

Willman Ruperto Durán Ribera (Bolivia) *

Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho

I. Introducción a los derechos fundamentales

1. Concepto y significado

Resulta de rigor, al menos conforme a nuestra tradición latina, el brindar un concepto de la disciplina o tema objeto de estudio. En este cometido, diremos con Luigi Ferrajoli que derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”.¹

Del concepto glosado se extrae que una de las notas caracterizadoras de todo derecho fundamental es el de ser un derecho subjetivo. Con esto quiere ponerse de relieve que el titular del derecho tiene la facultad de exigir su respeto y observancia, pudiendo acudir para ello al órgano jurisdiccional competente para, en su caso, reclamar, a través de los recursos que establece el respectivo orden jurídico, la protección de tales derechos y la reparación del menoscabo sufrido.

Sin embargo, debe precisarse que los derechos fundamentales no sólo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino también principios objetivos básicos del orden constitucional que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto, legitimando y limitando el poder estatal, creando así un marco de

* Doctor en Derecho (Universidad Autónoma de Madrid). Decano del Tribunal Constitucional de Bolivia. Profesor de las universidades Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Andina y Gabriel René Moreno.

¹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1997, p. 37.

convivencia humana propicio para el desarrollo libre de la personalidad.² Así, los derechos fundamentales como principios objetivos (preceptos negativos de competencia) limitan las atribuciones de los tres poderes. Esta tesis parte de la idea de que el menoscabo a los derechos fundamentales no sólo puede provenir de una ley dirigida a limitar derechos fundamentales, sino que es posible hacerlo a través de preceptos que, si bien no regulan tales derechos de manera específica, establecen en las normas creadas unas condiciones adversas a la realización efectiva de los derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, que tales normas se traduzcan en un muro de contención infranqueable para el ejercicio del derecho fundamental en cuestión.³

2. *Contenido y clasificación de los derechos fundamentales*

El derecho comparado no muestra uniformidad ni en el catálogo ni en el contenido que los textos constitucionales dedican a los derechos fundamentales; sin embargo, no obstante esta diversidad, podría sostenerse que existe una base común de la cual parten todas las constituciones de nuestra órbita de cultura: la ordenación jurídica de la libertad.⁴ Conforme a esto, Peces Barba⁵ considera: “La libertad es el referente

² Este es el entendimiento que asume la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada a través de la SC 52/2002, conforme al siguiente texto: “Que, desde una interpretación teleológica, se tiene que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales persigue crear y mantener las condiciones básicas para asegurar el desarrollo de la vida del hombre en libertad, en condiciones compatibles con la dignidad humana; asignándole, como garantía de su eficacia, la calidad de derechos subjetivos; sin embargo, conviene precisar, que los derechos fundamentales, conforme a la normativa constitucional antes aludida, no sólo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino también principios objetivos básicos del orden constitucional, que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto, legitimando y limitando el poder estatal, creando así un marco de convivencia humana propicio para el desarrollo libre de la personalidad; conforme a lo cual el legislador está llamado a crear las condiciones propicias para el logro de los fines antes aludidos; en consecuencia, le está vedado actuar en sentido inverso”.

³ Así puede darse el caso de que una norma no esté dirigida a limitar de manera específica el contenido esencial del derecho fundamental —al trabajo, por ejemplo—; sin embargo, tal ley, al constreñir significativamente las fuentes de trabajo, determina con ello la desocupación masiva. Con esto no cabe duda de que se lesiona el referido derecho.

⁴ Luis López Guerra, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 104. Aquí el citado profesor español distingue tres generaciones de derechos fundamentales, a saber:

- Una primera generación correspondiente al constitucionalismo liberal (siglos XVIII y XIX), en que el acento se pone, en los textos constitucionales, en derechos de clara dimensión individual: protección del individuo frente a amenazas externas de los poderes del Estado (derechos de libertad) y participación en la vida pública (derechos políticos).

- Una segunda generación (constitucionalismo social, a partir de la I Guerra Mundial), de constituciones en que a los derechos anteriores se añaden otros que tienen en cuenta las relaciones de los individuos con su entorno social (relaciones laborales, económicas, etc.) y que suponen garantías de bienestar o prestaciones materiales (educación, salud).

- Derechos de la tercera generación, que protegen derechos colectivos, integrados por bienes antes sobreentendidos, y base de la misma vida, pero que comienzan a ser escasos, y cuya

central, bóveda del fundamento de los derechos fundamentales, al que apoyan, completan y matizan los otros valores: igualdad, seguridad jurídica y solidaridad”; y precisa que esa categoría fundacional que tiene la libertad en la estructura de los derechos “deriva de su conexión con los fines del hombre, expresados en la moralidad, y con la posibilidad de ofrecer un ámbito de comunicación para el intercambio de razones sobre fines y objetivos”.⁶

Conforme a esto, a los derechos fundamentales les está dada la función de crear y mantener las condiciones básicas para asegurar el desarrollo de la vida del hombre en libertad, en condiciones compatibles con la dignidad humana; y es que “la libertad del individuo sólo puede darse en una comunidad libre; y viceversa, esta libertad presupone seres humanos y ciudadanos con capacidad y voluntad para decidir por sí mismos sobre sus propios asuntos y para colaborar responsablemente en la sociedad públicamente constituida como comunidad”.⁷

