

# GARANTÍA INSTITUCIONAL, DIMENSIÓN INSTITUCIONAL Y DERECHO FUNDAMENTAL: BALANCE JURISPRUDENCIAL

ANTONIO CIDONCHA MARTÍN

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Madrid*

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Garantía institucional y derecho fundamental en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- III. El enfoque institucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- IV. Un contraste entre dimensiones institucionales.
- V. Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: algunas precisiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno siempre ha creído que los derechos fundamentales son, ante todo y sobre todo, derechos subjetivos, sólo que derechos de primer nivel, reconocidos por la Constitución. Obviamente, derechos limitados y limitables, unos más que otros. Pero a esta dimensión subjetiva, desde hace tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han añadido una relevante dimensión objetiva o institucional. Bien está que, aparte de derechos subjetivos, los derechos fundamentales sean vistos como elementos esenciales del orden jurídico-político. Al fin y al cabo, esta consideración, en puridad, debe servir para fortalecerlos.

El problema es que, al incorporar la dimensión objetiva o institucional a los derechos fundamentales, se han mezclado cosas diferentes y, además, para propósitos o con resultados diferentes. Se ha mezclado la teoría de la garantía

institucional con la teoría o enfoque institucional de los derechos fundamentales, ambas importadas de Alemania. De esta mezcla han salido malparados algunos derechos y bien parados otros, como veremos, lo que no deja de resultar paradójico.

El objeto de este trabajo es hacer balance de la recepción que ha hecho nuestro Tribunal Constitucional tanto de la doctrina de la garantía institucional como del enfoque institucional en relación con los derechos fundamentales. Tras el balance, concluiré con algunas precisiones conceptuales que sólo buscan salir de lo que, para mí, es una «confusión lingüística babilónica»<sup>1</sup>.

## II. GARANTÍA INSTITUCIONAL Y DERECHO FUNDAMENTAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

II.1. Es conocido que la «garantía institucional» es una categoría acuñada en los años veinte por la doctrina alemana<sup>2</sup>, con la que se persigue la protección frente al legislador de determinadas instituciones que se recogen *in nuce* en la Constitución. La garantía institucional vendría a ser aquella protección constitucional que preserva a una institución no sólo de su destrucción, sino de su desnaturalización, al prohibir vulnerar su imagen maestra («Leit-Bild»). Éste es su significado típico, que en un principio se circunscribe a instituciones públicas (instituciones en sentido estricto —se habla así de garantías «institucionales» o garantías «de institución»—), pero que después se proyecta sobre instituciones privadas (institutos —se habla así de garantías «de instituto»—) e incluso sobre determinadas manifestaciones sociales (se habla así de garantías de instituciones sociales).

El Tribunal Constitucional acoge formalmente el concepto en la sentencia 32/1981, en su famoso fundamento jurídico 3, a cuenta de la autonomía local. El Tribunal no nos dice lo que es una institución, aunque parece considerarlas organizaciones<sup>3</sup>, enunciadas pero no reguladas en la Constitución. No se

1 La expresión es de STERN. La cita la extraigo de GALLEGU ANABITARTE, A.: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 68.

2 Señala SOLOZÁBAL que el «concepto es utilizado por GIESE, en 1919, o por M. WOLF, en 1923, al referirse a la protección constitucional de los derechos de propiedad o herencia, o por SMEND, en 1917, cuando ... habla del «derecho fundamental de la universidad alemana», queriendo significar la posición jurídica correspondiente a una gran institución pública» (SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales»; *REDC*, núm. 32, pág. 86). Pero el primero en elaborar sistemáticamente la categoría es C. SCHMITT (en «Teoría de la Constitución», 1928; «Derechos de libertad y garantías institucionales de la Constitución del Reich», 1931; y «Derechos y deberes fundamentales», 1932).

3 Dice que las normaciones que protegen las instituciones garantizadas «son, sin duda, normaciones *organizativas*», que se diferencian de las normaciones de las «instituciones supremas del Estado, cuya regulación *orgánica* se hace en el propio texto constitucional», en que la «configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario» (las cursivas son mías).

protegen todas las instituciones, sino aquellas a las que se considera «componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales»; en otras palabras, «las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional». El Tribunal parece reservar la garantía a instituciones que, siendo esenciales dentro del orden constitucional, no están reguladas (tan sólo enunciadas) en el texto constitucional. Por lo demás, el contenido de la garantía es el típico: «la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar»; de manera que la garantía «es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre». Por último, la garantía se dirige a todos los poderes públicos («Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas»), especialmente al legislador (a quien se «defiere» «la configuración institucional concreta»).

II.2. A partir de esta declaración general, el Tribunal Constitucional ha empleado esta noción para referirse a realidades muy heterogéneas. Aquí interesa resaltar la incorporación de la noción a los derechos fundamentales. Fuera de ese ámbito, no está de más indicar otras garantías institucionales que nuestro Alto Tribunal ha descubierto en el texto constitucional, al hilo de los litigios ante él planteados. Así:

- Ha utilizado la garantía institucional para proteger determinadas formas o regímenes de autogobierno territorial previstas en la Constitución, pero no reguladas en ella: por una parte, la autonomía local (arts. 137, 140 y 141), por primera vez protegida institucionalmente en la ya conocida STC 32/1981<sup>4</sup>; por otra, el régimen foral (Disposición Adicional Primera)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Ha hecho después uso de la garantía institucional de la autonomía local en numerosas ocasiones. Valga, por todas, la STC 240/2006, en cuyo fundamento jurídico 8 se resume la jurisprudencia constitucional sobre el contenido mínimo de la garantía que el legislador debe respetar: «el derecho de la comunidad local a participar en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen», para lo cual deben estar dotados de las potestades necesarias. En definitiva, la autonomía local «se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe ser respetado por el legislador (estatal, o autonómico, general o sectorial), para que dichas Administraciones sean reconocibles en cuanto entes dotados de autogobierno».

<sup>5</sup> En la STC 76/1988 (vid. fj 4): la institución garantizada es el régimen foral, «un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, su “foralidad” y la garantía consiste en la preservación de la «imagen identificable de ese régimen foral tradicional», tanto en sus aspectos organizativos como competenciales («tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder»), «pero no todos y cada uno de los derechos que históricamente la hayan caracterizado»; en definitiva, el reducto indisponible al legislador, protegido por la garantía institucional, es «un régimen de autogobierno con el que quepa reconocer el régimen foral tra-

- Ha encontrado instituciones garantizadas dentro de los principios rectores de la política social y económica: la Seguridad Social (art. 41)<sup>6</sup> o la familia (art. 39.1)<sup>7</sup>.
- Ha protegido institucionalmente los colegios profesionales (art. 36), pero no las organizaciones profesionales a las que se refiere el artículo 52<sup>8</sup>.
- Por último, no ha negado que el régimen económico-fiscal de Canarias (al que alude la Disposición Adicional Tercera de la Constitución) esté cubierto por una garantía institucional<sup>9</sup>.

II.3. En sede de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo operaciones diversas. Así, ha localizado garantías institucionales en mandatos dirigidos a los poderes públicos o, más concretamente, al legislador, y las ha conectado a derechos fundamentales, con resultados diversos. Son tres los casos que traigo a colación:

II.3.1. Un primer caso es el del artículo 120.1 CE, que manda que las actuaciones judiciales sean públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. Una de esas excepciones es la regla legal que establece el se-

dicional de los distintos territorios históricos». Vid. también STC 159/1993, en donde se vierte la doctrina sentada en la sentencia anterior (vid. fj 4) y se aplica en relación con la integración en la Ertzaintza del Cuerpo de Miñones de la Diputación Foral de Alava.

6 STC 37/1994 (ff. jj. 3 y 4), tesis confirmada por sentencias posteriores (valga, como más reciente, la STC 213/2005, fj 3). Lo que protege la garantía institucional es el mantenimiento de un régimen público en términos reconocibles para la imagen que de la Seguridad Social tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Este carácter público no queda cuestionado por la incidencia de fórmulas de gestión privadas que sean complementarias de las públicas.

7 Véase la STC 116/1994: «y sin negar que la Constitución garantiza el instituto de la familia y, por ende, la existencia de un «reducto indisponible o núcleo esencial» del mismo [...], a cuya preservación «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» [...] la Constitución obliga» (fj 13). Véase también la STC 203/2000: la excedencia para el cuidado de los hijos «constituye un derecho atribuido por el legislador a trabajadores y empleados públicos en orden a hacer efectivo el mandato constitucional dirigido de los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia» (fj 4).

8 En la STC 179/1994 se dice que, a diferencia del supuesto del artículo 36 (colegios profesionales), en el artículo 52 «no hay [...] una propia garantía institucional de estas organizaciones profesionales» (fj 4). El Tribunal no explica por qué.

9 STC 16/2003 (en particular, ff. jj 7 y 8), cuya doctrina sobre la Disposición Adicional Tercera se reitera en las SSTC 62/2003 (fj 4) y 109/2004 (ff. jj. 3 a 5). En la STC 16/2003 se dice: «aunque se entendiera que el régimen económico y fiscal de Canarias esté cubierto por una garantía institucional, no cabría estimarla vulnerada» por el precepto cuestionado (fj 8). El Tribunal admite como hipótesis que el régimen económico-fiscal de Canarias sea una institución garantizada y razona en consecuencia, a pesar de que «no resulta fácil extraer de este precepto la garantía de un contenido inalterable» de dicho régimen (fj 7). Es más, en la sentencia 109/2004 se anima a construir el rasgo inalterable de ese régimen, en su vertiente tributaria: «la característica fundamental de este régimen, en su vertiente tributaria, ha sido la de mantener «una presión fiscal indirecta, diferenciada y menor que en el resto del Estado» (Ley 20/1991), y hoy también en la Unión Europea (Ley 19/1994), mediante una estructura impositiva con tributos equivalentes o similares a los existentes en el territorio nacional» (fj 5).

creto de las actuaciones sumariales, la involucrada en la STC 13/1985<sup>10</sup>. En esta sentencia, el Tribunal erige la publicidad procesal en garantía institucional inmediatamente ligada a dos derechos fundamentales, el derecho a un proceso público (art. 24.2) y el derecho a recibir libremente información veraz (art. 20.1.d)<sup>11</sup>. Justamente porque la garantía institucional sirve a ambos derechos fundamentales (el TC habla de «ligazón entre garantía objetiva de la publicidad y derechos fundamentales»), la previsión de excepciones a la publicidad establecida en el propio artículo 120.1 CE no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador. De esta forma, tales excepciones han de acomodarse «en la previsión normativa, y en su aplicación judicial concreta» a determinadas condiciones: «la previsión de la excepción en una norma con rango de ley (art. 53.1 de la CE), la justificación de la limitación misma en la protección de otro bien constitucionalmente relevante y, en fin, la congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho valor así garantizado»<sup>12</sup>. Como se ve, la conexión con derechos fundamentales concretos sirve para reforzar la garantía institucional descubierta y, por tanto, para imponer límites tanto al legislador como al juez a la hora de establecer, el primero, y aplicar, el segundo, medidas que excepcionen la regla general de la publicidad de las actuaciones procesales, convertida en garantía institucional.

10 Se trata de un recurso de amparo interpuesto por una empresa periodística contra la resolución de un juez de instrucción, confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, por violación del derecho a comunicar y recibir información veraz (20.1.d). El juez de instrucción, en el curso de una inspección de un inmueble que ardió y en el que pereció una persona, prohibió a un periodista obtener imágenes gráficas del lugar y, sabedor de que otros profesionales, autorizados por el Jefe de Bomberos, habían tomado fotos del lugar de los hechos y del cadáver, acordó el mismo día de la inspección oficiar al Jefe Superior de Policía para que comunicara a los distintos medios de Prensa de Palma que esas fotos quedaban afectadas a la investigación judicial, esto es, al secreto sumarial, y por tanto, no procedía su publicación sin permiso de la autoridad correspondiente hasta la finalización de las diligencias incoadas al efecto. Uno de esos medios (Última Hora) fue el que interpuso el recurso de amparo.

11 En el f.º 3 de la sentencia se dice: «La regla que dispone el secreto de las actuaciones sumariales es, ante todo, una excepción a la garantía institucional inscrita en el artículo 120.1 de la Constitución, según el cual “las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”; y se añade: «La admisión que hace esta misma disposición constitucional de excepciones a la publicidad no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador, porque la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales: derecho a un proceso público, en el artículo 24.2 de la Constitución, y derecho a recibir libremente información».

12 *Ibidem*. Para el Tribunal Constitucional, la resolución judicial adoptada por el juez no encuentra fundamento en la institución del secreto sumarial interpretada constitucionalmente, porque el secreto sumarial se predica de las diligencias que lo constituyen, pero no atenta contra el secreto del sumario una información obtenida antes y al margen del sumario. En consecuencia, esa resolución judicial y las posteriores que la confirmaron violaron el artículo 20.1.d) CE al impedir sin fundamento el ejercicio del derecho de la recurrente a la libertad de información, así como, por derivación, el derecho de los ciudadanos a recibir esa misma información.

