

# LA DISTINCION ENTRE DERECHO FUNDAMENTAL Y GARANTIA INSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

JOSE MARIA BAÑO LEON

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. EL PUNTO DE PARTIDA: DERECHO FUNDAMENTAL Y GARANTÍA INSTITUCIONAL NO SON CATEGORÍAS COMPARABLES.—III. LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978. ASPECTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL ERRÓNEO ANÁLISIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EXCLUSIVAMENTE CONCEBIDOS COMO DERECHOS DE PROTECCIÓN: 1. *Los derechos fundamentales, una noción polivalente.* 2. *El papel activo del legislador en la efectividad de los derechos fundamentales.*—IV. EL ORIGEN DE LA CONCEPCIÓN DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DISTINCIÓN SCHMITTIANA ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS INSTITUCIONALES. LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DE ESA DIFERENCIACIÓN.—V. CORROBORACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE UNA VISIÓN MULTIFORME DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DERECHO Y GARANTÍA INSTITUCIONAL COMO PERSPECTIVAS DE UN CONCEPTO AMPLIO DE DERECHO FUNDAMENTAL.—VI. ALGUNAS CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS: EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. LA COMPATIBILIDAD ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PUBLIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROTEGIDA POR EL DERECHO.

## I. PLANTEAMIENTO

La STC 26/1987, de 27 de febrero, sobre la Ley de Reforma Universitaria, ha acudido a la distinción entre derecho fundamental y garantía institucional para calificar la autonomía universitaria. Para el Tribunal, como la autonomía universitaria es un derecho fundamental y no una garantía institucional, el legislador tiene menos libertad de acción. El derecho fundamental ofrece —según esta tesis— mayor resistencia a la acción del legislador. La garantía institucional es más vulnerable.

Nos proponemos mostrar en este trabajo que nuestra Constitución no

reconoce esa profunda cesura entre ambas categorías jurídicas y que ni el origen dogmático de la garantía institucional ni la actual configuración de los derechos fundamentales respaldan aquella diferenciación.

## II. EL PUNTO DE PARTIDA: DERECHO FUNDAMENTAL Y GARANTIA INSTITUCIONAL NO SON CATEGORIAS COMPARABLES

Comenzaremos por sostener una proposición básica: derecho fundamental y garantía institucional no son —en nuestra Constitución— categorías homogéneas o comparables. El concepto «derecho fundamental» tiene en nuestra Constitución un significado no unitario; mediante él no se describe una sola categoría técnica jurídica, sino que agrupa a varias de ellas. Por el contrario, la noción de «garantía institucional» tiene un preciso significado técnico-jurídico (garantía constitucional de una organización o institución). De la depuración de estas dos categorías en los términos apuntados depende una rica problemática sobre la función de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento y del papel reservado al legislador y a la Administración pública en su desarrollo.

El error de contraponer *garantía institucional* con *derecho fundamental* puede explicarse con dos datos capitales:

1.º La visión de los derechos fundamentales, *exclusivamente reducida* a la clásica versión de los derechos como libertades defensivas, como ámbitos exentos de la acción estatal, a cuyo servicio se ponen a disposición del particular medios de reacción y cuya garantía protege la *reserva* de ley.

2.º El olvido del *origen* de la teoría de la garantía institucional y su específico significado en la teoría *schmittiana* de los derechos fundamentales.

## III. LA FUNCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION DE 1978. ASPECTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL ERRÓNEO ANÁLISIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EXCLUSIVAMENTE CONCEBIDOS COMO DERECHOS DE PROTECCION

El primer error de quienes oponen la categoría de los derechos fundamentales con la de la garantía institucional radica en partir de una idea intemporal y unilateral de los derechos fundamentales: la concepción clásica

de los derechos fundamentales los concibe como derechos subjetivos, como derechos de *libertad* ante el *Estado*. El individuo, el ciudadano tiene esferas de actuación que *no están sometidas* al poder estatal y que éste les garantiza.

Partiendo de esta concepción clásica de los derechos fundamentales, existe una corriente de opinión que se manifiesta en favor de distinguir por su *estructura* estos derechos fundamentales (de libertad, en sentido individual) de las garantías institucionales, ya que éstas no responden estrictamente al esquema del derecho subjetivo, sino que tienen como punto de referencia una organización o institución cuya existencia tratan de asegurar. El derecho fundamental concede un poder de reacción al individuo, sitúa a su titular en una *situación de poder*; la garantía institucional confiere a una organización o institución social su aseguramiento, pero no en la forma de un poder de excluir la intervención estatal, como en los derechos fundamentales (de libertad), sino tan sólo de limitar esa injerencia, de manera que el legislador no pueda en absoluto desconocer su existencia. Abundando en esa opinión se puede con toda lógica, como hace IGNACIO DE OTTO (1), reservar el contenido esencial del artículo 53 CE a los derechos fundamentales, en sentido estricto, es decir, a las normas que reconocen, como dice este autor, un derecho o libertad; mientras, por el contrario, las garantías institucionales reconocidas en el capítulo segundo del título I no estarían protegidas por ese límite del contenido esencial, pues ahí no se reconocen derechos (subjetivos), sino idea básica de una institución u organización.

La estructura diferencial de ambas figuras queda aún más perfilada —siempre según la concepción clásica de los derechos fundamentales— con sólo observar que los derechos fundamentales son normas cuyo contenido la Constitución prefigura y reserva (al legislador), de tal forma que las limitaciones son tan sólo admisibles en la medida que otros derechos fundamentales lo demanden, mientras que en las garantías institucionales el legislador tiene una gran libertad en configurar su contenido (pues no existe uno predeterminado), y sólo cuando borre por completo tal institución habrá traspasado la frontera de la inconstitucionalidad.

Las diferencias son, pues, rotundas y la estructura del derecho fundamental y de la garantía institucional reconocible. De ahí hay sólo que dar un paso, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en la Sentencia 26/1987 para deducir la consecuencia de que la garantía institucional es más flexible

---

(1) «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, pp. 95 y ss.

a la disponibilidad normativa que el derecho fundamental (afirmación que no es un *obiter dictum*, sino determinante en el fallo).

En el voto particular a esta sentencia decía el magistrado RUBIO LLORENTE, con medidas palabras, lo siguiente:

«La idea que subyace a esta errada elaboración teórica es, aparentemente, la de que el núcleo esencial o reducto indisponible para el legislador es más rígido o resistente en los derechos fundamentales que en las garantías institucionales, idea que no es desde luego ni evidente ni de general aceptación, pues las garantías institucionales, como las de instituto, no son, en la doctrina que establece esta distinción, sino variedades de los derechos fundamentales, como lo son, desde otro punto de vista, los derechos de libertad y los de igualdad, o en la terminología de nuestra Constitución, los derechos fundamentales y las libertades básicas.»

Me parece que puede suscribirse por entero esta certera crítica. La justificación de tal acuerdo no es difícil de explicar.

### 1. *Los derechos fundamentales, una noción polivalente*

Por de pronto, es difícilmente sostenible que en la Constitución de 1978 la expresión derechos fundamentales se identifique con la de derecho subjetivo o, si se prefiere, con la visión exclusivamente *defensiva* (reacción frente a eventuales inmisiones del Estado) de los derechos fundamentales. Basta leer el título II de la Constitución para caer en la cuenta de que las normas reguladoras de los derechos fundamentales no sólo reconocen «derechos» (en el sentido de derechos subjetivos), sino también garantías de instituciones u organizaciones (por ejemplo, la Universidad) y también normas de actuación para los poderes públicos (por ejemplo, art. 16.4, procedimiento de *habeas corpus*; art. 20.3, organización y control parlamentario de los medios de comunicación social; art. 22, competencias de los poderes públicos en la educación; etc.).

