículo 53.1 CE»... acabó convirtiendo «el único precedente existente en el derecho comparado: el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn... en el objeto principal y único de la investigación...». Comentamos esto porque dicho estudio se centra en la doctrina alemana y no en un intento de investigación de posibles medios de determinación del contencional.

Recuerdo una breve charla que mantuve con F. DE CARRERAS durante el curso 93/94 del Centro de Estudios Constitucionales, al que asistí como alumno becario. No se nos pueden olvidar sus palabras cuando, al comentarle el objeto de mi tesis doctoral, afirmó que es un tema inútil, sin solución y carente de utilidad. Que sus palabras no me convencieron lo demuestra este trabajo.

de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales y, en definitiva, llevar a las últimas consecuencias la vinculación positiva y negativa del Poder Legislativo a la Constitución».

Esta afirmación parece declarar la inutilidad de la garantía del contencional y sugiere su eliminación, aunque con otras palabras, de los ordenamientos constitucionales actuales. Sin embargo, los argumentos que utiliza para desacreditar posturas como la nuestra (a las que califica peyorativamente de esencialistas) sirven también para criticar la suya. Puesto que decir que basta utilizar el sentido cualificadorio de un DF, impedir extralimitaciones del legislador cuando regule su ejercicio y controlar la vinculación del Poder legislativo a la CE, no añade nada nuevo ni, desde luego, aporta elementos concretos de protección de los derechos fundamentales. No es nuevo que se traten de evitar las extralimitaciones del legislador en materia de DF; lo suyo sería aportar algún instrumento (como es desde nuestra postura la garantía del contencional) concreto para que no se produzcan dichas extralimitaciones; habría que ver cuáles son los supuestos de hecho, según terminología de Gavara, que permitirían reconocer la extralimitación al regular el ejercicio, para lo cual es importante determinar el contenido de los mismos y qué elementos no se pueden modificar. Lo anterior es tanto como hablar de un núcleo intangible y, el contencional, no es otra cosa que eso.

Y, por último, respecto a la vinculación (positiva y negativa) del Poder Legislativo a la Constitución, tampoco se traduce esto en la total seguridad de los derechos y libertades ante regulaciones que violen su contenido ya que, desgraciadamente, estos principios se recogen en la Constitución porque, en la práctica, no se cumplen del todo y es menester establecer mecanismos que los garanticen.

Con todo, la tesis de Gavara, siendo útil por la costosa labor de recopilación de una doctrina tan densa como la alemana, nos parece que adopta la postura huidiza de quien recurre a soluciones cómodas para cuestiones a las que no encuentra solución.

Cabe hacer mención aquí de un interesante trabajo realizado por el profesor de la Universidad Complutense Raúl Canosa Usera³¹, cuando habla de la «Fórmula política de la Constitución». Pues bien, entiende como funcionamiento negativo de la fórmula política, (que controla el proceso interpretativo de la Constitución y lo hace previsible) el que evite la desnaturalización de la Constitución y actúe de límite de las mutaciones constitucionales al controlar la discrecionalidad del intérprete. La interpretación de Gavara a favor de la desaparición de la garantía del contenido esencial

³¹ R. CANOSA USERA, *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pássim.

Sobre interpretación de los derechos fundamentales es asimismo sugerente la obra de Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, prólogo de Francisco J. BASTIDA, trad. de J.L. REQUEJO e I. VILLAVARDE. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, págs. 101 y ss.

creemos que atenta contra la propia fórmula política de nuestra Constitución. Según Canosa Usera «la fórmula política juridifica el contenido de la Constitución material reflejándola y sintetizándola en el texto de la Constitución escrita». Así, la desaparición del contencial contribuiría a desnaturalizar en parte nuestra Carta Magna, dado que atañe tal modificación nada menos que a la garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas que, como es sabido son, por imperativo constitucional, «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE).

Por otro lado, conviene tener presente la aportación del profesor Pedro de Vega García³², en cuanto al «significado y el valor jurídico de las cláusulas de intangibilidad». La reserva legal del regulación del ejercicio de los derechos y libertades no supone una cláusula de intangibilidad, pero sí creemos que el respeto del contenido esencial equivale a su intangibilidad, intangibilidad, impenetrabilidad.