II.3.2. Un segundo caso es el del *habeas corpus*. El apartado 4 del artículo 17 contiene un mandato al legislador de regulación de este procedimiento, para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. El Tribunal Constitucional encuentra en un principio en esta disposición, no un derecho fundamental, pero sí una «garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes»; garantía que «se salvaguarda tanto mediante la obtención de una resolución de fondo como una similar de rechazo a tramitar el incidente, debidamente fundadas ambas» (STC 44/1991, fj 2)<sup>13</sup>. Esto es, ante una resolución judicial que resuelva una solicitud de *habeas corpus*, o que la inadmita a trámite, no cabe invocar en amparo el artículo 17.4 CE, pero sí el artículo 24.1, cuyo contenido amparable resulta ampliado a través de esa garantía institucional que el Tribunal Constitucional descubre en el citado apartado del artículo 17 CE.

El Tribunal Constitucional, como es conocido, cambiará de canon de constitucionalidad con posterioridad. Así, en sentencia 288/2000 (fj 1), sin querer desdecirse del todo, se desdice realmente, al señalar que

«la perspectiva de examen debe ser única y exclusivamente la de la libertad, puesto que, estando en juego este derecho fundamental, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión no supondrá sólo un problema de falta de tutela judicial, propio del ámbito del artículo 24.1 CE, sino prioritariamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad relativa a la garantía constitucional del procedimiento de “*habeas corpus*”, prevista en el artículo 17.4 CE, forma parte de la garantía»<sup>14</sup>.

El *habeas corpus* ya no se inserta en el ámbito de los derechos fundamentales a través del 24.1 CE, sino, más correctamente, a través del artículo 17.1. En definitiva, en un mandato al legislador encuentra el Tribunal Constitucional una garantía institucional (ahora calificada de *constitucional*) que se hace «iusfundamental», ahora a través del derecho a la libertad, que ve ampliado su contenido amparable. En verdad, la garantía institucional se funde en el derecho fundamental, pasa a ser parte de él y pierde entidad propia.

II.3.3. Un tercer caso es el del artículo 18.4 CE, en el que se manda al legislador que limite el uso de la informática para garantizar el honor y la intimi-

<sup>13</sup> El objeto del recurso de amparo era la presunta lesión producida por un juzgado de instrucción que se negó a incoar un procedimiento de *habeas corpus* instado por la esposa del recurrente, guardia civil sancionado por sus superiores con una serie de arrestos. El juzgado se declaró incompetente por entender que el asunto correspondía a la jurisdicción militar. En el recurso se imputó a esa resolución la lesión del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y a la tutela judicial efectiva.

<sup>14</sup> Este cambio de perspectiva es doctrina consolidada: veáanse, por ejemplo, las SSTC 95/2003, 23/2004 o 169/2006.

dad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Al igual que ocurre con el artículo 17.4 CE, el Tribunal (sentencia 254/1993<sup>15</sup>) encuentra en este mandato al legislador «un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad», pero este instituto es al mismo tiempo («en sí mismo») un derecho o libertad fundamental (fj 6), la llamada «libertad informática», entendida como «derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*)» (fj 7). Un ente con doble naturaleza aparece: la libertad informática, a la vez instituto garantizado y derecho fundamental, sin que el Tribunal Constitucional nos acierte a explicar en qué consiste la diferencia entre una y otra faceta (y si tiene sentido establecer la dualidad).

En realidad, en la STC 254/1993 la libertad informática no parece tener vida propia, siendo más bien una nueva faceta positiva o prestacional del derecho a la intimidad (el derecho a exigir a los poderes públicos que pongan en conocimiento de uno los datos contenidos en sus ficheros automatizados)<sup>16</sup>, que se añade a su tradicional faceta negativa. Parece así que el instituto se transforma en parte del contenido de *otro* derecho fundamental, al igual que ocurre con el *habeas corpus*. Sin embargo —y aquí radica la novedad respecto del *habeas corpus*— en sentencias posteriores, el TC independiza la libertad informática del derecho a la intimidad, la convierte en derecho autónomo. Esta «declaración de independencia», que se apunta en las SSTC 11 y 94/1998<sup>17</sup>, es claramente visible en la STC 292/2000<sup>18</sup>. En esta sentencia, el Tribunal traza nítidamente las diferencias entre el nuevo derecho (rebautizado como derecho fundamental a la protección de datos) y el derecho a la intimidad (véase el fj 6)<sup>19</sup>. Tenemos así un nuevo salto argumentativo: de un mandato al legislador se extrae un instituto (la protección frente a la informática) que, al mismo tiempo, es un derecho fundamental; derecho no pre-

15 El Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo presentado, antes de que apareciera la primera Ley de protección de datos (La LO 5/1992), por un ciudadano a quien el Gobierno Civil de Guipúzcoa le denegó información sobre los datos que de él tenía en sus ficheros.

16 Esta faceta prestacional añadida al derecho a la intimidad, de la que se derivaron obligaciones de hacer para la Administración sin que existiera todavía *interpositio legislatoris*, no dejó de resultar polémica. Véase en este punto, el voto particular del magistrado Rodríguez-Piñero.

17 Véase el fj 5 de la primera sentencia y el fj 6 de la segunda: en ambos se dice que el artículo 18.4 consagra un derecho fundamental *autónomo* a controlar los flujos de informaciones que conciernen a cada persona, pertenezcan o no al ámbito más estricto de su intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos.

18 Resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra determinados incisos de los artículos 21.1 y 24.1 y 2 de la segunda (y actualmente vigente) Ley de protección de datos (LO 15/1999). El recurso tuvo éxito.

19 «... el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal ...».

visto expresamente en el texto constitucional, derecho de entera creación jurisprudencial<sup>20</sup>.

II.4. Fuera ya de los mandatos al legislador, esa fusión entre garantía institucional y derecho fundamental la encontramos en la autonomía universitaria, aunque aquí las cosas son algo más complicadas. El apartado 10 del artículo 27 CE dice: «Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca». He aquí un claro candidato a la garantía institucional. Nadie negará que las Universidades sean instituciones, es decir, organizaciones, enunciadas pero no reguladas por la Constitución (su regulación concreta se remite a las leyes). Por otro lado, la garantía específica que la Constitución otorga a la institución es la misma que la que confiere a las entidades locales (instituciones expresamente garantizadas por el Tribunal Constitucional): la autonomía. No es obstáculo insalvable a la calificación como garantía institucional la ubicación del precepto en el artículo 27, situado a su vez en la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II, donde se recogen no ya los derechos fundamentales, sino los derechos fundamentales protegidos especialmente *ex art.* 53.2 CE. No es óbice porque, como es obvio, no todos los enunciados de esa sección contienen derechos fundamentales. Es más, en el mismo artículo 27 hay disposiciones que no contienen derechos fundamentales (por ejemplo, apartado 2).

Sin embargo, las cosas no son tan simples para el Tribunal Constitucional. Desde la conocida sentencia 26/1987 (fj 4.a), el Tribunal viene sosteniendo<sup>21</sup> que la autonomía universitaria no es una garantía institucional sino un derecho fundamental, si bien es la parte de un todo. El todo es la libertad académica (libertad de enseñanza, estudio e investigación). Las partes de que se componen son la libertad de cátedra del artículo 20.1.c), que es la dimensión individual, y la autonomía universitaria, del artículo 27.10, que es la dimensión institucional. Esta dimensión institucional «justifica que forme parte del contenido esencial de esa autonomía no sólo la potestad de autonormación, que es la raíz semántica del concepto, sino también de auto-organización» (STC 75/1997, fj 2).

Tenemos así un Jano (la libertad académica) con dos cabezas, la una, un derecho subjetivo fundamental (la libertad de cátedra) la otra, una institución que es a su vez un derecho fundamental (la autonomía universitaria). No nos dice el Tribunal Constitucional cuál es la diferencia entre la dimensión individual y la dimensión institucional. Y es que, en realidad, para nuestro Tribunal, «derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen

20 La cuestión no es si el Tribunal Constitucional puede ampliar el contenido de los derechos reconocidos en la CE (que puede hacer, en virtud de la interpretación sistemática de la Constitución), sino si puede crear derechos fundamentales nuevos, no reconocidos expresamente en el texto constitucional.

21 Véanse con posterioridad, por ejemplo, SSTC 106/1990, 187/1991, 156/1994, 179/1996, 75/1997 o 47/2005.

también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales que, como la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales<sup>22</sup>. Esta despreocupación por distinguir es explicable si reparamos en que, para el Tribunal, lo que la Constitución protege desde el ángulo de la garantía institucional, el núcleo básico de la institución, no es sustancialmente distinto de lo protegido por el derecho fundamental, el contenido esencial<sup>23</sup>.

Esta despreocupación está presente también en la STC 341/2005, en relación con el derecho de fundación (art. 34 CE). Los recurrentes impugnan varios preceptos de la Ley de Fundaciones madrileña. Alegan, entre otras cosas, que un artículo de la citada Ley (el 27.2) vulnera la garantía de la institución de las fundaciones recogida en el artículo 34 CE. El Tribunal Constitucional (fj 7, párr. 4) recoge el guante y razona sobre la inconstitucionalidad alegada desde la premisa de que en el artículo 34 hay una «institución preservada» con una «imagen reconocible», que —dicho sea de paso— no resulta afectada por el citado precepto legal. Pero, al mismo tiempo, habla de un «contenido esencial» del derecho de fundación, que se identifica con la imagen reconocible de la fundación. Derecho fundamental y garantía institucional son lo mismo, como son lo mismo «imagen reconocible» y «contenido esencial» del derecho de fundación. Tanto da lo uno como lo otro.

II.5. Para concluir este apartado, hay que apuntar ya que el Tribunal Constitucional ha incorporado la noción de garantía institucional a algunos derechos fundamentales a través de su dimensión objetiva o institucional, en unos casos (libertades de expresión e información) para reforzarlos, en otros (derecho de propiedad y libertad de empresa) para debilitarlos como derechos subjetivos. En este ambivalente uso de lo institucional se mezclan el concepto de garantía institucional y el enfoque institucional de los derechos fundamentales. Por eso, previamente procedé hacer un repaso al tratamiento del enfoque institucional en la jurisprudencia constitucional.

### III. EL ENFOQUE INSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

III.1. La recepción de la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales: la STC 25/1981.

III.1.1. El enfoque institucional de los derechos fundamentales, en el que no nos vamos a detener, y cuyos archiconocidos adalides son HESSE y, sobre todo, HÄBERLE, sigue las huellas de la doctrina de la garantía institucional, pero

<sup>22</sup> STC 26/1987, fj 4, apartado a), párrafo primero.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

incorpora un elemento nuevo, la conexión entre derechos fundamentales y democracia: los derechos fundamentales son «rasgos esenciales de la democracia, sin cuyo reconocimiento y ejercicio ésta no puede existir»; sólo donde hay derechos fundamentales «la minoría tiene posibilidades de convertirse en mayoría»<sup>24</sup>. Desde esta premisa, y en lo que aquí interesa, la teoría institucional ha puesto de relieve la existencia de una dimensión *institucional* en los derechos fundamentales, al lado de la *individual*. Los derechos fundamentales no son sólo derechos públicos subjetivos, sino también instituciones cuya vigencia social efectiva precisa de la intervención del legislador, en primer lugar, pero también del resto de los poderes públicos. De la dimensión institucional u objetiva resultan así obligaciones para los poderes públicos: no se trata sólo de proteger al individuo de la intervención del Estado en su esfera subjetiva, sino también de generar condiciones para que los derechos fundamentales puedan desplegar su máxima efectividad.

El Tribunal Constitucional federal alemán incorpora el enfoque institucional en la famosa sentencia *Lüth*<sup>25</sup>. Lo hace con carácter instrumental, para justificar la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales. El Tribunal, que presupone que los derechos fundamentales son derechos subjetivos *públicos*, busca que tengan vigencia en las relaciones entre particulares. La solución la encuentra en la dimensión objetiva: la *Grundgesetz*, en su título relativo a los derechos fundamentales, ha establecido un orden objetivo de valores (*objektive Wertordnung*); este sistema de valores, que tiene su centro en el libre desarrollo de la personalidad humana y su dignidad, debe regir como decisión constitucional básica en todos los ámbitos del Derecho, también en el Derecho Privado, donde los derechos fundamentales despliegan su eficacia a través de sus cláusulas generales. Esto es, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su condición de principios objetivos del ordenamiento, es la pasarela que permite el tránsito de los derechos fundamentales desde la esfera de lo público a la esfera de lo privado. Desde entonces, eficacia (*mediata*) de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* y dimensión objetiva van indisolublemente unidos, la segunda como razón para admitir la primera.

