
JUAN CIANCIARDO



**LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

**LOS LÍMITES
DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

RESUMEN

En este trabajo se abordan algunos aspectos sobre los límites de los derechos. Se verán, sucesivamente, su conceptualización en la jurisprudencia y en la doctrina, y su papel en el Derecho Constitucional y –a grandes rasgos– en la Teoría del Derecho. No serán tocados aquí los *límites de los límites*, a saber, el contenido esencial y el principio de razonabilidad. Tras la exposición de la jurisprudencia y la doctrina, se propone una teoría de alternativa acerca de los límites, procurando conciliar las exigencias dimanantes del carácter inviolable de los derechos, con la necesidad de su regulación.

1. INTRODUCCIÓN

Las normas iusfundamentales tutelan aspectos de la vida humana indispensables para un desarrollo digno de la personalidad. Por esa razón, una vez establecidas en la Constitución, deben ser respetadas por el legislador ordinario. Esta afirmación, a pesar de su sensatez irrefutable a los ojos de un observador occidental de fines del siglo xx, se enfrentó en los inicios del constitucionalismo a diversos problemas de orden teórico y práctico. La principal dificultad teórica tuvo su origen en la concepción de la ley –toda ley, también la ordinaria– como expresión de la voluntad de los ciudadanos, que afectó principalmente a la Europa continental. Si la ley expresaba siempre la voluntad del pueblo, no existía motivo para poner sobre ella ningún orden normativo¹. En segundo lugar, existía un importante escollo de orden operativo –derivado, por cierto, de lo anterior: se carecía de técnicas jurídicas que permitieran asegurar la supremacía de la Constitución².

La primera valla fue sorteada a la fuerza: rápidamente en algunos casos y más lentamente en otros, la realidad dejó ver que la legislación ordinaria muchas veces caía en contradicciones patentes con la Constitución, violando incluso las normas iusfundamentales. La superación del segundo obstáculo debe atribuirse en una medida determinante a la práctica constitucional estadounidense, y, más específicamente, a la tarea jurisdiccional de su Suprema Corte. En efecto, fue en el célebre caso *Marbury vs. Madison*, fallado en

1. Cfr. PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 98-99.

2. Cfr. *ibid.*

1803³, donde se sentaron las bases de la *judicial review*, doctrina esta que –dejando de lado algunas diferencias, especialmente la que separa a los regímenes de control concentrado de los de control difuso– constituye la columna vertebral de la jurisdicción constitucional, en el mundo occidental⁴. Hasta que se constataron las contradicciones entre legalidad y constitucionalidad y se consolidó el control de constitucionalidad en un orden jurídico concreto la vigencia de los derechos fundamentales se limitó al respeto del principio de legalidad⁵.

No obstante, la sujeción del legislador a la Constitución no podía significar, ni significó nunca, la proscripción de toda intervención en las normas iusfundamentales. De modo que esta intervención ha quedado justificada históricamente por dos razones: 1. La amplitud característica de las normas iusfundamentales, que requiere como complemento casi indispensable de concreciones que las hagan aplicables⁶. Tan es así, que en muchos casos es el propio constituyente quien expresamente habilita las intervenciones del legislador ordinario. 2. La llamada naturaleza bifronte de las normas iusfundamentales: si se acepta que dichas normas imponen al legislador no sólo una obligación de abstención, es decir, un no-hacer, sino también una obligación de promoción, esto es, de hacer, debe también aceptarse que tenga las facultades adecuadas para el logro de esta finalidad⁷.

-
3. 5 U.S. 137 (1803). Cfr. TRIBE, L. H., *American Constitutional Law*, 2th edition, New York, The Foundation Press, 1988, p. 23 *et seq.*; GUNTHER, G., *Individual Rights in Constitutional Law*, 15th edition, New York, The Foundation Press, Inc., 1992, p. 2 *et seq.* «Los antecedentes históricos, de vital importancia para comprender el caso», en GUNTHER, G., *op. cit.*, pp. 10-12. Cfr., asimismo, la traducción del caso al castellano y su crítica en MILLER, J. M., GELLI, M. A., CAYUSO, S., *Constitución y poder político*, 2 vols., Buenos Aires, Astrea, 1987, vol. 1, pp. 2-16.
 4. Cfr., al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 49-61, 95-103 y 121-135; y del mismo autor, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», *Revista Española de Derecho Constitucional* 1, 1981, pp. 35-131, esp. pp. 36-46.
 5. Cfr. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 1-8. Cfr., asimismo, DE LA QUADRA, T., «La Constitución como norma suprema y la seguridad jurídica», en LÓPEZ PINA, A. (ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 132-145.
 6. J. BENTHAM, quien, como es sabido, rechaza la teoría de los derechos humanos, plantea el siguiente dilema: «una de dos: o esos derechos que declararéis los enunciáis con excepciones, o sin excepción, es decir, con la reserva de poder modificarlos por leyes subsiguientes, o como una declaración pura y simple». En el primer caso, «la declaración no significa nada, no tiene ningún efecto para limitar el poder legislativo; en el segundo, es imposible observar esa declaración absoluta; cada ley concreta será una violación manifiesta. Suponiendo que se haya enunciado en la declaración que la libertad de cada individuo se conservará entera y sin quebranto alguno, cualquier ley subsiguiente entrará en contradicción directa con esa extravagante proposición. Pero en el supuesto de que se haya dicho que todo individuo conservará íntegra y sin quebranto su libertad, excepto en los casos en que la ley ordene otra cosa, es evidente que no ha dicho nada y que el poder legislativo queda igual de ilimitado que si no hubiera habido ninguna declaración» (BENTHAM, J., «Sophismes anarchiques», en DUMONT, E. (ed.), *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 510, n. 20). Las ideas que se exponen en este trabajo quizá constituyan una vía de superación de la aporía benthamiana.
 7. La doctrina del doble carácter de los derechos fundamentales ha sido explícitamente aceptada por el Tribunal Constitucional. Cfr. STC 25/1981, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (en adelante, R.T.C.) 1981-354, FJ 5º.

Lo anterior deja claro que el legislador puede y debe intervenir en las normas iusfundamentales. Esto hace renacer el problema de la sujeción. Una sujeción en sentido fuerte requiere de la formulación de límites a las facultades de regulación del legislador ordinario. En otras palabras, las regulaciones que el legislador establece a las normas iusfundamentales necesitan, a su vez, de límites que aseguren la sujeción de aquél a la Constitución. La doctrina y la jurisprudencia recientes han hablado, por ello, de la existencia de «límites de los límites».

