

El rol de la ley en la configuración de los derechos fundamentales

The role of the law structuring fundamental rights

Ab. Andy Rojas Jiménez
Investigador jurídico

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 6, 2019, pp. 71-97, ISSN 2588-0837

RESUMEN: analizar el papel de la norma jurídica en la configuración de los derechos fundamentales, constituye el principal reto del artículo que se presenta, conscientes de que, no es tarea fácil, sin embargo, constituye en la contemporaneidad, en la que los derechos fundamentales son constante y habitualmente amenazados, una necesidad que se logra establecer con los postulados esenciales que se determinan en el estudio. Es así que, Ley y derechos fundamentales se reúnen en un documento que ofrece claridad doctrinal y legal sobre el vínculo que, ineludiblemente existe. Una amplia revisión doctrinaria sustenta las posiciones que son asumidas en el trabajo, el que, se espera aporte humildemente a la comprensión y reflexión actual, sobre la relevancia que la norma jurídica posee para, la garantía o el menosprecio de lo que ha sido en llamarse, derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: ley, derechos fundamentales, constitucionalismo, reserva de ley, Constitución.

ABSTRACT: Analyze the role of the legal norm in the configuration of fundamental rights, constitutes the main challenge of the article presented, aware that it is not an easy task, however, it constitutes in the contemporary, in which the fundamental rights are constant and usually threatened, a need that can be established with the essential postulates determined in the study. Thus, Law and fundamental rights come together in a document that offers doctrinal and legal clarity about the link that inevitably exists. A broad doctrinal review supports the positions that are assumed in the work, which is expected to humbly contribute to the current understanding and

reflection, on the relevance that the legal norm has for, the guarantee or the contempt of what has been called, fundamental rights.

KEY WORDS: law, fundamental rights, constitutionalism, reservation of law, Constitution.

INTRODUCCIÓN

El principio de supremacía de la ley y, por tanto, su función en materia de derechos fundamentales ha sido un principio no sujeto a discusión, sino hasta tiempos relativamente recientes. Persistió con amplitud durante todo el curso del siglo pasado, y sólo con posterioridad a la crisis de la República de Weimar, ya producida la derrota alemana durante la Segunda Guerra Mundial, comienza a perder fuerza. (Pérez, 2018, p. 50)

La Revolución francesa había sustituido el gobierno de los hombres por el reino de la ley, convirtiendo a la libertad en su principio rector y a la Ley como su único límite admisible (artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Ello resultaba de los fundamentos mismos sobre los que reposaba el Derecho constitucional post- revolucionario, que sustituía la soberanía del Rey por la soberanía del Parlamento y de su máxima expresión jurídica. La ley se convertía en la manifestación de la voluntad general roussoniana, y a ella debían subordinarse todos los demás poderes del Estado, bajo el sello de la división rígida de poderes que la teoría de Montesquieu importaba. (Bobbio, 2010, p. 80)

El juez sólo tenía por función ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, y por ello se somete, en un principio, su actuación, a un rígido control por parte de la Asamblea. Subsistía, en los inicios de la Revolución, la desconfianza hacia el estamento judicial (los parlamentos), pero también ella se manifestaba hacia el Ejecutivo, hacia el Rey, en una primera etapa, que debía ahora compartir sus viejos poderes con la representación nacional, de la que recibía su legitimación. (Climent, 2018, p. 527)

Esta estructura novedosa de funcionamiento del Estado que venía a destruir los cimientos del antiguo régimen, se convirtió de este modo en la arquitectura jurídica de la burguesía triunfante en la Revolución,

que aseguraba así, con su presencia abrumadora en la Asamblea, su control político y social.

El constitucionalismo temprano, sin embargo, relegó las declaraciones a meros enunciados de principios a través de la distinción entre derechos y garantías. Los derechos no formaban parte de los textos constitucionales, y la Constitución se limitaba a regular sus garantías. Esto último ocurrió tanto en la Constitución de los Estados Unidos, como en la mayor parte de los textos constitucionales franceses, siendo paradigmática la situación de la III República. Tampoco la Constitución de Cádiz, de enorme influencia en el constitucionalismo americano, contempló un específico catálogo de derechos, pese a que contenía varios de ellos diseminados en su amplio texto.

En Alemania, país donde el dismantelamiento de los privilegios se realizó mediante reformas realizadas “desde arriba” y no por medio de una Revolución, las primeras constituciones de los Estados alemanes incorporaron catálogos de derechos, que constituían verdaderas concesiones de sus monarcas, pero, ni Prusia ni Austria sancionaron inicialmente constituciones y la Constitución de la Iglesia de San Pablo de 1848, en la que se entendía que los derechos fundamentales debían ser el fundamento necesario del Estado, sólo constituyó un paréntesis en la historia constitucional alemana. (Polakiewicz, 1993, p. 24)

El Estado Weimariano constituyó, no obstante, un punto de inflexión. La Constitución es elaborada en medio de un clima de grandes trastornos sociales y políticos, y bajo el estigma de la derrota alemana en la Primera Guerra Mundial. En ella se incorporó un amplísimo catálogo de derechos, y por primera vez, junto a la Constitución mexicana de 1917, se constitucionalizaron derechos sociales (López, 2010, p. 169). Pero el problema de la aplicabilidad directa de sus normas nunca fue resuelto, a lo que se agregaba la facultad del Presidente del Reich de derogar sus disposiciones (por la vía del Decreto-ley) en períodos de anormalidad. Su desenlace es perfectamente conocido.

Esta situación cambia después de la Segunda Guerra Mundial. Ya antes, Austria y España habían conocido la existencia de Tribunales constitucionales, pero es la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la que marca el cambio de rumbo del constitucionalismo y la consagración del principio de Supremacía Constitucional, coloca también al legislador bajo la fuerza de sus normas, quedando desde entonces limitado en su libertad. La cláusula del artículo 19.2 de la Constitución

alemana impone al legislador la obligación de respetar el contenido esencial de los derechos, las normas constitucionales adquieren aplicabilidad directa y el Tribunal Constitucional debe controlar la constitucionalidad de las leyes. (Consejo Parlamentario Alemán, 1949)

De esta forma, es claramente comprensible el proceso evolutivo que hasta la fecha ha sufrido el fenómeno de la norma jurídica, la Constitución y los derechos contenido en ellas. Es así que, los hechos históricos relevantes y la evolución del pensamiento iusfilosófico, han determinado este particular, no sin antes, haber sufrido los embates de una ciencia jurídica que se rehusaba a cambiar, pero que, definitivamente, lo hizo, y para bien.