III.1.2. La entronización de la doble dimensión de los derechos fundamentales en nuestra jurisprudencia constitucional tiene lugar, como es sabido, en el famoso párrafo séptimo del fundamento jurídico 5 de la STC 25/1981. Allí se afirma su doble carácter:

«En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un “status” jurídico o la li-

24 P. HÄBERLE: «Die Wesengehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz», pág. 17; citado por SOLOZÁBAL en «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *REDC*, núm. 32, ob. cit., pág. 93.

25 BVerfG, 1 BvR 400/51 vom 22.11.1951.

bertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.º1).

El fundamento constitucional de esta doble naturaleza, «desarrollada por la doctrina», lo encuentra el Tribunal Constitucional en el artículo 10.1 CE, que responde a una idea que también «se expresa en la Declaración Universal de los derechos humanos (preámbulo, párrafo 1.º) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo 4.º)» (fj 5, párrafo octavo).

El Tribunal Constitucional subraya la dimensión nacional que tienen los derechos fundamentales, en su vertiente objetiva:

«En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un «status» jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuando el cometido de asegurar esta unificación, según el artículo 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna.» (fj 5, párrafo noveno).

El Tribunal Constitucional vincula dimensión objetiva de los derechos fundamentales y dimensión nacional: los derechos fundamentales, en tanto que elementos esenciales del ordenamiento jurídico nacional, son de interés nacional y, por tanto, su limitación o suspensión tiene una dimensión nacional:

«Esta limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático» (fj 6, párrafo décimo).

Debe repararse en que toda esta construcción de la doble dimensión de los derechos fundamentales y, en particular, el carácter nacional de los mis-

mos, no era sino una argumentación de refuerzo de la argumentación principal, a saber, que el Parlamento vasco no tenía competencia para recurrir en inconstitucionalidad la Ley Orgánica 11/1980 (la comúnmente llamada Ley antiterrorista), en virtud de una interpretación restrictiva del artículo 32.2 LOTC que, como es también sabido, modificará con el tiempo el Tribunal Constitucional. Aquí, «ámbito de autonomía» es igual a «ámbito de competencias» y, dado que la Comunidad autónoma vasca no tiene competencia en materia de derechos fundamentales (el artículo 9 del Estatuto vasco, esgrimido en su favor por el Parlamento vasco, no es una norma atributiva de competencias), la consecuencia es obvia: el Parlamento vasco no tiene legitimidad para recurrir la Ley antiterrorista: «Por estas razones, lo dispuesto en el artículo 9.º del Estatuto de Autonomía no permite sostener que el recurrente esté investido de legitimación en el presente caso» (fj 5, párrafo quinto).

El Tribunal podría haberse detenido aquí, pero quiso decir algo más:

«En la línea de las anteriores consideraciones es preciso tener en cuenta que la Constitución reserva a las Cortes Generales todo cuanto se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto, como les reserva también su posible suspensión, sobre la base del artículo 55.2, aplicación del cual es la Ley Orgánica 11/1980» (fj 6, párrafo sexto).

Repárese también que, a estas alturas, el Tribunal sostiene también una interpretación restrictiva del concepto «derechos fundamentales», en coherencia con la doctrina del momento (STC 5/1981): estos son únicamente los de la sección 1.ª del capítulo II, los «desarrollados» mediante Ley Orgánica (Ley necesariamente estatal), aquellos a los que se reserva la condición de fundamento mismo del orden jurídico-político. Pues bien, que se reserve al Estado (las Cortes Generales) tanto el desarrollo como la suspensión de los derechos fundamentales «resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales» (fj 5, párrafo séptimo).

En definitiva, los derechos fundamentales (exclusivamente los de la sección 1.ª), en su condición de elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, son de interés nacional, lo que explica que su desarrollo y suspensión sea competencia exclusiva del Estado. Esta materia queda sustraída a la competencia de las Comunidades autónomas, lo que explica que el Parlamento vasco no pueda recurrir leyes estatales sobre el particular, toda vez que sólo puede interponer el recurso de inconstitucionalidad allí donde quedan afectadas las competencias del País Vasco recogidas en su Estatuto, entre las que no se encuentran —lógicamente— las relativas a los derechos fundamentales. Este parece ser el razonamiento del Tribunal.

En resumen, la construcción de la doble dimensión de los derechos fundamentales surge en el contexto de dos proposiciones del Tribunal Constitucional que hoy no mantiene y que daban plena coherencia a la identificación

entre dimensión objetiva y dimensión nacional: la primera, que, a efectos de legitimación para recurrir, «ámbito de autonomía es igual a ámbito de competencias»<sup>26</sup>; la segunda, que sólo son derechos fundamentales los recogidos en la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II del título I. Hoy en día, los derechos fundamentales con su doble faz, subjetiva y objetiva, son todos los del capítulo II del título I<sup>27</sup>. Esta circunstancia obliga a matizar la dimensión nacional que se desprende de su dimensión objetiva: la ley que regule el ejercicio de los derechos y libertades del capítulo II del título I (artículo 53.1 CE) no ha de ser necesariamente estatal. Al Estado está reservado con carácter general sólo el «desarrollo» de una parte de los derechos fundamentales (art. 81.1 CE) y, respecto de todos ellos, la regulación de las condiciones básicas que aseguren su ejercicio igual por todos españoles (art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE). La dimensión nacional de la vertiente objetiva de los derechos fundamentales sólo alcanza a esto.

III.2. Las consecuencias jurídicas de la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales: la doctrina general.

La sentencia 25/1981 incorpora por primera vez al vocabulario del Tribunal Constitucional la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, pero sin relevancia en el caso concreto. Pero, ¿en qué se traduce esta dimensión objetiva, qué consecuencias tiene? Un buen resumen de la doctrina general al respecto lo encontramos en el fundamento jurídico 3 del ATC 382/1996, en el que se cita la STC 25/1981, desde luego, pero también la STC 53/1985, la primera en la que se explicitan estas consecuencias prácticas (véase el fundamento jurídico 4), y la primera también en la que se hace aplicación relevante de las mismas en relación con un derecho fundamental concreto (el derecho a la vida). Tomando como guía ese auto —con la jurisprudencia que incorpora— tenemos lo siguiente:

III.2.1. El fundamento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se encuentra en el artículo 10.1 CE, tal como se dijo en la STC 25/1981, pero flanqueado por los artículos 1.1 y 9.2. En efecto, la comprensión objetiva de los derechos fundamentales

«se infiere de un texto constitucional que, tras proclamar el Estado Social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), y, por ende, comprometer a los poderes públicos en la promoción de la libertad y la igualdad del individuo

<sup>26</sup> El viraje hacia una ampliación de la legitimación de las Comunidades autónomas para interponer recursos de inconstitucionalidad se produce en la STC 84/1982, como es sabido. Desde entonces, la expresión «ámbito de autonomía» es igual a «ámbito de intereses afectados por la regulación estatal de una materia acerca de la cual también la Comunidad Autónoma en cuestión dispone de competencias propias, aunque distintas de las del Estado».

<sup>27</sup> Ya en la misma STC 37/1981 se dice que todos los derechos y libertades consagrados en el capítulo segundo del título I (incluida la libertad de empresa) están asegurados en la Constitución por «una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución)» (fj 2).

(art. 9.2 CE), eleva el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás a la condición de fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)» (fj 3, párr. 3.º).

III.2.2. Así fundamentada, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce en una obligación positiva impuesta a los poderes públicos:

«en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual sea el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos» (*ibidem*),

Los derechos fundamentales vinculan objetivamente a los poderes públicos en el sentido de que les imponen un deber de hacerlos reales y efectivos en todos los sectores del ordenamiento. Deber de protección y, conectado a él, efecto irradiación, son los efectos típicos de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que, como no podía ser de otra forma, están presentes en la doctrina del Tribunal Constitucional. Estamos ante la llamada «fuerza expansiva» de los derechos fundamentales.

Se trata, obviamente, de un deber de signo distinto del que se deriva de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales. Esta última impone a los poderes públicos un deber negativo (no lesionar la esfera de libertad acotada por los derechos fundamentales) y bilateral, consecuencia de la proclamación del derecho subjetivo y, por tanto, accionable ante los tribunales. De la dimensión objetiva se deriva, por contra un deber positivo («contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan» —STC 53/1985, fj 4—) y unilateral, de manera que se impone a los poderes públicos «aún cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano» (*ibidem*).

III.2.3. Este deber positivo se proyecta «en primer término y señaladamente» sobre el legislativo, ya que, al recibir de los derechos fundamentales «“impulsos y líneas directivas de su actividad legiferante” [...] ha de encargarse de conformar *ab initio* todos los sectores del ordenamiento en consonancia con los mismos» (ATC 382/1996, fj 3, párr. 4.º). Este deber impuesto al legislador es especialmente acuciente, esto es, «adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa» (STC 53/1985, fj 4).

El legislador es el principal responsable de hacer efectiva la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Principal, que no único, porque el deber de protección que dimana de esa dimensión también incumbe a los jueces, especialmente en el ámbito de las relaciones entre particulares, toda vez que, respecto de ellas, «y a los efectos del amparo constitucional, únicamente podrá estimarse vulnerado el derecho fundamental en liza cuando se constate que los órganos judiciales han incumplido o satisfecho indebida-

mente el tan reiterado deber de protección» (ATC 382/1996, fj 3, párr. 4.º). La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, y su ínsito deber de protección, en tanto incumbe también a los jueces, permite al Tribunal Constitucional paliar la imposibilidad procesal de que accedan al amparo los actos de los particulares lesivos de derechos fundamentales.

Importa saber en qué consiste ese deber de protección de los derechos fundamentales que incumbe a los jueces, ya que el incumplimiento o indebida satisfacción del mismo por estos en las relaciones entre particulares es lo único que cabe invocarse en amparo ante el Tribunal Constitucional:

«Pues bien, [...] tal obligación se traduce respecto de los órganos judiciales en la exigencia de que interpreten y apliquen la legalidad ordinaria de conformidad con los derechos fundamentales, los cuales, por lo tanto, deben ser necesariamente tomados en consideración de un modo adecuado al resolverse la controversia entre particulares. No puede, en efecto, pasarles desapercibido que entre la norma que consagra el derecho fundamental y la que, directa o mediatamente, afecta, condicionándolo, el ejercicio del mismo en las relaciones *inter privatos* existe una influencia recíproca, en virtud de la cual los órganos judiciales, lejos de optar por la aplicación mecánica de la norma limitadora deben partir de una apropiada apreciación del derecho fundamental para determinar la concreta intensidad de la restricción que de la legalidad ordinaria deriva. Y es que, ciertamente, como ya hemos con reiteración apuntado, de resultas de «esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo» (SSTC 159/1986, fundamento jurídico 6.º; 254/1988, fundamento jurídico 3.º, y 20/1990, fundamento jurídico 4.º d).

Los jueces deben, pues, aplicar las normas infraconstitucionales de conformidad con los derechos fundamentales. Esto es lo que demanda para aquéllos la fuerza expansiva de estos. En particular, esta fuerza expansiva obliga a los jueces a interpretar restrictivamente las normas limitadoras: en palabras de la STC 159/1986, «los límites de los derechos fundamentales [han] de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos» (fj 6, párr. 2.º). Para los jueces, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se concreta en una directriz de interpretación comúnmente conocida como principio del *favor libertatis*.

Ciertamente, el Tribunal es consciente de que «el deber de protección dimanante del contenido objetivo de los derechos fundamentales no presenta unos perfiles tan nítidos como para entender que el mismo únicamente pueda ser satisfecho, en cada caso, por una sola fórmula correcta». Por ello, a los jueces «corresponde ... en línea de principio, un cierto margen de apreciación a este respecto». En esta tesitura, la función revisora de la actuación judicial por parte del Tribunal Constitucional

«ha de concentrarse en los errores que, habiendo sido relevantes para fundamentar la decisión impugnada, se basan en una incorrecta concepción del derecho fundamental en juego, y señaladamente en aquellos que se asien-

tan en una equivocada delimitación de su ámbito constitucionalmente protegido. Sobre esta premisa, el concreto alcance del control que cabe efectuar en la vía de amparo dependerá de la intensidad de la afectación que ocasiona en el derecho fundamental la resolución recurrida. Pues cuanto más penetrante sea su incidencia en la esfera de libertad por el derecho delimitada, un mayor grado de fundamentación resultará exigible a la decisión judicial, ampliándose, de este modo, paralelamente, las posibilidades revisoras del Tribunal Constitucional» (ATC 382/1996, f.º 3, párr. últ.).

Toda esta doctrina bebe sus fuentes de la sentencia *Luth*. Aquí —como allí— se parte de un presupuesto: los derechos fundamentales, como derechos subjetivos, no vinculan directamente a los ciudadanos. En consecuencia, los actos de los particulares lesivos de derechos fundamentales no acceden al amparo. La dimensión objetiva es el argumento (casi cabría decir que es la excusa) que permite la penetración de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares —siempre de la mano del legislador (STC 129/1989)—. El deber de protección al que me acabo de referir es el paliativo frente a la no eficacia directa de los derechos fundamentales *inter privatos*. La responsabilidad por la lesión de los derechos fundamentales ocasionada por un particular se endosa así a los jueces y es contra estos contra quienes se recurre en amparo.