Para quienes parten de una concepción estrictamente individual y liberal de los derechos fundamentales, ni las garantías institucionales ni las restantes normas configuran los derechos fundamentales. Son normas —cabe entender— complementarias de los derechos (entendidos siempre en el sentido individual-liberal), pero no son los derechos mismos. Olvidan, sin embargo, los que se encuentran tras estas posiciones, que la perspectiva individual-

liberal, aunque sin duda es la más importante en los derechos fundamentales. (éstos nacieron y se justifican esencialmente por constituir ámbitos de libertad frente al legislador), no es la única. Existen otras muchas tendencias y perspectiva. BÖCKENFÖRDE (2), por ejemplo, cuenta hasta cinco además de la ya reseñada: la institucional, la social, la democrático-funcional, la axiológica. No es éste el lugar para intentar un análisis —todavía, por cierto, no cumplimentado en nuestra doctrina— de las distintas perspectivas de los derechos fundamentales y de sus usos por el Tribunal Constitucional. Pero sí merece la pena hacer hincapié en que la individual-liberal no es la única perspectiva de los derechos recogidos en la Constitución española. Y sobre todo, conviene salir al paso de esa tajante distinción, dentro de las normas reguladoras de los derechos fundamentales, entre los derechos (subjetivos) y las restantes normas, precisamente porque esa distinción es sólo posible realizarla con tanta nitidez cuando se parte de una predeterminada visión de los derechos fundamentales (la individual-liberal), pero se oscurece cuando se tienen en cuenta otras perspectivas.

En efecto: con una visión estrictamente individual de los derechos fundamentales (ámbitos de libertad frente al legislador, *Freiheitsrechte*), es lógico que las normas objetivas que regulan aspectos de los derechos fundamentales, por ejemplo, mandatos a los poderes públicos, arbitrio de procedimientos que garanticen los derechos, o las garantías de instituciones conexas con los derechos fundamentales (la Universidad o el *status* jurisdiccional) no sean considerados como *derechos* fundamentales. Derecho fundamental es sólo el derecho subjetivo concedido con este carácter al individuo frente al Estado. Las restantes normas son complementos o *garantías*, pero no derechos en el sentido reducido de esa expresión.

Ahora bien, ¿es admisible esa visión *unilateral* de los derechos fundamentales? o, por mejor decir, ¿es esa concepción exclusivamente individual-liberal la que la Constitución consagra? Ya hemos visto que no, porque la propia Constitución construye los derechos fundamentales tanto con derechos subjetivos, como con la garantía de ciertas instituciones o con la fijación de mandatos al legislador que éste ha de concretar. Este es el denominado aspecto objetivo de los derechos fundamentales cuya relevancia hay que

---

(2) «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», *NJW*, núm. 35 (1984). Es, asimismo, muy interesante el trabajo de F. OSSENBÜHL, «Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *NJW*, 1976, páginas 2100 y ss. Para nuestra primera jurisprudencia constitucional, véase AGUIAR DE LUQUE, «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales», *Rev. Der. Polít.*, núm. 18-19, pp. 19 y ss.

ponderar adecuadamente, como no ha dudado en hacer nuestro Tribunal Constitucional.

Explicaremos brevemente algunos de los elementos de esa faz objetiva de los derechos fundamentales:

En primer término, la garantía de ciertas instituciones u organizaciones es prácticamente inescindible del reconocimiento de ciertos derechos fundamentales. El derecho a la libertad personal (art. 17 CE) y a la seguridad no se garantiza únicamente otorgando al individuo un poder de reacción frente a eventuales intromisiones de los poderes públicos y ordenando a éstos que se abstengan de realizar esas actividades. Esa es la esencia del derecho, de eso no cabe duda. Pero de poco serviría si a su servicio no estuviera una garantía procedimental como la del *habeas corpus* (apartado 4) o no se previeran actuaciones positivas del Estado, como el deber de protección o la asistencia del abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales (apartado 3). En el derecho a la inviolabilidad de domicilio, tampoco basta con el reconocimiento de un derecho subjetivo. El TC ha declarado que ese derecho puede oponerse a la ejecución de los actos administrativos y que la Administración requiere de la autorización del juez. Pero ¿puede hacerse efectivo el derecho si no existe un procedimiento, por sumario que sea, en el que el juez pueda valorar si el acto administrativo justifica la entrada domiciliaria? La ausencia de una norma procesal clara pone de relieve la importancia del aspecto objetivo de los derechos fundamentales, en este caso la posición institucional del juez para autorizar la entrada domiciliaria (3).

Otro ejemplo: el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica no es, sencillamente, efectivo sin la existencia de medi-

(3) Con este ejemplo no entramos en la valoración de la bondad de la sentencia del TC de 13-II-1984, ni en la rigidez que se deriva de la interpretación del artículo 18.2 CE. Queremos subrayar tan sólo cómo, reconocida la competencia del juez penal para autorizar la entrada domiciliaria en ejecución de un acto administrativo (art. 87.2 LOPJ), inmediatamente surge el problema de determinar cuál es la garantía que el juez ofrece, si no se reconoce la posibilidad de valorar la orden administrativa. La STC de 17-X-1985, como indica A. NIETO, reconoce al juez la capacidad de valorar si lo que se le solicita (es decir, la orden de entrada) está en consonancia y se ajusta a los fines del acto cuya ejecución se pretende. «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», *RAP*, 112 (1987), p. 50. Sobre esta cuestión puede verse R. GARCÍA MACHO, «La inviolabilidad del domicilio», *REDA*, 32 (1982), pp. 855 y ss., con amplias referencias a la problemática en la República Federal Alemana. F. LÓPEZ RAMÓN, «Inviolabilidad del domicilio y tutela administrativa en la jurisprudencia», en el libro colectivo *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza, 1985, pp. 478 y ss. También en «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», *RAP*, 115, pp. 85-95. T. QUINTANA LÓPEZ, «Un paso más hacia la inviolabilidad del domicilio en nuestro Derecho», *REVL*, 229 (1986).

das organizativas y procedimentales que protejan la propiedad intelectual. No es tan sólo que el Estado se abstenga de censurar la producción, sino que tiene que poner los medios para que se ampare su desarrollo. En el supuesto de la creación científica es innegable que, en el seno de los entes públicos, ese derecho es inejercitable si no existen las medidas organizativas indispensables. Lo mismo que ocurre, aunque ahora sí que lo recoge expresamente la Constitución, con la libertad de cátedra y de investigación que no es separable de la existencia de la *institución* universitaria. El derecho a obtener la tutela judicial efectiva no es, desde luego, un derecho que se satisfaga con la mera abstención estatal. Por el contrario, es por definición un derecho procedimental, *due process*, que se afianza con el establecimiento de una organización, la jurisdiccional, y con arreglo a unos principios universalmente consagrados que conforman el Derecho procesal: independencia judicial, imparcialidad, reglas probatorias, en fin, garantías procesales. No hay quizá otro *derecho* en el que sea más clara la vertiente objetiva.

