

LOS «CONTENIDOS» DE LOS DERECHOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pablo Riquelme Vázquez
Investigador predoctoral
Departamento de Derecho Público de la Universidad de Vigo
priquelme@uvigo.es

RESUMEN: A lo largo de sus casi 40 años de funcionamiento, el Tribunal Constitucional se ha esforzado por distinguir entre cinco «contenidos» diferentes de los derechos: el contenido absoluto, el adicional, el esencial, el indisponible para el legislador y el contenido mínimo de aquéllos. El trabajo que aquí se presenta ofrece una aclaración somera (y basada en la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución) de cada uno de los contenidos aludidos y examina la utilidad de semejante distinción para la actual dogmática de los derechos.

PALABRAS CLAVE: contenidos absoluto, adicional, esencial, indisponible para el legislador y contenido mínimo de los derechos.

SUMARIO: 1. El contenido «indisponible» de los derechos constitucionales. 2. El contenido «mínimo» de los derechos fundamentales y libertades públicas. 3. El contenido «adicional» de los derechos fundamentales y libertades públicas. 4. El contenido «absoluto» de los derechos y libertades. 5. El contenido «esencial» de los derechos y libertades. 6. El principio de proporcionalidad en sentido amplio.

De haber una categoría verdaderamente proteica dentro de la ciencia jurídica, esa parece ser la de «derecho» (subjetivo, constitucional, fundamental, etc.) y esta circunstancia repercute, sin ningún género de dudas, sobre lo que desde aproximadamente 1949 se denomina doctrinal y jurisprudencialmente «contenido de un derecho». «Absoluto», «adicional», «esencial», «indisponible» o «mínimo»: he aquí las múltiples formas en que, similarmente al «anciano del mar» mencionado por Homero en el Canto IV de su *Odisea*, se ha presentado el contenido constitucionalmente relevante de los derechos a lo largo de los casi 40 años de funcionamiento del supremo intérprete de la Carta Magna. La comunicación aquí presentada ofrece una aclaración somera de cada uno de los contenidos aludidos e interroga acerca de la utilidad de semejante distinción para la actual dogmática de los derechos. Vaya por delante que a lo largo de las siguientes páginas no se discutirán ni las concretas soluciones dadas a los diferentes asuntos ni el particular contenido puntualmente reconocido a cada derecho; el carácter provisional de este trabajo únicamente permitirá examinar el fundamento o argumentación dogmática de la metodología empleada por el Alto Tribunal español en cada caso.

1. El contenido «indisponible» de los derechos constitucionales.

A efectos de comprender cabalmente a qué se alude cuando se habla del «contenido indisponible» de un derecho resultan ciertamente ejemplares los quince fundamentos jurídicos de la relativamente reciente STC 140/2016, de 21 de julio¹, por lo que se la empleará como hilo conductor de la explicación subsiguiente². En el Fundamento Jurídico 3 de la citada resolución, el Tribunal Constitucional afirmó haber identificado, dentro del enunciado del derecho a la gratuidad de la justicia reconocido en el art. 119 CE, «un “núcleo indisponible” para el legislador, el cual atiende solamente a una circunstancia personal, que es la insuficiencia de recursos para litigar del solicitante». ¿De qué manera cabría identificar con claridad ese «“núcleo indisponible” para el legislador»? En opinión del supremo intérprete de la Carta Magna, la condición de «derecho prestacional y de configuración legal» de la gratuidad de la justicia (un derecho «cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esta naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias»³) poco contribuiría a una mejor comprensión del ámbito del derecho que se encuentra protegido frente al legislador. El derecho a la gratuidad de la justicia podría ser distintamente modulado, por ejemplo, en función del orden jurisdiccional de que se trate o de los recursos económicos de los que el Estado pueda disponer en cada momento y, desde esta perspectiva (a saber, la que atiende a su condición de «derecho prestacional y de configuración legal»), en poco se diferenciaría de un derecho de acceso a la jurisdicción concebido como una vertiente de aquel más general a la tutela judicial efectiva (art. 24, 1 CE). Según el parecer del Tribunal Constitucional, el de acceso a la jurisdicción sería también un derecho de configuración legal que, en virtud de este último carácter, conllevaría un amplio grado de libertad de actuación del legislador a la hora de definir las condiciones y requisitos determinantes de dicho acceso en los

¹ Esta sentencia resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos artículos de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. En concreto, los recurrentes atacaron los artículos 1 (relativo al ámbito de aplicación de la tasa), 2 (atinente al hecho imponible de aquélla), 3 (en cuyo apartado 1 se regulaba el sujeto pasivo de la tasa), 5 (concerniente al devengo de la tasa), 6 (en relación con la base imponible de la tasa), 7 (a propósito de la determinación de la cuota tributaria) y 11 (regulador de la vinculación de la tasa con el sistema de justicia gratuita) por considerar, en resumidas cuentas, que vulneraban las vertientes de acceso a la jurisdicción y acceso al recurso del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

² En opinión del Alto Tribunal español, la operatividad de este central concepto (de «“núcleo indisponible” para el legislador») también podría ser percibida a partir de una lectura atenta de algunos pasajes de otras sentencias, señaladamente el Fundamento Jurídico 3 de la STC 16/1994, de 20 de enero, primera resolución en la que se empleó la fórmula de «contenido indisponible» de un derecho. A propósito del art. 119 CE también se pronunció el Tribunal Constitucional en las SSTC 10/2008, de 21 de enero, FJ 2; 95/2003, de 22 de mayo, FFJJ 3 y 4; y 177/1998, de 2 de junio, FJ 3.

³ STC 16/1994, FJ 3.

distintos órdenes⁴; sin embargo, esa amplia libertad del órgano legislativo para modelar los derechos de configuración legal se encuentra coartada por la obligación, en el primer caso, de respeto del contenido «indisponible» del derecho y, en el segundo, del de su contenido «esencial». Ello significa, si se desea atribuir algún valor al lenguaje jurídico, que una y otra garantía no resultarán de ningún modo intercambiables, esto es, ni se referirán al mismo elenco de derechos ni precisarán de la misma manera el ámbito de un derecho protegido frente al legislador. Cualquier intento de basar la identificación del «núcleo indisponible» para el legislador en el carácter «prestacional y de configuración legal» de un derecho estaría abocada al fracaso.