### III.3. Las consecuencias jurídicas de la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales: la doctrina particular.

Dada su condición de elementos esenciales del orden jurídico y político, nada de lo que concierne a los derechos fundamentales es ajeno a la competencia del Tribunal Constitucional (STC 163/1986, f.º 1). A partir de aquí, el Alto Tribunal utiliza la dimensión objetiva para extraer consecuencias jurídicas particulares, que distribuyo en dos grupos: consecuencias particulares relativas a todos los derechos fundamentales —o a buena parte de ellos— (consecuencias *transversales*); y consecuencias particulares relativas a derechos fundamentales singulares (consecuencias *específicas* propiamente dichas):

#### III.3.1. Consecuencias transversales:

##### A. *En relación con el proceso penal.*

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales sustantivos (por oposición a los procesales, derivados del artículo 24 CE) genera una consecuencia particular en el proceso penal: la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos (el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio son los casos paradigmáticos). Esta garantía constitucional no se encuentra regulada expresamente en precepto constitucional alguno (sí, como se sabe, en la Ley —art. 11.1 de la LOPJ—). En palabras de la STC 81/1998<sup>28</sup>, con cita de la STC 114/1984 (la pionera y anterior a la incorporación a la Ley de esta regla):

<sup>28</sup> Doctrina reiterada en sentencias posteriores. Véanse, por ejemplo, SSTC 239/1999, f.º 2; 69/2001, f.º 26; 28/2002, f.º 4; o 259/2005, f.º 7.

«expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso» (fj 2).

Se trata, por tanto, de una garantía objetiva y no subjetiva, de manera que no existe un derecho subjetivo fundamental a la no recepción jurisdiccional de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales (STC 114/1984, fj 2). Sin embargo, la garantía se «subjetiviza» y se hace amparable, a través del derecho fundamental a un proceso con todas garantías (art. 24.2 CE). Este derecho puede resultar lesionado si se valoran pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración (STC 81/1998, fj 3)<sup>29</sup>.

#### B. *En relación con la potestad sancionadora.*

De la dimensión objetiva de los derechos fundamentales hace derivar el Tribunal Constitucional una directriz que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de los poderes públicos. Dejemos hablar, por todas, a la STC 196/2006:

«La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio. Por ello, si la Administración o el órgano judicial prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental y se incluyen entre los supuestos sancionables conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo, se vulnera este derecho, pues aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de una infracción (desde la temprana STC 11/1981, de 8 de abril, F. 22, hasta las más recientes SSTC 2/2001, de 15 de enero, F. 2; 185/2003, de 27 de octubre, F. 5; y 110/2006, de 3 de abril, F. 4)» (fj 6).

De la dimensión objetiva de los derechos fundamentales resulta así un mandato específico a los órganos administrativos que ejercen la potestad sancionadora y a los jueces que revisan las sanciones impuestas por aquellos. Este mandato es el de tener en cuenta los derechos fundamentales, a la hora de valorar conductas que pueden ser constitutivas de infracción. Esta directriz interpretativa y atemperadora del ejercicio de la potestad sancionadora, que

<sup>29</sup> E incluso el derecho a la presunción de inocencia, en la medida en que la condena se funde exclusivamente en tales pruebas (ibidem).

dimana directamente de la dimensión objetiva, se «subjetiviza», como en el caso anterior: se vulnera el derecho fundamental de que se trate si la sanción impuesta supone un sacrificio innecesario y desproporcionado de ese derecho (o disuade o desalienta su ejercicio). Quienes aplican e interpretan las normas sancionadoras deben, por tanto, aplicarlas e interpretarlas conforme a los derechos fundamentales que la Constitución consagra.

### III.3.2. Consecuencias específicas:

Obviamos aquí las libertades de expresión e información, la libertad de empresa y el derecho de propiedad, que serán tratados en otro apartado.

A. De la dimensión objetiva del derecho a la vida (art. 15 CE) ha extraído el Tribunal Constitucional importantes consecuencias jurídicas, que conviene recordar:

— En la STC 53/1985 (la del aborto) afirma que el derecho subjetivo a la vida sólo lo tiene el nacido (la persona) pero, al tiempo, extrae de la dimensión objetiva de este derecho fundamental (conectada con el valor superior del ordenamiento «vida humana»; valor implícito, a su vez conectado con uno explícito, la dignidad de la persona) un deber positivo —impuesto a los poderes públicos— de proteger la vida, no sólo del nacido (el titular del derecho subjetivo), sino también del concebido y no nacido (el *nasciturus*), que incluye, en su caso, la protección penal<sup>30</sup>. He aquí un peculiar efecto irradiación de los derechos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento: la extensión de la garantía de un derecho fundamental —la vida— a quienes no son titulares, pero están en trance de serlo. Garantía amputada, eso sí, por ser sólo objetiva y no subjetiva (esta última se reserva a los nacidos), de manera que no es susceptible de suscitar pretensiones individuales ante los Tribunales.

— En las SSTC 120 y 137/1990 (caso huelga de hambre de los presos del GRAPO) se ocupa de los nacidos, pero para limitar su libertad. El deber positivo de protección de la vida humana que incumbe a los poderes públicos (ya proclamado en la STC 53/1985) le sirve al Tribunal, en primer lugar, para negar que el derecho a la vida comprenda el derecho a disponer de la

<sup>30</sup> Véase el f.º 4, en donde se explicita la doctrina general: de la doble dimensión de los derechos fundamentales se deriva no sólo «la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano». Véase también el f.º 7, en donde se concretan las dos obligaciones que tiene el Estado para con el «nasciturus»: «la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales».

propia vida (el suicidio es una manifestación del *agere licere*, no ejercicio de derecho fundamental alguno): cuando se impide a alguien morir no se está limitando su derecho fundamental a la vida, porque su contenido no abarca el derecho a morir o a que le dejen a uno morir. Pero, en segundo lugar, el Tribunal Constitucional va más allá: la dimensión objetiva del derecho a la vida impone a los poderes públicos un deber de protección de la vida de las personas (de los nacidos) —ya lo sabíamos—, *aun sin contar con su voluntad* (esto es, contra su voluntad) —esta es la novedad—, siempre, eso sí, que estén en manos de instituciones públicas (siempre que haya una relación de sujeción especial), porque en caso contrario la intervención de los poderes públicos podría ser ilícita<sup>31</sup>. El derecho a la vida se vuelve así contra sus titulares, al amparo de su dimensión objetiva, utilizada, no para ampliar, sino para restringir el alcance del derecho.

— Por último, en la STC 181/2000 —fj 8<sup>32</sup>—, el Tribunal recuerda que la protección constitucional de la vida y de la integridad personal no se reduce a la dimensión subjetiva («no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas») sino que además (dimensión objetiva), «contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación, incluido el régimen legal del resarcimiento por los daños que a los mismos se hubiesen ocasionado». Y concreta: este mandato *obliga* al legislador a establecer una regulación sobre resarcimiento de los daños que a tales bienes se hubiesen ocasionado, pues, de lo contrario, no estarían suficientemente protegidos. No obstante —precisa—, el mandato no obliga al legislador a prever un régimen de reparación total del daño («el principio de total reparación del daño no encuentra asiento en el artículo 15 de la Constitución»), sino tan sólo un régimen de reparación suficiente para entender protegidos tales bienes<sup>33</sup>.

31 En palabras del Tribunal Constitucional, «una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger» (STC 120/1990, fj 7).

32 Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas por supuesta inconstitucionalidad de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, según la redacción dada por la Disposición adicional octava de la Ley 39/1985, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, al texto refundido en su día aprobado por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo.

33 «... el art. 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y en

B. En la sentencia anterior asistimos al despliegue canónico de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, en su manifestación de deberes de protección. El deber positivo de protección suficiente —impuesto al legislador— es una garantía objetiva, de la que no se derivan pretensiones subjetivas ante los tribunales. Sin embargo, este deber se «subjetiviza», se hace derecho subjetivo fundamental, cuando del ruido se trata, al menos en relación con la Administración y los jueces. Es el caso de la STC 119/2001 (doctrina confirmada por STC 16/2004). La recurrente en amparo se queja del ruido de los bares de la zona en la que habita. Se había quejado frente a la Administración (a la que reclama una indemnización), porque no había hecho nada, salvo declarar la zona como acústicamente saturada. Se había quejado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que desestimó la demanda por falta de pruebas. Acude finalmente al Tribunal Constitucional (tras varios años de sufrimiento), imputando a la Administración (con su inactividad) y a la justicia (con su sentencia desestimatoria) la violación de varios derechos fundamentales, entre ellos, los dos que aquí interesan y de los que se ocupa el Tribunal Constitucional: la integridad física y moral y la intimidad.

Empieza el Tribunal recordando que «nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos». Continúa diciendo que «el ruido puede llegar a representar ... una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos». Y remata, respecto del derecho a la integridad física y moral: «cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral»<sup>34</sup>; y, respecto del derecho a la intimidad: «una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, *siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida*» (la cursiva es mía). Todo ello, en el fundamento jurídico 6.

Lo que se desprende de la sentencia: tanto el derecho a la integridad física y moral como el derecho a la intimidad incorporan a su contenido constitucionalmente protegido —como derecho subjetivo— el derecho a una protección suficiente frente al ruido. El derecho tiene por sujeto activo a la persona física y por sujeto pasivo a los poderes públicos (al menos la Admi-

segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad —según la expresión literal del art. 15 CE— de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas» (fj 9).

<sup>34</sup> Se añade a continuación: «En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE».

nistración y los jueces) y no a los particulares que producen el ruido. A efectos de derechos fundamentales, lo relevante no es la conducta de los particulares, sino la de los poderes públicos, a quienes se les endosa la responsabilidad por el daño causado por aquellos<sup>35</sup>.

C. Otros usos de la dimensión objetiva que se pueden encontrar en un rastreo de la jurisprudencia constitucional son estos:

1.º Como argumento para justificar la limitación del ejercicio de un derecho fundamental (fuera del caso de la libertad de empresa y el derecho de propiedad):

En una ocasión, el Tribunal Constitucional saca a colación la dimensión objetiva del derecho fundamental del artículo 23.2 CE (en su vertiente de derecho a la permanencia en los cargos y funciones públicas) para limitar el ejercicio de ese mismo derecho (su dimensión subjetiva). Me refiero a la STC 71/1994, en la que se ocupa de la constitucionalidad del artículo 384 bis LE-Crim<sup>36</sup>, que prevé como medida cautelar la suspensión en el ejercicio del cargo o función pública del procesado frente al que se haya dictado prisión provisional, mientras dure ésta. Parte el Tribunal de que «acaso nunca sea tan patente como en el caso del derecho que nos ocupa» su carácter de «elemento objetivo del orden democrático». Los ciudadanos que acceden *a* y permanecen *en* un cargo público no son ciudadanos cualesquiera, que puedan ejercer su derecho en su propio interés. Muy al contrario, «son los depositarios y sujetos activos de las funciones y cargos públicos a través de los cuales se manifiesta el orden democrático de la comunidad». Así las cosas, el derecho a permanecer en la función o cargo público es «un derecho de permanencia en un *status* cuyas condiciones habrán de venir decisivamente determinadas

35 Curiosamente, el Tribunal Constitucional rechazó la pretensión de la actora porque no había probado suficientemente en el proceso contencioso-administrativo la relación directa entre el ruido soportado y la lesión de sus derechos a la integridad personal e intimidad. Afortunadamente para la sufrida ciudadana, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 2004/68) enmendó la plana al Tribunal Constitucional ¿Qué más prueba se requiere que la calificación de la zona como acústicamente saturada? No hay que probar más, viene a decir el Tribunal de Estrasburgo. Éste, como ya hizo en otra ocasión (el célebre caso *López Ostra*, en el que estaba involucrado el olfato —los malos olores procedentes de una depuradora murciana—), estima que el Estado español faltó a su obligación de garantizar el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada.

36 El art. 384 bis LE-Crim dispone: «Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión». En la demanda se alega, entre otras cosas, que esta previsión legal vulnera el derecho a permanecer en tales funciones y cargos, «situación subjetiva ésta que no es susceptible de suspensión con arreglo a lo prevenido en el art. 55.2. CE y que tampoco podría resultar afectada por el mero hecho de que el titular del cargo o función resulte procesado y quede preso, pues semejante suspensión —a diferencia de la prisión provisional— sería ociosa para el desarrollo de la actividad procesal» (fj 5).

por la propia voluntad democrática del Estado. Esto es lo que ha querido decir la Constitución al remitirse a “los requisitos que señalen las leyes”<sup>37</sup>.