Otro tanto, aunque desde otra perspectiva, cabe decir del derecho a la educación en el que necesariamente concurren aspectos subjetivos y objetivos. El derecho a la escolarización depende de que existan escuelas. Sin financiación pública es imposible hacer efectivo ese derecho. La misión del legislador es imprescindible para que el derecho sea algo más que un mero *flatus vocis*.

## 2. *El papel activo del legislador en la efectividad de los derechos fundamentales*

Esta última aseveración nos conduce al segundo elemento que hay que destacar en los derechos fundamentales, tal como los reconoce la Constitución de 1978: el papel del legislador. Debemos a P. HÄBERLE (4) la aportación doctrinal más importante sobre la función del legislador en el marco de los derechos fundamentales, superando la clásica concepción que ve en la ley el mal menor que legitima la *intervención* en los derechos de los particulares. Lo que HÄBERLE indica es que el legislador tiene un papel activo imprescindible para asegurar el contenido y el disfrute de los derechos fundamentales.

No por casualidad el artículo 53.1 CE vincula la reserva de ley no sólo a las intervenciones restrictivas del legislador (como corresponde a la concepción tradicional que todavía aparece en la Ley Fundamental de Bonn); el ámbito de la reserva se amplía en la CE a la *regulación* del ejercicio de esos derechos fundamentales.

---

(4) *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1983, en especial pp. 126 y ss.

La doctrina, probablemente imbuida por las ideas clásicas de la libertad como ámbito exento, inmune a la actuación estatal, no cae siempre en la cuenta de que a la ley le cumple también la importante función de hacer realidad los derechos fundamentales. Es cierto que el legislador no está exento de burlar el contenido de los derechos fundamentales desvirtuándolos (la experiencia de Weimar es un ejemplo prototípico), pero ésta es una visión patológica de la relación entre derecho fundamental y ley que deja totalmente de lado lo que ocurre en las restantes situaciones. Y lo que ocurre es que los derechos fundamentales requieren imprescindiblemente de la acción del legislador para ser efectivos. Al legislador no le está reservada una función meramente aplicativa de la Constitución, sino una labor *creadora*, capaz de actualizar el mensaje que los derechos fundamentales llevan dentro. Cuando esa misión no es bien atendida, los efectos son tanto o más perjudiciales que cuando el legislador sobrepasa los límites de su actuación. Por supuesto, esta última situación es censurable, y la Constitución ofrece remedios para corregirla. Pero no hay que olvidar el otro aspecto, el positivo. Del legislador depende en gran medida la efectividad de los derechos fundamentales. Las normas constitucionales que imponen mandatos al legislador en este campo son también *derechos fundamentales*; su carácter objetivo no les resta valor jurídico (5).

La relación entre legislador y derecho fundamental, como apunta HÄBERLE, tiene un doble carácter. De un lado, los limita; de otro, los conforma, les da un contenido propio. Reducir la *función* del legislador a la primera perspectiva es desconocer, como dice nuestro autor, que los derechos fundamentales pueden ser vulnerados tanto por la extralimitación como por la omisión legislativa. Cuando el legislador no hace efectivos los mandatos constitucionales también se vulnera el derecho fundamental. La STC 15/1982, sobre el derecho a la objeción de conciencia, constituye un magnífico ejemplo de esa perspectiva olvidada de los derechos fundamentales (6).

La prueba más contundente, no obstante, del acierto de la posición de HÄBERLE y de su utilidad en nuestro análisis constitucional la brinda la pro-

---

(5) A. E. PÉREZ LUÑO, en su excelente libro *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Tecnos, Madrid, 1984, pp. 25, 11 y 48), destaca acertadamente cómo la noción de derechos fundamentales excede de la clásica de derechos de libertad y acentúa con rigor la vertiente objetivo-institucional. De ahí su definición de derechos humanos como «*un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*».

(6) También en la STC 24/1982, de 13 de mayo, aunque como *obiter dictum* se alude a la inconstitucionalidad por omisión.

pia Constitución. Es sencillo advertir en ella la influencia *determinante* del legislador para configurar *realmente* algunos derechos fundamentales.

En el artículo 18.4, la Constitución indica que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Es claro que este precepto tiene como objeto proteger el derecho al honor y a la intimidad personal, lo que es como decir *delimitar* uno de los aspectos del contenido de ese derecho. Al legislador le incumbe aquí una actualización *efectiva* del derecho fundamental, e indudablemente la eficacia de la protección de ese derecho va a depender en gran medida de las decisiones que adopte el legislador. Este no aparece como un *limitador*, sino como un *conformador* de derechos. Si el legislador decide limitar el intercambio de información entre diferentes oficinas gubernamentales (prohibición que, como consecuencia de la funesta experiencia nazi, impera en Alemania), si asegura procedimientos de garantía del particular frente a la Administración pública y otros particulares, estará inevitablemente dotando de contenido a un derecho fundamental. El poder de reacción que la Constitución confiere a los particulares para defender su derecho a la intimidad será mucho mayor y más efectivo que la mera posibilidad de oponerlo frente a intromisiones ilegítimas.

La libertad de enseñanza (art. 27 CE) también *gana contenido* con la actividad del legislador. Aquí diríase incluso que la inactividad equivaldría pura y simplemente al desconocimiento de esa libertad tal como se configura en la Constitución. El mandato del apartado 9 de aquel precepto («los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca») está configurando un aspecto básico de la libertad de enseñanza.

El derecho a la autonomía universitaria, al que luego tendremos ocasión de referirnos con algún detalle, es todavía más ilustrador de la *función* conformadora del legislador; aquí basta con referirse a la dicción del apartado 10 del artículo 22 CE: la autonomía *se reconoce en los términos que la ley establezca*.

¿Qué decir del derecho a la propiedad privada y a la herencia, paradigma de los derechos subjetivos? Expresamente el constituyente subraya, como en otras Constituciones (7), que la función social delimitará su contenido con

---

(7) Por ejemplo, artículo 5.2 de la Ley Fundamental de Bonn: «La propiedad obliga.» «Su ejercicio debe servir al mismo tiempo al bienestar general.» En la Constitución italiana, artículo 42, párrafo segundo, la propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, que determina los modos de adquisición, el ejercicio y los límites a fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos. Véase S. RODOTTA, *El terrible derecho*, trad. de L. Díez PICAZO, Civitas, Madrid, 1986, pp. 273 y ss.

arreglo a las leyes. La engañosa dicción literal, función social como sujeto de la delimitación, no puede hacer olvidar el sentido profundo del precepto: el legislador *determina* el *contenido* de la propiedad en su regulación de cada una de las propiedades. Lo ha establecido sin ambages la importante Sentencia del TC número 37/1987, de 26 de marzo (Ley Agraria Andaluza):

«... la referencia a la 'función social' como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.»

En este derecho fundamental, sobre cuya estructura se ha construido el concepto tradicional de derecho subjetivo, puede apreciarse sin dificultad el decisivo *carácter institucional* que le colorea en la actualidad. El grado de libertad del legislador para configurar el derecho de propiedad tiene unos límites bastante brumosos, casi irreconocibles. El contenido esencial del derecho de propiedad que el legislador no puede traspasar se refiere por entero a la garantía de una institución (la propiedad), no al reconocimiento de facultades o poderes esenciales de ese derecho; la garantía de la propiedad consiste en la prohibición de su privación sin indemnización (no hay garantías frente a las delimitaciones, sólo hay garantías expropiatorias) y en la imposibilidad de que el legislador suprima totalmente la *institución* propiedad o altere los elementos que, en cada momento, compongan los rasgos esenciales de esa institución jurídica y social.