A desvirtuar la afirmación que se acaba de efectuar no contribuiría ni siquiera una eventual afinidad adicional entre derechos. De acuerdo con la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución, el derecho a la gratuidad de la justicia constituiría una concreción o devendría «instrumental del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva»⁵. Este carácter instrumental del derecho contenido en el art. 119 CE, sin embargo, no alcanzaría a eludir la importante diferencia que media entre un derecho enumerado en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución (en lo sucesivo, «derechos y libertades») y los restantes derechos recogidos en la norma básica (en lo que sigue, «derechos constitucionales»⁶). Comienzan a perfilarse, de este modo, los contornos de una noción de contenido o «núcleo indisponible» para el legislador que, según parece, únicamente será predicable de un específico elenco de derechos: puesto que la categoría «garantía del contenido esencial» sólo se aplicará *stricto sensu* a los «derechos y libertades», de los «constitucionales» sólo se protegerá frente al legislador el (todavía necesitado de ulterior aclaración) contenido «indisponible».

Dicho lo anterior persiste todavía la dificultad consistente en identificar ese «núcleo» resistente a una actividad legislativa a veces desbocada⁷ y, puesto que, en lo que atañe a los «derechos constitucionales», no cabe extraer gran cosa del propio tenor literal de la Carta Magna, habrá que estar a lo dispuesto por su intérprete más cualificado. Según el Tribunal Constitucional, la única limitación al amplio margen de apreciación legislativa para la regulación de los derechos (de configuración legal) ubicados fuera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución se encontraría en el propio enunciado

⁴ STC 140/2016, FJ 5, a).

⁵ STC 140/2016, FJ 3.

⁶ En rigor, «constitucional» es todo derecho reconocido en cualquier parte de la Constitución (también, por tanto, los «derechos y libertades» reconocidos en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución).

⁷ Una situación para la que, con sus habituales perspicacia y elocuencia, Carl Schmitt acuñó la expresión «ley motorizada» [Schmitt, C. (1958). *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943/44)*. En: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954* (386-429). Berlin: Duncker & Humblot, p. 407].

constitucional⁸. En el caso antes analizado, por ejemplo, se hallaría en el art. 119, 2 CE, donde se establece que la justicia gratuita sea reconocida a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia. He aquí el núcleo indisponible del derecho controvertido⁹. Al examinar la constitucionalidad de la concreta opción legislativa, por tanto, el Tribunal Constitucional únicamente deberá comprobar si esta regulación respeta el núcleo mínimo indisponible expresamente enunciado en el texto constitucional. El contenido indisponible para el legislador se encuentra, pues, en el propio tenor literal de la Constitución y sólo ahí; nada más ligaría al legislador a la hora de regular estos «derechos constitucionales». Como se verá con posterioridad, la garantía del contenido esencial de los derechos reconocidos en el Capítulo segundo del Título I va, por el contrario, mucho más allá –o, cuando menos, eso parece– al constreñir el margen de discrecionalidad legislativa por medio de la exigencia de respeto del tipo abstracto del derecho conceptualmente preexistente al momento legislativo y de los intereses jurídicamente protegidos por medio del mismo¹⁰. Dentro de este marco del control abstracto de constitucionalidad se inquirirá qué papel pueda llegar a desempeñar la normativa de desarrollo y reguladora del derecho en cuestión que efectivamente anteceda a la actuación legislativa impugnada. Qué ocurrirá en ausencia de la misma podrá ser apreciado con mayor claridad a partir de la elucidación del contenido «mínimo» de un derecho.

2. El contenido «mínimo» de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Acerca del contenido «mínimo» de los «derechos y libertades» se manifestó el supremo intérprete de la Carta Magna en la STC 254/1993, de 20 de julio. El problema principal había surgido en esta ocasión a partir de un derecho sometido a una específica «reserva de configuración legal» porque, en tanto la regulación legal no hubiese satisfecho el mandato constitucional contenido en la reserva aludida¹¹, de dicho mandato no cabía extraer más que un «contenido mínimo» de la conocida como «libertad informática» (o *habeas data*). Esta situación, no obstante, no permitía concluir que los derechos a obtener información ejercitados por el demandante en amparo del caso en cuestión no formasen parte del contenido mínimo que consagra el art. 18 CE con eficacia directa. Dado que la «libertad informática» (o *habeas data*) se configuraría también como un derecho a controlar el uso de los datos almacenados en un programa informático, no existían motivos para impedir que el interesado se opusiese a que esos mismos datos

⁸ SSTC 16/1994, FJ 4; STC 10/2008, FJ 2; y 140/2016, FJ 3.

⁹ *Vid.*, entre otras, la STC 10/2008, de 21 de enero, FJ 2.

¹⁰ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.

¹¹ «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

fuesen conservados una vez desaparecido el legítimo fin que justificó su obtención por parte de la Administración. Semejante constatación, por consiguiente, impediría aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades «de exclusión»; las facultades precisas para conocer la existencia, fines y responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración pública formarían parte «del contenido del derecho a la intimidad, que vincula directamente a todos los poderes públicos, y ha de ser salvaguardado por este Tribunal, haya sido o no desarrollado legislativamente (STC 11/1981, fundamento jurídico 8º, y 101/1991, fundamento jurídico 2º)»¹².

Lo dicho hasta aquí suscitaría, por consiguiente, la duda acerca de cuál deba ser tal contenido mínimo (o provisional) jurisdiccionalmente garantizado en ausencia del debido desarrollo legislativo de un derecho, a saber, ante una eventual «omisión legislativa»¹³. Antes de ocuparse de este asunto, no obstante, conviene subrayar que aquí no se está tratando ya de «derechos constitucionales», sino de «derechos y libertades», es decir, aquéllos que, de acuerdo con el art. 53, 1 CE, «vinculan a todos los poderes públicos» (*énfasis añadido*). La exigencia de aplicación directa de los «derechos y libertades» los diferenciaría del resto de «derechos constitucionales» y, sobre todo, de los meros principios programáticos en que facilitaría, entre otras cosas, la integración de lagunas en supuestos de insuficiencia del bloque normativo y jurisprudencial configurador del derecho¹⁴. La integración de lagunas representa una de las principales consecuencias del paulatino proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico motivado por la «extensión de los derechos fundamentales a todos los ámbitos jurídicos», es decir, por lo que se conoce como el efecto de irradiación de los derechos fundamentales¹⁵. Esta inicial restricción del elenco de derechos del que cabría predicar un contenido «mínimo» debería reducirse aún más (si cabe), toda vez que el único supuesto plausible de protección ante una omisión legislativa se produciría en el marco de la interposición de un recurso de amparo constitucional. Dado que los poderes ejecutivo y judicial son controlados en el ejercicio de sus respectivas funciones y no sólo a partir del resultado de su actividad –tal como sí sucede con el poder legislativo–, una eventual omisión por parte de este último podría ocasionar, en tanto que laguna jurídica, una protección inefectiva en caso de que el poder judicial, obligado a aplicar directamente las normas enunciativas de «derechos y libertades» en ausencia de

¹² STC 254/1993, FJ 8.