La dimensión objetiva del derecho fundamental del artículo 23.2 CE (confundida con el valor que realiza o, mejor aún, el interés general al que sirve) es utilizada por el Tribunal como criterio para interpretar la expresión «con los requisitos que señalen las leyes». Ello le permite justificar la limitación que para el derecho subjetivo supone la medida del artículo 384 bis LECrim. Se trata de una limitación proporcionada y justificada en aras de preservar el Estado democrático y, por ende, la significación objetiva del derecho fundamental del artículo 23.2 CE.

Se atisba aquí la íntima conexión entre los derechos de los apartados 1 y 2 del artículo 23, tantas veces señalada por la jurisprudencia. El derecho a acceder a los cargos públicos representativos sirve para dar efectividad al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Justamente es para esto (para asegurar la eficacia del derecho fundamental del apartado 1) para lo que el Tribunal Constitucional ha ampliado el contenido del derecho fundamental del apartado 2, que incluye no sólo el derecho de acceso, sino también el derecho a permanecer y a ejercer el cargo representativo, eso sí, con los requisitos que señalen las leyes<sup>38</sup>. En palabras del Tribunal, los derechos de los apartados 1 y 2 del artículo 23 CE, en la parte de su contenido que afecta a las dos vertientes del principio de representación política, forman un «todo inescindible» (STC 136/1999, f.º 14).

2.º Como mandato de maximización u optimización del derecho fundamental:

— En relación con la prohibición de indefensión (art. 24.2 CE): el Tribunal Constitucional, en algunas sentencias (6/1992, f.º 5; 109/1985, f.º 3) encuentra en la referencia a la prohibición de indefensión, no sólo un derecho subjetivo, sino también un mandato dirigido al legislador y a los jueces de promover la defensa, en la medida de lo posible (de promover positivamente la defensa contradictoria de las partes).

— En relación con el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), en una ocasión (STC 22/1981, f.º 8), el Tribunal Constitucional ha señalado que, en su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo; mandato explicitado en el artículo 40.1 CE<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Todos los entrecomillados, en el f.º 6.

<sup>38</sup> Sobre esto he escrito en otro lugar: CIDONCHA MARTÍN, ANTONIO: «El control del Gobierno desde la perspectiva del parlamentario individual»; en ARAGÓN REYES, MANUEL y GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL (coords.): *El Gobierno. Problemas constitucionales*, CEPC, Madrid, 2005, págs. 339 y ss.

<sup>39</sup> Para el Tribunal Constitucional, la política de empleo basada en la jubilación forzosa supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. En consecuencia, no tiene su origen y justificación en la realización de una política económica de pleno empleo y, por tanto, no puede utilizarse el artículo 40.1 CE como argumento justificatorio. El Tribunal parece dar a entender que la dimensión objetiva o co-

### 3.º Como garantía negativa frente al legislador:

Es el caso de la STC 225/1998 (fj 4), en el que se aborda la constitucionalidad de la imposición de barreras o topes electorales para la atribución de escaños. El Tribunal subraya que el derecho a la igualdad en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo tiene, junto a una vertiente preferentemente reaccional y subjetiva (como derecho a la igualdad en la legalidad), una vertiente objetiva, como derecho frente al legislador, que obliga a éste a respetar la proporcionalidad en el establecimiento del sistema electoral.

El Tribunal ve la dimensión objetiva no como una garantía positiva (lo canónico), sino como una garantía negativa (como una garantía institucional) frente al legislador. En realidad, esta garantía negativa ya la cumple la regla del respeto al contenido esencial del derecho fundamental (art. 53.1 CE). Calificar como garantía objetiva la garantía del contenido esencial supone correr un riesgo: objetivar el derecho fundamental, convertirlo de derecho subjetivo en un instituto. Sobre ello se volverá.

### 4.º Como garantía a la vez negativa y positiva frente al legislador:

Así ocurre en las referencias jurisprudenciales a la libertad religiosa. Valga por todas, la STC 154/2002 (fj 6):

«En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero, F. 4, que «el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener «las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones», introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» (STC 177/1996)».

La dimensión objetiva de la libertad religiosa, explicitada en el apartado 3 del artículo 16, implica una garantía negativa (o si se prefiere, pasiva) frente al Estado, la neutralidad de los poderes públicos; y una garantía positiva (o, si se prefiere, activa), la obligación de los poderes públicos de mantener relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas. Lo primero tiene la condición de límite, lo segundo de directriz de actuación. En rigor, la garantía negativa es a la vez una garantía objetiva y subjetiva: al derecho de toda persona a la libertad religiosa le corresponde la obligación de

lectiva del derecho al trabajo sirva para reforzar su dimensión subjetiva, no para limitarla. La limitación debe buscarse en otras razones.

los poderes públicos de respetarla, manteniendo una actitud de estricta neutralidad<sup>40</sup>. Por otra parte, es dudoso que, de no venir reflejada expresamente en la Constitución, pudiera entenderse implícita en la dimensión objetiva de la libertad religiosa el mantenimiento de relaciones de cooperación con las confesiones religiosas como obligación concreta y jurídicamente vinculante para los poderes públicos. A mi entender, esta obligación (indeterminada en el qué y en el cómo) tiene la fuerza jurídica que le otorga su inclusión expresa en la Constitución.

5.º Como garantía específica de la cláusula de Estado democrático:

Amén de las libertades de información y expresión y del derecho de sufragio pasivo, el Tribunal Constitucional ha visto en la vertiente objetiva de los derechos de reunión y manifestación y de asociación una garantía del Estado democrático. En lo que respecta al derecho del artículo 21, valga, por todas, la STC 110/2006 (fj 3)<sup>41</sup>. En lo que hace al derecho del artículo 22, téngase en cuenta la STC 173/1998 (fj 10)<sup>42</sup>. En uno y otro caso, la conexión entre dimensión objetiva y Estado democrático se hace sin más, sin atribuirle consecuencias concretas.

#### IV. UN CONTRASTE ENTRE DIMENSIONES INSTITUCIONALES.

##### IV.1. Dimensiones institucionales vigorizantes: las libertades de expresión e información.

Es bien conocido que el Tribunal Constitucional ha atribuido a las libertades de expresión e información (20.1.a y d) una posición preferente respecto de los derechos al honor e intimidad, en caso de conflicto entre ellos. Obviamente, no se trata de una preferencia absoluta, sino condicionada al cumplimiento de determinados requisitos. Dicho sea *grosso modo*, si lo que se ejerce (o lo que se ejerce predominantemente) es la libertad de información,

<sup>40</sup> En el parecer del Tribunal Constitucional, esta neutralidad no resulta afectada por el hecho de que las Administraciones educativas contraten a propuesta vinculante de los obispos a los profesores de religión católica. Las Administraciones no desarrollan aquí tendencia ni ideario ideológico, sino que se limitan a ejecutar la cooperación con la Iglesia católica en materia de enseñanza en los términos acordados con ésta (STC 38/2007, fj 10)

<sup>41</sup> «Este Tribunal, en diversas Sentencias [...], ha caracterizado el derecho fundamental de reunión reconocido en el art. 21 CE como una manifestación colectiva de la libertad de expresión efectuada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones [...]. El relieve fundamental que este derecho (cauce del principio democrático participativo) alcanza en sus dimensiones subjetiva y objetiva dentro de un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución ha determinado, incluso, que para muchos grupos sociales este derecho sea en la práctica uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones».

<sup>42</sup> «Este derecho, que en su vertiente objetiva es uno de los elementos estructurales básicos del Estado social y democrático de Derecho ...».

los requisitos son: veracidad y relevancia pública (por todas, STC 139/2007<sup>43</sup>); si lo que se ejerce (o lo que se ejerce predominantemente) es la libertad de expresión, los requisitos son: carácter no insultante, racista o xenófobo de las opiniones (por todas, STC 235/2007<sup>44</sup>) y relevancia pública (por todas, STC 9/2007<sup>45</sup>).

¿A qué responde esta posición preferente, este trato privilegiado? También es harto conocida la respuesta: a la peculiar dimensión institucional de las libertades del artículo 20 (por utilizar la expresión de la STC 9/2007, fj 4), que son garantía de una opinión pública libre, sin la cual no es posible una sociedad libre y democrática. Por eso están colocadas en una posición preferente y son objeto de especial protección (STC 101/2003, fj 3, en relación con la libertad de expresión), por eso están necesitadas de un amplio espacio (STC 127/2004, fj 4, también en relación con la libertad de expresión).

La «opinión pública libre» irrumpe en el vocabulario del Tribunal Constitucional español, siguiendo —por supuesto— la estela del alemán, en la sentencia 12/1982 y no —como erróneamente declara una y otra vez el alto Tribunal— en la sentencia 6/1981. En esta sentencia, lo que dice el Tribunal es que las libertades de expresión de información, amén de derechos subjetivos fundamentales, son la expresión de una «comunicación pública libre», directamente vinculada al principio democrático<sup>46</sup>, la preservación de la cual exige «una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven» (fj 3). Ello entraña la necesidad de que los poderes públicos no sólo no estorben la libertad de los medios de comunicación, sino también la de que «adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle». Añade el Tribunal: «La cláusula del Estado social (artículo 1.1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el artículo 9.2 imponen sin duda actuaciones positivas de este género» (fj 5)<sup>47</sup>.

El Tribunal Constitucional contempla en esta temprana sentencia las libertades del artículo 20.1 CE desde el más puro enfoque institucional: son derechos subjetivos y, al mismo tiempo, elementos esenciales de la democracia. De esta relevante vertiente objetiva se derivan para los poderes públicos deberes positivos para asegurar que esas libertades sean reales y efectivas en relación con quienes aseguran la comunicación pública libre, los medios de co-

43 Sobre la veracidad, ff. jj. 9 y 11; sobre la relevancia pública, fj 8.

44 En particular, fj 5.

45 En particular, fj 4.

46 «sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 CE, que es la base de nuestra ordenación jurídico-política» (fj 3).

47 «No cabe derivar, sin embargo, de esta obligación, el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género de carácter público» (fj 3).

municación. Pero, como digo, en la sentencia 12/1982 da el Tribunal un giro e irrumpe la «opinión pública libre» como garantía institucional: el artículo 20.1 CE, amén del reconocimiento de un derecho de libertad, «significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (fj 3). Como consecuencia de la ligazón con esta garantía institucional, las libertades de expresión e información «tienen una valoración que trasciende a la que es común y propia de los derechos fundamentales» (STC 104/1985, fj 5). En la STC 159/1986 se habla incluso de jerarquía institucional (fj 6). A partir de aquí, el Tribunal Constitucional va a otorgar una posición preferente a las libertades de expresión e información frente a los derechos del artículo 18.1 CE, aunque no se trata de una preferencia absoluta, sino condicionada al cumplimiento de los requisitos antes señalados y sobradamente conocidos. Las SSTC 171 y 172/1990 (casos Comandante Patiño I y II) vienen a ser el modelo de referencia.

Es cierto que, especialmente en los años 90, el Tribunal Constitucional ha revisado de alguna manera su doctrina. Para empezar, suaviza las formas: desaparecen expresiones como «jerarquía institucional», en favor de otras menos rotundas, como «especial posición en el ordenamiento» (STC 132/1995) o «dimensión institucional peculiar» (STC 9/2007). Incluso habla de ponderar entre los derechos fundamentales en juego, sin establecer jerarquías o prevalencias *a priori* (STC 319/1994, fj 2). Por otra parte, también es perceptible en el Tribunal la voluntad de afinar en la delimitación del ámbito protegido por los derechos fundamentales en juego. Hay (así lo aprecio yo) una cierta tendencia a ampliar el ámbito de protección del honor y la intimidad y a reducir el ámbito de protección de las libertades de expresión e información.

En cualquier caso, la regla, la posición preferente de las libertades de expresión e información, se mantiene. Lo único que sucede es que se interpretan con más rigor las condiciones de aplicación de la regla, especialmente la noción de «relevancia pública». Sí que existe una prevalencia *a priori* de las libertades del artículo 20.1 CE respecto de las del artículo 18.1 CE, sólo que no es absoluta e incondicionada. Presupuesta la injerencia en el derecho al honor, intimidad o propia imagen, las libertades de expresión e información prevalecen frente a ellos si se dan determinadas condiciones, cuyo cumplimiento convierte en legítima la injerencia que, en otro caso, sería ilegítima. A pesar de que el Tribunal Constitucional insiste una y otra vez en que el conflicto ha de resolverse mediante la ponderación entre principios contrapuestos, en realidad el problema es de subsunción del caso en la regla de preferencia condicionada construida por el Tribunal: si, a la vista de las circunstancias del caso, la conducta que afecta al honor, intimidad o propia imagen cumple los requisitos de preferencia, es legítima y si no, es ilegítima. Así de sencillo<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Véase un ejemplo acabado de este modo de razonar en la STC 139/2007.