Valga este breve recuento explicativo de la evolución de los conceptos de Ley, Constitución y derechos fundamentales, para pasar ahora a ver el papel que la ley juega en la configuración de estos derechos. Para ello, se han tomado dos puntos referenciales contemporáneos que, innegablemente ha permeado al mundo civilizado de sus ideas y posturas; Alemania y España, sin duda alguna han ofrecido los postulados sustanciales sobre los que realizar un análisis que, permite tenerlos como referentes a la hora de analizar dicha circunstancia, en cualquier otra nación.

1. DOCTRINA ALEMANA

Se ha dicho, no sin razón, que el principio de reserva de ley fue el gran logro de la burguesía alemana del siglo pasado en el conflicto con la Corona y su Administración (Polakiewicz, 1993, p. 228). A través de él se procedió a distinguir entre ley formal y material, señalándose un ámbito de competencia material a la ley, que no podía ser disponible para el monarca. El concepto de ley formal expresaba la idea de que es ley aquella que ha sido elaborada por el Parlamento, y ley material, la que está constituida por todas aquellas materias que inciden en la “libertad y la propiedad” de los ciudadanos. Esta última esfera no podía ser objeto de regulación por el monarca, salvo habilitación expresa del legislador.

Sin embargo, y pese a esta portentosa construcción dogmática construida por Laband (1901) y consolidada por Anschütz (1932), con la formulación del principio de reserva de ley, el Estado de Derecho alemán se consolidó como un Estado de Derecho limitado a la Administración. Los derechos fundamentales “se concebían principalmente como afir-

maciones de la ley objetiva, que restringían el poder estatal, y no como derechos subjetivos de los ciudadanos” (Polakiewicz, 1993, p. 28).

Sería necesaria la derrota alemana en la Primera Guerra, la experiencia de Weimar y la superación de la tragedia que significó el régimen hitleriano, para que Alemania se reencontrara con la tradición de Paul Kirchhof (1998), y para que la Constitución de los derechos humanos se impusiera definitivamente, colocando de paso a la ciencia del Derecho constitucional ante unas nuevas y esperanzadoras perspectivas. (Müßig, 2014, p. 307)

La Ley Fundamental de Bonn (LFB), que coloca a la dignidad humana como la *Grundnorm* (norma fundamental) que sirve de apertura a la Constitución, pasa a establecer unos límites precisos al legislador, para cada vez que este pueda restringir los derechos fundamentales. El legislador jamás podrá violar el contenido esencial de un derecho, como expresa el artículo 19.2 LFB. (Consejo Parlamentario Alemán, 1949)

Esta norma, sobre la cual se ha levantado la conocida doctrina de la esencialidad de los derechos, impone al legislador una cierta pauta de intervención frente a los derechos fundamentales. Su intervención deberá ser adecuada, necesaria y proporcional. Esta teoría habría de surgir como una necesidad de evitar el peligro de vaciamiento de los derechos fundamentales, tal y como había ocurrido en la Constitución de Weimar, por su innumerable remisión a las reservas de ley.

Otro aspecto interesante del Derecho Constitucional alemán es que ha configurado, en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental, lo que Klaus Stern (1988) ha llamado “un derecho fundamental residual” (p. 276), que implica la posibilidad de ampliación del catálogo a los derechos innominados. A través de esta cláusula del libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal Constitucional Federal ha derivado nuevos derechos, entre los que cabe destacar la llamada autodeterminación informacional.

Pese a lo anterior, existe en Alemania un gran disenso dogmático frente al significado de la cláusula del contenido esencial, y también frente al papel que corresponde al legislador en la configuración de los derechos fundamentales. Como una manera de explicitar, por ahora, esta última cuestión, se exponen a continuación algunas de las posiciones que han surgido en la doctrina.

1.1. Posición de Lerche

Refiere Gavara de Cara (1994, p. 200) que Lerche en su obra *Grundrechtsbegrenzungen durch <Gesetz> im Wandel der Verfassungsbildes*, distingue entre las normas que determinan derechos fundamentales y aquellas que suponen una restricción de los mismos. Unas y otras se diferencian, porque a través del primer grupo de normas se determina el ámbito de protección de un derecho, mientras que, en el segundo, dicho ámbito ya se encuentra determinado.

Las normas del primer grupo, esto es, que determinan derechos fundamentales, pueden hacerlo de un modo directo o indirecto. Cuando lo hacen de un modo directo, tienen la virtud, de autorizar al legislador a determinar el contenido material del derecho, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 14.1 de la Ley Fundamental de Bonn, que reconoce el derecho de propiedad y sucesión, pero que entrega al legislador la determinación de su contenido y límites, o con la libertad de elegir la profesión.

Cuando lo hacen de un modo indirecto, como cuando se dice “Estos derechos tienen su límite en los preceptos de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para protección de la juventud y en el derecho del honor personal” (artículo 5.2 LFB referido a las libertades de opinión, prensa e información), dichas normas sólo tienen por finalidad limitar el derecho fundamental, aunque así, en parte, también lo configuran. Esta determinación indirecta implicaría la posibilidad técnica de utilizar estructuras normativas dirigidas a las limitaciones que realiza el legislador para configurar el derecho fundamental (Gavara de Cara, 1994, p. 216).

Así, el legislador no siempre interviene con el propósito de limitar un derecho fundamental, sino que puede hacerlo, como en los ejemplos propuestos, con un claro sentido de contribuir a la configuración de los mismos.

Las normas del segundo grupo, esto es, las destinadas a restringirlos, operan en cambio sólo cuando el ámbito de protección ya está previamente determinado, y sólo pueden importar, según el autor, una restricción, una clarificación, una prevención frente a abusos o una solución a problemas de concurrencia.

1.2 Posición de Häberle

Peter Häberle, rompiendo con el principio de que “la libertad no necesita leyes de ejecución”, sostiene de una manera más radical que el criterio expresado por Lerche, que la legislación y los derechos fundamentales están unidos en una relación interna e inmanente. No podría, por tanto, concebirse el principio de reserva de ley, como una simple autorización excepcional (Häberle, 2003, p. 78).

Para Häberle el legislador ha venido teniendo en el constitucionalismo europeo una actividad cada vez mayor, que se manifiesta en su doble función, configuradora y delimitadora de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista de su papel configurador, el legislador dota a los derechos fundamentales del “contenido esencial” correspondiente. Esto lo explica Häberle dentro de su concepción referida *supra* sobre el sistema abierto y dinámico que importa la Constitución. De acuerdo con ello, los momentos estáticos de la Constitución pueden ser concretados por éste, porque la elasticidad de las normas constitucionales tiene sus límites y de otro modo habría que recurrir siempre al mecanismo de la reforma constitucional.