No podemos finalizar este apartado sin recoger la doctrina de uno de los autores que más se ha comprometido en nuestro país en la determinación del contenido esencial tantas veces mencionado. Nos referimos al profesor Lucas Verdú quien, en su obra *El sentimiento constitucional*³³, realiza un estudio in extenso de las corrientes que lo tratan, aportando su parecer al respecto.

Así, comienza por afirmar que «Frente al carácter genérico, indeterminado, rectius abierto de las llamadas cláusulas generales, el contenido o núcleo esencial de un derecho fundamental, implica un esfuerzo conceptual de precisión y justeza que apunta a elementos materiales o sustanciales. Aunque alguno sostenga la indeterminación del contenido esencial, éste surge como reacción a la abstracción y formalización positivista de las cláusulas generales». El contenido o núcleo esencial es una delimitación de límites (Schranken-Schranken). «Se trata de asegurar los derechos básicos contra su vaciamiento por la legislación». Estas ideas las hemos recogido ya con anterioridad; sin embargo, no sucede lo mismo cuando se afirma que el contencial «... supone una garantía no ya meramente formal, sino material-institucional que reintegra a los derechos fundamentales su plena dignidad. Implica, además, conciencia y sentimiento constitucionales de su

³² P. DE VEGA GARCÍA, *La reforma constitucional y la problemática del Poder constituyente*. Madrid, Temas Clave de la Constitución española. Tecnos, 1988, págs. 247-270. Véase, en concreto cuando afirma: «... la superlegalidad creada a través del establecimiento de límites explícitos, tiene una fundamentación distinta y, por lo tanto, reviste también una naturaleza diferente. Su punto de partida se sitúa en el plano de la legitimidad, y su definición se opera sobre la base de los valores y principios que se consideran fundamentales para el mantenimiento y la pervivencia del sistema. Precisamente, porque su definición se realiza en el plano de los valores materiales, sociales y políticos, su tratamiento y su destino quedan al margen de la regulación de la legalidad y de los poderes por ella constituidos», pág. 257.

³³ Véase P. LUCAS VERDÚ, *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*. Madrid, Ed. Reus, S.A., 1985, págs. 170 a 238.

importancia y necesidad, de modo que en adelante no se moverán los derechos fundamentales en el ámbito de las leyes, sino estas últimas en el marco de los derechos y libertades básicos». Lo anterior aporta un dato nuevo sobre el que no nos hemos detenido: el reconocimiento de una garantía especial para los derechos y libertad suscita además conciencia y sentimiento constitucionales de su importancia y necesidad, de manera que las leyes tendrán que respetar sobremanera el contenido de los mismos.

Lucas Verdú aclara la idea anterior: «Ciertamente, las garantías formales, procesales y jurisdiccionales sirven para afianzarlas, pero es menester que el pueblo mismo esté atento para preservar su libertad».

Después analiza el autor las distintas teorías sobre el contencional (absoluta y relativa) y su visión en cuanto a los componentes del mismo (según Maunz y Zippelius, un elemento material: la garantía centrada en la dignidad humana y otro: el principio de la proporcionalidad y de la prohibición de extralimitaciones) y en cuanto a sus efectos (constitutivos o declarativos). Junto a esto revisa diversas teorías: la de la justa proporcionalidad, la de Grabitz, la de Hamel³⁴.

Después revisará la doctrina del TC en la sentencia 11/81 de 8 de abril, que, según sus palabras «... no puede por menos suscitar una inquietante sensación de perplejidad». El método que utiliza el TC «... no logra ninguna determinación precisa, porque nos preguntamos: ¿cuál es aquella «parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad»? ¿qué es «lo que hace que sea reconocible [sic] como derecho pertinente a un determinado tipo»? etc, etc... Estas cuestiones ya nos las hemos planteado al analizar dicha resolución. Lucas Verdú sostiene que el Tribunal no se atreve a entrar en el contencional para captarlo y explicarlo, «tal vez por no abandonar su positivismo, mitad iusprivatista, mitad administrativista...». Suscribimos las afirmaciones anteriores, tan válidas como agudas.

Más adelante trata de determinar el «contenido esencial» infiriéndolo del propio texto constitucional de 1978. Así, manifiesta en primer lugar que «no se trata de sorprender el contenido específico de cada uno de los diferentes derechos y libertades reconocidos por la Constitución en el capítulo II del Título I, sino de fijar el contenido, o núcleo básico, que les informa y que luego especifica cada precepto». Esta es la vía que nosotros sugerimos líneas atrás.