También se mantiene el fundamento de esta preferencia: la opinión pública libre, a la vez garantía institucional e interés constitucional (por todas, STC 9/2007, fj 4) y criterio para medir la relevancia pública de la información u opinión. El Tribunal Constitucional crea una garantía institucional y mezcla este concepto con el de dimensión objetiva o institucional. Tenemos así una nueva institución garantizada (la difusa «opinión pública libre»), que penetra en las libertades del artículo 20.1 CE a través de su dimensión institucional, con efectos vigorizantes sobre su dimensión individual o subjetiva, hasta el punto de colocarlas en una posición de privilegio.

IV.2. Dimensiones institucionales debilitadoras: derecho de propiedad y libertad de empresa.

IV.2.1. Diametralmente opuesta es la situación de los derechos fundamentales económicos (derecho de propiedad —art. 33 CE— y libertad de empresa —art. 38 CE—), piezas esenciales del sistema de economía de mercado, consagrado en el mismo artículo 38 CE. También ve en ellos el Tribunal Constitucional una relevante dimensión objetiva o institucional. La diferencia respecto de las libertades de expresión e información estriba en que esta relevante dimensión objetiva o institucional produce como resultado no un fortalecimiento sino un debilitamiento de la dimensión subjetiva o individual. Esto es lo paradójico.

IV.2.2. Como ha puesto de relieve Fernando REY, comentarista más que autorizado del artículo 33 CE<sup>49</sup>, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia «está marcada por un intenso signo devaluador de la garantía constitucional dominical»<sup>50</sup>. Si tomamos como base la STC 37/1987 (*leading case*), tenemos que la propiedad tiene una doble dimensión, institucional u objetiva e individual o subjetiva:

En primer lugar, la propiedad es —sobre todo— una institución (incluso en alguna sentencia se la califica exclusivamente de garantía institucional<sup>51</sup>). Como institución, su contenido para cada tipo de bienes corresponde deli-

49 Vid. REY MARTÍNEZ, FERNANDO: *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, CEC, Madrid (1994). Vid. un trabajo actualizado: «El derecho de propiedad»; en VV.AA: *Bases de Conocimiento Jurídico. Derecho Constitucional III. 2. Los derechos fundamentales. Parte Especial*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

50 Ello obedece a dos causas. La primera —causa concreta—, la expropiación de Rumasa, que originó cuatro sentencias que avalaron la constitucionalidad de tan rigurosa medida, lo que hipotecará, en gran medida, la jurisprudencia posterior. La segunda —causa general—, el arraigo que en la cultura jurídica española posee la concepción de la propiedad, típicamente la urbana, como un derecho de exclusiva configuración legislativa, ante el que la Constitución poco o nada tendrá que decir salvo la garantía expropiatoria, muy debilitada a su vez (REY MARTÍNEZ, FERNANDO: «El derecho de propiedad», ob. cit., pág. 1).

51 STC 29/1989.

mitarlo en cada caso a los poderes públicos de acuerdo con las leyes<sup>52</sup>, en función de su función social (valga la redundancia). La función social no es un límite externo al derecho, sino una parte integrante del mismo. Utilidad privada y función social definen al alimón el contenido esencial de la propiedad para cada tipo de bienes, con primacía de la segunda sobre la primera. Esto se traduce en la práctica en una amplísima libertad de configuración del contenido dominical por parte del legislador.

En segundo lugar, la propiedad es un derecho subjetivo. Pero un derecho subjetivo debilitado, oprimido por el peso de lo institucional (de la función social) y de la correlativa libertad de configuración del legislador. El derecho subjetivo fundamental de propiedad (lo que está en manos del titular) queda reducido a dos cosas: derecho a no soportar limitaciones más allá de lo razonable y, en caso de expropiación, derecho a un equivalente económico (y a la legalidad del procedimiento expropiatorio).

La consecuencia práctica de cuanto antecede es que el contenido de la propiedad para cada tipo de bienes es lo que el legislador quiera, sin más control que la razonabilidad. En otras palabras, el derecho de propiedad, para cada tipo de bienes, es lo que queda después de la ponderación entre la utilidad individual y la utilidad social del bien objeto de regulación, siendo así que el Tribunal Constitucional siempre se ha decantado por la utilidad social<sup>53</sup>.

Como se ve, el Tribunal Constitucional encuentra en la propiedad a la vez una institución y un derecho subjetivo. Ambos elementos se funden en un todo, el derecho fundamental. De la fusión resulta malparado el derecho subjetivo, toda vez que en la institución penetra, como elemento definidor, lo que en puridad es un límite —interno pero límite— al derecho subjetivo, «la función social». Este «virus» para la utilidad individual en que se convierte la «función social» queda inoculado *en* e incorporado *al* derecho subjetivo a través de lo institucional. Una vez dentro, no es precisamente combatido, porque su despliegue se sujeta al más que laxo límite de la razonabilidad. No puede sorprender por tanto que el resultado sea el debilitamiento del derecho subjetivo de propiedad. Lo institucional, en lugar de ser una medicina revitalizante de lo subjetivo —como ocurre con las libertades de expresión e información—,

52 Reserva de ley relativa o flexibilizada, dado que la remisión a la función social que efectúa autoriza su realización no sólo por el legislador sino también por la Administración «de acuerdo con las leyes», cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla. A lo sumo, el art. 33.2 CE prohibiría la deslegalización y los reglamentos independientes (REY MARTÍNEZ, FERNANDO: «El derecho de propiedad», ob. cit., pág. 2).

53 Hasta la STC 48/2005, cuya importancia estriba —a juicio de Rey— en que se trata de la primera decisión en la que el Tribunal Constitucional estima vulnerado el derecho de propiedad (concretamente, respecto de la garantía expropiatoria —art. 33 CE—) y en que reduce a márgenes muy estrechos el ámbito posible de las expropiaciones legislativas. No obstante, a juicio del autor, es dudoso que pueda leerse como un giro garantista del Tribunal en la interpretación del derecho de propiedad privada. Vid. las reflexiones del autor en REY MARTÍNEZ, FERNANDO: «El nuevo criterio de la tutela materialmente equivalente en relación con las expropiaciones legislativas», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 19 (2007), págs. 9-30.

se convierte en una pócima dañina que convierte el derecho subjetivo de propiedad en un enfermo constitucional crónico.

IV.2.3. Suerte parecida ha corrido la libertad de empresa<sup>54</sup>. Para el Tribunal Constitucional, estamos ante un derecho fundamental, que goza de la doble garantía de la reserva de ley y del respeto de ésta a su contenido esencial<sup>55</sup>. A partir de aquí, el razonamiento del Tribunal sigue pautas similares a las del derecho de propiedad. No niega en la libertad de empresa una dimensión subjetiva, pero deja muy claro que en ella «predomina, como es patente, el carácter de garantía institucional»<sup>56</sup>, su condición objetiva de «elemento de un determinado sistema económico»<sup>57</sup>. Al igual que en el derecho de propiedad, en la libertad de empresa prima lo institucional sobre lo individual («es patente»)<sup>58</sup>.

Esta prevalencia de lo institucional sobre lo individual es justificada en la necesidad de hacer compatible la *libertad de empresa-instituto* con los múltiples títulos de intervención pública en la economía de mercado que autoriza la Constitución<sup>59</sup>. Esta necesaria compatibilización se hace a costa de la *libertad de empresa-derecho subjetivo*, que ha de ejercerse «con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general»<sup>60</sup> (la cursiva es mía), o «dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado»<sup>61</sup>.

54 Sobre este derecho fundamental, vid. CIDONCHA MARTÍN, ANTONIO: *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas/Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2006.

55 STC 37/1981, f.º 2: «... es forzoso precisar, en la medida estricta aquí necesaria, el contenido del precepto constitucional cuya lesión se aduce en primer término, esto es, del art. 38 de nuestra Ley Fundamental en cuanto reconoce «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado». Como es obvio, tal precepto, en muy directa conexión con otros de la misma Constitución y, señaladamente, con el 128 y el 131, en conexión con los cuales debe ser interpretado, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites, como el de aquellos que definen *los demás derechos y libertades* consagrados en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, está asegurado en ésta por *una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial* (art. 53.1 de la Constitución)» (las cursivas son mías).

56 SSTC 83/1984, f.º 3, párr. 3.º; y 225/1993, f.º 3 B, párr. 2.º.

57 STC 227/1993, f.º 4, e).

58 De hecho, no son pocas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional alude a la libertad de empresa como una garantía institucional a secas: vid. STC 111/1983, f.º 10; 87/1985, f.º 8; y 136/1991, f.º 1.

59 «... la libertad de empresa, que la Constitución reconoce en su art. 38 [en el marco de la economía de mercado] ... se halla en directa conexión con los arts. 128 y 131, en relación con los cuales debe ser interpretado (SSTC 37/1981 y 11/1983)», recuerda la STC 225/1993 (f.º 3 B, párr. 1.º). Más explícitamente, la STC 227/1993 (f.º 4 e), dispone que «en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el art. 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social (STC 111/1983, fundamento jurídico 4.º)».

60 STC 225/1993, f.º 3 B, párr. 4.º.

61 STC 227/1993, f.º 3 e).

A la postre, la *libertad de empresa-derecho-subjetivo* consiente todo tipo de limitaciones, sin más límite que la proporcionalidad, reducida a los criterios de idoneidad y necesidad. En palabras del Tribunal, las restricciones a la libertad de empresa «son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que puedan suponer, para la esfera de las libertades protegida, un sacrificio menor»<sup>62</sup>. En definitiva, «la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente el mercado»<sup>63</sup>. He aquí otro enfermo constitucional crónico.

IV.2.4. Afirmar que en el derecho de propiedad y en la libertad de empresa hay una relevante y predominante dimensión institucional, lejos de fortalecer ambos derechos fundamentales, se ha traducido, en la práctica, en su debilitamiento como derechos subjetivos. A la postre, para el Tribunal Constitucional, propiedad privada y libre empresa son más institutos que derechos subjetivos, esto es, objetos sin titular, bienes colectivos moldeables por el legislador, al albur de su función social o de las exigencias de la economía general, sin más límite que el de la razonabilidad.

Ello contrasta con el uso que ha hecho de esa misma dimensión institucional en relación con las libertades de expresión e información. La relevante dimensión institucional de estas libertades (en tanto sirven para formar una opinión pública libre, erigida en garantía institucional), lejos de debilitarlas, las refuerzan, lejos de convertirlas en instituciones, robustecen su condición de derechos subjetivos. Esta utilización ambivalente de lo institucional que, según los casos, da alas al derecho fundamental o lo golpea como un martillo, es difícilmente justificable en términos jurídicos<sup>64</sup> y, además, pone de relieve —a

62 STC 109/2003, fj 15.

63 STC 127/1994, fj 6.d).

64 Barrunto que las razones de esta ambivalencia son extrajurídicas. Creo que la sobrevaloración de las libertades del artículo 20 responde a una razón política de primer orden, la necesidad de afianzar la democracia en los primeros años de andadura constitucional. Una vez que la democracia se ha consolidado en nuestro país, la relación entre los derechos del art. 20 y los del 18.1 se está reequilibrando, como lo prueba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de los últimos 15 años.

Por su parte, la infravaloración de los derechos fundamentales económicos acaso sea tributaria de una cierta mentalidad intervencionista de nuestros poderes públicos. Estos se han manejado tradicionalmente desde el prejuicio de que la propiedad privada y, sobre todo, la iniciativa económica privada, más que manifestaciones de la autonomía de la voluntad y de la libertad individual, son concesiones del poder, arrancadas mediante autorizaciones, licencias o cosas similares. Este prejuicio se ha hecho sentir en la doctrina del Tribunal Constitucional, que, ciertamente, ha encontrado argumentos suficientes en nuestra Constitución —hija de su tiempo—: en el mismo artículo en el que se proclama el derecho de propiedad se alude a la función social como delimitadora del derecho; en el mismo artículo en el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, se dice que los poderes públicos aseguran su ejercicio de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

mi juicio— la confusión en la que se mueve el Tribunal Constitucional en torno a los conceptos «derecho fundamental», «garantía institucional» y «dimensión objetiva o institucional» de los derechos fundamentales. Lo que sigue es un intento de aportar claridad conceptual al respecto.

## V. GARANTÍA INSTITUCIONAL, DIMENSIÓN INSTITUCIONAL Y DERECHO FUNDAMENTAL: ALGUNAS PRECISIONES.

### V.1. Sobre el concepto de garantía institucional: algunas precisiones.

La doctrina de la garantía institucional supone un esfuerzo loable por asegurar un contenido fijo, mínimo e inderogable a determinados conceptos constitucionales<sup>65</sup>. La justificación última se encuentra —como sugiere SANTAMARÍA PASTOR— «en el carácter normativo de los preceptos constitucionales, que en modo alguno pueden concebirse como hojas en blanco sobre las que el legislador pueda escribir a su capricho»<sup>66</sup>. Pero la garantía institucional, en su esfuerzo por asegurar la primacía normativa de la Constitución, se ha convertido en una especie de cajón de sastre en el que cabe todo: cualquier objeto recogido en la Constitución —y no sólo una organización— que el intérprete considere digno de protección a la luz del texto constitucional es susceptible de convertirse en una institución garantizada<sup>67</sup>. Como se ha visto, nuestro Tribunal Constitucional aplica la garantía institucional a principios constitucionales (la autonomía local, la publicidad procesal), regímenes especiales de carácter territorial (el régimen foral) o económico-fiscal (el de Canarias), principios rectores de la política social (la seguridad social, la familia o los colegios profesionales), e incluso a derechos fundamentales (con resultados dispares). Son objetos demasiado heterogéneos que, además, casi siempre reciben la calificación de garantía institucional sin una

Sin duda alguna que las exigencias derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea han de cambiar esta mentalidad, sin que ello signifique renunciar a las exigencias propias del Estado Social. Una cosa es que la propiedad privada y la libertad de empresa sean derechos limitables, e incluso fuertemente limitables —siempre con justificación adecuada— y otra cosa es que sean derechos a merced del legislador, e incluso meras garantías institucionales camufladas de derechos fundamentales.