¹³ *Vid.*, al respecto, el trabajo (a) de Gavara de Cara, J. C. (2007). El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales. En: *Revista de Derecho Político*, 69, 95-130. En relación con este tema merece la pena destacar también (b) Gavara de Cara, J. C. (2007). La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. En: *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 277-320.

¹⁴ Gavara de Cara, J. C. (2011). *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el art. 10.1 CE*. Barcelona: Bosch, p. 81.

¹⁵ Gavara de Cara, 2011: 84 y s.

normativa de desarrollo de los mismos, no hiciese tal cosa¹⁶. La conclusión de este planteamiento de Juan Carlos Gavara de Cara conllevaría la obligación de reconocimiento y protección de cualquier acción subsumible dentro de la norma enunciativa de «derechos y libertades» por parte del juez o tribunal ordinario; de lo contrario, el órgano en cuestión se haría responsable de la infracción del derecho y abriría la vía del recurso de amparo constitucional¹⁷. De lo que antecede se desprende que sólo cabrá predicar un contenido «mínimo» de aquellas «libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo», así como de la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 (en lo sucesivo, «derechos fundamentales y libertades públicas»), únicas tutelables a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por esta razón, la remisión al Fundamento Jurídico 8 de la STC 11/1981, de 8 de abril, resultaría a primera vista desconcertante, ya que allí se hace referencia a una idea de «contenido esencial» que, de acuerdo con el art. 53, 1 CE, se preservará a través del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, el tipo de norma que precisamente falta en el caso resuelto por la STC 254/1993. Dado que, en el asunto en cuestión, se trata principalmente de aclarar de qué manera se debe proceder en semejantes situaciones de omisión legislativa, la remisión a la STC 11/1981 sólo podría significar que el canon a emplear para integrar la laguna debería ser análogo al empleado, en el contexto del control abstracto de constitucionalidad, para determinar cuál sea la garantía del contenido esencial de un derecho fundamental.

El primero de los indicios que permitirán reconocer el contenido «mínimo» de un derecho estaría representado por el tenor de la norma que lo enuncia. De este modo, el contenido «mínimo» vendría a coincidir, en primer lugar, con el contenido

¹⁶ Gavara de Cara, 2007a: 105 y ss.

¹⁷ En tal supuesto, la sentencia del Tribunal Constitucional podría constatar la existencia de la laguna normativa (advirtiendo de la misma al legislador) al mismo tiempo que otorgase la protección del derecho en el caso concreto. De este modo, se estaría generando *pro futuro* un precedente aplicable tanto por el propio Tribunal Constitucional como por la jurisdicción ordinaria, aunque dicha doctrina sólo supondría en el fondo un recordatorio al órgano legiferante para que configure nuevos procesos legales en el plazo más breve de los posibles. En último término, pues, la sentencia que constatase la existencia de una omisión legislativa tendría un carácter meramente declarativo y constituiría una mera advertencia expresa al legislador de las consecuencias que su deficiente normativa podría tener sobre los eventuales procesos de aplicación de la misma por parte de la jurisdicción ordinaria. El profesor barcelonés caracterizaría estas sentencias declarativas como un simple diálogo institucionalizado entre el Tribunal Constitucional y el legislador, recalando así la imposibilidad de derivar de ellas un efecto constitutivo semejante al de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad. Asimismo, «conviene recordar que las omisiones legislativas que produzcan una infracción de un derecho fundamental puede ser objeto de control por parte del TEDH, cuya jurisprudencia es asumida por el Tribunal Constitucional como criterio de resolución de futuros conflictos. Esta jurisprudencia sin llegar a ser sustitutiva del legislador, ni autorizadora de una actuación positiva directa de la jurisdicción ordinaria, sí que es un cauce para fijar criterios materiales de resolución de ponderaciones judiciales necesarias frente a lagunas legislativas que deben ser resueltas mediante aplicación directa de los derechos fundamentales» (Gavara de Cara, 2007a: 286).

«indisponible» de los derechos¹⁸. No obstante, puesto que el contenido mínimo de los derechos debería posibilitar la integración de una laguna normativa a través del recurso de amparo constitucional, el problema cardinal radicaría en cómo suplir jurisdiccionalmente esa falta de desarrollo de una específica «reserva de configuración legal». En opinión del supremo intérprete de la Carta Magna, el mandato constitucional de dotar de efectividad a los «derechos fundamentales y libertades públicas» permitiría recurrir, en primer lugar, a los tratados y convenios internacionales sobre la materia suscritos por España. A falta de la debida normativa de desarrollo, la efectividad del derecho fundamental podría requerir del auxilio interpretativo de normas del Derecho Internacional: «las pautas interpretativas que nacen del Convenio de protección de datos personales de 1981 conducen (...) la conclusión de que la protección de la intimidad de los ciudadanos requiere que éstos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados donde las Administraciones públicas conservan datos de carácter personal que les conciernen, así como cuáles son esos datos personales en poder de las autoridades»¹⁹. En consecuencia, también tales «facultades de información» formarían parte del contenido mínimo del derecho a la intimidad, un contenido que no sólo vincularía directamente a todos los poderes públicos, sino que debe ser salvaguardado por el Tribunal Constitucional con independencia de que exista o no desarrollo legislativo.

Alcanzado este punto cabría preguntarse todavía qué más abarcaría legítimamente ese contenido «mínimo» de los «derechos fundamentales y libertades públicas». ¿Hasta dónde podría llegar una ampliación pretoriana del contenido «mínimo» de un derecho en ausencia de la debida normativa de desarrollo? ¿Cómo evitar que el Tribunal Constitucional llegase a garantizar contenidos ajenos a ese «mínimo», de tal manera que, como en su día dijo Juan Luis Requejo Pagés, la era de los derechos no termine siendo «una justicia tan aleatoria que se confunda con el concepto, trágico, del destino»²⁰? A tal fin se habría acuñado el concepto de contenido «adicional» de los derechos.

3. El contenido «adicional» de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Las líneas finales del apartado precedente habrían sugerido de inmediato la existencia de otro contenido de los «derechos fundamentales y libertades públicas», uno

¹⁸ Lo que no debe extrañar en absoluto. *Vid.* nota al pie nº 6.

¹⁹ STC 254/1993, FJ 7.

²⁰ Requejo Pagés, J. L. (2006). Defensa de la Constitución nacional y constitucionalización de Europa. Inflación de derechos y deslegalización del ordenamiento. En: *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia constitucional*, 4 (La rebelión de las leyes. *Demos y nomos*: la agonía de la justicia constitucional), 441-453, p. 453.