No se comparte, sin embargo, el criterio sustentado por el profesor Häberle, porque, aunque pueda el legislador participar en la configuración de un derecho fundamental, ya sea de manera directa, regulando su ejercicio; o indirecta, mediante su rol delimitador; parece poco apropiado que deba cumplir un papel en la configuración de su contenido esencial. Este problema se ha planteado, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico chileno, a propósito de la configuración del derecho de concesión minera, al que el legislador le ha atribuido caracteres muy semejantes al derecho de propiedad, limitando de manera discutible el referido derecho del Estado sobre las minas. (Chile, Congreso Nacional, 1982)

Häberle extrema aún más esta posición, al sostener que cuando el legislador delimita los derechos fundamentales para proteger bienes jurídicos de igual o mayor jerarquía, configura también “una parte” del contenido esencial de dichos derechos. Esta concepción del profesor de la Universidad de Berlín tiene importancia en la medida que sostiene que temas nuevos del Derecho constitucional, como la protección de datos informáticos, de la salud o de los minusválidos, se estructuran, principalmente, bajo una clase específica de reserva de configuración: la reserva de regulación del ejercicio del derecho fundamental.

1.3. Concepción de Alexy

Recogiendo la tradición de la filosofía analítica, el profesor Alexy (2002) construye una teoría de los derechos fundamentales de carácter estructural, que se opone a aquellas teorías de derechos fundamentales que tienen la forma de concepciones fundamentales del tipo más general. Así, por ejemplo, a la clasificación teórica efectuada por Böckenförde (1993) entre teoría liberal, institucional, axiológica, democrático-funcional y del Estado social, propone, en reemplazo, una teoría integrativa en virtud de la cual las distintas teorías sean evaluadas en función de su contribución a la teoría ideal.

Basa su crítica a las teorías que denomina unipuntuales en su carácter abstracto y en su remisión a una sola tesis básica, excepción hecha de aquellas teorías que remiten a la idea de que el fin último de los derechos humanos es asegurar la dignidad humana, y que, en realidad, escapan a la crítica formulada por el profesor alemán (Alexy, 2002, p. 37).

Para Alexy (2002), la distinción entre reglas y principios, constituye la:

(...) clave para la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. (p. 81)

De conformidad a su formulación teórica, las normas de derecho fundamental tienen un carácter doble en cuanto sus disposiciones se estatuyen a través de reglas y principios. Para Alexy (2002):

(...) se obtienen normas iusfundamentales de carácter doble si se construye la norma iusfundamental de forma tal que en ella los dos niveles (reglas, generalmente incompletas, y principios) estén ensamblados. Una vinculación tal de ambos niveles surge cuando en la formulación de la norma iusfundamental se incluye una cláusula restrictiva referida a principios y, por lo tanto, sujeta a ponderación. (p. 135)

La actuación del legislador en relación a una norma de derecho fundamental se manifiesta tanto a través de la función configuradora de

los derechos, como en la legislación restrictiva de los mismos. Sin embargo, suele no distinguirse con claridad una y otra función.

Señala Alexy (2002) que una norma no restrictiva en el ámbito de un derecho fundamental “es una norma que tiene algo que ver con aquello que abarca el derecho fundamental. Siguiendo una terminología difundida (Häberle, Hesse), puede decirse que esta norma lo configura” (p. 322). Para delimitar el concepto de “configuración” del de “restricción”, sugiere Alexy utilizar el criterio de la no obstaculización de la realización de un principio iusfundamental. Este criterio “implica que siempre que sea necesaria (caso de derecho fundamental actual) o meramente posible (caso de derecho fundamental potencial) una ponderación orientada por el principio de proporcionalidad, no debe suponerse una configuración, sino una restricción” (p. 328), como ocurre por ejemplo con la regulación del ejercicio de la libertad de elección de la profesión del artículo 12 párrafo 1 frase 2 LFB.

Respecto al criterio amplio de Häberle en materia de configuración de los derechos fundamentales, sostiene que dicha tesis plantea problemas conceptuales toda vez que para Häberle “las <contribuciones constitutivas> del legislador al contenido de los derechos fundamentales no excluye su sometimiento a los mismos”. A juicio de Alexy “El legislador, cuando determina el contenido, no puede estar sometido al contenido de los derechos fundamentales que él mismo está en condiciones de determinar a través de la legislación. Por lo tanto, la vinculación ha de ser creada por algo diferente” (p. 323).

2. DOCTRINA ESPAÑOLA

2.1. Competencia del legislador orgánico

No es nuestro propósito incursionar en este epígrafe en una completa exposición del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español, pero la incorporación en él, a partir de la Constitución de 1978 de la categoría ya conocida en el Derecho comparado de “leyes orgánicas” en el tratamiento de las materias relativas a derechos fundamentales, nos obliga a algunas aclaraciones previas.

Nuestra primera observación, aunque de perogrullo, es necesaria, puesto que existe una cierta coincidencia respecto al error conceptual

de la incorporación del concepto de ley orgánica en el sistema de fuentes (Prieto, 1990, p. 177). En principio, ellas implican la exigencia de una mayoría reforzada para su aprobación, pero que en ningún caso pueden significar que ellas sean estrictamente un tipo de normas distintas de la ley. En realidad, sólo importan que en sus consecuencias jurídicas el ordenamiento les atribuye un cierto grado de rigidez o de superioridad respecto a aquellas (De Otto, 2012, p. 112). A juicio de Ignacio De Otto (2012) ni siquiera representan un principio de reserva de esa clase, ya que “(...) la reserva supone una clase de norma en cuyo favor se produce”, y lo que aquí hay “(...) en puridad, es tan sólo una reserva a un procedimiento” (p. 113).

En opinión de José Chofre Sirvent (1994) el sistema de fuentes en España representa un sistema de legalidad formal “(...) en que sólo la ley orgánica, atípica y a contrapelo de la coherencia del sistema en que se inserta, conserva una naturaleza material o sustantiva” (p. 64), esto es, hace referencia a unos supuestos concretos dentro del sistema.

¿Cuáles son dichos supuestos? A ellos se refiere el artículo 81.1 C.E., cuando prescribe “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” (España, Cortes, 1978).

En atención a que aquí haremos referencia exclusiva del supuesto “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, cabe preguntarse si el constituyente ha dictado una norma de competencia en virtud de la cual sólo el legislador, y utilizando este procedimiento, puede configurar el conjunto de los derechos fundamentales y si éste está sometido a límites en su tarea de regulación. No obstante, el tema de los límites será sólo ligeramente esbozado en esta ocasión. Por lo pronto, quede claro que, en España, en principio, toda norma relativa al desarrollo de derechos fundamentales debe ser necesariamente objeto de una ley orgánica. Veremos si ello es estrictamente cierto o requiere de algunos matices para su correcta comprensión.