Un estudio completo de la noción de derecho fundamental y de norma iusfundamental requiere, por lo dicho, del examen de los conceptos de límites iusfundamentales y de «límites de los límites». En este trabajo se examinarán los límites de los derechos fundamentales. Se verán, sucesivamente, su conceptualización en la jurisprudencia y en la doctrina, y su papel en el Derecho constitucional y –a grandes rasgos– en la Teoría del Derecho. No serán tocados aquí los «límites de los límites», a saber, el contenido esencial y el principio de razonabilidad⁸. La aproximación al concepto de límites se llevará a cabo tomando como punto de partida la jurisprudencia y doctrina españolas, aunque ello no eximirá de algunas convenientes aproximaciones al Derecho constitucional alemán⁹.

2. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN

La *Ley Fundamental de Bonn* (en adelante, LF) ha reconocido los derechos fundamentales de dos modos distintos: existen, de un lado, derechos que se encuentran sometidos a una reserva específica de limitación por el legislador, y, del otro, derechos reconocidos sin reserva, como la libertad religiosa (art. 4), o las libertades de creación y expresión artísticas, así como las de investigación y cátedra (art. 5.3).

Los derechos con reserva de limitación tienen, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina constitucionales, dos clases de límites: a) los límites directos, que son los que surgen de la propia LF; y b) los límites indirectos, que son los creados por el legislador en uso de las reservas específicas

8. Un estudio completo de ambos temas en CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, cap. 3, epígrafe 5, y cap. 4.

9. Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., «La recepción de la Ley Fundamental de la RFA», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* 1 (1989), *passim*.

establecidas en el texto constitucional¹⁰. Desde otro punto de vista, que no tiene en cuenta tanto al sujeto limitador como al origen de la limitación, se ha hablado de: a) límites internos o intrínsecos; y b) límites externos o extrínsecos de los derechos fundamentales. Los primeros provendrían de la conceptualización del contenido de los derechos, es decir, de su «interior»¹¹. Definidos negativamente, los límites internos no son

«barreras al ejercicio de los derechos que cercan y reducen el espacio natural y original de éstos, sino (...) fronteras que delimitan su mismo contenido, de suerte que fuera de ellas ni hay ni nunca hubo derecho»¹².

Los límites externos, en cambio, tendrían origen en la necesidad de armonizar los conflictos del derecho fundamental de que se trate con otros derechos fundamentales y con bienes constitucionales. Vendrían, por tanto, impuestos «desde fuera» del derecho fundamental. En otras palabras, los límites externos serían restricciones de los derechos fundamentales que no estarían determinadas por la conceptualización del derecho en juego, como en el caso de los límites internos, sino por la existencia de otros derechos fundamentales, o de bienes públicos que se encontrarían en conflicto con él¹³.

Por lo que se refiere a aquellos derechos fundamentales que la Constitución reconocía sin establecer respecto de ellos reservas, se plantean algunos problemas. ¿Significa la omisión de reservas expresas que son ilimitables? El Tribunal Constitucional Federal entendió desde los comienzos que no, y creó entonces la noción de límites inmanentes, que serían aquellos límites derivados de la necesidad de articular los derechos fundamentales sin reserva con otros derechos fundamentales y con bienes públicos, y que pueden ser explicados por el legislador aun en ausencia de habilitación constitucional

10. Hay que dejar constancia de que la nomenclatura de los distintos tipos de límites es confusa. Sobre esto, cfr. la opinión de F. Velasco Caballero, en BACIGALUPO SAGGESE, M. y VELASCO CABALLERO F., «Límites inmanentes» de los derechos fundamentales y reserva de ley», en: *Revista Española de Derecho Administrativo* 85, 1995, enero-marzo 1995, pp. 115-131, p. 125, nota 17. Las dificultades del concepto de límites han llevado a M. Medina Guerrero a afirmar que su estudio «supone adentrarse en el ámbito tal vez más resbaladizo de la dogmática de los derechos fundamentales» [MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa* (...), *op. cit.*, p. 45].

11. «Son aquellos que sirven para determinar el contenido del derecho» [GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 159].

12. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 69-70, nota 96.

13. No nos parece acertada, por restrictiva, la definición de J. C. GAVARA DE CARA, para quien: «[l]os límites externos o intervenciones en un sentido estricto son normas de rango infraconstitucional que modifican alguno de los elementos configuradores del derecho fundamental (titular, destinatario y objeto) y que suponen la inaplicación a dichas modificaciones del sentido prescriptivo o cualificatorio de un derecho fundamental como consecuencia de la utilización por parte del Poder Legislativo de una norma de competencia» [GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo* (...), *op. cit.*, p. 159, pp. 159-160]. El desacierto radica, a nuestro juicio, en excluir de la definición a las limitaciones que el propio constituyente puede imponer, y de hecho impone, a algunos derechos fundamentales, con base en sus eventuales conflictos con otros derechos fundamentales o con bienes públicos.

expresa¹⁴. El fundamento de la existencia de esta clase de límites sería, entonces, el principio de unidad de la Constitución¹⁵.

Es opinión prácticamente unánime, con alguna excepción en la jurisprudencia¹⁶, que el establecimiento de límites inmanentes sólo puede hacerse mediante ley¹⁷. Esta última afirmación se vincula parcialmente a una cuestión que ha dado lugar a polémica. Se trata de la naturaleza de los límites inmanentes: ¿Son límites internos o externos? La respuesta es, por dos razones, de considerable importancia: a) de aceptarse que son delimitaciones del derecho fundamental, y no propiamente límites, no operaría respecto de ellos la reserva genérica de ley establecida para toda intervención «en la libertad y en la propiedad», de conformidad con el principio de Estado de Derecho del artículo 20.3 LF. Actualmente este problema está superado, porque el Tribunal Constitucional desvinculó la reserva genérica de ley de aquella fórmula tradicional de la libertad y la propiedad, y la extendió, tomando como base a la llamada teoría de la esencialidad (*Wesentlichkeitstheorie*), al conjunto de decisiones que considera esenciales, entendiendo por tales aquellas que lo son «para la realización de los derechos fundamentales»¹⁸; b) si los límites inmanentes no son verdaderos límites, sino delimitaciones del contenido del derecho fundamental, explicitación de algo que ya se encuentra «dentro» de él, les serían inaplicables los controles establecidos en el artículo 19.1 y 2 LF, sobre el que volveremos más adelante:

«Artículo 19. 1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser limitado por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser aplicable al caso concreto. Además, la ley deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo.