«adicional» (o disponible por el legislador). En contraposición al contenido «mínimo», el «adicional» se caracterizaría por abarcar facultades añadidas al núcleo de aquellos derechos a través de normas legales. Se trataría, en pocas palabras, de esas facultades que las leyes crean para desarrollar o regular el ejercicio de un derecho fundamental o una libertad pública y pueden alterar o suprimir libremente por no afectar al contenido esencial de aquéllos. Esta última circunstancia implicaría que el contenido «adicional» al que se viene haciendo referencia únicamente resultará operativo en sede constitucional en el contexto de un recurso de amparo: si un derecho no sólo se compone de un núcleo resistente a la acción de cualquier poder público, sino también de una periferia repleta de facultades adicionales creadas por ley, sólo las actuaciones administrativas o judiciales eventualmente contrarias a estas últimas resultarían susceptibles de infringir este contenido «adicional» del derecho²¹. Como quiera que sea, convendría matizar esto último aclarando que, según el parecer del Alto Tribunal español, la violación del contenido «adicional» de un derecho no se producirá cuando los impedimentos u obstaculizaciones al ejercicio del mismo obedezcan a razones atendibles como, por ejemplo, la protección de otros derechos o intereses constitucionales²². Cada vez que el Tribunal Constitucional ha sostenido, en el marco de un proceso de amparo, que no le correspondía determinar cuál era la interpretación más correcta de la norma legal que configuraba el contenido «adicional» de un derecho, estaba precisamente recordando que no se encontraba (ni se encuentra) obligado a inclinarse *tout court* por la interpretación aparentemente más beneficiosa para el titular de un derecho²³, sino que le bastaría con comprobar que la exégesis del último llevada a cabo salvaguarda suficientemente dicha garantía legal. En el marco de la comprobación de respeto del contenido «adicional» de un derecho, la función revisora del supremo intérprete de la Carta Magna se vería, por ende, limitada al examen del carácter motivado, razonable y no indebidamente restrictivo de la resolución impugnada, así como de la justificación finalista de las normas consideradas aplicables²⁴.

4. El contenido «absoluto» de los derechos y libertades.

En paralelo a los ya considerados, el Tribunal Constitucional habría desarrollado un cuarto contenido de los derechos para aquellas ocasiones en las que los poderes públicos nacionales deben dar validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras cuya ejecución se reputa lesiva de alguno de los derechos y libertades reconocidos en el

²¹ *Vid.*, en este sentido, las SSTC 39/1986, de 31 de marzo, FJ 3; 104/1986, de 17 de julio, FFJJ 5 y 6; 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5; 61/1989, de 3 de abril, FJ 2; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 30/1992, de 18 de marzo, FJ 3; 173/1992, de 29 de octubre, FJ 3; 164/1993, de 18 de mayo, FJ 3; entre otras.

²² SSTC 51/1988, de 22 de marzo, FFJJ 3 y 5; y 30/1992, de 18 de marzo, FFJJ 3, 4 y 5.

²³ SSTC 287/1994, de 27 de octubre, FJ 3; y 67/1995, de 9 de mayo, FJ 5.

²⁴ En el mismo sentido se expresan otras resoluciones como las SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, FJ 4 o 70/2000, de 13 de marzo, FJ 4.

Capítulo II del Título I de la Constitución. La eventual lesión del mismo en que hubiese podido incurrir la actuación del poder público extranjero en cuestión viciaría de inconstitucionalidad la de un órgano judicial español que, al cumplimentar u otorgar validez a aquélla, materializaría dicha lesión. Para estos casos se acuñó, entre los Fundamentos Jurídicos 5 y 9 de la STC 91/2000, de 30 de marzo, el concepto de «contenido absoluto de los derechos fundamentales». Esta categoría encontraría posteriormente su momento de apogeo con motivo de la STC 26/2014, de 13 de febrero, la resolución que puso fin al conocido *asunto Melloni*²⁵. Mientras que los contenidos «indisponible», «esencial», «mínimo» y «adicional» de los derechos consistirían en modulaciones de la vinculación (incondicionada *ad intra*) a los mismos de todos los poderes públicos, el contenido «absoluto» de aquéllos pondría sobre la mesa el problema de su vinculatoriedad cuando se proyectan *ad extra*. Nos encontraríamos, en palabras del propio Tribunal Constitucional, en el ámbito de las llamadas «vulneraciones indirectas» de los derechos y libertades.

Para precisar cuáles son las facultades definitorias del contenido «absoluto» de un derechos o libertad –facultades cuya lesión, por consiguiente, determinarían una vulneración indirecta de aquél por parte de los poderes públicos españoles– habría subrayado el Alto Tribunal español la decisiva relevancia del art. 10, 1 CE. La proclamación de que el fundamento «del orden político y de la paz social» reside en «la dignidad de la persona» y en «los derechos inviolables que le son inherentes» no sólo expresaría una pretensión de legitimidad, sino también un criterio de validez universalmente aplicable²⁶. Dado que la dignidad de la persona, en tanto que «valor espiritual y moral inherente» a la misma²⁷, debe permanecer intacta en cualquier situación en que un individuo se encuentre, en la Constitución española se decidió salvaguardar «absolutamente» aquel contenido de los derechos que pertenece «a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» y, por ende, configura el *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar²⁸. ¿De qué manera cabría

²⁵ Por medio su Auto 86/2011, de 9 de junio de 2011, el Tribunal Constitucional planteó por primera vez –con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, TFUE)– una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE. Iniciaba así el Alto Tribunal teutón a un «diálogo» con el supremo intérprete del derecho de la Unión Europea que se materializaría en las sucesivas Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11 (Melloni), y la STC 26/2014, de 13 de febrero. *Vid.*, entre otros muchos, Alonso García, R. (2014). *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Aranzadi; Muir, E. (2014). The fundamental rights implications of EU legislation: some constitutional challenges. En: *Common Market Law Review*, 51, 2014, pp. 219-246; o Sarmiento, D. (2013). Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe. En: *Common Market Law Review*, 50, 2013, pp. 1.267-1.304.

²⁶ STC 91/2000, FJ 5.

²⁷ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8.

²⁸ STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4. En el mismo sentido, *vid.* también las SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3; y 242/1994, de 20 de julio, FJ 4.

identificar con mayor precisión ese *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar? De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el contenido «absoluto» de los «derechos y libertades» debería ser precisado a partir del tipo abstracto del derecho y de los intereses jurídicamente protegidos por medio del mismo (a saber, de su «contenido esencial», tal como se lo definió en la STC 11/1981, de 8 de abril), si bien a aquél no pertenecerían todas y cada una de las facultades que, en el plano interno, vinculan a todos los poderes públicos sin excepción: «Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia»²⁹. Pese a tratarse, en principio, de una toma en consideración de los mismos elementos que resultarían relevantes a la hora de identificar el contenido esencial de tales derechos, indagar cuáles sean esos contenidos constitucionalmente reconocidos de modo absoluto y, en consecuencia, universalmente proyectados exigiría valorar si (y, en su caso, en qué medida) determinadas facultades resultan «inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos»³⁰.