2.1.1. Desarrollo de los derechos

Dos problemas se hacen presentes de inmediato: 1) ¿Qué es lo que debe entenderse por “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”? y 2) Si por desarrollo debe entenderse toda

regulación que afecte de cualquier modo un derecho fundamental, o sólo aquella que le atañe directamente.

El primero de estos aspectos mencionados es, a juicio de Chofre, el más conflictivo, pese a lo que puedan dictar las apariencias. Tras él se ocultan dos nuevos problemas de singular importancia: la determinación del ámbito material al que es aplicable la reserva y, por otra parte, la determinación de cuáles sean los derechos y libertades que deban ser considerados como “fundamentales” y por tanto objeto de la reserva.

Respecto al primero de estos problemas, esto es, la determinación del ámbito material de la reserva de ley orgánica, se han suscitado tres interpretaciones. Una primera, de carácter restrictivo (Santa María, 1979, p. 46); y que representa la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, considera que sólo puede entenderse por tal ámbito material los derechos contenidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título I, artículos 15 a 29, inclusive (De Otto, 2012, p. 112). Las razones invocadas para ello son las siguientes: por una parte, las leyes orgánicas constituyen una excepción al principio de mayoría simple que preside el sistema político-parlamentario de la Constitución española, por lo que deben ser interpretadas restrictivamente, so pena de imposibilitar la legislación por vía ordinaria y, por otra, desde el punto de vista de la legalidad formal, el sistema de leyes orgánicas constituye también una excepción, un “islote” dentro del sistema, lo que determina el carácter de su interpretación. Mas aún, se da -según los sostenedores de esta tesis- una “simetría” entre las fórmulas utilizadas por el constituyente en el encabezamiento de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I -“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”- con la expresión utilizada por el artículo 81.

Una segunda interpretación, de carácter extensivo y sostenida por la minoría de los autores, considera que la incorrecta ubicación de un derecho o libertad dentro del Título I, no puede impedir que respecto a ellos se aplique la reserva de ley orgánica. En consecuencia, la expresión “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” debe aplicarse a todos los derechos y libertades públicas del Título I, artículos 10 a 55 inclusive, siempre que así lo requiera su naturaleza intrínseca relevante (Linde, 1978, p. 278).

Finalmente, una tercera interpretación, aunque cercana a la tesis restrictiva, sostiene que aparte de incluirse en el ámbito material de la reserva de ley orgánica, las disposiciones de la Sección primera del

Capítulo segundo del Título I, deben considerarse, previa armonización del artículo 81 C.E. con el artículo 53.2 C.E, los artículos 14 y 30 de la Carta, referidos a la igualdad ante la ley y la objeción de conciencia, toda vez que dicha disposición (53.2) amplía la tutela del recurso de amparo a ambos derechos (García de Entería & Fernández, 2017, p. 155).

A estas posiciones -agrega Chofre- debe sumarse la posición sustentada por Cruz Villalón (1989, p. 36), para quien el ámbito debe ampliarse a los derechos y libertades de la Sección segunda (artículos 30 a 38) dado que allí “hay derechos sin cuya calificación como “fundamentales” no tendríamos de un concepto operativo de estos últimos en el marco del Derecho constitucional.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha tenido respecto a este punto una doctrina única, si bien puede afirmarse que no manifiesta dudas respecto a las disposiciones que están comprendidas entre los artículos 15 a 29 de la Constitución. El problema se ha planteado especialmente respecto a la igualdad ante la ley, del artículo 14 y el derecho a objeción de conciencia, del artículo 30, manifestándose tendencialmente partidaria de su no inclusión (Chofre, 1994, p. 112).

El segundo aspecto a dilucidar hace mención a si todos los derechos fundamentales requieren de desarrollo legislativo, y en caso de ser así, a través de qué procedimiento.

En la historia del Derecho constitucional la Ley se ha presentado invariablemente como el gran instrumento de protección de los derechos fundamentales. No puede afirmarse entonces que, en la actualidad, y principalmente con el desarrollo del constitucionalismo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la Ley haya perdido radicalmente este papel, a consecuencia de la sustancialización del concepto de Constitución y de la mayor importancia que se ha venido dando a su contenido material. Si bien este hecho representa una característica de época de sustancial importancia, toda vez que implica el reconocimiento de la aplicabilidad directa de la normativa constitucional y, por tanto, la idea y afirmación del principio de supremacía constitucional, el legislador y su principal instrumento de control y normación social: la ley, siguen teniendo un papel nada despreciable, y aún más, indispensable, en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. Obviamente, sujeto a las limitaciones que le impone el respeto a su contenido esencial.

No obstante lo dicho, existen muchas normas iusfundamentales que no requieren de desarrollos legislativos específicos, por estar agotada su regulación en la propia normativa constitucional, como ocurre por ejemplo con la prohibición del artículo 26 C.E. de constituir tribunales de honor en materias civiles. Como ha dicho García de Enterría (2017), “la libertad tiende a ser, en sí misma, un régimen jurídico completo y autosuficiente” (p. 128).

Sin embargo, las más de las veces el legislador deberá complementar los enunciados normativos que la Constitución establece en materia de derechos fundamentales.

A pesar de la evidencia de lo anterior, no parece lógico que toda regulación deba quedar enmarcada dentro del estricto ámbito del legislador orgánico, más aún si se considera que es difícil encontrar una norma dentro del ordenamiento que no tenga relación con una regla o principio de derecho fundamental.

Si el aserto anterior es válido, se debe concluir que no toda regulación que afecte a un derecho fundamental debe mecánicamente ser regulada mediante una ley orgánica. Por lo tanto, se concuerda con García de Enterría (2017), en el sentido que “el contenido de la regulación debe ser el mínimo indispensable para que la norma básica contenida en la propia Constitución pueda funcionar correctamente y alcanzar así la operatividad social a la que institucionalmente está avocada” (p. 127). En términos semejantes Chofre exige que para que ello ocurra el derecho fundamental debe estar en “íntima conexión” con la ley reguladora de su ejercicio, precisando que son tres los aspectos a considerar para delimitar si estamos ante una reserva de esta clase: 1) que no todo el contenido de los artículos 15 a 29 se refiere a derechos y libertades (Martín, 2009, p. 84); 2) que no todos los derechos y libertades comprendidos entre dichos artículos son directamente desarrollables y 3) el requisito de “íntima conexión” a que se ha aludido (Chofre, 1994, p. 121).