2. En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial».

Las dos respuestas posibles del interrogante inicial –es decir, sostener que los límites inmanentes son internos a los derechos o afirmar, por el contrario,

14. Cfr. BVerfGE 28, 234; 30, 173; 35, 202; 47, 46; 59, 231; 67, 213. También han sido llamados límites implícitos. Cfr. GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo (...)*, op. cit., p. 160.

15. El cual, en palabras del Tribunal Constitucional español, no «toleraría que una de sus disposiciones se desvirtuara íntegramente por lo establecido en otra» (SSTC 137/1986, R.T.C. 1986-III-215, FJ 3º; 26/1987, R.T.C. 1987-I-264, FJ 5º). Del principio de unidad debe derivarse la necesidad de una interpretación sistemática [cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., *La garantía del contenido esencial (...)*, op. cit., pp. 67-68].

16. La excepción es alguna sentencia del Tribunal Administrativo Federal. Cfr. *Neue Juristische Wochenschrift* 1991, 1766. Un comentario crítico de esta sentencia en BACIGALUPO SAGGESE, M., «La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes" a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (a propósito de la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán del 18 de octubre de 1990)», en *Revista Española de Derecho Constitucional* 38, 1983, mayo-agosto 1983, 297-315. Asimismo, MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa (...)*, op. cit., p. 49, y sus citas.

17. Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, M., «La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes"», artículo cit., *passim*, y la jurisprudencia allí citada; asimismo, BACIGALUPO SAGGESE, M. y F. VELASCO CABALLERO, «Límites inmanentes" de los derechos fundamentales y reserva de ley», artículo cit., *passim*.

18. Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, M., «La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes"», artículo cit., p. 307, con cita y remisión a: BVerfGE 47, 46, 79 *et seq.*

que son externos a ellos- han tenido defensores y detractores, tanto en Alemania como en España. El asunto recibirá un tratamiento conjunto a continuación del estudio del sistema constitucional español, central para nuestro examen de los límites iusfundamentales según se avisó en la introducción.

Antes de pasar al siguiente punto, corresponde hacer una precisión: si tanto los límites inmanentes como los que el legislador crea haciendo uso de una reserva de limitación requieren una ley, la diferencia entre unos y otros estribará en una sola cosa: en que los primeros deben tener por justificativo la necesidad de proteger otros derechos fundamentales o bienes de naturaleza constitucional, mientras que los segundos admitirían, al menos hipotéticamente, su establecimiento en tutela de derechos y bienes infraconstitucionales¹⁹. En palabras del propio Tribunal Constitucional:

«sólo los derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional, en consideración a la unidad de la Constitución y al orden general de valores por ella protegido, son susceptibles de limitar también, en determinadas relaciones, los derechos fundamentales reconocidos como ilimitables»²⁰.

Cabe reiterar, por último, que existe unanimidad de criterios al afirmar que todos los límites creados por el legislador para aquellos derechos sometidos a reserva, esto es, tanto los internos como los externos, tienen como límite, a su vez, el respeto de la máxima de proporcionalidad y del contenido esencial de los derechos fundamentales (artículo 19.2 LF)²¹.

3. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Tanto la concepción de los límites del Tribunal Constitucional como la de la doctrina española que se ha ocupado de los límites parece haber asumido casi al pie de la letra la del Derecho constitucional alemán. Se parte de una definición amplia del concepto de límite:

19. Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, M., «La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes"», artículo cit., p. 308.

20. BVerfGE 28, 243, 261, cit. por MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa (...)*, op. cit., p. 49.

21. Cfr. HESSE, C., «Significado de los derechos fundamentales», en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, edición, prolegómena y trad. al castellano de López Pina, A., Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996, p. 110. En el caso de los límites inmanentes, la jurisprudencia alemana ha hablado de que el «límite del límite» estaría constituido por el principio de concordancia práctica, que prescribe la búsqueda de un equilibrio entre los derechos o bienes en conflicto que permita, en la medida de lo posible, la optimización de su ejercicio. Pero como se ha señalado con acierto, se trata de una reproducción del juicio de proporcionalidad (cfr. BACIGALUPO SAGGESE, M., «La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes"», artículo cit., pp. 306-307).

«se emplea (...) la expresión límites de los derechos fundamentales en un sentido general para aludir a toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos»²².

A partir de aquí, se distingue, de un lado, entre límites internos y externos, y, del otro, entre límites necesarios, directos, e indirectos (o inmanentes). Conviene comenzar con una enumeración de las disposiciones de la Constitución española (en adelante, CE) relacionadas con el tema de los límites iusfundamentales. Nos referiremos, también, a una norma constitucional concreta, para facilitar la exposición.

Las normas directamente involucradas son las siguientes:

«Artículo 53.1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)».

«Artículo 81.1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución».

El ejemplo escogido es, una vez, más, el derecho de información:

«Artículo 20.1. Se reconocen y protegen los derechos:

a. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (...).

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

De la transcripción de los artículos anteriores se infiere lo siguiente:

- a. A diferencia de lo que ocurre con el texto de la LF (aunque en consonancia con la práctica constitucional alemana) la CE consagra en el artículo 53.1 una reserva de «regulación del ejercicio» de los derechos fundamentales, a la que se une, además, un reconocimiento expreso, en el artículo 81.1 CE, de la facultad legislativa de «desarrollar» los derechos fundamentales y las libertades públicas;
- b. Junto a derechos fundamentales sin reserva expresa de limitación se encuentran otros que sí la tienen, como el derecho de información, el

22. AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 14, enero-abril 1993, pp. 10-11.

derecho a sindicarse libremente o el derecho a la huelga²³. En esto, por tanto, no hay diferencias entre la LF y la CE;

- c. Los dos puntos anteriores, leídos a la luz de los desarrollos del Derecho constitucional germano, abren inevitablemente algunas preguntas importantes. El primer problema a resolver es, indudablemente, el significado de la frase «regular el ejercicio». Hay que averiguar si equivale a limitar los derechos fundamentales. Tanto una respuesta afirmativa como una negativa nos enfrenta a objeciones de cierto calado. Si regular el ejercicio equivaliera a limitarlos podría cuestionarse el sentido de las reservas específicas de limitación, como por ejemplo la del transcrito artículo 20.4 CE, o, dicho con otras palabras, cabría preguntar qué puede haber llevado al constituyente a concretar en unos casos los límites y a la vez admitir la posibilidad de que éstos sean fijados por el legislador. Pero si regular el ejercicio no fuese limitarlos, si se tratase de algo diferente –v. gr., explicitar el contenido de los derechos– entonces quizá algunos pretendieran extrapolar del Derecho alemán la doctrina de los límites inmanentes, con todas las dificultades que ella trae consigo.