Lo propio cabe predicar de la libertad de empresa, un derecho fundamental de carácter económico, cuyo contenido esencial viene determinado más por la garantía de *esa institución* (y de la economía de mercado) que por el reconocimiento de un *derecho, asimismo, individual* a la libertad de empresa

exigible en cualquier momento ante el legislador. La obligada referencia a otros preceptos constitucionales que delimitan los contornos de esta institución (arts. 128 y 131 CE) es suficientemente explícita al respecto (8).

Resulta obligado, pues, deducir de la exposición precedente que es ilusorio, y dogmáticamente incorrecto, identificar el concepto de derecho fundamental exclusivamente con el concepto de derecho subjetivo. La Constitución no responde, en absoluto, a esa idea cardinal. Los derechos fundamentales son, en efecto, en gran parte derechos subjetivos, pero también instituciones y mandatos al legislador.

Cabría aquí, claro es, hacer una artificiosa distinción entre las normas reguladoras de los derechos fundamentales y las que contienen un derecho fundamental. Pero ni esa distinción conduciría a aclarar la estructura de estas normas ni se corrobora por una diferenciación de los efectos.

Y la prueba de que no existe esa diferencia se encuentra cabalmente reflejada en lo siguiente: algunos derechos fundamentales, típicamente subjetivos, no conceden una mayor resistencia al legislador que las llamadas garantías institucionales. Hasta tal punto que incluso la propiedad o la libertad de empresa tiende a protegerse más como instituciones que como reacciones frente a intromisiones en un ámbito o contenido esencial absoluto.

#### IV. EL ORIGEN DE LA CONCEPCION DE LAS GARANTIAS INSTITUCIONALES. LA JUSTIFICACION DE LA DISTINCION SCHMITTIANA ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTIAS INSTITUCIONALES. LA PERDIDA DE VIGENCIA DE ESA DIFERENCIACION

Podría plantearse, no obstante lo anterior, si en el fondo de esa oscuridad de contornos que muestran derechos fundamentales y garantías institucionales no hay una incomprensión hacia los orígenes del concepto de garantía institucional. Expresado de otra forma: si no habremos olvidado el prístino sentido de las llamadas garantías institucionales.

Nada más lejos de la realidad, porque el error de comparar derechos

---

(8) La planificación e incluso la nacionalización o la intervención de empresas está expresamente prevista en la Constitución. Pero quizá los límites más ordinarios e importantes a este derecho se imponen en cada una de las distintas regulaciones sectoriales que ordenan la actividad industrial o comercial. Sobre el catálogo de esas limitaciones es importante la sistematización de M. S. GIANNINI, *Diritto Pubblico della Economia*, Bolonia, 1977, pp. 175 y ss. En nuestra doctrina, O. DE JUAN, *La Constitución económica española*, Madrid, 1984, pp. 152 y ss. M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1985, pp. 132 y ss.

fundamentales y garantías institucionales como dos categorías contrapuestas tiene una justificación bien comprensible en CARL SCHMITT, en quien arranca, como es entre nosotros bien sabido, la figura dogmática de la garantía institucional.

La teoría de las garantías institucionales que CARL SCHMITT (9) desarrolla al hilo de la Constitución de Weimar tiene un doble objetivo: de un lado, separar conceptualmente los derechos de libertad de las garantías institucionales; de otro, proclamar la sujeción del legislador al respecto de esas garantías consagradas en la Constitución. La diferencia entre derechos fundamentales y garantías institucionales es obligada para SCHMITT, dada su comprensión de los derechos fundamentales. Para SCHMITT, los derechos fundamentales son derechos absolutos (10). Derechos que están por encima del legislador y que son anteriores a la Constitución. Los derechos fundamentales son los derechos de libertad, o mejor dicho, la libertad misma. «El significado jurídico de su reconocimiento y 'declaración' —dice SCHMITT— consiste en que ese reconocimiento significa el del principio fundamental de división del Estado burgués de Derecho: una esfera en principio ilimitada de libertad del particular y una posibilidad de intervención del Estado, en principio limitada, mensurable y controlable» (11). Los derechos reconocidos en la Constitución que no tienden a garantizar ese ámbito originario de libertades no son «auténticos», «puros», derechos fundamentales. «Los derechos fundamentales 'puros' no están garantizados 'en la medida de la ley', su contenido no deriva del legislador, sino que la intervención legislativa

(9) «Freiheitsrechte und institutionell Garantien» (1931), en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlín, 1958, pp. 141 y ss. La primera referencia de SCHMITT a las garantías institucionales está, sin embargo, en su *Verfassungslehre* (1928). La explicación del auge del pensamiento de SCHMITT sobre las garantías institucionales es para SCHEUNER (*Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes*, 1953 —citado por la recopilación *Staatstheorie und Staatsrecht*, Berlín, 1978, pp. 665, ss. y 668—) un precipitado de la tradición alemana y de la influencia de la paz religiosa (siglo XVI) y de la muy posterior filosofía idealista, con su opción por la personificación del Estado. El mismo SCHMITT, no obstante, en la nota final añadida a su trabajo citado, reconoce los créditos de RENARD y HAURIOU en el origen y desarrollo del pensamiento institucional. Sobre el origen de la figura y su evolución posterior, cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, 1981, pp. 17-56.

(10) *Ibidem*, pp. 167 y ss. También en su *Teoría de la Constitución*, cit. por la trad. española de 1934, pp. 192 y ss. La idea de que el concepto de garantía institucional es indisociable en SCHMITT de la de los derechos fundamentales con derechos absolutos, ha sido agudamente destacada por P. HÄBERLE (ob. cit., pp. 92-95), el cual explica cómo esa concepción de SCHMITT hacía imposible una comprensión no *exclusivamente* liberal de los derechos fundamentales.

(11) *Verfassungslehre*, cit., p. 164.

aparece como la excepción.» Junto a los derechos fundamentales, cuya garantía por así decirlo es para SCHMITT natural, consustancial al Estado de derecho burgués, la Constitución ofrece a determinadas «organizaciones» una especial protección. «La norma constitucional —dice nuestro autor— tiene el fin de hacer imposible su supresión por medio de la legislación ordinaria.» No se trata en estos casos de «garantizar una esfera de libertad esencialmente ilimitada», sino de posibilitar que una determinada institución perviva. La garantía institucional es una garantía frente al legislador.