Sin embargo, estas conceptualizaciones no parecen reconocer la distinción formulada por De Otto entre “desarrollo” y “regulación del ejercicio” de un derecho fundamental. Y esta distinción tiene sin duda una gran relevancia práctica, ya que como señala De Otto “lo que se desarrolla no es el derecho a la libertad, sino la “norma” que lo reconoce”, y con ello se dice que “(...) lo que el artículo 81.1 encomienda a la ley orgánica no es regular el derecho, sino desarrollar la norma

constitucional, y con ello atiende a un problema específico de las normas constitucionales de reconocimiento de derechos: su carácter abstracto” (De Otto, 2012, p. 117). Este criterio distintivo formulado por De Otto reafirma, precisamente, la idea de que no todo lo que “afecte” al derecho puede ser atribuible a la ley orgánica. Y todavía más: ni siquiera todo lo que se refiera a la regulación de su ejercicio.

Habiendo realizado estas precisiones, es destacable tener claridad que, existe un antagonismo entre parte de la doctrina española y la normativa jurídica, en torno al desarrollo de los derechos fundamentales, pues mientras el ordenamiento jurídico constitucional es claro en que, para desarrollar dichas potestades es esencial hacerlo por medio de una ley orgánica; no toda la doctrina coincide con ello, pues, según su criterio, solamente, determinados derechos, serían necesarios ampliarlos mediante dicha forma de legislación; cuestión con la que no concuerda. Es claro el valor supremo de los derechos fundamentales, por ende, no debe ni pueden ser desarrollados, por herramientas que no sea, mínimamente, concordantes con el valor y la relevancia de los mismos.

2.1.2. Competencia del legislador ordinario

Si se acepta la tesis de De Otto, se puede llegar expeditivamente a la conclusión que conforme al artículo 53.1 (“Sólo por ley (...) podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades”) la competencia del legislador ordinario sigue siendo muy amplia en materia de derechos fundamentales, como se ha sostenido anteriormente. Además, la desrigidización que para el ordenamiento importa que no todas las materias que “tocan” un derecho fundamental sean de competencia de legislador orgánico, y de la exigencia concomitante de una mayoría parlamentaria reforzada, tiene un impacto considerable en el orden de los valores democráticos.

Pero, y he aquí lo importante, ¿Qué quiere decirse cuando se habla de regulación del ejercicio de los derechos y libertades?

El primer paso para el análisis de este problema se hará siguiendo la construcción dogmática formulada por Ignacio De Otto, de acuerdo con la cual debe seguirse un modelo de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, en que la propia exégesis de los preceptos constitucionales permitirá establecer y determinar el contenido y objeto de los mismos, mediante la delimitación del contenido

preceptivo de los derechos, el que no corresponde ser determinado por el legislador. Aquel modelo, en definitiva -según De Otto-, determinará la libertad con que cuenta el legislador para regular el ejercicio de los derechos, sin que sea necesario proceder a operaciones de ponderación o de jerarquía de bienes o valores, que sólo pueden jugar cuando se confunden conceptualmente las funciones de delimitación y limitación externa de un derecho (De Otto, 2012, p. 143).

Dentro del orden constitucional español, a diferencia del alemán -en el que el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, da por sentado los poderes del legislador, resultantes de las reservas específicas, y no contiene uno nuevo- el artículo 53.1 C.E. contiene una habilitación general al legislador para regular los derechos, aunque vinculándolo a la nueva reserva de regulación de su ejercicio (que, al mismo tiempo, queda sujeta al límite que representa el respeto de su contenido esencial) (De Otto, 2012, p. 106).

Restringir un derecho es claramente, como manifiesta el artículo 20.2 de la C.E., una operación distinta que regularlo, lo que se expresa igualmente de un modo negativo en el artículo 28.1 al utilizarse las expresiones <limitar> o <exceptuar el ejercicio>. A veces, el constituyente introduce en la regulación la posibilidad de una mayor o menor limitación, como cuando el artículo 37.2 reconoce la posibilidad de establecer limitaciones al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo mediante la ley que regule se ejercicio, o más sutilmente, en el artículo 28.1, que habilita a la regulación de las <peculiaridades> del ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, o en el caso en 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”, del artículo 18.4 C.E.

Existe un contenido mínimo de la expresión “regular el ejercicio” de un derecho, que puede entenderse -según De Otto- “como referido a la forma puramente externa de manifestación de derechos o libertades públicas, de modo que la actuación de éstos habría de someterse a requisitos que no afectarían la actividad misma y que se dirigen básicamente a garantizar la publicidad más o menos extensa de la conducta amparada por el derecho fundamental” (De Otto, 2012, p. 154).

Sin embargo esta concepción tiene para De Otto el inconveniente de no explicar 1) por qué se requiere una ley regulatoria, ni de 2) cómo dicha regulación formal, procedimental, podría alguna vez llegar a

afectar el contenido esencial del derecho en los términos del artículo 53.1. Además, existen derechos con contenido puramente negativo, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que no hacen referencia a una actividad, sino a una prohibición de actuar dirigida al poder público. Mas aun, ¿qué razón valedera existiría entonces para que las formalidades procedimentales no fueran establecidas por normas de rango inferior a la ley?

Por ello, continúa De Otto (2012) “regular el ejercicio del derecho supone a todas luces que éste se encuentre ya delimitado constitucionalmente” (p. 156), que el legislador se halle “ante un poder definido que no puede alterar en su contenido” (p. 156). En consecuencia, “en cuanto la regulación del ejercicio presupone el derecho, la determinación del contenido de este no puede considerarse incluida en aquél” (p. 156).

Señala De Otto (2012) que “la norma constitucional reconoce el derecho mediante una determinación abstracta y genérica del mismo que no indica ni las concretas facultades que comprende ni el concreto status jurídico del titular de la potestad de que se trate” (p. 159). Esta última tarea corresponde propiamente al legislador en su actividad de regulador del ejercicio del derecho.

El legislador, entonces, regula el ejercicio del derecho mediante la “determinación de las posibilidades de concreción de la conducta abstractamente definida” ¿Cómo? Regulando los elementos de la realidad que sirven para modalizar esa conducta y las facultades y potestades que la integran, o como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 11/1981) regulando “las condiciones del ejercicio del derecho...más restrictivas o abiertas -según- las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales y del límite genérico del artículo 53” (España, Tribunal Constitucional, 1981, p. 5). Es decir, existe un espacio que la definición abstracta deja abierto al legislador, a partir del cual él ejerce la habilitación, el poder que la Constitución le ha conferido para regular su ejercicio.

Pero, ¿Y qué pasa con la configuración de su contenido? ¿Significa lo anterior que el legislador está llamado a configurar el derecho en su contenido? La respuesta de De Otto es negativa porque para él, la determinación del contenido del derecho “resulta de la construcción dogmática del mismo en la interpretación de la definición abstracta” (De Otto, 2012, p. 161). El legislador regula el ejercicio respetando “las

exigencias del modelo dogmático construido a partir de la definición abstracta” ¿Y qué sucede cuando son varios los modelos posibles? Entonces debe respetar las exigencias “que derivan de aquél por el que lícitamente haya optado” (p. 160), es decir, el legislador optará “a partir de una concepción del derecho y de su función” (p. 160).