Dentro del proceso de determinación a que me acabo de referir desempeñarían un rol decisivo la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Unos y otros representarían el criterio interpretativo a que se refiere el art. 10, 2 CE. Naturalmente, lo anterior no implicaría en ningún caso que el Tribunal Constitucional deba dilucidar si la actuación del poder público extranjero ha infringido el Convenio de Roma de 1950, ya que la cláusula del art. 10, 2 CE únicamente recoge un criterio interpretativo de los derechos, «sin que quepa considerar la existencia de una lesión autónoma de esta directriz sino siempre la del derecho fundamental concernido, bien que “agravada por el hecho que tal vulneración pondría de manifiesto la falta de respeto al único criterio interpretativo del texto constitucional que recoge expresamente la propia Constitución” [STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 2 b)]»³¹. Sin perjuicio de lo que después se dirá, tampoco el Derecho de la Unión Europea (y, en concreto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; en lo que sigue: CDFUE) constituiría el canon de constitucionalidad bajo el que deba examinarse la validez de las leyes del Estado español. En el ámbito de las llamadas vulneraciones indirectas, la CDFUE puede ostentar una relevancia decisiva a la hora de precisar cuáles son las facetas contenidas en el correspondiente contenido absoluto de un derecho fundamental, pero en modo

²⁹ STC 91/2000, FJ 6.

³⁰ STC 91/2000, FJ 7.

³¹ STC 140/2016, de 21 de julio, FJ 5.

alguno podría servir para fundamentar una pretensión de inconstitucionalidad³²; la coincidencia con el ámbito de valores de estos instrumentos no justificaría semejante examen. Esta coincidencia del sistema constitucional de valores con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, solamente constituiría el presupuesto de la decisiva relevancia de los últimos a la hora de especificar las facultades incluidas en el contenido «absoluto» de un derecho, esto es, las elementales exigencias que deberían servir para enjuiciar la actuación de los poderes públicos extranjeros, «determinando, en su caso, la inconstitucionalidad indirecta de la actuación de la jurisdicción española»³³.

Habida cuenta de lo que antecede, para la definición del contenido absoluto de un derecho fundamental habría que atender, en primer lugar, al enunciado constitucional, en segundo lugar, al enunciado del instrumento internacional y, finalmente, a la «interpretación auténtica de esos enunciados, es decir, la jurisprudencia de cada uno de los Tribunales de garantía en los que se integra el respectivo enunciado formal»³⁴. Esto confiere a las interpretaciones que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hayan realizado del contenido de un derecho (recogido, bien en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, bien en la CDFUE) la importante función de delimitar el tipo abstracto del derecho y los intereses jurídicamente protegidos por medio del mismo³⁵. Queda por determinar si existirían otros indicios para reconocer aquellos contenidos «inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos». ¿Hasta dónde podría llegar una ampliación pretoriana del contenido «absoluto» de un derecho o libertad? ¿No comparece aquí de este modo un problema análogo al descubierto a propósito del examen del contenido «mínimo» de los «derechos fundamentales y libertades públicas»? Como cualquiera podrá apreciar, todos los hilos tendidos en los

³² STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4. «No se trata de que el Tribunal constitucional declare inconstitucional la ley contraria a tales Tratados o conceda amparo ante su vulneración, pues el fundamento de tales resoluciones siguen siendo las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales. De lo que se trata es de concretar el sentido y alcance de tales derechos abstractamente formulados conforme a criterios objetivos y congruentes. Por lo tanto, a nuestro Tribunal le corresponde el control de la observancia de los derechos fundamentales, no de unos Tratados internacionales que, a pesar de tenerlos en cuenta como parámetro de enjuiciamiento, no son canon autónomo de validez, sino parámetro interpretativo del único parámetro estricto de validez que es la Constitución cuyo sentido delimitan» [Requejo, P. (2006). Nuevos parámetros de constitucionalidad. En: *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia constitucional*, 4 (La rebelión de las leyes. *Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*), 387-424, p. 417].

³³ STC 26/2014, FJ 4.

³⁴ Requejo Pagés, 2006: 449.

³⁵ STC 91/2000, FJ 6.

apartados precedentes confluyen, bien a causa una expresa remisión jurisprudencial, bien debido al desarrollo dogmático de las diferentes categorías jurídicas, en la garantía del contenido «esencial» de los «derechos y libertades», lo que aconseja no demorar más su análisis y las paradojas a que conduce.

5. El contenido «esencial» de los derechos y libertades.

La exposición de la paradoja a la que me acabo de referir habría de comenzar inquiriendo acerca de los caminos que, de acuerdo con el Fundamento Jurídico 8 de la STC 11/1981, se deberían seguir para aproximarse a la idea de «contenido esencial». Como se recordará, el primero pasaba por acudir a la naturaleza jurídica o el modo de concebir cada derecho; el segundo, por buscar lo que una importante tradición habría llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Este planteamiento, tan intuitivo a primera vista, estaría sujeto, con todo, a una importante objeción: la apelación al «metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho» o a un «tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo»³⁶ insinuaría una especie de huida hacia el Derecho Natural. De ser así, la garantía del contenido esencial enunciada en el art. 53,1 CE ofrecería al respecto muy escasa ayuda, toda vez que «el concepto de esencia se ha disuelto con la declinación de los presupuestos ontológicos de nuestro filosofar y se ha convertido en simple ‘fórmula vacía’»³⁷. Esta búsqueda (recurrente tras 1945) de seguridad en el Derecho Natural ante el pavor producido por la posibilidad de un eventual retorno al Estado total representaría una ilusión no sólo inútil, sino también peligrosa, pues impediría entender que la tan ansiada seguridad sólo puede ser ofrecida por instituciones políticas. Justamente por este motivo, las «fórmulas vacías» casi siempre ocultan normas apócrifas o, lo que es aún peor, tienden a ensanchar las competencias decisorias del órgano facultado para interpretarlas³⁸.

Alguien podría tratar de salir al paso de esta objeción argumentando que la circunstancia de que la «idea de contenido esencial» pueda referirse a «cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales»³⁹, abonaría la autorizada tesis de Peter Häberle según la cual el artículo 19, 2 de la Ley Fundamental alemana (o, por analogía,

³⁶ STC 11/1981, FJ 8.

³⁷ Luhmann, N. (1965). *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Berlin: Duncker & Humblot, p. 59 [Existe una traducción al castellano a cargo de: Torres Nafarrete, J. (2010). *Derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*. México, D. F.: Universidad Iberoamericana, p. 147].

³⁸ Schuppert, G. F. (1980). *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*. Regensburg: Athenäum, pp. 1 y ss.