Quizá convenga, nuevamente, anticiparse a lo que vendrá: la solución de los problemas anteriores parece exigir una aproximación dogmática al concepto de restricción de norma iusfundamental, del mismo modo que dicha aproximación era exigida para resolver las aporías del concepto de límites que se maneja en el Derecho constitucional alemán. Con aproximación dogmática se quiere aludir aquí al estudio de los conceptos de supuesto de hecho de norma iusfundamental, de ámbito de aplicación de una norma y, finalmente, de restricción de una norma iusfundamental.

3.1 El concepto de límite iusfundamental en la jurisprudencia del tribunal constitucional

Desde los comienzos de su tarea el Tribunal Constitucional trazó las líneas básicas de la que puede ser llamada su teoría de los límites de los derechos fundamentales. La primera aproximación tuvo lugar en la STC 5/1981, en la que el Tribunal distinguió entre límites necesarios, «que resultan de (...) la propia naturaleza» de los derechos, límites «que se producen por su articulación con otros derechos», y límites establecidos por el legislador, «respetando

23. Respecto de estos dos últimos derechos se establece en la CE lo siguiente: «Artículo 28.1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a la disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos (...). 2. Se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Otro ejemplo análogo se encuentra en el artículo 37.2, en el que se dispone: «Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad».

siempre (...) [el] contenido esencial»²⁴. Poco más tarde la cuestión sería nuevamente abordada. La ocasión fue la conocida STC 11/1981. Se sostuvo allí, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

«la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos»²⁵.

La posición del Tribunal podría, entonces, ser resumida en los siguientes puntos:

- a. Los derechos fundamentales no son absolutos. Por el contrario, tienen diferentes límites²⁶;
- b. Esos límites son de tres clases: necesarios, directos e indirectos²⁷;
- c. Los límites necesarios son aquellos derivados de la propia naturaleza del derecho de que se trate. Se hace aquí alusión, desde nuestro punto de vista, a los límites que derivan de una interpretación del sentido de la cláusula constitucional;
- d. Los límites directos son los que se establecen «directamente» en la Constitución. El caso arquetípico es el del artículo 20.4, ya transcrito²⁸;
- e. Los límites indirectos son aquellos que se derivan de la necesidad de articular los derechos fundamentales entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos. Los crea únicamente el legislador haciendo uso de la facultad de «regulación del ejercicio» de los derechos fundamentales reconocida en el artículo 53.1. Para el Tribunal Constitucional, no hay diferencia entre «limitación» y «regulación del ejercicio» de un derecho fundamental;
- f. Sólo son lícitos como límites indirectos los que se dirigen a proteger otros derechos fundamentales o bienes públicos expresamente consagrados en la CE²⁹. Si bien esta línea jurisprudencial –que, por cierto, se aleja de la que en Alemania llevó a la distinción entre límites indirectos e inmanentes– se encuentra bastante consolidada, hay algunos casos en los que

24. STC 5/1981, R.T.C. 1981-67, FJ 7°.

25. STC 11/1981, R.T.C. 1981-173, FJ 7°.

26. Se ha dicho de la libertad de expresión y del derecho de información, por ejemplo, que «no tienen carácter absoluto aun cuando ofrezcan una cierta vocación expansiva» (SSTC 76/1995, R.T.C. 1995-II-117, FJ 3° y 176/1995, R.T.C. 1995-III-405, FJ 2°). Cfr., asimismo, STC 5/1981, R.T.C. 1981-67, FFJJ 7° y 8°. La terminología que emplea el Tribunal Constitucional esconde, desde el punto de vista que aquí se sostendrá, una confusión conceptual. Que los derechos tengan límites significa que no son «ilimitados», lo cual no impide que puedan ser calificados como «absolutos». «Limitado» se opone a «ilimitado», pero no a «absoluto». Cfr. *infra* el epígrafe 5.2. «Hacia un replanteamiento de la cuestión de los límites».

27. Aunque, en ocasiones, los límites directos de la libertad de expresión mencionados en el artículo 20.4 de la CE han sido llamados «inmanentes». Cfr. SSTC 76/1995, cit., FJ 3°; 176/1995, cit., FJ 2°.

28. Cfr. otros ejes. *supra*, n. 23.

29. Cfr. 11/1981, cit., FJ 7°. Cfr., además, entre otras, SSTC 22/1981, R.T.C. 1981-312, FJ 9°; 3/1983, R.T.C. 1983-25, FJ 4°; 46/1983, R.T.C. 1983-406, FJ 7°; 66/1991, R.T.C. 1991-I-734, FJ 2°.

el Tribunal Constitucional ha aceptado la constitucionalidad de límites de naturaleza infraconstitucional. En un trabajo reciente, se ha dicho que las excepciones son dos: el abuso del derecho y los límites implícitos³⁰. Respecto de la primera, se ha sostenido que es una excepción aparente:

«por más que formalmente el abuso del derecho aparezca en ocasiones en la jurisprudencia como un límite de los derechos, y, por ende, se presente aparentemente como una restricción de su “contenido inicialmente protegido”, lo cierto es que en rigor lo que hace el Tribunal Constitucional en un buen número de ocasiones (...) es sencillamente excluir apriorísticamente de dicho ámbito todo proceder contrario a la buena fe, al deber de lealtad o a una regla de general observancia en el tráfico. No habría, pues, un problema de límites, sino de delimitación del contenido del Derecho»³¹.

Los límites implícitos, por otro lado, serían aquellos que se encuentran, en palabras del Tribunal Constitucional «previstos en el ámbito internacional en el que se inserta nuestra Constitución»³², aunque no se deriven autónomamente de ella. El Tribunal fundamenta esa interpretación, fuertemente criticada³³, en el artículo 10.2 CE³⁴. Han sido derivados del orden internacional límites tales como la moralidad y el orden público³⁵;

- g. La facultad de limitar un derecho fundamental encuentra el límite en el respeto de su contenido esencial, de acuerdo con lo establecido en el mismo artículo 53.1 CE, y también en el principio de proporcionalidad. Como se ha afirmado desde una posición crítica con esta jurisprudencia, la teoría de los límites de los derechos fundamentales

30. Cfr. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa (...)*, op. cit., pp. 79-89.

31. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa (...)*, op. cit., p. 80.