Como entre la definición abstracta del derecho y su predeterminación conceptual (o construcción dogmática) existe, también, un espacio para el legislador, en el cual gradúa la protección o exclusión “de conductas que en principio cabrían en la definición abstracta”, prohibiendo, por ejemplo, en el caso del derecho de huelga (STC 11/1981) algunas de sus manifestaciones, es evidente que en ese espacio el legislador sigue las directrices políticas que le impulsan según sea la concepción del derecho que lícitamente adopte. Esto ocurre también cuando en relación a un determinado derecho el legislador opta por ciertos medios de defensa y no otros o por determinadas fórmulas de protección. Todas estas son cuestiones que la definición abstracta deja abiertas.

Por supuesto, De Otto entiende que la tarea hermenéutica destinada a predeterminar conceptualmente el contenido dogmático de los derechos corresponde al Tribunal Constitucional.

Ya se ha señalado supra que el modelo sugerido por De Otto supone la distinción entre el concepto de delimitación y limitación externa de los derechos fundamentales. Este criterio cumple indudablemente un papel muy relevante en la configuración del ejercicio de los derechos y, por tanto, en la facultad que la Constitución ha entregado al legislador, pero presenta graves dificultades en el momento de dilucidar hermenéuticamente cuál de las dos actividades es la que éste ha realizado. No es fácil, empero, distinguir cuándo el legislador delimita un derecho fundamental de cuándo le aplica un límite externo.

Por ello no parece que pueda sin más renunciarse al criterio de ponderación entre bienes y valores para limitar la libertad del legislador en la regulación del ejercicio de los derechos. Fuera del ámbito de mandatos y prohibiciones establecidos por el ordenamiento constitucional no es predicable una libertad ilimitada, del individuo o del legislador, que no considere la protección de terceros y de la sociedad, por ello es que los valores y principios constitucionales jugarán siempre un papel relevante en la justificación constitucional -y en la limitación- de ese plus de libertad que la Constitución garantiza.

Si el legislador jamás participara en la determinación del contenido material de un derecho fundamental, nos parecería retórica la distinción efectuada por De Otto entre leyes orgánicas y leyes ordinarias o más bien entre ley de desarrollo y ley destinada a regular el ejercicio de un derecho. Como tal posibilidad es inaceptable, se cree que el legislador tiene un papel que cumplir en la configuración del contenido material de los derechos cuando desarrolla los enunciados de derechos contemplados en la Constitución. Sin embargo, deberá hacerlo respetando el contenido esencial de los mismos, que no es un simple enunciado simbólico.

La consideración de que el contenido esencial común a todos los derechos es el concepto de dignidad humana, a través del cual se vertebran los valores reconocidos en la norma de apertura de la Constitución, no impide que esta regulación contemple los elementos valorativos por medio de los cuales habrá de conciliarse el elemento ideológico contenido en la Constitución material y la idea o concepto del derecho que responda a la especial directriz política que mueva al legiferante. Si el legislador orgánico está limitado por el contenido esencial expresado, directa o indirectamente, por la Constitución, el carácter de unidad y coherencia que dan a la Constitución los valores y principios en ella contenidos, son también un límite a su actividad configuradora, toda vez que recurriendo a ellos deberá justificar los elementos restrictivos del derecho que se imponen en aras de la protección de otros bienes constitucionales.

Esta limitación pesa aún más sobre el legislador ordinario, sobre el cual debe imponerse, a nuestro juicio, tanto la barrera del límite de los límites como las normas mínimas de contenido que regulan las leyes de desarrollo, sin perjuicio de las remisiones lícitas que en esta materia puede efectuar una ley orgánica a la ley.

Es necesario, finalmente, hacer algunas precisiones sobre la situación en que quedan otras dos fuentes normativas del Derecho español: el Decreto-ley y los Decretos legislativos, en materia de derechos fundamentales. Sobre esa relación existen pronunciamientos específicos del Tribunal Constitucional, que pretenden resolver el problema planteado.

En lo que toca al decreto-ley (artículo 86.1 C.E.), es decir a aquella “norma con rango de Ley que emana por vía de excepción, de un órgano que no tiene el poder legislativo, concretamente del Gobierno o Consejo de Ministros”, en la definición del profesor García de Enterría

(2017), dos sentencias del Tribunal Constitucional -la sentencia de 2 de diciembre de 1983 y la sentencia de 26 de mayo de 1988- han venido a precisar que la cláusula restrictiva del artículo 86.1 C.E., que prohíbe que un decreto ley pueda “afectar”, entre otros, “a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I” de la Constitución, “debe ser entendida -como señala la primera de las sentencias mencionadas- de modo tal que no reduzca a la nada el Decreto-ley, ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni de pie para que por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos”, entendiéndose también, por la segunda de las sentencias, que cabe una cierta incidencia del Decreto-ley en materias que no sean “el desarrollo general de un derecho” o “la regulación de aspectos esenciales de dicho desarrollo”.

En cuanto a los Decretos legislativos (artículo 85 C.E.), equiparables a los Decretos con Fuerza de Ley del sistema de fuentes, debe señalarse que, de acuerdo con el artículo 82.1 C.E., no cabe la delegación legislativa cuando la materia delegada es propia de leyes orgánicas, de modo que, en principio, no sería procedente tratándose de derechos fundamentales. Sin embargo, cabe efectuar algunas precisiones fundadas en la distinción que hemos venido utilizando entre regulación del “desarrollo” o del “ejercicio” de un derecho fundamental. La reserva de ley orgánica que el artículo 81.1 C.E. establece para los derechos fundamentales y las libertades públicas, hace referencia a sus normas de desarrollo y no a la reserva de regulación de su ejercicio por medio de una ley que respete su contenido esencial, en los términos del artículo 53.1 C.E., materia que entra en la entera competencia del legislador ordinario (De Otto, 2012, p. 186).

La tesis anterior, formulada por De Otto, nos parece, sin embargo cuestionable de acuerdo con el principio *favor libertatis*. Creemos que De Otto puede llegar a esta conclusión sustentando la tesis de que la potestad que el Gobierno ejerce, como consecuencia de la delegación, es legislativa. A través de ella contraría la opinión dominante en España, que ve en ella una simple alteración de las relaciones entre Ley y Reglamento, y llega a la equiparación formal de las dos categorías en el sistema de fuentes, para salvar la exigencia estricta de reserva del artículo 53.1 C.E.