³⁹ STC 11/1981, FJ 8.

el 53, 1 CE) «es una norma constitucional de naturaleza simplemente *declarativa*, (...) la garantía complementaria y superflua de principios que ya han encontrado expresión en la Constitución. Su importancia se agota en compendiar estos principios de modo específico en una fórmula. También sin garantía expresa del contenido esencial el “contenido esencial”, a determinar por separado para cada derecho fundamental, estaría garantizado por la Constitución. El “contenido esencial” de los derechos fundamentales es una referencia sucinta a todos los principios que se han desarrollado, en el curso de la explicaciones habidas hasta ahora para garantizar los derechos fundamentales»⁴⁰. Esta argumentación, sin embargo, estaría a su vez sujeta no ya a una, sino a dos objeciones. La exigencia de respeto del contenido esencial de los derechos únicamente se predica en el ordenamiento jurídico español de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I. Con los del Capítulo III, por consiguiente, ocurriría que, a la vista del peculiar régimen jurídico determinado por el art. 53, 3 CE (y de la estructura lógica de algunos de los preceptos en que se enuncian), únicamente cumplirían una función orientadora de la actuación de los poderes públicos porque su contenido esencial (habría que suponer –de acuerdo con un Fundamento Jurídico 8 de la STC 11/1981 referido a «cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales»– que tienen uno) no vincularía al legislador en la peculiar regulación de su ejercicio. Como quiera que sea (y aquí aflora lo paradójico de la situación), los derechos del Capítulo tercero se encontrarían en todo caso protegidos por el principio general de rigidez constitucional y por la correlativa posibilidad de cuestionar la inconstitucionalidad de una norma con rango legal que los vulnerase⁴¹. En esta línea, el Tribunal Constitucional habría tenido ocasión de señalar que el indubitable valor normativo de los artículos 39 a 52 de la Constitución ha de ser modulado en los términos del art. 53, 3 CE, precepto que impediría «considerarlos normas sin contenido, obligando a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes»⁴². Si la garantía del contenido «esencial» de un derecho o libertad, por tanto, «dice de modo declarativo simplemente lo que resulta de una interpretación adecuada del derecho fundamental afectado» y, por ser «una norma constitucional “vacía”», no «contiene nada que no tuviese vigencia sin ella»⁴³, ¿quiere esto decir que

⁴⁰ Häberle, P. (1983). *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*. 3ª ed. ampliada. Heidelberg: C. F. Müller, p. 219 [Existe una traducción al castellano a cargo de: Brage Camazano, J. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Dykinson: Madrid, p. 219].

⁴¹ Jiménez Campo, J. (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Trotta, pp. 128, 131 y 132, así como la jurisprudencia allí citada. En el mismo sentido se expresa Garrido Falla, F. (2001). Capítulo IV. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales. En: AA. VV. *Comentarios a la Constitución* (pp. 973-988). 3ª ed. Madrid: Civitas, p. 986.

⁴² STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6. *Vid.*, en el mismo sentido, las importantísimas SSTC 45/1989, de 20 de febrero, o 222/1992, de 11 de diciembre.

⁴³ Häberle, 2003: 219.

los derechos y libertades del Capítulo segundo del Título I sólo gozarían, tal como ocurre con algunos de los enunciados ubicados Capítulo III, de la protección ofrecida por el principio general de rigidez constitucional? A fin de preservar la coherencia del texto constitucional y de la interpretación que del mismo se ha hecho, ¿no sería acaso necesario otorgar cierto valor constitutivo a la garantía del contenido «esencial» de los derechos y libertades? En tal caso, ¿qué metodología se estaría exigiendo para identificar dicho contenido?

Puesto que las normas de clausura de ciertas formulaciones abiertas de la Constitución pueden en ocasiones resultar determinantes de la validez de otras de su mismo rango (aunque esta elevación derivada del cumplimiento de la función que tal norma compartiría circunstancialmente con la Constitución no se vería en modo alguno traducida en el plano positivo: se seguiría tratando de normas formalmente infraconstitucionales), la desesperación podría llevar a argumentar que la garantía del contenido «esencial» remitiría precisamente a las normas de rango infraconstitucional que naturalmente concretan la generalidad y abstracción de las disposiciones de la Carta Magna en las que se enuncian derechos y libertades. Sin embargo, Paloma Requejo ya se habría encargado de repeler este planteamiento de un modo harto convincente al aclarar que la función procesal de parámetro de constitucionalidad iría «indisolublemente ligada y encuentra su justificación en el desempeño de una específica función en el interior de un ordenamiento jurídico»⁴⁴. Esta apreciación obligaría a distinguir entre aquellas normas que vendrían a completar estructuralmente «los procedimientos a través de los cuales se aprueban y reforman las diferentes fuentes del sistema» y las que, ante la incapacidad o inconveniencia de que en la Constitución se regulen exhaustivamente todas las cuestiones materialmente relevantes, concretan – identificando uno de los posibles contenidos de una norma enunciativa de un derecho– la generalidad y abstracción de la Carta Magna⁴⁵. Excluida, de este modo, la posibilidad entender la garantía del contenido «esencial» como una remisión a las normas de rango infra-constitucional delimitadoras de los derechos y libertades, ¿qué opciones restarían?

Al haber perdido su carácter de sustancia individualizable, la esencia de los derechos y libertades resulta por completo desconocida, de tal modo que, a fin de dotar al concepto de contenido «esencial» de cierta operatividad, sólo servirán de auxilio el logro de consenso⁴⁶ en la discusión jurídica y la fuerza normativa de las resoluciones del Tribunal Constitucional. En lo que atañe al consenso aludido, merece la pena destacar que la perspectiva «espacial»⁴⁷ o sustancialista de los derechos habría ido cediendo

⁴⁴ Requejo, 2006: 387.

⁴⁵ Requejo, 2006: 407.

⁴⁶ *Vid.*, al respecto, Hoffmann-Riem, W. (2008). Das Bundesverfassungsgericht als Garant von Rechtsstaatlichkeit. En: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Heft 19-21, 557-561, p. 557.

⁴⁷ Jiménez Campo, 1999: 73 y ss.

terreno a favor de un principio de justicia general que prohibiría al legislador un tratamiento preferencial, es decir, generador de desigualdades objetivas *no fundamentadas*, de injusticia y de arbitrariedad⁴⁸. El problema de la garantía del contenido «esencial» se habría ido transformando así en el del *grado* de protección debido frente a la eventual la lesión de un derecho o libertad, una cuestión a resolver sobre la base del ya mencionado principio de justicia general conforme al cual estaría prohibido cualquier tratamiento injustificadamente diferenciado. En resumidas cuentas, la expansión constitucional del concepto «derecho» (subjetivo, constitucional, fundamental, etc.) habría conllevado una pérdida de su tradicional fundamento liberal, con la consecuencia de que la actual jurisprudencia constitucional rara vez puede prescindir por completo del tan manido principio de igualdad⁴⁹. En qué medida se haya podido ver privilegiado el principio de proporcionalidad a efectos de lograr el anhelado consenso es una cuestión acerca de la que merece la pena reflexionar.