El éxito que esta figura dogmática va a tener en la doctrina alemana se debe probablemente a que introduce un elemento de crítica en la doctrina predominante en la época de Weimar acerca de la función de los derechos fundamentales. Muchos autores aprovechan esta idea de que el reconocimiento constitucional de una institución implica una limitación al legislador (el legislador no tiene las «manos totalmente libres» —dice gráficamente SCHMITT—), para aplicarla no sólo a organizaciones constitucionalmente reconocidas, sino para hacerlas valer respecto a los derechos fundamentales. La doctrina de SCHMITT está claramente en contradicción con la defendida por ANSCHÜTZ (12), la mayoritaria, para quien la garantía de los derechos fundamentales se reduce al principio de legalidad de la Administración. La Administración no puede afectar los derechos fundamentales en tanto no existe una ley. Cuál sea el contenido de la ley no es constitucionalmente discutible. La idea de SCHMITT conecta, por el contrario, con la de quienes ven en la Constitución no sólo un mero programa, sino una norma de actuación, una escala de medida, a partir de la cual es posible limitar —también— el poder del legislador. El propio SCHMITT se pronuncia expresamente en contra de la tesis de ANSCHÜTZ, y aunque sin llegar a deducir consecuencias que chocarían con su posición inicial sobre los derechos fundamentales, indica patentemente que el hecho de que la figura de la garantía institucional haya sido sin las necesarias matizaciones aceptada «podría estribar en que en cada garantía de los derechos fundamentales reconocidos, aun cuando no se aseguren en sentido estricto institutos jurídicos, sí se puede encontrar una garantía de la típica clase o forma de reconocimiento de una norma (*Normierung*). Quizá sin pretenderlo, y abstracción hecha de los posteriores desarrollos de su tesis institucionalista, que le llevaría a las orillas del totalitarismo, es difícilmente cuestionable que en la tesis de SCHMITT esté el germen de la nueva doctrina constitucionalista sobre el valor de la Constitución como norma y sobre todo, *in nuce*, la idea del «contenido esencial» de los dere-

---

(12) *Die Verfassung des deutschen Reichs von II August 1919*, reimpresión de la 14.ª ed. (Berlín, 1933), Bad Hamburg, 1960, p. 660.

chos recogida en la Ley Fundamental de Bonn y en nuestra Constitución. La idea expuesta al hilo de la autonomía local de que en el sentido de la garantía institucional está el que «ciertos elementos típicos característicos y esenciales tal como se han conformado en el transcurso del desarrollo histórico mediante esa clase de garantías tienen que ser protegidos de su eliminación por el legislador», es ciertamente la base de la que arranca la moderna concepción de los derechos fundamentales.

El propio SCHMITT, aunque limitado por su concepción de los derechos fundamentales, y tras declarar enfáticamente que «la garantía de la libertad personal no asegura ningún instituto jurídico, pues la libertad no es un instituto», indica, sin embargo, lo siguiente en un párrafo que creo merece la pena reproducir:

«... pero a pesar de esto, el artículo [se refiere al artículo de la Constitución de Weimar que asegura la libertad personal] no es ni un mero programa sin significado ni (está) vacío por efecto de la reserva de ley. Considerado con las categorías de una teoría jurídico-constitucional, no puede en ninguna manera disolverse en el irresoluble dilema de la jurisprudencia anterior a la guerra. *Por el contrario, tiene el sentido de garantizar* la tradicional, típica y usual medida de las intervenciones (*Eingriffe*) en la libertad. En qué medida el legislador está autorizado a intervenir en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente mediante normas procesal-penales como la detención, entrada domiciliaria, control de la correspondencia, etc., es en particular fuertemente variable; pero mientras todavía exista un cierto sentimiento del Estado burgués de Derecho, se puede ciertamente reconocer cuándo el legislador ha traspasado el máximo que se le ha concedido mediante la reserva de ley» (13).

Leyendo este párrafo de SCHMITT se gana rápidamente la sensación de que esas mismas palabras son las que usan habitualmente el Tribunal Constitucional Federal alemán y nuestro propio Tribunal para *definir* el contenido esencial de los derechos fundamentales. Recordemos, por ejemplo, lo que nuestro más alto Tribunal decía en la Sentencia de 8 de abril de 1981, a propósito del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre el contenido esencial del derecho de huelga:

(13) «Freiheitsrechte...», ob. cit., p. 166. Una exposición fiel del pensamiento schmittiano sobre la garantía institucional puede verse en N. PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1976, pp. 674-676.

«...(es) aquella parte del contenido de un derecho sin la cuál éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, *lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo*. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga.»

Y aún puede decirse más. Esa definición del contenido esencial es perfectamente intercambiable con las que usan los Tribunales Constitucionales alemán y español para definir las garantías institucionales. La primera vez que el Tribunal Constitucional (S. 28-VII-1981) ensaya la definición de una garantía institucional (refiriéndose a la autonomía local), dice:

«Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional, y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero, a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración constitucional concreta corresponde al legislador ordinario, *al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza*. Por definición, en consecuencia, 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.*»

Si se comparan los textos transcritos es fácil llegar a la conclusión de que, en puridad, la *delimitación del núcleo esencial* de la garantía institucional y del *contenido esencial* del derecho fundamental responden a la misma idea-fuerza: asegurar la primacía de la Constitución sobre el legislador, exigir un límite que aquél no puede sobrepasar. Pero en ambos conceptos la precisión de lo *esencial* es igualmente indeterminable en abstracto.

Que exista esa identificación conceptual entre el *núcleo duro* de garantía institucional y del derecho fundamental es todo menos sorprendente. Porque aquella primera diferenciación schmittiana ha perdido hoy gran parte de su vigencia; sencillamente porque no puede sostenerse la radical separación entre derecho fundamental (absoluto) y garantía institucional; más bien las nociones de derecho subjetivo y garantía institucional se entrelazan y con-

funden en los derechos fundamentales. K. HESSE (14) ha subrayado que la gran aportación de la teoría de las garantías institucionales ha sido destacar la importancia del significado jurídico-objetivo de los derechos fundamentales (aunque para SCHMITT, como ya nos consta, ese significado se plasmara en su carácter de *garantías conexas o complementarias de los derechos* fundamentales); pero al mismo tiempo apunta, coincidiendo con HÄBERLE, que la separación entre garantías institucionales y derechos de libertad carece de sentido, pues también la *libertad* tiene un aspecto institucional.

El hecho histórico que puede servir para situar el solapamiento, la confusión en el seno de un concepto amplio de derecho fundamental, entre derecho subjetivo y garantía institucional, podemos convencionalmente situarlo en la Ley Fundamental de Bonn; y no obviamente porque la Constitución germano occidental haga algún tipo de pronunciamiento expreso sobre la cuestión. Pura y simplemente, la Ley Fundamental, al situar a los derechos fundamentales como límite y medida del legislador, inmediatamente hace decaer el alcance de la antigua distinción de CARL SCHMITT.

Reconocido que la norma constitucional tiene primacía sobre la legislación, que la Constitución, por tanto, se impone al legislador, hay que reconocer también que toda institución o derecho contenido en la Constitución goza de una garantía frente al legislador. Salvo el supuesto de que expresamente la propia Constitución confiera al legislador una absoluta libertad para regular una institución, en los demás casos la garantía la brinda la propia primacía constitucional.

Las garantías institucionales pueden quedar como una categoría dogmática que explica que las Constituciones no sólo reconocen derechos públicos subjetivos, sino que también aseguran la pervivencia de ciertas instituciones. Pero la contraposición derecho fundamental-garantía institucional, coherente en la posición SCHMITT, *carece de sentido cuando, de un lado, los derechos fundamentales abarcan no sólo derechos subjetivos, sino también garantizan positivamente ámbitos de actuación del particular o aseguran la pervivencia de determinadas organizaciones (por tanto, encierran a su vez garantías institucionales y mandatos al legislador) y, de otro, ambos conceptos responden a la misma idea, la de erigirse en límite último a la discrecionalidad política del legislador.*

Todo lo cual arroja la siguiente consecuencia: la idea de garantía institucional puede contrastarse con la de derecho subjetivo, no con la de derecho fundamental (15). Mientras que el derecho subjetivo atribuye un poder al

(14) *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 15.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1985, p. 112.