65 Esfuerzo muy explicable en la Constitución de Weimar (en cuyo contexto surgió la doctrina), dado que la protección que en virtud de esta doctrina se otorgaba a las instituciones amparadas por ella era superior a la que disfrutaban los derechos fundamentales consagrados, que no estaban asegurados frente al legislador, sino tan sólo frente a la Administración.

66 Añade el autor: «antes bien, los términos utilizados por la norma fundamental poseen, en cada momento histórico, un contenido semántico determinado; evocan, con un cierto grado de aproximación, un estereotipo o imagen característica realmente existente en la cultura jurídica, que todos los poderes públicos deben respetar» [SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, ob. cit., pág. 462].

67 Contra el abuso de lo institucional se ha alzado una parte de la doctrina alemana (Maunz-Durig-Herzog, en su *Kommentar*; y Stern, entre otros); sobre esta cuestión, vid. GALLEGO ANABITARTE, A.: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial* (Civitas, 1994), págs. 61 y ss.

fundamentación sobre su condición de «componentes esenciales» o «elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional»<sup>68</sup>.

Así las cosas, en torno a la idea de garantía institucional conviene hacer dos precisiones que considero importantes:

— La primera: *una cosa es que el significado de los conceptos constitucionales básicos deba ser protegido frente al legislador y otra es que todo concepto constitucional que se estime básico sea considerado una institución y protegido como tal.*

Por poner un ejemplo: una cosa es que el concepto «flagrante delito» no pueda ser interpretado a su antojo por el legislador —como acertó a ver el Tribunal Constitucional<sup>69</sup>— y otra cosa es que el «flagrante delito» sea una institución garantizada por la Constitución. Se hace preciso, por tanto, delimitar la noción de «institución», si no se quiere que pierda sentido por excesiva amplitud de su contenido. Entiendo que, a efectos de garantía institucional, la noción debe reservarse para organizaciones o formas de organización (tanto públicas como privadas, tanto jurídicas como sociales o económicas) no reguladas por la Constitución, pero sí reconocidas por ésta y, además, con fines de protección. Fuera de ello puede haber otras cosas, igualmente dignas de protección —de garantía constitucional—, pero no instituciones en sentido estricto.

Desde esta perspectiva, la «Seguridad Social» o la «familia», por ejemplo, pueden calificarse como instituciones: ambas son organizaciones (pública la una —«institución» *sensu stricto*—, privada la otra —«instituto»—) no reguladas, pero sí enunciadas por la Constitución con una evidente finalidad protectora<sup>70</sup>. No ocurre lo mismo, por ejemplo, con la «publicidad procesal», que nada tiene de organización: se trata de un principio constitucional (más bien una regla general), que merece sin duda protección constitucional —la que se deriva de la norma constitucional en la que se enuncia—<sup>71</sup>, pero no la que ofrece la garantía institucional.

<sup>68</sup> Condición que es inequívoca en algunas de las instituciones garantizadas (la autonomía local), pero que es más difícil de defender en otras (los colegios profesionales, por poner un ejemplo).

<sup>69</sup> Vid. STC 304/1993, fj 8.

<sup>70</sup> Los términos de los artículos 39.1 («Los poderes públicos *aseguran*») y 41 («Los poderes públicos *mantendrán*») son inequívocos al respecto. Esta finalidad protectora no parece encontrarse en la referencia constitucional al régimen económico-fiscal de Canarias: la Disposición Adicional Tercera tan sólo contiene un mandato para que la modificación de dicho régimen se haga con informe previo de la Comunidad Autónoma; de ello es consciente el propio Tribunal Constitucional, que encuentra una diferencia clara entre esta Disposición Adicional Tercera y la Primera, que «expresamente *ampara y respeta*» derechos históricos» (vid. STC 16/2002, fj 6). En mi opinión, en la citada Disposición Adicional Tercera no hay garantía institucional alguna; no basta que una institución se mencione en la Constitución para merecer protección, esta protección debe deducirse claramente del enunciado constitucional.

<sup>71</sup> Que prohíbe convertir el secreto en la regla general y la publicidad en la excepción, y que exige que las excepciones se prevean en normas con rango de ley.

Tampoco la «opinión pública libre» es una institución. No está reconocida expresamente en la Constitución. Además, su mismo carácter difuso la hace insusceptible de ser configurada como institución. El Tribunal Constitucional español (y el alemán también) confunde institución con valor constitucional o, mejor aún, con el interés general al que sirve el derecho fundamental. La opinión pública libre, o es el valor o el interés general al que responden las libertades de expresión e información, o no es nada. Como tal valor o interés, sirve para delimitar el ámbito de estas libertades: sólo la información u opinión que contribuya a formar una opinión pública libre tiene la relevancia pública necesaria como para hacer prevalecer tales libertades frente a los derechos del artículo 18.1. Como tal valor o interés, puede servir para guiar la acción de los poderes públicos en su compromiso de contribuir a la realización efectiva de los derechos del artículo 20.1 CE.

— La segunda: *una cosa es una institución y otra la garantía que la Constitución otorga a esa institución.*

La afirmación viene a cuento porque la Constitución contiene en ocasiones determinaciones que modulan la garantía de la institución. Un ejemplo de ello lo tenemos en la Seguridad Social, que es una institución incorporada a la Constitución con fines protectores, pero lo que la Carta Magna protege expresamente no es la Seguridad Social, sino algo mucho más concreto: un régimen público de Seguridad Social; la institución es la Seguridad Social, lo específicamente garantizado (la garantía institucional) es la naturaleza pública de la misma<sup>72</sup>. Creo que lo mismo sucede con la llamada autonomía local e incluso con la foralidad: a mi parecer, el objeto protegido (la institución) son las entidades locales y los territorios históricos, y la garantía de la Constitución (la garantía institucional) es la autonomía de las primeras y el peculiar régimen de autogobierno de los segundos, cuyo núcleo básico debe ser preservado frente a la configuración concreta que haga el legislador.

Y la afirmación viene también a cuento porque, en otras ocasiones, la Constitución, al incorporar una institución concreta, transforma su condición de tal, convirtiéndola en otra cosa. En otras palabras, otorga una garantía no institucional a objetos que, fuera de la Constitución, pudieran ser considerados instituciones. Así ocurre, por ejemplo, con la propiedad y la empresa, presuntos institutos que han sido incorporados a la Constitución y garantizados por ella no como tales institutos, sino como derechos subjetivos fundamentales: la garantía que les otorga la Constitución no es una garantía institucional sino «iusfundamental». Derecho fundamental y garantía institucional son cosas

72 Acierta el Tribunal Constitucional por ello al decir que el artículo 41 de la Constitución «consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo ... un núcleo o reducto indisponible para el legislador» [STC 32/1981, fundamento jurídico 3], de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» [SSTC 26/1987, fundamento jurídico 4.º y 76/1988, fundamento jurídico 4.º]» (STC 37/1994, f.º 3.b).

cualitativamente distintas, que no se pueden confundir. De esto me ocupo inmediatamente.

V.2. Sobre la distinción entre garantía institucional y derecho fundamental: algunas precisiones.

V.2.1. La garantía institucional nace como categoría contrapuesta al derecho fundamental, pero, andando el tiempo, ambas categorías se han ido aproximando, en el sentido de influencia de la primera sobre la segunda<sup>73</sup>. No cabe duda de que esta influencia ha producido efectos beneficiosos sobre la dogmática de los derechos fundamentales. De una parte, el concepto de «imagen maestra» ha servido de pauta para articular una eficaz protección de los derechos constitucionalizados frente al legislador, que se ha traducido en la idea de «contenido esencial». De otra parte, ha inspirado el enfoque institucional, al que, por encima de sus deficiencias, corresponde el mérito de haber cambiado la visión que tradicionalmente se tenía del papel del legislador de los derechos fundamentales: éste, lejos de ser el enemigo de la libertad, es un instrumento imprescindible para su realización efectiva.

Pero, al propio tiempo, creo que se ha producido un abuso de la comprensión institucional de los derechos fundamentales, hasta el punto de provocar una mutación de su naturaleza: han pasado a verse como institutos más que como derechos de los ciudadanos (de cada ciudadano), al servicio de los cuales nacieron. Los derechos fundamentales no se agotan en su dimensión objetiva; tienen también —y sobre todo— una dimensión individual, «pues en virtud de su relación con la dignidad de la persona, su desconocimiento o supresión impiden el desarrollo cabal del individuo y suponen una lesión intolerable de sus oportunidades vitales y de su status jurídico»<sup>74</sup>. Los derechos fundamentales son, por encima de todo, derechos subjetivos, y esta condición no puede ser debilitada en nombre de su comprensión institucional; esto vale para todos los derechos fundamentales. Además, no hay jerarquía entre derechos fundamentales, y esta jerarquía no puede verse alterada en beneficio de algunos de ellos en nombre de su «peculiar» dimensión institucional.

V.2.2. Vistas así las cosas, se impone distinguir entre «garantía institucional» y «derecho fundamental». No son categorías contrapuestas, pero tampoco son categorías idénticas. En rigor, la equiparación conceptual es, por un lado, la del binomio derecho fundamental-institución (o instituto) y, por otro lado, la del binomio garantía del contenido esencial-garantía institucional:

<sup>73</sup> Sobre esta cuestión, vid., más detalladamente, CIDONCHA MARTÍN, ANTONIO: *La libertad de empresa*, ob. cit., págs. 186 y ss.

<sup>74</sup> SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: «Principialismo y orden constitucional»; *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 2, pág. 221.

— El *tipo* de protección constitucional que confiere la garantía institucional coincide con el propio de la garantía del contenido esencial del derecho fundamental: ambos preservan el objeto de protección frente a su supresión, desnaturalización o vaciamiento por el legislador (que es a quien compete básicamente la configuración del objeto protegido). «Imagen maestra» de la institución y «contenido esencial» del derecho fundamental tienen una misma función<sup>75</sup>. La protección de la una y del otro corresponde al Tribunal Constitucional.

— El *objeto* sobre el que recae la protección constitucional (lo protegido) es distinto: en el primer caso (la garantía institucional) son *instituciones* (tanto públicas como privadas, tanto jurídicas como sociales o económicas), en el segundo caso (el derecho fundamental) son *derechos subjetivos*.

Se trata de realidades cualitativamente distintas, lo que tiene repercusiones jurídicas evidentes: los derechos subjetivos son situaciones jurídicas activas (poderes jurídicos) conferidas a la persona, que se integran en su patrimonio jurídico, y que son accionables judicialmente por su titular. Por contra, las instituciones son ámbitos objetivos de la realidad política y social (organizaciones o formas de organización, personificadas o no), sin titular concreto (o, si se prefiere, su titular es la colectividad), respecto de los cuales se impone una prohibición objetiva de destrucción o desnaturalización. En definitiva, la protección constitucional otorgada al derecho fundamental es una protección subjetiva: al derecho del ciudadano a determinadas posiciones jurídicas sigue un deber del legislador de no eliminarlas o desnaturalizarlas; se trata, pues, de un deber relacional. Por contra, la protección constitucional conferida a la institución es una protección objetiva: el deber del legislador de no suprimir o vaciar la imagen maestra del instituto es puramente unilateral, resultante de un mandato constitucional (implícito) de preservar esa imagen.

La diferencia cualitativa entre institución y derecho fundamental se proyecta sobre el modo de protección: lo que la Constitución protege con la imagen maestra son rasgos esenciales de la institución (o instituto); lo que protege con el contenido esencial son posiciones esenciales subjetivas, atribuidas al titular. La persona (cada persona) tiene derecho a defender esas posiciones ante los tribunales, cosa que no podría hacer si estamos ante una mera garantía institucional.