32. STC 62/1982, FJ 2º. Cfr. el antecedente de esta doctrina en la STC 22/1981, especialmente el FJ 9º. Cfr., asimismo, STC 65/1992, R.T.C. 1992-I-851, FJ 2º; 176/1995, cit., FJ 5º.

33. Cfr. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa (...)*, op. cit., pp. 87-89 y sus citas; DE OTTO Y PARDO, 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, L. y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 114-115.

34. En el que se establece lo siguiente: «Artículo 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Sobre la interpretación de este artículo., cfr. SSTC 78/1982, R.T.C. 1982-739, FJ 4º; 36/1984, R.T.C. 1984-I-386, FJ 3º; 114/1984, R.T.C. 1984-II-1226, FJ 3º; 120/1990, R.T.C. 1990-II-704, FJ 3º; 64/1991, R.T.C. 1991-I-688, FJ 4º; 245/1991, R.T.C. 1991-IV-704, FJ 3º; 38/1981, R.T.C. 1981-535, FJ 4º; 36/1991, R.T.C. 1991-I-297, FJ 5º; 254/1993, R.T.C. 1993-II-1195, FJ 6º. Cfr., asimismo, REGUEJO PAGÉS, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, passim; RUBIO LORENTE, F. y otros, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel Derecho, 1995, pp. 78-82. Sobre el caso específico del Convenio Europeo, cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAGUER, L., «La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», R.A.P. 137, 1995, pp. 7-29; y BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Hacia el Derecho Público Europeo», en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (coord.), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 31-56.

35. Respecto de la moralidad como límite, cfr. STC 176/1995, cit., FJ 5º; y con relación al orden público, cfr. STC 65/1992, R.T.C. 1992-I-851, FJ 2º.

«tiene que completarse necesariamente con la de los límites de los límites, porque de no ser así los derechos y libertades no tendrían ni una mínima resistencia frente a los demás bienes constitucionalmente protegidos (...)»³⁶.

3.2 El concepto de límite iusfundamental en la doctrina constitucionalista española

No existe un desarrollo dogmático importante del tema de los límites iusfundamentales en la doctrina española. Existen, sí, algunos trabajos que lo abordan, pero lo hacen muy brevemente, o como aspecto colateral del objeto central³⁷. No obstante, se ha venido consolidando una serie de conceptos de relevancia que serán sumariamente analizados a continuación.

La doctrina española sobre los límites de los derechos fundamentales se encuentra claramente dividida en dos posiciones. La opinión mayoritaria adhiere a la postura sostenida por el Tribunal Constitucional, que se sintetizó en el punto anterior. Desde este punto de vista: a) no hay diferencia entre regulación del ejercicio y verdadera limitación de los derechos fundamentales, y b) las reservas específicas de limitación tendrían la única función de indicar al legislador límites específicos, aunque sin coartarlo para la

36. DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades (...)», *op. cit.*, p. 126.

37. «Este tema no tiene, pese a su importancia, un desarrollo doctrinal suficiente», comenta G. Peces-Barba Martínez en su *Curso de derechos fundamentales* (...), *op. cit.*, p. 587. La excepción quizá sea el libro de MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa* (...), *op. cit.* Cfr., asimismo, PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 153-166; AGUIAR DE LUGUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 14, enero-abril 1993, pp. 9-34; AGUIAR DE LUGUE, L., «El Tribunal constitucional español y el legislador de los derechos fundamentales», en R. ROMBOLI ed., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, G. Giappichelli, 1994; BACIGALUPO, M., «La aplicación de la doctrina de los "límites immanentes" a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (...)», artículo cit., pp. 297-315; BACIGALUPO SAGGESE, M. y F. VELASCO CABALLERO, «"Límites immanentes" de los derechos fundamentales y reserva de ley», artículo cit., pp. 115-131; DE ASÍS, R., «Sobre los límites de los derechos», en *Revista Derechos y libertades* 3, 1994, pp. 111-130; GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo* (...), *op. cit.*, p. 159; RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, J., *La razón de los derechos* (...), *op. cit.*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 69-70, nota 96. Sobre los límites y algún derecho fundamental en concreto, cfr. CREMADES, J., *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, La Ley Actualidad, 1995; DESANTES GUANTER, J. M. y SORIA, C., *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las cien primeras sentencias*, Madrid, Asociación de la Prensa, 1991; BACIGALUPO, E., «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias», en *Revista Española de Derecho Constitucional* 20, 1987, mayo-agosto 1987, 83-98; LÓPEZ GUERRA, L., «Límites a las libertades de expresión e información. Honor e intimidad», en AAVV., *Información y libertades públicas en España*, El Escorial, Universidad Complutense de Madrid, 1989, pp. 195-208; JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional* 9, 1983, 71 *et seq.*; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., «La moralidad pública como límite de las libertades públicas», en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, 1992, I, 1003-1021; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 587-616; VIDAL GIL, E., «Límites, notas y garantías de los Derechos fundamentales. La Sentencia 215/94 sobre la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia física», en A.F.D. XII (1995), pp. 217-148; RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 195-262; JIMÉNEZ CAMPO, J., «Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales», en ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1996, t. IV, pp. 438-529, esp. pp. 456-463.

determinación de otros límites distintos³⁸. El principal exponente de la posición minoritaria ha sido I. de Otto, quien en un pequeño pero significativo trabajo expuso una concepción de los límites que bien puede ser calificada de «interna», y que ha sido la plataforma desde donde han partido todos los constitucionalistas españoles que se han acercado al tema³⁹. De Otto entiende que entre delimitación, regulación del ejercicio y limitación de los derechos fundamentales existe una vinculación estrecha, que podríamos llamar intrínseca. Su postura será analizada con algún detenimiento en el punto siguiente.

4. RECAPITULACIÓN: TEORÍA EXTERNA Y TEORÍA INTERNA DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los desarrollos anteriores, aunque sintéticos, nos permiten a esta altura plantear dos cuestiones decisivas –y, por cierto, vinculadas–: de un lado, la distinción entre delimitación y limitación; del otro, la naturaleza de los llamados límites inmanentes (límites indirectos que emergen de la existencia de otros derechos fundamentales y de otros bienes constitucionales), es decir, más concretamente, definir si son realmente límites o si, por el contrario, no son más que explicitaciones de algo que el propio derecho fundamental posee en sí mismo. Antes de dar nuestra respuesta a estos asuntos, conviene ordenar los datos anteriores y desarrollar un poco más los presupuestos y los argumentos de las dos teorías más difundidas.