(15) La idea del derecho fundamental como más amplia y en cierta medida supe-

individuo para su ejercicio y defensa, la garantía institucional implica la protección de una determinada organización, no en la forma de un *statu quo*, sino en el respeto de sus rasgos esenciales, tal como se configuran históricamente (dinámicamente). La noción derecho fundamental puede englobar sin dificultades a las otras dos restantes; derechos subjetivos y garantías institucionales pueden ser derechos fundamentales cuando la Constitución así lo reconoce. Al igual que no todo derecho público subjetivo es un derecho fundamental, las garantías institucionales en el sentido aquí expresado, pueden o no tener el rango de derecho fundamental.

radadora de la de derecho subjetivo ha sido objeto de especial atención doctrinal y no es, desde luego, pacífica: en nuestra doctrina es obligada la remisión a las obras de PÉREZ LUÑO, ob. cit. en nota 5, pp. 31 y ss., y (desde la óptica del Derecho administrativo) a la de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre los derechos públicos subjetivos», *REDA*, núm. 6 (1975), pp. 427 y ss. El problema terminológico es especialmente agudo en este punto; inconscientemente, cuando hablamos de *derechos* fundamentales estamos pensando en *derechos* individuales del hombre, lo cual es absolutamente incontestable histórica y constitucionalmente. Sin embargo, si reconocemos el término *derechos fundamentales* en sentido objetivo o *normas sobre derechos fundamentales* que aseguran garantías objetivas y colectivas, no meramente individuales, tenemos que admitir que bajo aquella expresión (derechos fundamentales) se encierran diversas realidades.

La Constitución, al establecer un régimen jurídico muy diferenciado para algunos derechos fundamentales de la sección primera (ley orgánica, recurso de amparo, etc.), plantea numerosos problemas que algunos autores han tratado de resolver distinguiendo entre las normas que reconocen derechos de las que declaran aspectos objetivos. Por ejemplo, el que recuerda L. MARTÍN RETORTILLO («Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en *Derechos fundamentales y Constitución*, pp. 19 y ss., 86) de los medios de comunicación social del Estado en relación con la libertad de expresión. La ley que extinguió el organismo autónomo MCSE no era una ley orgánica y el TC no opuso reparos a este argumento. Sólo que este argumento no sirve para el caso de la Universidad, típica garantía institucional que, sin embargo, el TC ha declarado derecho fundamental, con la importante consecuencia de reconocer, como había hecho el legislador, la exigencia de ley orgánica. Es ese mismo problema de terminología el que pesa sobre algunas polémicas doctrinales, en torno precisamente a la naturaleza de la Universidad. Para unos, derecho fundamental [véase J. LEGUINA y ORTEGA ALVAREZ, «Algunas reflexiones sobre la autonomía universitaria», *REDA*, núm. 35 (1982), pp. 549 y ss.]; para otros, garantía institucional [véase A. NIETO, «Autonomía política y autonomía universitaria», *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, núm. 5, pp. 77 y ss., 79; L. MARTÍN RETORTILLO, ob. cit., p. 86; J. M. ALEGRE AVILA, «En torno al concepto de autonomía universitaria», *REDA*, núm. 51 (1986), pp. 367 y ss.; A. FERNÁNDEZ MIRANDA, «Comentario al artículo 77», en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, p. 198]. Sobre la naturaleza y límites de la autonomía universitaria, cfr., asimismo, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La autonomía universitaria: ámbito y límites*, Civitas, Madrid, 1982; J. L. CARRO, *Polémica y reforma universitaria en Alemania, libertad científica, autogestión, «numerus clausus»*, Civitas, Madrid, 1976.

La categorización de los derechos fundamentales como supraconcepto comprensivo tanto de derechos subjetivos como de garantías institucionales permite, además, relativizar la distinción entre ambas figuras, que dista siempre de ser absolutamente escindible (16).

Ciertamente hay una distinción básica entre derecho subjetivo y garantía institucional. Mientras que las libertades públicas tradicionales típicamente subjetivas son la traslación al derecho público del clásico concepto de derecho subjetivo, es decir, un poder concedido o reconocido por el Derecho (la Constitución) a una persona que puede oponerlo a los poderes públicos, la garantía institucional es un fenómeno típico (aunque no exclusivo) del derecho público, pues su objetivo es asegurar frente al legislador la existencia de una organización en su rango esencial. Pero al margen de esta elemental distinción hay un gran número de puntos de conexión y confusión entre ambas categorías:

1.º Hay una evidente correlación entre la garantía de una institución y los derechos (públicos) subjetivos de sus miembros. El *status* funcional, típica garantía institucional recogida en nuestra Constitución (art. 103.3), sirve a los derechos subjetivos de los funcionarios públicos. Por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15, entre otros, de la Ley 30/1984, de medidas para reforma de la función pública, que realiza la STC 99/1987, de 11 de junio, se basa en la violación de la reserva de ley que garantiza la Constitución para la relación funcional; es claro que con esa declaración se asegura tanto una mayor garantía del *status* funcional como de los derechos de los funcionarios públicos (17).

---

(16) F. OSSENBÜHL, ob. cit. en nota 3, p. 2103, destaca cómo la concepción de la actual jurisprudencia constitucional alemana sobre los derechos fundamentales como garantías institucionales y la concepción de SCHMITT no tienen nada que ver; mientras para SCHMITT la garantía institucional persigue el aseguramiento de organizaciones públicas o de instituciones privadas (familia, matrimonio, etc.), el TCFA lo que pretende es destacar que determinados derechos (por ejemplo, la libertad de prensa o la libertad artística) no pueden comprenderse sólo desde el punto de vista individual, sino también desde el objetivo o institucional en la medida que sirven una necesidad social. Esta precisión de OSSENBÜHL es acertada históricamente, y a ello nos referimos en el texto; en la práctica, sin embargo, no siempre es posible encontrar una tan nítida distinción entre el pensamiento de SCHMITT y la vertiente institucional de los derechos fundamentales. Piénsese en la libertad de ciencia y la garantía de la Universidad. En nuestra Constitución, desde luego, la valoración de ambos aspectos de ese derecho fundamental podría seguir explicándose con las palabras que SCHMITT escribió en 1929. Véase en este sentido el voto particular a la STC de 13 de febrero de 1981, en el que claramente aparece tal identificación.

(17) El Tribunal niega que el Gobierno pueda tener una libérrima competencia para suprimir o integrar Cuerpos de funcionarios. Esa misión, según el TC, corresponde

Lo mismo ocurre con el estatuto de los jueces y magistrados o con los derechos del profesorado universitario. El reforzamiento de la garantía institucional (ordenación de una *carrera profesional*, inamovilidad, *status* no laboral) refuerza los derechos de los profesionales.

Incluso la observación capital de SCHMITT (para los miembros de una institución la garantía de los derechos subjetivos está subordinada a la garantía de la institución a la que sirven), no está respaldada por los hechos. Por ejemplo, entre nosotros y aunque de una forma ciertamente curiosa (18), se reconoce el derecho de huelga a los funcionarios públicos; es claro, pues, que no siempre el criterio de SCHMITT sirve para categorizar las garantías institucionales.

2.º Como ya hemos observado, en muchos derechos fundamentales, basados tradicionalmente en la imagen del derecho subjetivo, se ha operado una transformación tal que, en puridad, se han convertido en garantías institucionales.

Nos hemos referido anteriormente al derecho de propiedad, pero también podría decirse lo mismo de otros derechos y libertades.