Los derechos fundamentales no son garantías institucionales, como tampoco son un *totum revolutum* en el que quepan derechos subjetivos y ga-

<sup>75</sup> Como dice CRUZ VILLALÓN, «Garantía Institucional» en su significado adjetivo es lo mismo que «contenido esencial» [CRUZ VILLALÓN, P.: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *REDC*, núm. 25, pág. 61]. En contra, DE OTTO, para el que «la sola garantía institucional ampara la existencia de las instituciones, no su configuración concreta», sin que exista un núcleo mínimo a salvo de la acción del legislador [DE OTTO, I.: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución»; en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y DE OTTO Y PARDO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Cívitas, 1988, pág. 101].

rantías institucionales. Son sólo (y nada menos) derechos subjetivos constitucionalizados. Cosa distinta es que su posición central en el orden jurídico-político traiga consecuencias jurídicas de primer nivel, las propias de su dimensión objetiva o institucional, concepto que no debe confundirse con el de garantía institucional. Sobre esto me ocupo enseguida. Quede claro, por tanto, mi posición: la libertad de empresa o el derecho de propiedad, o son derechos fundamentales, o son garantías institucionales, pero no las dos cosas a la vez.

V.3. Sobre la distinción entre garantía institucional y dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales: algunas precisiones.

La «garantía institucional» y la «dimensión institucional u objetiva», son conceptos que se han tratado de refundir en uno solo, a partir de la configuración de los derechos fundamentales como institutos, cuando en realidad poseen una funcionalidad distinta (opuesta, si se me apura).

La distinción, dentro de los derechos fundamentales, de una dimensión subjetiva y otra objetiva, no se plantea en términos de contraposición, sino que hace referencia a puntos de vista distintos y complementarios: la dimensión subjetiva pone de relieve que los derechos fundamentales, en cuanto proyección de la dignidad de la persona, son por antonomasia derechos subjetivos, que los individuos están facultados para ejercer en interés particular. La dimensión objetiva pone de relieve que los derechos fundamentales *son también de interés general*, son «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE) y «componentes estructurales básicos» del orden jurídico-político general<sup>76</sup>.

Ambos puntos de vista generan consecuencias jurídicas distintas para los poderes públicos. En esencia, y sin entrar ahora en detalles, el derecho fundamental, en su dimensión subjetiva, impone (como mínimo) un deber de respeto del ámbito de poder reservado al titular; deber que recae sobre todos los poderes públicos, incluido el legislador, que, en el ejercicio de su potestad normativa ha de respetar el contenido esencial del derecho (la vinculación al legislador es lo que cualifica al derecho como fundamental). Por su parte, la dimensión objetiva se traduce, al menos, en un compromiso asumido por los poderes públicos, de naturaleza positiva, consistente en asegurar a todos los ciudadanos el ejercicio igual y efectivo de los derechos fundamentales. Los poderes públicos no sólo están obligados a respetar los derechos fundamentales, sino también comprometidos a contribuir a su realización.

No entro a valorar cuál es el contenido y la eficacia jurídica de los «deberes» positivos que incorpora la dimensión objetiva de los derechos funda-

<sup>76</sup> «... en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política» (STC 53/1985, fj 4). Los derechos fundamentales forman parte del orden de valores positivizado en la Constitución, por lo que deben inspirar todo el ordenamiento jurídico y la acción del Estado.

mentales, especialmente en lo que respecta al legislador<sup>77</sup>. Lo que me interesa poner de relieve es la concepción ofensiva que late detrás de ella: los poderes públicos (con el legislador a la cabeza) no sólo deben respetar el contenido de los derechos fundamentales, sino que «deben» potenciarlos. Parafraseando a Alexy, lo que expresa la dimensión objetiva es una directriz de optimización de los derechos fundamentales que recae sobre los poderes públicos, cuya extensión es indeterminada, pues depende de las posibilidades jurídicas (las que permitan otros principios o reglas opuestos) y fácticas existentes. En este sentido, *viene a reforzar, no a debilitar los derechos fundamentales*.

Esta funcionalidad ofensiva de la dimensión objetiva impide identificarla con la noción de garantía institucional, que tiene una funcionalidad puramente defensiva. Esta persigue la protección constitucional de determinados objetos (las instituciones) frente a su desfiguramiento por los poderes públicos, en particular el legislador. Por contra, la dimensión objetiva coloca a los poderes públicos, no en la situación de enemigos de los derechos fundamentales, sino de protectores de los mismos: incita (mejor que obliga) a aquéllos (en particular al legislador, insisto) a maximizarlos dentro de lo posible. La garantía institucional es una garantía negativa (un límite), la dimensión institucional, por el contrario, es básicamente una garantía positiva (una directriz de actuación).

En definitiva, la «garantía institucional», como técnica aplicable a los derechos fundamentales, es irrelevante en cuanto a la protección que otorga, pues esa función la cumple adecuadamente la noción de «contenido esencial», y resulta notablemente perturbadora cuando se mezcla con la llamada dimensión objetiva o institucional, que responde a una finalidad distinta<sup>78</sup>.

Queda en el tintero el análisis detallado de lo que significa afirmar en los derechos fundamentales esa dimensión objetiva. Son muchas las cuestiones implicadas, que exceden de las dimensiones exigibles a este trabajo. Así, cabe preguntarse si tiene sentido utilizar precisamente la dimensión objetiva como cauce para extender los derechos fundamentales a las relaciones privadas o si, realmente, los derechos fundamentales son eficaces *inter privados* sin necesidad de esta pasarela. A estos efectos, la dimensión objetiva parece más bien un cómodo expediente (construido *ad hoc*) que permite dar cuenta de las exigencias de la realidad (los derechos fundamentales deben tener algún tipo de vigencia en las relaciones particulares), pero sin renegar de un

77 Sobre las consecuencias de calificar los derechos fundamentales como normas objetivas de principio ha escrito muy críticamente BOCKENFÖRDE (vid. «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental»; en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden Baden, 1993, págs. 95 y ss).

78 Resulta así que la dimensión institucional de la libertad de empresa y del derecho de propiedad, rectamente entendida, es una directriz para potenciarlos, no para debilitarlos. Resulta así también que entender estos derechos como garantías institucionales significa protegerlos, aunque sea como instituciones. No puede servir de justificación para limitarlos. Libertad de empresa y derechos de propiedad son derechos limitables, incluso muy limitables, pero no en nombre, ni de su dimensión institucional, ni de su consideración como garantías institucionales.

prejuicio histórico elevado a la categoría de dogma (los derechos fundamentales son derechos *públicos* subjetivos)<sup>79</sup>. Cabe preguntarse también si no es excesivo extraer de la dimensión objetiva un mandato de maximización de los derechos fundamentales, de cada derecho fundamental, como hace la doctrina últimamente, siguiendo a Alexy. Este excesivo alcance conduce a consecuencias absurdas<sup>80</sup> y olvida que la Constitución no es un manual de instrucciones vinculantes, sino un marco (con límites, eso sí) en el que caben políticas diversas, también en materia de derechos fundamentales. Parece más lógico hablar de un mandato de mínimos (un mínimo de eficaz protección del derecho) y una habilitación de máximos, hasta el límite que representen otros derechos y bienes constitucionales<sup>81</sup>. En fin, cabe preguntarse también si el deber de protección de los derechos fundamentales que pesa tanto sobre el legislador como sobre los jueces no tiene distinta base jurídica: la del legislador, la norma del artículo 9.2 CE, la de los jueces, la norma del artículo 24.1 CE. La primera, garantía objetiva —derivada, pues, de la dimensión objetiva—, que no genera pretensiones jurídicas individuales ante los tribunales; la segunda, garantía subjetiva —derivada de la dimensión subjetiva— y, por tanto, accionable individualmente ante los tribunales. Los jueces están obligados a tutelar efectivamente los derechos fundamentales porque los ciudadanos tienen derecho subjetivo fundamental a esa tutela efectiva. Cosa distinta es si el juez puede siempre, en ausencia de ley, otorgar esa tutela<sup>82</sup>.

Estas y otras cuestiones merecen un estudio específico. Aquí sólo he pretendido ir a la búsqueda de la claridad conceptual. Precisamente por esto no me resisto a concluir este trabajo sin hacer un último distinguo. Creo que las normas que reconocen derechos fundamentales y los derechos por ellas enunciados no son realidades jurídicas idénticas<sup>83</sup>. Desde esta creencia, me

79 Sobre esta cuestión me he pronunciado en CIDONCHA MARTÍN, ANTONIO: *La libertad de empresa*, ob. cit., págs. 249 y ss.

80 Si fuera un deber jurídicamente vinculante maximizar todos los derechos fundamentales, nos encontraríamos, por ejemplo, con que los poderes públicos estarían obligados a maximizar tanto la libertad de empresa como el derecho al trabajo. Esto es, estarían obligados a llevar a cabo tanto una política flexibilizadora del despido como otra protectora del trabajador frente al despido. Esto es absurdo, y el absurdo (que se puede extender a otros pares de derechos fundamentales susceptibles de entrar en conflicto —libertades de expresión e información y derechos del artículo 18.1, por ejemplo—) es el resultado de considerar como obligatorio jurídicamente maximizar los derechos fundamentales, en el sentido de Alexy.

81 Sobre esta cuestión también me he pronunciado en CIDONCHA MARTÍN, ANTONIO: *La libertad de empresa*, ob. cit., págs. 202-203.

82 Sobre la vinculación subjetiva y objetiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales, vid. mi posición en CIDONCHA MARTÍN, ANTONIO: *La libertad de empresa*, ob. cit., págs. 197 y ss. Sobre el papel del juez en presencia y ausencia de ley que regule el ejercicio del derecho fundamental, vid. las págs. 360 y ss.

83 Como advierte certeramente JIMÉNEZ CAMPO, para el que este distinguo lógico —cuyo fundamento es el doble carácter de los derechos fundamentales— es necesario para no confundir las determinaciones objetivas en que las normas consisten con las facultades y poderes jurídicos que atribuyen al titular del derecho [JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, 1999, pág. 31].

aventuro a pensar que la distinción entre un elemento objetivo y otro subjetivo no debe predicarse tanto del derecho fundamental, como de la norma que lo enuncia (la norma de derecho fundamental). En toda norma de derecho fundamental («Todos tienen derecho a la vida») hay una doble operación jurídica, o si se prefiere, dos normas: la primera, la atribución de un derecho fundamental (dimensión subjetiva de la norma); la segunda, la asignación de una competencia de maximización del derecho fundamental dirigida a los poderes públicos (dimensión objetiva de la norma), con un componente obligatorio (mandato de mínimos) y un componente facultativo (habilitación de máximos).

Pienso que establecer la distinción en la norma y no en el derecho es dogmáticamente más correcto y, a la vez, más práctico, porque evita los posibles equívocos y complicaciones que genera calificar al derecho fundamental al mismo tiempo como derecho subjetivo y como institución o principio objetivo del ordenamiento. Como ya he dicho —y concluyo—, los derechos fundamentales son sólo (y nada menos) derechos subjetivos «constitucionalizados», si bien las normas en las que se reconocen no agotan su eficacia en ese reconocimiento, esto es, no sólo imponen límites a los poderes públicos (y a los particulares), sino también directrices de actuación. El fundamento, alcance y eficacia de estas directrices es cosa que merece ser contada en otra ocasión.

\* \* \*

TITLE: *Institutional guarantee, institutional dimension and fundamental right: jurisprudential balance.*

ABSTRACT: *Firstly, this paper aims to do a review of reception by our Constitutional Court of the institutional guarantee concept and the institutional approach with regard to fundamental rights. On the one hand, the Constitutional Court does not distinguish between institutional guarantee and fundamental right and, second, blends the institutional guarantee in the institutional dimension of fundamental rights. The institutional dimension, melted with the notion of institutional guarantee, has been used by our Constitutional Court to strengthen certain fundamental rights (freedom of expression and information) and to weaken others (the right of ownership and free enterprise). This paradoxical outcome is a consequence of the confusion between institutional guarantee, fundamental right and institutional dimension of fundamental rights. Secondly, it is purpose of this paper get out of this confusion, with some conceptual clarification.*

RESUMEN: *Este trabajo pretende hacer, en primer lugar, un balance de la incorporación por nuestro Tribunal Constitucional del concepto de garantía institucional y del enfoque institucional en relación con los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional, por una parte, no distingue entre garantía institucional y derecho fundamental y, por otra, funde la garantía institucional en la dimensión institucional de los derechos fundamentales. La dimensión institucional, fundida con la noción de garantía institucional, ha sido utilizada por nuestro Tribunal Constitucional para for-*

*talecer algunos derechos fundamentales (las libertades de expresión e información) y para debilitar otros (el derecho de propiedad y la libertad de empresa). Este resultado paradójico es consecuencia de la confusión entre garantía institucional, derecho fundamental y dimensión institucional de los derechos fundamentales. Es propósito de este trabajo, en segundo lugar, salir de esta confusión, haciendo unas aclaraciones conceptuales.*

KEY WORDS: *Institutional guarantee. Institutions. Objective or institutional dimension. Subjective dimension. Fundamental rights. Constitutional Court jurisprudence.*

PALABRAS CLAVE: *Garantía institucional. Instituciones. Dimensión objetiva o institucional. Dimensión subjetiva. Derechos fundamentales. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*