La teoría externa distingue muy claramente entre delimitación, limitación y configuración de los derechos fundamentales. Una vez delimitado el contenido del derecho, habría que determinar cuáles son sus límites externos, tanto directos como indirectos. El establecimiento de los límites inmanentes, en el caso alemán, y la regulación de su ejercicio, en el caso español, son verdaderamente implantaciones de límites externos a los derechos, y están por tanto sujetos a las garantías previstas por la Constitución para esas actividades –el respeto del principio de proporcionalidad y del contenido esencial

38. Aunque con algunas diferencias, podrían suscribir las dos afirmaciones: L. PRIETO SANCHÍS, M. MEDINA GUERRERO, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, L. AGUIAR DE LUQUE, y M. BACIGALUPO SAGGESE y F. VELASCO CABALLERO, en sus trabajos, ya citados: PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales (...)*, op. cit., pp. 587-616; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa (...)*, op. cit. *passim*; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 153-166; AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», artículo cit., pp. 9-34; AGUIAR DE LUQUE, L., «El Tribunal constitucional español y el legislador de los derechos fundamentales», artículo cit., BACIGALUPO, M., «La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes" (...), artículo cit., pp. 297-315; BACIGALUPO SAGGESE, M. y F. VELASCO CABALLERO, «"Límites inmanentes" de los derechos fundamentales y reserva de ley», artículo cit., pp. 115-131.

39. Nos referimos a DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades (...)», op. cit., obra que, según M. MEDINA GUERRERO, «sigue siendo el punto de partida insustituible para introducirse en los nebulosos conceptos de la dogmática de los derechos fundamentales» [MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa (...)*, op. cit., p. 66].

de los derechos, artículos 19.2 LF y 53.1 CE-. Para la teoría externa, en realidad, todos los límites de los derechos fundamentales son límites externos. Se ha dicho, en este sentido, que «la distinción entre “límites inmanentes” y “límites intrínsecos” (...) es cultural, no dogmática», puesto que

«(...) el más intrínseco de los límites de un derecho subjetivo siempre tiene un origen externo: sólo tiene sentido hablar de límites (incluso intrínsecos) de un derecho cuando el poder jurídico reconocido al individuo ha de hacerse valer en un ámbito social, donde se proclaman y garantizan, también, derechos de otros y bienes jurídicos colectivos. Los derechos de libertad no admiten conceptualmente más límites que los derivados de la vida social. El límite intrínseco es, seguramente, incompatible con el propio concepto de libertad (...). Por mera utilización del lenguaje normativo pasamos de límites inmanentes a límites intrínsecos»⁴⁰.

Como ya ha sido dicho, aunque la teoría interna también parte de la distinción entre delimitación, regulación del ejercicio y limitación de los derechos fundamentales, encuentra entre los tres términos relaciones internas⁴¹. Según I. de Otto, la tarea inicial que debe llevarse a cabo al interpretar un derecho fundamental es la delimitación conceptual de su contenido; es decir, la fijación de «los contornos o fronteras del derecho o libertad que resultan de la propia norma constitucional que reconoce el derecho (...)»⁴². En consecuencia,

«el primer elemento para la determinación del contenido del derecho es (...) la identificación del ámbito de la realidad aludida (...). El segundo paso en la delimitación de los contornos es lo que podemos llamar el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho, la fijación del contenido y alcance de la protección constitucional que con él se quiere dispensar»⁴³.

Esa tarea delimitadora se encuentra íntimamente relacionada con la facultad de «regular el ejercicio» de los derechos fundamentales, que otorga al legislador el artículo 53.1 CE. Según de Otto, esa reserva general no permite al legislador imponer límites a los derechos, sino tan sólo explicitar los límites ya existentes en la Constitución⁴⁴. Admitir la facultad genérica de establecer

40. F. Velasco Caballero en BACIGALUPO SAGGESE, M. y VELASCO CABALLERO, F., «Límites inmanentes» de los derechos fundamentales y reserva de ley», artículo cit., pp. 125-126.

41. El principal exponente de la teoría interna en Alemania es F. Müller. Cfr. MÜLLER, F., *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Berlín, Duncker & Humblot, 2ª ed., 1990, pp. 40 et seq. Sobre las tesis de Müller, cfr. GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo (...)*, op. cit., pp. 107-110, y *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994. Ed. en castellano: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1ª reimpresión, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 300-306. En España, como ya se ha señalado, el teórico más destacado ha sido I. de Otto. Cfr. «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades (...), op. cit., *passim*. Una defensa reciente de esta postura, aunque con matices no poco importantes, en MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, C. E. C., 1997, pp. 48-54. Cfr., también, del mismo autor, «Posición constitucional de los derechos fundamentales y garantía del contenido esencial», *Anuario de Derecho de la Universidad Austral (Buenos Aires)* 4, 1998, pp. 13-36, esp. pp. 21-28.

42. DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades (...), op. cit., pp. 141

43. *Ibid.*, pp. 141-142.

44. Cfr. *ibid.*, p. 152.

verdaderos límites con base en el artículo 53.1 privaría de sentido las distintas reservas específicas de limitación que acompañan a algunos derechos fundamentales⁴⁵. Esto implica la inexistencia de los llamados límites externos. No existiría en estos casos una limitación en sentido estricto. Los verdaderos límites de los derechos fundamentales serían, entonces, aquellos que el legislador impone al usar alguna de las reservas expresas y específicas de limitación que se encuentran en varias de las normas iusfundamentales. Aunque ni siquiera en estos casos cabría hablar de límites externos: para esta posición, todos los límites –es decir, los establecidos en uso de una reserva expresa de limitación– son límites internos⁴⁶.

La ventaja de esta concepción radica, para De Otto, en que permite eludir las dificultades a que conducen la jerarquización y la ponderación de los derechos fundamentales, metodologías inevitables cuando se reconoce al legislador una reserva genérica de limitación. Según sus propias palabras:

«si se delimita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como “limitación para proteger otros bienes constitucionales” muestran ser en realidad, cuando se trata de problemas de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en los que no es precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas. No cabe decir entonces que el derecho debe “ceder” ante otros bienes constitucionalmente protegidos (...) porque aquél tenga un menor peso o inferior rango, sino que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho (...). Nada, por tanto, de jerarquía de bienes o valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico. En definitiva interpretación unitaria y sistemática de la Constitución»⁴⁷.

Expuestas ambas posiciones, corresponde pasar a su crítica.