La libertad de empresa, por ejemplo, no es identificable con el clásico derecho (subjetivo) fundamental que *garantiza un ámbito absoluto* exento a la acción del legislador. Ciertamente, la libertad de empresa ampara situaciones jurídicas subjetivas. Como ha mostrado certeramente S. MARTÍN RETORTILLO (19), la igualdad, la proporcionalidad, el respeto a la *autonomía* de dirección del empresario, son límites que el legislador indudablemente ha de observar. Pero, al mismo tiempo, no puede negarse al *legislador* la posibilidad de modular la libertad de empresa, de configurarla al servicio de los fines

---

al legislador. Es claro que en este punto el TC ha considerado sobre todo los derechos de los funcionarios más que la garantía institucional de la función pública. En realidad éste es uno de los aspectos de la paradoja actual del *status* funcional, pensando con categorías históricas y dogmáticas que hoy resulta difícil encajar con el reconocimiento de los derechos fundamentales también en las relaciones especiales de sujeción. Véanse interesantes referencias a este problema en M. J. MONTORO CHINER, *La función pública en el federalismo alemán*, INAP, Madrid, 1987, pp. 23 y ss.

(18) Así es: la única regulación expresa legal de la huelga de funcionarios se ha hecho para permitir a la Administración descartar los haberes de los días no trabajados (disposición adicional segunda de la Ley de Medidas para la Función Pública); pero la muy compleja problemática de la huelga en la función pública sigue huérfana de regulación. Véase J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo (Organización, empleo público)*, 2.ª ed., 1988, pp. 310 y ss.

(19) «La libertad económica como derecho a la libertad de empresa: su ordenación constitucional», en *Estudios de Derecho y Hacienda*, homenaje a CÉSAR ALBIÑANA, vol. I, Madrid, 1987, pp. 245 y ss.

previstos en la Constitución, de las «exigencias de la economía general y de la planificación», como indica el artículo 38 CE. En la libertad de empresa, pues, los aspectos subjetivos e institucionales aparecen inextricablemente unidos. El legislador, al regular el ejercicio de la libertad de empresa, no sólo desarrolla un derecho, sino que actualiza la opción constitucional por una economía social de mercado.

En similares términos podemos expresarnos en relación a la libertad de ejercicio de la profesión u oficio (arts. 35 y 36 CE). Tampoco es posible aquí imaginar un contenido del derecho predeterminado a la ley, como no sea el derecho a ejercer cualquier actividad si no está reglamentada (20); el límite de estos derechos lo constituirá en todo caso la vulneración de la imagen institucional de cada profesión. Ello en términos teóricos, pues la jurisprudencia constitucional parece incluso negar que exista ese límite (21).

V. CORROBORACION EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL  
DE UNA VISION MULTIFORME DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:  
DERECHO Y GARANTIA INSTITUCIONAL COMO PERSPECTIVAS  
DE UN CONCEPTO AMPLIO DE DERECHO FUNDAMENTAL

Se ha reseñado ya en este trabajo que la jurisprudencia constitucional española, con la excepción de la sentencia mencionada sobre la LRU, ha aceptado en numerosas ocasiones un concepto de derecho fundamental abierto a distintas perspectivas; esta doctrina maneja, como otros Tribunales Constitucionales, con toda normalidad, los diversos aspectos, objetivo y subjetivo, de los derechos fundamentales, destacando en unos casos la libertad individual, mientras que en otros se acentúa la vertiente institucional.

Desde muy temprana hora ha sentado el TC el doble carácter de los derechos fundamentales. La Sentencia de 14 de julio de 1981 decía, siguiendo muy de cerca a la más prestigiosa doctrina alemana (22), lo siguiente:

---

(20) S. MUÑOZ MACHADO, en el libro codirigido con L. PAREJO ALFONSO y E. RUILOBA SANTANA, *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, IEAL, Madrid, 1983, p. 121.

(21) En efecto: la STC 83/1984, tras indicar que en el artículo 38 predomina el carácter de garantía institucional, concluye que «no hay contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta».

(22) Como se desprende de la comparación de la sentencia con el tratamiento ya clásico de K. HESSE (ob. cit. en nota 14, núm. marginal 112).

«En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad 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.»

Esta declaración del Tribunal no ha quedado reducida a un mero apunte teórico. Ha tenido una lógica continuidad en otras muchas sentencias, en las que se han puesto de relieve las diferentes caras de los derechos fundamentales. Un ejemplo bien conocido —y polémico— de esta posición es la jurisprudencia sobre televisión. La decisión de que no es inconstitucional una televisión monopolizada por el Estado, la ha justificado el Tribunal interpretando el derecho fundamental a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [art. 20.1, *a*), CE] como derecho institucional no necesariamente subjetivo, que garantiza una institución y no supone —*conditio sine qua non*— el derecho subjetivo a crear, a fundar una emisora de televisión. Lo expresa claramente el TC en la Sentencia 12/82, de 21 de marzo:

«... en nuestro ordenamiento jurídico se ha constitucionalizado el control parlamentario de la televisión pública estatal, y que la llamada 'televisión privada', en cuyo favor postula la sociedad Antena 3, Sociedad Anónima, no está necesariamente impuesta por el artículo 20 de la Constitución. No es una derivación necesaria del artículo 20, aunque, como es obvio, no está tampoco constitucionalmente impedida. Su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política, que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una ley orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el artículo 20 (art. 81 de la CE) y siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo como valores fundamentales del Estado, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución, sea como resultante de las relaciones del conjunto, sea como factores operantes dentro de cada uno de los

establecimientos que actúen en el medio, ya que la preservación de la comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre, ni soberanía popular, no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino que requiere también la preservación de un determinado modo de producirse de los medios de comunicación social, porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión.»

Sin entrar en este lugar en la polémica sobre el alcance del derecho a la libertad de expresión, es claro que un pronunciamiento de esa índole hubiera sido difícilmente justificable con una posición individual-liberal, o si, como hizo el voto particular a estas sentencias, la misma hubiera acentuado esa vertiente de los derechos fundamentales. Por eso tanto en nuestro país como en otros países, por ejemplo en la República Federal Alemana, hay autores que sólo califican de derechos fundamentales a los derechos públicos subjetivos de libertad reconocidos con ese carácter en la Constitución, y dejan de lado las garantías institucionales o el aspecto objetivo de las mismas (23). Sin embargo, la jurisprudencia constitucional, la española y alemana, integra en la interpretación de los derechos fundamentales tanto aspectos objetivos como subjetivos.

Veamos otros ejemplos. En la STC 111/1984, de 28 de noviembre, se afirma expresamente que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley es una garantía institucional y también un derecho fundamental. En la Sentencia 83/1984, de 24 de julio, se señala respecto al artículo 38 CE que «predomina, como es patente, el carácter de garantía institucional»; en cuanto al derecho al trabajo, hay también dos Sentencias, las números 22/1981, de 2 de julio, y 163/1986, de 17 de diciembre, en las que se pone de manifiesto el doble carácter objetivo y subjetivo de estos derechos, carácter que en la

---

(23) Por ejemplo, CR. STARCK en la 3.<sup>a</sup> ed. de *Das Bonner Grundgesetz*, Vahlen, Munich, 1985, núms. marginales 122-129 al art. 1, abs. 3. Se hace eco este autor de las críticas de un sector doctrinal al considerar algunos derechos fundamentales como meras garantías institucionales: «Nunca existe libertad —dice STARCK— sólo con el patrón de la garantía objetivo-jurídica (institucional). La vertiente objetivo-jurídica (institucional) de un derecho fundamental como cualquier otro bien constitucional digno de protección permite limitar sólo puntual y 'definidamente' la libertad de actuación garantizada con la vertiente subjetivo-jurídica de los derechos fundamentales.» Como se analiza críticamente en el texto, ésta es la posición que sostiene entre nosotros, DE OTTO y que aisladamente ha recogido alguna sentencia del TC, como la citada 83/1984, posición que no comparten otras muchas sentencias del mismo Tribunal, tal como se indica también en el texto.