Sin embargo, una interpretación favorable al principio de libertad, debiera acoger la tesis que mejor garantice la protección de los de-

rechos, y no puede dudarse que sea el Parlamento y no el Gobierno el órgano del que menos puede temerse su afectación. Por esta misma razón es que el artículo 86.1 C.E. ha prohibido que a través de un Decreto-ley se pueda “afectar” a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, y si Decreto-ley y Decreto legislativo son fuentes equiparables, no se ve por qué deba desatenderse en una materia tan prioritaria el viejo principio de que donde existe una misma razón debe existir una misma disposición.

Además, si es discutible la equiparación formal entre Decreto legislativo y potestad reglamentaria, por lo menos lo es en grado semejante aquella que lo vincula a la ley, y al menos, la primera de estas posiciones tiene la virtualidad de acrecentar el control jurisdiccional del Decreto legislativo cuando afecte derechos fundamentales. Por último, si bien la existencia de los decretos legislativos responde a la necesidad de evitar la sobrecarga de las cámaras legislativas o confiar una determinada materia en razón de su complejidad técnica al Ejecutivo, el constituyente no deja de manifestar ciertas reticencias frente a la institución, lo que se expresa de forma manifiesta en la Constitución española en la extraordinaria cautela que muestra al momento de regular sus requisitos de procedencia, restringiéndolos, entre otros a que se trate de “materias concretas”. En ello se expresa un cierto carácter de excepcionalidad formal de la institución que debe también ser tomado en cuenta cuando hablamos de la delegación de potestades que conforman nada menos que el contenido material del orden axiológico de la Constitución.

Teniendo ello en consideración, es claro que, el legislador ordinario en la realidad española, se encuentra impedido, en gran medida, para restringir o limitar los derechos fundamentales. Si bien posee la capacidad constitucional de poder regularlos, no logra alcanzar esa autorización para afectarlos sustancialmente, poseyendo de forma exclusiva esa capacidad, el legislador orgánico. Ello desde nuestra consideración, es muy positivo, si se considera el valor de la esencia de cada uno de los derechos fundamentales, impidiendo de esta forma poder modificar la naturaleza misma de un derecho, de forma sencilla, por cualquiera de los poderes públicos constituidos.

2.1.3. **Ámbito reservado al reglamento**

La relación entre Ley y Reglamento en el Derecho español -señala García de Enterría- se rige “por el juego combinado de los tres siguientes principios: materias reservadas a la ley, ámbito del poder reglamentario general (o no necesitado de habilitaciones legales específicas), principio de la congelación del rango por virtud del *contrarius actus* necesario para innovar una regulación existente” (García de Enterría, 2007, p. 114).

El principio de reserva de ley representa en España una de las variadas formas en que se expresan las reservas de competencias establecidas por la Constitución, sin que por ello se instaure un sistema absoluto de reserva de ley (López, 1994, p. 304). Eso explica la existencia de un ámbito de ejercicio de un poder reglamentario general, no necesitado de habilitaciones legales específicas y que tiene su fundamento en la propia Constitución, lo que en ningún caso importa afirmar -digámoslo claramente- la existencia de una reserva constitucional de un ámbito directo en favor del Reglamento, porque dado el sistema de jerarquía de las fuentes normativas, el Reglamento deberá respetar siempre su fuente normativa superior inmediata.

El principio de reserva de ley fue formulado en Alemania y tiene su explicación en las peculiaridades del modelo dualista monárquico y no puede ser identificado ni con el principio de legalidad ni con el concepto de ley material (Rechtsatz), no obstante, sus conexiones lógicas. Se trataba de algo más simple. El concepto, elaborado por Anschütz, en un momento de especial ascenso e influjo de la burguesía alemana, buscaba articular bajo la fórmula libertad-propiedad un ámbito sagrado que debía quedar entregado, siempre, a la Ley material (López, 1994, p. 292).

No significaba estrictamente que todo lo relativo a la libertad y a la propiedad fuera asunto intocable para el monarca, pero expresaba, de acuerdo con la propia noción de ley material elaborada por Laband, que “a libertad y la propiedad constituyen un ámbito material de reserva (Vorbehaltsbereich) bajo el cuidado del Parlamento y que éste simplemente abre al Ejecutivo en virtud de la Ley de habilitación” (García de Enterría, 2007, p. 91).

El principio de legalidad de la Administración, en cambio, hace referencia a la especial forma de vinculación del Estado a la Ley, y ha

tenido históricamente variantes. Desde la tesis inicial que sostenía la vinculación negativa (*negative Bindung*), que “tiende a identificar el régimen de la Administración y el de los particulares por lo que hace a la vinculación por el ordenamiento jurídico” (García de Enterría, 2007, p. 286) -de modo tal que la ley es un límite para la Administración y no un presupuesto de su actuación-, hasta el concepto ampliamente aceptado hoy de que la ley vincula positivamente (*positive Bindung*) a todos los órganos del Estado, los que deben conformar su actuación a aquella a través de la figura técnica de la potestad. Es la Ley la que atribuye potestades a la Administración.²⁴

2.1.4. Ley orgánica y reglamento

Dilucidado el problema relativo a la relación entre Ley orgánica y Ley ordinaria en materia de derechos fundamentales, nos cumple, en primer lugar, preguntarnos sobre la misma relación existente entre Ley orgánica y Reglamento.

Así como es posible y recomendable una colaboración entre el legislador orgánico y ordinario, pueden considerarse legítimas las remisiones del legislador orgánico al reglamento, y en consecuencia no viciadas de inconstitucionalidad por incumplimiento de la reserva legal del artículo 53.1, siempre que -como ha sentado la doctrina del Tribunal Constitucional- el desarrollo del derecho fundamental de que se trate lo haya realizado cumplidamente el legislador. La remisión no será, sólo por ello, inconstitucional y hasta ha de decidirse que esa misma remisión resultará, en muchos casos, debida u obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias.

El problema se comprende sin dificultades cuando nos encontramos en presencia de reglamentos ejecutivos, que por su propia naturaleza requieren de ley previa, en esos casos la potestad reglamentaria deberá tener sólo un carácter complementario, pero se hace más complejo con respecto a los reglamentos independientes.

24 Se encuentra más allá de nuestras posibilidades temáticas extendernos aquí sobre las potestades regladas y discrecionales o sobre las posibilidades de autoatribución de potestades por la Administración, que presenta interesantes desarrollos doctrinales y prácticos.