«En segundo lugar –continúa–, cabe inferir del juego combinado de varios artículos en qué consiste tal contenido esencial». Por lo tanto dice el profesor que hay que recurrir a los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1): libertad, igualdad, justicia, pluralismo político y dignidad de la persona. Y describe tres elementos de comprobación: primero subraya el carácter axiológico, estimativo que en cuanto derechos humanos poseen cada una de sus transcripciones (derechos fundamentales y libertades públicas) contenidos en el capítulo II del Título I; lo anterior

³⁴ Vid. LUCAS VERDÚ, *ob. cit.*

visto desde la perspectiva del art.10.1, que habla de la dignidad de la persona humana y de los derechos inviolables que le son inherentes, e interpretado a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Por tanto, continúa Lucas Verdú, «hay que partir de la intangibilidad de la persona humana como dato valioso reconocido, no constituido, por la Constitución, susceptible de positivación». La segunda comprobación se realiza al constatar en el texto constitucional «diversas referencias al desarrollo de la personalidad...», por lo que «estamos ante un reconocimiento de la persona, tanto *uti singulus* como *uti socius*...». La última comprobación se refiere al art. 9.2 en la medida que «... incide, sobre todos los derechos y libertades, como cláusula promotora de condiciones favorables y removedora de obstáculos difíciles, pero indeseables, que impiden su plenitud para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». En definitiva esta cláusula es «la compensación armónica de la dimensión axiológica de los derechos y libertades; sirve para que su dimensión valiosa no sea platónica...».

Resta, para finalizar este resumen de la aportación del profesor salmantino, recoger su definición de contencial: «el contenido esencial de un derecho y/o libertad fundamental, está implícito en el articulado constitucional y se deduce del juego combinado del artículo 1.1, propugnador de valores superiores del ordenamiento jurídico que informan a los bienes morales, culturales y materiales, con los preceptos del capítulo II del Título I en cuanto son necesarios para el libre desarrollo integral de la persona humana, sin olvidar las exigencias promotoras y removedoras del artículo 9.2 que apuntan a su realización y efectividad»³⁵.

Por último y, en relación con lo anterior, no podemos dejar de transcribir aquí el concepto de DF del profesor Pablo Lucas Verdú, para quien son «imperativos, normativos e institucionales de carácter fundamental reconocidos en virtud de la previa dignidad humana. Son inviolables, inalienables, imprescriptibles. Se manifiestan como una serie de facultades, pretensiones, libertades indispensables para el libre desarrollo del hombre en su entorno histórico-social, tanto estatal como universal».

Contribución al estudio del contenido esencial de los derechos fundamentales desde una nueva perspectiva

A pesar del estudio de aportaciones de autores ilustres del pasado y del presente, del análisis del derecho positivo vigente y del examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, todavía hoy, mal que nos pese, no tenemos certeza de cuál sea el

³⁵ Manifestamos nuestra adhesión a la tesis lucasverdiana expuesta. No obstante, nos parece útil descifrar el contencial de la manera que lo venimos proponiendo en este trabajo, como un paso más en la búsqueda o determinación del mismo.

contenido esencial aquí estudiado. Y no tenemos certeza, entre otras cosas, porque este objeto precisa de un interés y estudio constantes, además de unos conocimientos tan amplios que se escapan a quienes escribimos estas líneas.

Independientemente de aquellos que adoptan una postura huidiza y, en cierto modo, irreverente ante el tema que nos ocupa, hemos sostenido, en este trabajo, la oportunidad de realizar el estudio del contencional y, demostrar, si cabe, dentro siempre de nuestras limitaciones, que el contencional es un objeto de estudio práctico que ayuda a desentrañar las obscuridades de nuestro ordenamiento jurídico básico o fundamental y que, sobre todo, aporta elementos importantes en orden a la efectiva protección del catálogo de derechos y libertades reconocidos en aquella norma fundamental.

En relación con lo anterior, sería prudente defender con decisión la «estabilidad constitucional del contencional» (las comillas son nuestras) ante quienes asuman, sin más, que el contencional es una figura tendente a desaparecer de los textos constitucionales, por considerarla un residuo de los efectos de la segunda posguerra mundial. Cabe objetar a esta posición que no es medida inteligente deshacerse de un arma cuyo potencial está aún por descubrir; bien empleada, la baza del contencional puede servir plenamente en la defensa del Estado de Derecho. Si no queremos incurrir en errores cometidos en el pasado, propiciadores de los desastres beligerantes conocidos por todos, aprendamos a reconocer la potencialidad de un instrumento (a nuestro alcance) como el contenido esencial: ¡démosle eficacia plena y así conoceremos ese potencial!