última sentencia sirve para que el Tribunal admita y otorgue el amparo, pese a que el interesado no recurrió en vía constitucional. En fin, en las Sentencias 12/1982, de 12 de marzo; 104/1986, y especialmente en la 22/1988, se acentúa el carácter institucional de la libertad de expresión, que sirve, por ejemplo, como S. MUÑOZ MACHADO ha demostrado (24), para dar una preferencia en el balanceamiento constitucional a este derecho respecto del derecho al honor.

Hay, pues, un considerable número de asuntos en los que el TC, sin adscribirse a ninguna posición cerrada sobre el carácter de los derechos fundamentales, ha advertido su carácter institucional y objetivo.

VI. ALGUNAS CONSECUENCIAS DOGMATICAS: EL CONTENIDO  
ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.  
LA COMPATIBILIDAD ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PUBLIFICACION  
DE LA ACTIVIDAD PROTEGIDA POR EL DERECHO

De lo que llevamos dicho resulta oportuno extraer alguna conclusión de interés. La más destacada es que carece de verdadera razón de ser (y también de utilidad práctica) tratar de atribuir el contenido esencial tan sólo a las normas reguladoras de los derechos fundamentales que reconocen derechos subjetivos.

No creemos, por eso, que pueda respaldarse la posición que al respecto defendiera DE OTTO (25). Para este gran autor, la garantía del contenido esencial era tan sólo aplicable a los *derechos*, no a las garantías institucionales. Indicaba DE OTTO que la noción de contenido esencial obedece «a un peculiar sistema conceptual: la idea de contenido esencial nos conduce a construir derechos y libertades como poderes complejos y concretos de disposición y libertad a partir de definiciones constitucionalmente abstractas». «En la garantía institucional —afirma nuestro autor—, la ausencia de garantía de un contenido esencial significa, por el contrario, que hay tan sólo constitucionalización de la institución abstractamente definida, pero no garantía de una concreta configuración» (26). Mientras que la garantía del contenido esencial lleva de lo abstracto a lo complejo, de la definición simple a la articulación compleja, la sola garantía institucional ampara la existencia de

(24) *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988, *passim*.

(25) Ob. cit. en nota 1, p. 101.

(26) *Ibidem*.

las instituciones, no su configuración concreta. La distinción descrita por DE OTTO es un importante esfuerzo por separar lo que en nuestra Constitución es un todo; resulta, como ya hemos visto, que esa distinción es inaplicable a muchos derechos fundamentales. La Constitución no distingue entre garantías institucionales y derechos subjetivos a la hora de establecer un derecho fundamental. En la interpretación de cada uno de los derechos fundamentales es posible situar, junto a aspectos garantes estrictamente de la libertad individual, aspectos institucionales; y no es sólo que haya derechos como la propiedad en la que la tesis de DE OTTO resulta impracticable (¿en qué se diferencia la garantía de la propiedad de la garantía de otra institución, conforme a la jurisprudencia constitucional?), sino que la distinción adolece de aislar los derechos fundamentales clásicos como poderes concretos de disposición. ¿Cuáles son los poderes concretos de disposición del derecho a la libertad personal o de la libertad de desplazamiento? ¿Es posible concebir estos derechos sin acudir a contrapesarlos con otros derechos fundamentales básicos y aun con el interés general? ¿Cuál es la concreta configuración que la Constitución tiene de estos dos derechos? La respuesta a estos interrogantes es, creo, imposible de concretar, ni siquiera en abstracto. Depende, en todo, de una multiplicidad de elementos que a diario utiliza el Tribunal Constitucional y los demás Tribunales en su jurisprudencia.

Es esa indeterminación, a la postre, la que hace tan difícil la interpretación de los derechos fundamentales y más concretamente el alcance que deba darse a la vertiente liberal y a la colectiva o institucional.

El ejemplo ya mencionado de la televisión en relación al derecho fundamental a la libertad de expresión es desde luego significativo. Se puede hacer sólo hincapié en el aspecto subjetivo, y entonces el problema es cómo se ordena el derecho a la creación de televisiones privadas. Se puede, por el contrario, asumir sólo la vertiente institucional (la televisión, como servicio público) e inmediatamente surge la cuestión de si es constitucionalmente posible que un vehículo de información y expresión quede monopolizado por los entes públicos; en definitiva, si cabe el monopolio en el ámbito de un derecho fundamental. Hemos tomado dos posiciones extremas, pero significativas, porque son los límites del camino que necesariamente hay que transitar al interpretar aquel derecho fundamental. Lo individual, lo social y lo institucional están de tal forma imbricados en los derechos fundamentales, que cualquier versión monolítica termina siendo siempre parcial. Y no es éste un «defecto» que pueda imputarse a nuestra Constitución. En Francia o en la Alemania Occidental, dos países con Constituciones bien distintas, es observable una evolución sobre el monopolio estatal de televisión bastante similar. El círculo vicioso en que anda sumida la jurisprudencia constitucional ale-

mana respecto a la libertad de creación de emisoras de radio y televisión es un signo de la dificultad de enjuiciar los límites que la Constitución impone al legislador en esta materia (27).

La distinción dentro de los derechos fundamentales de «derechos» y «garantías institucionales» tiene muy poca utilidad si con ella se pretende construir dos regímenes jurídicos diferenciados. Ambos aspectos forman parte de los derechos fundamentales, como también forman parte de ellos las particulares visiones que las distintas concepciones teóricas aportan a los mismos (28). Al igual que la oposición antitética entre igualdad y libertad es siempre una falsa alternativa, pues ambos son valores complementarios, también la libertad individual y la función objetiva de los derechos fundamentales han de armonizarse. Sólo respecto a cada derecho fundamental y en cada caso de aplicación será posible establecer el punto de equilibrio.

---

(27) En nuestro país, la Ley 10/1988, de 3 de mayo, admite por vez primera la televisión privada, aunque concebida como forma de gestión indirecta de un servicio cuya titularidad corresponde al Estado. Véase sobre esta Ley el análisis de G. ARIÑO ORTIZ, *Informe sobre la ley de televisión privada*, IEE, Madrid, 1983. Sobre la configuración constitucional de la televisión, con diferentes perspectivas: T. QUADRA-SALCEDO, *El servicio público de la televisión*, IEA, Madrid, 1976, especialmente pp. 156 y 168; F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982; J. ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico-administrativo de la televisión*, INAP, Madrid, 1984, pp. 79 y ss.; C. CHINCHILLA, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988. En Alemania, véase sobre la última decisión del TCFA de 24-III-1987 (la llamada 5.ª Sentencia sobre Televisión), el crítico análisis de W. SCHMITT GLAESER, *Art. 5 Abs S. 2 GG als «Ewigkeitsgarantie» des öffentlichrechtlichen Rundfunks*. Cfr. también M. BULLINGER, «Freiheit und Gleichheit in der Medien», *Juristen Zeitung* (1987).

(28) Véase E. W. BÖCKENFÖRDE, ob. cit. en nota 4, *passim*.



*JURISPRUDENCIA*  
*Estudios y Comentarios*