En este punto se han planteado dos posiciones. Una, sostenida principalmente por el profesor García de Enterría (2007), de acuerdo con la cual existiría en el ordenamiento una reserva general de ley para la libertad y la propiedad, en los términos clásicos de la formulación alemana, que sólo habilita a ejercer la potestad reglamentaria en ejecución de una ley y, por tanto, de un modo complementario, cerrando el paso a los reglamentos independientes. Estos tendrían un ámbito de aplicación *ad intra*, vale decir, como reglamento administrativo. Sólo los reglamentos jurídicos o *ad extra* podrán incidir en los derechos o libertades de los ciudadanos, de modo tal que los reglamentos independientes caben sólo en el terreno interno de la Administración. Ignacio de Otto (2012) discrepa de esta posición, dado que, a su juicio, si no existe en la Constitución precepto alguno que le pueda servir de sustento, ello no podría afirmarse y menos con una extensión de reserva tan amplia como la que defiende el profesor García de Enterría, siendo la Constitución la que establece dicha relación.

Ahora, habiendo analizado esta relación, se posee el criterio de que, aunque en efecto la Ley orgánica y el reglamento muchas veces encuentran vínculo concreto, se debe tener mucho cuidado, cuando, el legislador orgánico le encomienda a una de las funciones o poderes estatales, el desarrollo específico de un derecho fundamental o mejor dicho, la aplicación práctica de un derecho fundamental. Es obligación, desde nuestra consideración, que el desarrollador del derecho reglamentario, deba respetar absolutamente el sentido y espíritu del legislador orgánico; y éste último, velar y controlar porque la aplicabilidad de ese derecho, sea conforme los dispuesto.

3. CONCLUSIONES

Ciertamente la configuración de los derechos fundamentales varia no solo en la doctrina, sino también en la legislación. Teniendo como referencia los elementos analizados, es claro que, en muchas ocasiones encontramos en los textos fundamentales derechos constitucionales que son necesarios desarrollar y que, no queda claro quién es la autoridad que puede hacerlo.

Delimitar o configurar la esencia y el contenido de un derecho fundamental, no es tarea fácil, al contrario, la complejidad y naturaleza de los mismos, impone cuidar atentamente que, el espíritu contenido en dicho desarrollo, sea consecuente con la intención y motivación

original del constituyente. Lo ideal es que, ante un problema de comprensión, fuera el propio mandante quien estableciera su contenido, pero la contemporaneidad ha reglamentado que, es la función ejecutiva, legislativa o judicial (jurisdicción constitucional o inclusive la ordinaria), lo que se encarguen de tan colosal tarea.

Lo aconsejable ante esta realidad, es que en los textos fundamentales se determine la autoridad que puede configurar dichos derechos, porque el no hacerlo, provee el espacio para que, las diversas funciones, en el ejercicio de sus competencias, realicen acciones por medio de las que restringen o amplían el ejercicio de unos u otros derechos fundamentales. Ciertamente, desde nuestra postura, los órganos constitucionales deberían ser los encargados de determinar esta realidad, contrario a lo que pasa en la amplia mayoría de las naciones, en las que, aun existiendo este tipo de ente, las demás funciones constantemente se pronuncian y afectan dichos derechos, quedando claro que, no cualquiera puede configurar los derechos fundamentales.

Se ha podido constatar que, la doctrina y legislación constitucional alemana y española, en materia de derechos fundamentales coinciden en varios elementos y se diferencian en otros. Es de resaltar que ambos Estados, democracias parlamentarias, poseen una jurisdicción constitucional para proteger y garantizar la aplicabilidad de la Constitución y esencialmente, los derechos fundamentales. Adicional, se ha podido delimitar que mientras que la Constitución española, ha logrado un desarrollo capitular de los derechos fundamentales, la Ley Fundamental alemana, no lo ha hecho. Ambas constituciones, son el resultado satisfactorio del desarrollo del iusnaturalismo en el derecho, el fenómeno de la ilustración y el constitucionalismo materializado en Europa y Estados Unidos de América. Estas ideas, acercan en gran medida ambos textos constitucionales, lo que evidencia un acercamiento no solo geográfico, sino, una asimilación constitucionalista, de los derechos fundamentales.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Anschütz, G. v., & Thoma, R. (1932). *Manual de la Constitución alemana*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Bobbio, N. (2010). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económico.

Böckenförde, E.-W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. (J. L. Menéndez, Trad.) Baden Baden: Nomos.

Chile, Congreso Nacional. (1982). Ley No. 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. Santiago de Chile: Congreso Nacional.

Chofre, J. F. (1994). *Significado y función de las Leyes Orgánicas*. Madrid: Tecnos.

Climent, J. A. (2018). La jurisprudencia del Tedh sobre la libertad de expresión de los jueces. *Revista Boliviana de Derecho*(25), 524-535.

Consejo Parlamentario Alemán. (1949). Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Actualizado hasta octubre de 2010). (R. G.-P. Sommermann, Trad.) Berlín: Parlamentarischer Rat.

Cruz, P. (1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Esáñpla de Derecho Constitucional*, 9(25), 35-62.

De Otto, I. (2012). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (12^a ed.). Barcelona: Ariel S.A.

España, Cortes. (1978). *Constitución Española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

España, Tribunal Constitucional, Recurso de inconstitucionalidad 192-1980 (Sentencia No. 11 (BOE núm. 99) 08 de 04 de 1981, p. 5).

García de Entería, E., & Fernández, T. R. (2017). *Curso de derecho administrativo* (18^a ed.). Madrid: Civitas.

García de Enterría, E. (2007). *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. Madrid: Civitas.

Gavara de Cara, J. C. (1994). *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía de contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Häberle, P. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la Teoría de la Reserva de Ley*. Madrid: Dykinson.

Kühne, J. v. (1998). *Die Reichsverfassung der Paulskirche*. Überarb: Hermann Luchterhand Verlag.

Laband, P. (1901). *Le droit public de l'Empire allemand*. (C. G. Lacuire, Trad.) París: V. Giard & E. Brière.

Linde, E. (1978). *Ley y Reglamento en la Constitución*. Madrid: UNED.

López, J. O. (2010). La Constitución de Weimar y los derechos sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud. *Novum Jus*, 4(1), 167-180.

López, M. (1994). *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Civitas.

Martín, L. (2009). *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Certeza.

Müßig, U. (2014). *El juez legal*. Madrid: Dykinson S.L.

Pérez, R. (2018). *Creación de Constitución, destrucción de Estado: la defensa extraordinaria de la II República española (1931-1936)*. Madrid: Dykinson.

Polakievicz, J. (1993). El Proceso Histórico de la Implantación de los Derechos Fundamentales. *Revista de Estudios Políticos*(81), 23-46.

Prieto, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.

Santa María, J. A. (1979). Las leyes orgánicas. *Revista del Departamento de Derecho Político UNED*(4), 46-50.

Stern, K. (1988). El Sistema de Derechos Fundamentales en la República Federal de Alemania. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid*(1), 261-277.

Recibido: 13/04/2019

Aprobado: 01/11/2019

Andy Rojas Jiménez: Investigador jurídico

Correo electrónico: arojasj@uvirtual.org