5. CRÍTICA DE LOS LÍMITES IUSFUNDAMENTALES

5.1 Las dificultades de las teorías externa e interna

A continuación, analizaremos la *teoría externa* y la *teoría interna* desde el prisma que proporcionan las respuestas a las tres cuestiones siguientes: el concepto de *Derecho* que subyace en cada una de las teorías, las finalidades que persiguen, y, por último, las dificultades que presentan.

45. Cfr. *ibid.*, p. 150.

46. Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., *La garantía del contenido esencial (...)*, *op. cit.*, pp. 48-54, quien expone una serie de casos del Tribunal Constitucional en los que, según su criterio, fueron presentados como límites externos a los derechos fundamentales «lo que no son sino límites internos» (*op. cit.*, pp. 49-50).

47. DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades (...)», *op. cit.*, pp. 143-144.

La teoría externa parte de una comprensión de los derechos fundamentales como ilimitados. Para sus sostenedores, los derechos carecen, en su génesis, de todo límite. La vida social, sin embargo –se advierte inmediatamente– exige una coordinación de los distintos derechos entre sí y con otros bienes. Esta exigencia lleva a la necesidad de recortar los derechos fundamentales para hacerlos operativos. Son los otros derechos y los bienes quienes, desde el exterior, vienen a constituirse en límites de cada derecho. Poco importa que se trate de límites instituidos por el constituyente o el legislador: lo decisivo, lo que hay que llevar a cabo, es una articulación de los derechos en juego que los salve de su impracticabilidad.

La finalidad de la teoría es doble: de un lado, se busca otorgar a las personas una amplia tutela iusfundamental. En principio, el juez, al fallar un caso, debe entender que la parte tiene el derecho que alega. Después, durante el curso del proceso, se verá si existe o no alguna restricción legítima de ese derecho alegado, que conduzca a su no reconocimiento. Del otro lado, la teoría externa procura maximizar las garantías constitucionales frente a la actividad legislativa: todas las restricciones impuestas por el legislador, al ser auténticos límites, se encuentran sujetas a las garantías del principio de proporcionalidad y del contenido esencial.

Como contrapartida, y como dificultades insoslayables, desde estas premisas –en particular, desde una conceptualización de los derechos como libertades ilimitadas–, de un lado, la garantía del contenido esencial y el principio de proporcionalidad resultan inaplicables⁴⁸, y, de otro, no puede eludirse una visión de los derechos fundamentales que los concibe disyuntivamente, en constante choque o conflictos de unos derechos con otros, con una serie inevitable de consecuencias negativas: incontrolabilidad de las decisiones judiciales, anulación de los derechos fundamentales entre sí, inseguridad jurídica, etc⁴⁹.

El concepto de Derecho del que parte la teoría interna es distinto al de la teoría externa. Los derechos serían, desde su génesis, limitados e ilimitables. Las limitaciones deben ser descubiertas, para esta posición, dentro de la Constitución.

Los sostenedores de la teoría interna se proponen cuatro finalidades principales:

48. Esta afirmación será matizada y justificada más adelante, cuando se examinen los presupuestos conceptuales de una y otra noción. Cfr. el epígrafe 5 de este capítulo y los epígrafes 4 y 5 del capítulo 4.

49. En efecto, si los derechos son facultades ilimitadas el choque de unos con otros deviene inevitable: el derecho a la honor se alzaría contra la intimidad, el derecho a la vida del feto contra la integridad física o psíquica de la madre, el derecho a la libertad religiosa contra la libertad de cátedra, etc. Sobre esta visión «conflictivista» de los derechos, sus consecuencias, presupuestos y alternativas, cfr. CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., *passim*.

- a. Sobre todo, evitar el planteamiento de falsos casos constitucionales. Explicar que esta finalidad requiere dar un paso atrás: la teoría externa, al reconocer la titularidad del derecho a todo aquel que lo alegara –como consecuencia de considerar que los derechos fundamentales, en su génesis, se presentan ilimitados–, multiplica los litigios iusfundamentales. Esta secuela de los planteamientos de la teoría externa ha sido muy criticada por los defensores de la teoría interna. El caso más citado es el del pintor que pretende pintar en el cruce de dos calles muy transitadas⁵⁰: para los sostenedores de la teoría interna no se trata de un caso de libertad artística, puesto que ese derecho no ampara las expresiones realizadas en manifiesto perjuicio público.
- b. Asegurar la controlabilidad de la hermenéutica constitucional, expulsando de ella todo criterio extracontextual y toda injerencia del poder legislativo. El límite es algo que puede ser descubierto en la Constitución misma.
- c. Además, quienes defienden la teoría interna se proponen impedir la perjudicial «inflación de los derechos fundamentales», que conduciría al debilitamiento de su fuerza normativa⁵¹.
- d. Por último, es objetivo de la teoría interna restringir la competencia del Tribunal Constitucional a los auténticos casos constitucionales, consecuencia inevitable de la «inflación» que se mencionó en el párrafo anterior.

Las dificultades que presenta la teoría interna, con ser distintas, no son menores que las de la teoría externa. En efecto, de un lado, la amplitud semántica de las normas constitucionales parece desmentir categóricamente toda posibilidad de determinar apodícticamente, aun haciendo un gran esfuerzo hermenéutico, los perfiles de cada uno de los derechos en ellas reconocidos. Pero, dejando de lado esta crítica, resta otra de importancia decisiva como objeción a esta postura: el razonamiento de la teoría interna se asienta sobre un dogma probadamente falso, el de la autosuficiencia del texto constitucional y de las disposiciones iusfundamentales. Los criterios contextuales para la resolución de casos constitucionales no dan satisfacción a todos los problemas que ellos plantean. Por último, la teoría interna priva al litigante de las garantías del principio de proporcionalidad y del contenido esencial en aquellos casos en que pueda considerarse que el legislador no ha limitado un derecho fundamental, sino que ha explicitado su contenido, es decir, en todos los casos de delimitación y no de limitación de los derechos fundamentales, por fuerza más numerosos para esta teoría que para la teoría externa, puesto que las limitaciones se reducirían en este caso a las expresamente contenidas en el texto de la Constitución.

50. MULLER, F., *Die Positivität der Grundrechte (...)*, op. cit., pp. 64, 73. Una crítica a esta posición en ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 300-306.