Por otro lado, tratar de «acertar» acerca del contenido del contenido es casi imposible. Tan imposible como si tratásemos de describir lo que significan, a ciencia cierta y de manera indiscutible conceptos tales como lo «bueno», lo «malo», las ideas de «bondad», «amor», «odio».

Sucede, sin embargo, que aquí no se está tratando de narrar ningún relato, que transporte al lector a un mundo de ensoñación en el que aquellas ideas (bueno, malo, bondad, amor, odio...) cobren pleno sentido. Este trabajo responde a una necesidad muy concreta y quiere responder y satisfacer esa necesidad.

En el mundo en que vivimos, organizado jurídico y políticamente conforme a una estructura predeterminada de los poderes dentro del Estado, el Estado-aparato se convierte en una maquinaria potente que interviene cada vez con mayor intensidad en la vida de la comunidad. En este sentido, no es arriesgado considerar la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas como el arma al que hace un momento nos referíamos: arma anti-tiranía de los poderes públicos. Y, si esto así, ¿cómo es que no interesa más su estudio?... Probablemente no podamos responder esta cuestión, por mucho que nos esforcemos en comprender la razón de tal desatención. Tampoco es este el espacio adecuado para averiguarlo.

Sin embargo, con respecto a lo anterior, si nos parece oportuno tratar de configurar, en la medida de nuestras limitadas posibilidades, un contenido esencial ejemplar o modelo, para los derechos y libertades, al menos que sirva de colofón final de este estudio. Así, en un esfuerzo por definir su contenido, en base al trabajo hasta aquí realizado, sostenemos que:

«El contenido esencial es la expresión jurídico-positivizada del valor intrínseco de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución española, resultado de la conjunción entre el valor de la dignidad humana («fundamento del orden político y de la paz social») y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares (internas y externas o relativas a su ejercicio)».

Nos remitimos al análisis del catálogo de derechos y libertades que recoge la Constitución³⁶, pues consideramos que la norma constitucional, aunque de manera ciertamente parca, no obstante aporta datos, elementos y pistas de ese contencial: recordemos los indicios o pistas a los que denominamos contenido esencial de relevancia constitucional (tácito o expreso), los límites contenciles (que forman parte del núcleo esencial del derecho o libertad) y la regulación adyacente o limitaciones externas (impuestas por la ley y, por lo tanto no constituyentes del contencial).

A partir de ahí, entran a ser protagonistas en la escena de los derechos fundamentales una serie de órganos y grupos llamados a contribuir en aquella determinación-esclarecimiento del contencial: nos referimos, sin duda, a la importante labor interpretadora del TC y a la no menos considerable tarea a desempeñar por la doctrina constitucional. Creemos que a estos corresponde dilucidar, allí donde no lo hace la Magna Carta, sobre el contenido esencial de un derecho o libertad. Porque, desde aquí afirmamos estar convencidos de la viabilidad de la determinación del contencial de los mismos.

Por otro lado, el hecho de que tratemos de concretar los términos propios del contenido esencial puede entrañar un riesgo considerable: el riesgo que conllevaría la determinación no es otro que hacer del contencial un concepto modificable, variable con el paso del tiempo y las circunstancias, según impongan las necesidades sociales concretas de cada momento. Ello podría comportar la relativización del concepto de contencial, punto con el que estamos totalmente en desacuerdo.

¿Cómo se salva esta supuesta «desencialización» del concepto de contencial? Creemos que se salva si afirmamos que el núcleo del contenido, su elemento más contencial y primero es la propia «dignidad humana», valor que es absoluto en cualquiera de las coordenadas de tiempo o espacio que se quiera contemplar.

Lo que obligatoriamente deberá experimentar un paulatino desenvolvimiento y, en su consecuencia, experimentará un cambio es, sin duda, lo relativo a la manifestación externa del derecho o libertad, que según aquellas necesidades concretas antes expresadas, le permitirá adoptar una nueva morfología y carácter.

³⁶ Dicho análisis se realizó en la tesis doctoral mencionada *supra*.