6. El principio de proporcionalidad en sentido amplio.

Uno de los más recientes ejemplos de utilización combinada del principio de proporcionalidad, y de la garantía del contenido «esencial» de los derechos y libertades por parte de nuestro Tribunal Constitucional está representado por la STC 89/2017, de 4 de julio,⁵⁰ la cual resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2010, de 7 de julio, del cine. Los recurrentes consideraban que la norma impugnada vulneraba⁵¹, entre otros, el art. 38 CE porque limitaba el legítimo derecho de las empresas distribuidoras de concurrir en libertad al mercado, ofreciendo sus productos o servicios en cualquiera de las lenguas oficiales en Cataluña. A este respecto comenzaría el Tribunal Constitucional argumentando (en lo que no fue más que una paráfrasis del Fundamento Jurídico 15 de

⁴⁸ Este planteamiento ya había sido apuntado por Carl Schmitt a inicios de la década de 1930. En su opinión, lo propio ocurriría también con el concepto de «expropiación», que pronto llegaría a significar «cualquier injerencia estatal en la esfera patrimonial (*jeder staatliche Eingriff in die Vermögenssphäre*)» individual (dando lugar, por cierto, al correspondiente derecho a una indemnización). *Vid.*, al respecto, Schmitt, C. (1931). *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931). En: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954* (140-173). Berlin: Duncker&Humblot, pp. 162 y ss. *Vid.* también Schmitt, C. (1931). *Die Auflösung des Enteignungsbegriff* (1929). En: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954* (110-123). Berlin: Duncker & Humblot, pp. 110-128.

⁴⁹ Luhmann, 2010: 220.

⁵⁰ Esta resolución puede ser añadida a la larga lista de sentencias en que el Alto Tribunal español habría evaluado explícitamente la eventual vulneración del núcleo indisponible de un derecho o libertad. El elenco jurisprudencial al que me estoy refiriendo está compuesto, entre otras, por las SSTC 140/2016, de 21 de julio, FJ 12; 176/2015, de 22 de julio, FJ 5; 153/2014, de 25 de septiembre, FFJJ 1 y 3; 160/2013, de 26 de septiembre, FJ 9, b); 135/2012, de 19 de junio, FJ 5; 18/2011, de 3 de marzo, FJ 15;...

⁵¹ En concreto, me estoy refiriendo a los artículos 17, apartado 1 a); 18, apartados 1, 2 y 3; 19, apartado 1 b); 50, apartado 2 b) y c), apartado 3 b) y c), y apartado 4 b) y c); 51, apartado 2 a), b) y c) y apartado 3, y 52, apartado d).

la STC 18/2011, de 3 de marzo) que, en el ámbito de los derechos fundamentales, los poderes constituidos pueden naturalmente regular las diferentes actividades empresariales, pero que su actuación se encontraba en todo caso limitada a una doble garantía: la garantía de reserva de ley formal y la garantía de un núcleo atribuido a cada derecho o libertad del que ni siquiera el legislador puede disponer⁵². Esta afirmación se correspondería a todas luces con un entendimiento de la Constitución como «ordenamiento-marco» que no contendría «ya en sí el material que conduce a una armonización de las distintas posiciones jurídicas entre sí, sino que incluye únicamente determinadas claves, especialmente posiciones de defensa e hitos específicos en reacción a la injusticia experimentada»⁵³.

Habiendo verificado que la medida recurrida respetaba efectivamente el principio de reserva de ley formal recogido en los artículos 38 y 53, 1 CE⁵⁴, el Tribunal Constitucional se ocupó de constatar si la aquélla afectaba al núcleo del derecho a la libertad de empresa. ¿Cuándo se vería afectado, según el Alto Tribunal español, tal contenido esencial? La primera consideración expresada por el supremo intérprete de nuestra Carta Magna se reduciría a la afirmación de que no toda afectación del derecho a la libertad de empresa debería ser considerada contraria a la Constitución⁵⁵. Este planteamiento parece evocar aquella vieja hipótesis que concebía los derechos y libertades como círculos concéntricos dotados de una zona limitable y otra, la esencial, inaccesible a la limitación. De asumir tal planteamiento, sin embargo, el discurso jurisprudencial se vería abocado a los mismos aprietos, incoherencias y contradicciones en que se ha visto envuelta la doctrina nacional partidaria del enfoque espacial o sustancialista de los derechos: dibujar «un círculo concéntrico cuya circunferencia es la frontera que el legislador no puede traspasar en ningún caso, ni siquiera cuando el límite pudiera venir justificado por la protección de otro derecho o de otro bien de rango constitucional»⁵⁶, conduce a la admisión del carácter contradictorio de las normas constitucionales en juego. ¿Por qué se dice esto? Se afirma en atención a que, «si decidimos que un límite está, económicamente, justificado por la protección de un bien constitucional, *negar después la posibilidad del límite a partir del contenido esencial* [de otro derecho] *es tanto como admitir el carácter contradictorio de las*

⁵² Vid., al respecto, las SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2 y 135/2012, de 19 de junio, FJ 5.

⁵³ Böckenförde, E.-W. (1993). Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. En: *Escritos sobre derechos fundamentales* (95-138). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, p. 137.

⁵⁴ STC 89/2017, FJ 14, a).

⁵⁵ STC 89/2017, FJ 14, b), *in initio*.

⁵⁶ Otto, I. de (1988). La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución. En: Martín-Retortillo Baquer, L. y Otto, I. de, *Derechos fundamentales y Constitución* (p. 97). Madrid: Civitas, pp. 132 y ss.

normas constitucionales en juego y desconocer la que presta atención al bien [constitucional] sacrificando éste al derecho, porque eso es lo que se hace cuando tras reconocer que el límite sirve a la protección del bien [constitucional] se lo rechaza como contrario al contenido esencial del derecho»⁵⁷. Además, la idea de los círculos concéntricos resulta en sí misma tan indeterminada como la de ponderación de derechos o bienes jurídicos que la acompaña y de la que en el fondo depende. Se trata de una idea sin medida en sí misma. Todo depende de su concretización o, mejor dicho, de cómo se llene o se rellene la disposición enunciativa del derecho; de ahí que la jurisprudencia constitucional se muestre más bien titubeante en la mayoría de los casos (mientras que la doctrina, por su parte, se limite a suscribir las afirmaciones de aquélla). Semejante aproximación al problema nos alejaría de una interpretación tradicional para aproximarnos a un fenómeno jurídico-creativo que iría más allá de la mera interpretación: habría ahí «más *atribución* (...) que *aclaración* de sentido» y, en todo caso, una atribución de sentido «desde fuera»⁵⁸. Finalmente, al sortear el orden de reparto constitucional de competencias, el enfoque que opera con colisiones de derechos no puede ocultar ni la arbitrariedad ni el activismo judiciales (y tampoco el consiguiente tránsito desde un Estado legislativo parlamentario hacia el Estado jurisdiccional de la justicia constitucional)⁵⁹.