51. Sobre este peligro, cfr. HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1995, p. 61.

En suma, la teoría externa cae en el conflictivismo, y la interna, en su afán por superar a la anterior, en la ilusión de pensar que todas las soluciones constitucionales se encuentran en la Constitución. Pero ambas posiciones tienen algo en común, que las esteriliza como propuestas: identifican el derecho fundamental con la norma iusfundamental.

5.2 Hacia un replanteamiento de la cuestión de los límites

Desde nuestro punto de vista, resulta decisivo –como ocurrió y ocurrirá con otros temas tratados en este trabajo– distinguir con toda claridad entre norma iusfundamental y derecho fundamental. Esta perspectiva nos permitirá, según se verá, una superación de las aporías a que conducen tanto la teoría externa como la teoría interna. Nos permitirá, por lo pronto, sostener las dos afirmaciones que concluirán esta argumentación:

- a. El contenido de las normas iusfundamentales es limitado y regulable;
- b. Los derechos fundamentales son limitados pero ilimitables.

5.2.1 *El contenido de las normas iusfundamentales es regulable*

La consecuencia jurídica de una norma se produce cuando se cumplen todas sus condiciones⁵². El cumplimiento de todas las condiciones (supuesto de hecho en sentido amplio) se da una vez que se ha satisfecho el supuesto de hecho *stricto sensu* y no se han satisfecho las restricciones. Que una norma tiene restricciones o límites es algo evidente, y sobre eso no hay discusiones. Los problemas surgen al intentar desvelar la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones. Desde un punto de vista esa relación es de carácter interno, y eso lleva a pensar que sólo y exclusivamente dentro de la norma iusfundamental es posible determinar cuáles son sus restricciones. El contenido de la norma, para esta posición, nace limitado. Desde la otra perspectiva dogmática examinada, las restricciones son siempre externas a la norma iusfundamental, y no tienen, en principio, nada que ver con ella. La norma, entonces, sería, en principio, ilimitada, y las limitaciones irían surgiendo de la necesidad de aplicarla respetando el contenido (también amplio) de las otras. Dijimos un poco más arriba que ambas posiciones conducen a dificultades, y que no responden adecuadamente a lo que ocurre en la realidad. Corresponde fundamentar tales afirmaciones.

Una distinción estructural, en sentido fuerte, entre norma iusfundamental y derecho fundamental permite afirmar, sobre su base, lo siguiente⁵³: No parece que sea posible descubrir dentro de la norma iusfundamental el

52. Cfr. ALEXI, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 298.

53. No resulta posible fundamentar la distinción aludida, que aquí es tomada como punto de partida de la argumentación. Cfr., al respecto, CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., cap. 3, esp. los epígrafes 2 y 3.

contenido completo del derecho fundamental, es decir, su supuesto de hecho y todas sus restricciones. He aquí el error en que cae la teoría interna. Además de la norma iusfundamental de que se trate, habrá que estudiar, especialmente, tres cosas: la finalidad del derecho fundamental involucrado –ya presente *prima facie* en la investigación hermenéutica–; la finalidad de todos los derechos fundamentales, como criterio unificador; y los supuestos de hecho de las restantes normas iusfundamentales, por respeto a los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica. Resulta ineludible la ponderación de todos estos elementos. Eliminarla conduce, so capa de contextualidad y también de seguridad jurídica, a la mayor de las inseguridades: la que producen aquellas interpretaciones que encubren su proceder real. Por otra parte, como consecuencia que se torna inevitable en algunas jurisdicciones, los particulares dejan de contar con las garantías del principio de proporcionalidad y del contenido esencial para controlar las regulaciones legislativas en materia iusfundamental⁵⁴.

5.2.2 *Los derechos fundamentales son ilimitables*

Aceptar las insuficiencias de la teoría interna no exige una asunción acrítica de la teoría externa que, como ya hemos señalado, conduce inevitablemente al conflictivismo. La primera de las teorías fue refutada afirmando que las normas iusfundamentales son limitables. La segunda será corregida partiendo de que los derechos fundamentales no son limitables: protegen aquello que protegen y nada más. Es verdad que tienen un contenido limitado; pero, dentro de su limitación, dicho contenido es ilimitable. Y es un contenido que recibe de su fundamento un carácter coexistencial determinante, e inicial si se lo considera genéticamente. No resulta posible un derecho fundamental no-relacional. La búsqueda del respeto de los principios hermenéuticos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica imponen la necesidad de aceptar esta realidad. Es que –y entiéndase, una vez más, la circularidad– el substrato último de esa necesidad de búsqueda, más que en el respeto de la Constitución, se encuentra en el carácter relacional del fenómeno jurídico y en la unidad interna de los bienes humanos y de la naturaleza humana⁵⁵.

54. Es lo que ocurre en Alemania, país en donde una interpretación literal de la Constitución llevaría a pensar que únicamente las leyes ordinarias limitadoras de normas iusfundamentales estarían sujetas a las garantías del principio de proporcionalidad y del contenido esencial. Distinto es el caso de España, puesto que la amplitud con que está formulado el artículo 53.1 CE permite afirmar que toda intervención directa en los derechos fundamentales puede ser realizada sólo por el legislador, y que éste se encuentra obligado al respeto de las garantías mencionadas. Sobre esto último, cfr. la polémica suscitada en torno a un curioso caso fallado por el TS en BACIGALUPO SAGGESE, M. y F. VELASCO CABALLERO, «Límites inmanentes» de los derechos fundamentales y reserva de ley», artículo cit., *passim*. En esta sentencia se discutió la constitucionalidad de una norma de rango infralegal que prohibía la circulación postal de revistas pornográficas. El TS sostuvo que tal medida estaba justificada por la necesidad de conciliar el ejercicio de la libertad de expresión con los derechos y bienes a que se refiere el artículo 20.4 CE.

55. Cfr. SERNA, P., «Derechos fundamentales: el mito de los conflictos (...)», artículo cit., pp. 230-234.

El túnel hermenéutico que es la norma iusfundamental, a cuya salida se encuentra el derecho fundamental, resulta iluminado desde delante por el derecho fundamental mismo, con sus exigencias, entre otras cosas, de respeto de su relacionalidad. Esto nos lleva a concluir que es verdad que hay conflictos de normas iusfundamentales, pero que nunca, en ningún caso, existen auténticos conflictos de derechos. Lo anterior permite una moderación de la teoría externa. No parece sostenible afirmar que las restricciones no tienen nada que ver con la norma a la que restringen, que sean «externas» a ella. Muy por el contrario, existe entre ambas una relación estrecha, que proviene del carácter coexistencial del derecho fundamental del que la norma es sustentadora-sustentada.