Cuidándose mucho de internarse por semejantes derroteros, el Tribunal Constitucional enseguida reorientó su argumentación acogiendo una perspectiva más comedida que se puede resumir como sigue: «El derecho fundamental a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 CE supone la exigencia de que las regulaciones públicas que afectan, como es el caso del precepto impugnado, al ejercicio de una actividad empresarial, sean *adecuadas* para promover un objetivo considerado constitucionalmente legítimo y que las limitaciones que tales regulaciones impongan sobre el libre ejercicio de una actividad económica no conlleven, *debido a su intensidad*, una *privación* del referido derecho»⁶⁰. El método propuesto por el Tribunal Constitucional en este caso, pues, pasaba por dilucidar, en primer lugar, la legitimidad del objetivo promovido por la medida adoptada, para, en un segundo momento, comprobar si tal objetivo se promovía de manera adecuada y comprobar, en tercer y último lugar, que las medidas impuestas no conllevaban una limitación tan intensa del derecho que hiciesen inviable su ejercicio. En lo que ya sería una concreción de esta propuesta jurisprudencial fácilmente se pudo comprobar que la defensa y la promoción

⁵⁷ Otto, 1988: 134.

⁵⁸ Böckenförde, 1993: 127 (*énfasis* añadido).

⁵⁹ «Dicho tránsito se realiza por la vía del desarrollo de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio y de la competencia del Tribunal Constitucional para su concretización» (Böckenförde, 1993: 130).

⁶⁰ STC 89/2017, FJ 14, b) (*énfasis* añadido).

de la lengua cooficial propia –lo que el Tribunal denominaría «normalización lingüística»– representaban objetivos constitucionalmente legítimos (art. 3.3 CE)⁶¹ que, por mandato del artículo 50 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, debían además ser promovidos por los poderes públicos de la Comunidad Autónoma. Constatada la legitimidad constitucional del proyecto, el supremo intérprete de la Carta Magna verificó la adecuación de las medidas previstas en el artículo 18.1 de la Ley con la promoción de la finalidad antedicha⁶².

Para rematar, el supremo intérprete de la Carta Magna concluyó, sin solución de continuidad y en lo que aparentó ser una afirmación apodíctica, que la obligación impuesta a los empresarios catalanes no suponía una limitación tan intensa del derecho a la libertad de empresa que materialmente conllevara una privación del mismo. La cuestión acerca de la medida y extensión de la limitabilidad de los derechos y libertades por parte del legislador constituía aquí el problema decisivo. ¿De dónde extrajo el Tribunal Constitucional semejante conclusión, una conclusión, por demás, fundamental para entender qué significa la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales? El supremo intérprete de la Carta Magna extrajo dicha conclusión de una jurisprudencia precedente⁶³ de acuerdo con la cual la defensa y promoción de la lengua cooficial propia se puede realizar también a través del establecimiento de obligaciones a los operadores económicos. En lo que concierne al examen de la intensidad de la limitación del derecho, al Tribunal Constitucional solamente le correspondería un control meramente negativo conducente a constatar que la medida restrictiva no conlleva una privación o un impedimento práctico del ejercicio del derecho⁶⁴. He aquí justamente el extremo que debería examinar el Tribunal Constitucional cuando tenga que analizar si la limitación que impone el legislador al derecho a la libertad de empresa es acorde con el contenido esencial de la misma. Y es éste justamente porque, de ir más allá en tales casos, se estaría fiscalizando la oportunidad de una concreta elección del legislador, que representa la plasmación de una legítima opción política⁶⁵. Esto significa, en materia de derechos, que «el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad vuelve a ser una decisión

⁶¹ La propia Constitución se refiere, igualmente, a la necesidad de proteger y respetar las distintas modalidades lingüísticas de España como parte de nuestro patrimonio cultural.

⁶² Puesto que las obligaciones impuestas sobre los distribuidores en el artículo 18.1 de la Ley 20/2010 tienen como efecto aumentar el porcentaje de películas que se distribuyen en lengua catalana y son, por tanto, medidas idóneas y adecuadas, para promover el legítimo objetivo que se pretende, la normalización lingüística de la lengua catalana.

⁶³ Las SSTC 69/1988, de 19 de abril; 80/1988, de 28 de abril; 147/1996, de 19 de septiembre; y la 31/2010, de 28 de junio.

⁶⁴ STC 89/2017, FJ 14, b).

⁶⁵ SSTC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7 –la primera en adoptar semejante formulación literal– y 35/2016, de 3 de marzo, FJ 4. *Vid.*, en el mismo sentido, Jiménez Campo, 1999: 68 y ss.

política»⁶⁶ para el enjuiciamiento de la cual resulta esencial la «determinación de la medida (*Massbestimmung*)» de la actividad del Estado socialmente orientada⁶⁷. La cláusula de garantía del contenido «esencial» constituye, en el fondo (a saber, funcionalmente), la forma *ad solemnitatem* para oponerse a una legislación eventualmente generadora de desigualdades objetivas no fundamentadas, de irrazonabilidad y de arbitrariedad. En cualquier Estado democrático que se precie, a la acción libremente conformadora del legislador le está vedada principalmente una cosa: atentar contra el presupuesto sobre el que se basa, es decir, la reversibilidad de las decisiones políticas. En el asunto examinado, el Tribunal Constitucional pudo concluir con la afirmación apodéctica susodicha, porque indudablemente no se había llegado a ese punto crítico, no se había suprimido la legislación que dota de efectividad de la libertad de empresa. Al actuar de este modo, el supremo intérprete de la Carta Magna habría efectuado un re-enfoque fundamental de la problemática del Estado de la sociedad industrial al dejar de ver los derechos fundamentales como sustancias para empezar a entenderlos como un proceso⁶⁸. Dicho lo anterior, uno puede legítimamente preguntarse si cabría desarrollar un criterio jurídico más preciso para apreciar la superación del punto crítico susodicho, pero eso ya sería materia de otra investigación.

⁶⁶ STC 11/1981, FJ 7.

⁶⁷ Stein, L. von (1888). *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts*. Stuttgart: Cotta, p. 34 y ss.

⁶⁸ Con mucha vaguedad se expresa al respecto Häberle, P. (2013). Grundrechte im Leistungsstaat. En: VV. AA. *Grundrechte im Leistungsstaat. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971* (43-131). Berlin: De Gruyter, p. 76.