Cabe subrayar, sin embargo, que no obstante la universalización de los derechos fundamentales, la configuración constitucional de un derecho fundamental no es homogénea, sino que guarda correspondencia con la idiosincrasia de cada pueblo; y en ocasiones se da que, junto al núcleo de derecho reconocido en prácticamente todas las constituciones contemporáneas (libertad de locomoción, derecho a la privacidad, inviolabilidad del domicilio), no faltan casos en que se reconocen como fundamentales derechos difícilmente calificables como tales en otros contextos. En este sentido, se tienen como ejemplos emblemáticos el derecho a la tenencia de armas previsto en la enmienda II de la Constitución de los Estados Unidos y el derecho a dictar libre testamento, previsto en el artículo 22 de la Constitución de El Salvador.

No cabe duda de que el reconocimiento de los derechos fundamentales en los textos constitucionales es un logro importante; sin embargo, como advierte López Guerra, “el efectivo ejercicio de los derechos de libertad y participación sólo cobra sentido si se dan unas condiciones materiales previas”, por cuanto, si la persona hu-

desaparición amenaza a la colectividad como un todo: derechos al medio ambiente, a un entorno sano, al patrimonio cultural, etc.

⁵ Gregorio Peces Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales (Teoría general)*, ed. Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, p. 103.

⁶ *Ibíd.* Conforme a este entendimiento, el profesor Peces Barba complementa su tesis sosteniendo que existen tres modalidades de aplicación de la libertad, que fundamentan tres distintos tipos de derechos: 1) Es libertad como no interferencia o protectora cuando pretende que el hombre pueda actuar y decidir libremente el propio comportamiento. 2) Es libertad promocional cuando pretende satisfacer una serie de necesidades básicas que impiden o dificultan el ejercicio del primer tipo de libertad. 3) Es libertad participación cuando pretende favorecer la intervención en la formación de los criterios de decisión política, contribuir al proceso de formación normativa, y al restablecimiento de fines y objetivos y valores de la actividad del Estado.

⁷ Conrado Hesse y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 90.

mana no dispone de unos medios básicos que garanticen un mínimo vital en condiciones de dignidad, pocas serán las esferas propias que puedan protegerse de injerencias exteriores ilegales o arbitrarias. De este modo, por ejemplo, no es susceptible de protección el derecho a la inviolabilidad del domicilio del que no tiene casa, o el derecho a la libertad individual del que depende de otros para su mera subsistencia.⁸

II. El Estado de Derecho: concepto y significado

La expresión *Estado de Derecho* no goza de uniformidad en la doctrina; sin embargo, las ideas esbozadas sobre la temática pueden configurarse básicamente bajo tres concepciones, a saber:

A. *Estado de Derecho como Estado en el que impera la ley, o en el que rige formalmente el principio de legalidad, o que funciona a través de cauces legales*⁹

El empleo de la expresión en este sentido es impropio, dado que al ser el Derecho un instrumento insustituible por parte del Estado, conduce a una identificación entre Estado y Estado de Derecho, privándolo de la función legitimadora que había sido causa de su nacimiento. Esta concepción guarda correspondencia con la primigenia formulación del concepto Estado de Derecho, en la que la “la noción de legalidad suponía una síntesis de la idea liberal manifestada en la defensa de los derechos individuales, con la idea democrática concretada en la concepción de la ley como producto de la voluntad general”;¹⁰ ello explica la tendencia a identificar el concepto Estado de Derecho con el principio de legalidad, que se adscribe dentro de la concepción de Kelsen en sentido de que “todo Estado, por el mero hecho de serlo, es Estado de Derecho”.¹¹

B. *Estado de Derecho como expresión de un conjunto de mecanismos jurídicos a través de los cuales se organiza, limita y fluye la actividad estatal, y los que se reconocen al individuo, derechos, libertades y garantías fundamentales*

Dicho mecanismo responde a una determinada concepción filosófica del hombre y de la comunidad política —el Estado como ente racional al servicio del indivi-

⁸ López Guerra, op. cit., pp. 108 y ss. Peces Barba vincula esta problemática con la eficacia de los derechos, es decir, con la “existencia o posibilidad de existencia real de esos derechos para algunas personas”, sobre quienes pesan límites de hecho y no de derecho, como el analfabetismo, la pobreza.

⁹ Estamos siguiendo aquí la clasificación que hace E. Díez, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 4ª ed., Madrid (Cuaderno para el Diálogo), 1973, pp. 170 y ss.

¹⁰ Pérez Luño, op. cit.

¹¹ Hans Kelsen (trad. Legaz y Legambra), Barcelona.

duo—, que constituye así una técnica de libertad y que consiste en: a) separación de los poderes estatales, b) primacía de la ley como expresión de la voluntad general, c) sometimiento de la administración a la ley y control judicial, d) reconocimiento jurídico formal de una serie de derechos, libertades y garantías fundamentales.¹²

C. *Estado de Derecho como modelo en que se realizan plenamente todas las exigencias jurídicas del individuo y la comunidad*

Se trataría de un “verdadero”, “auténtico”, “puro” o “material” Estado de Derecho, en el que la ley expresa realmente la voluntad general, pues todos participan en su elaboración en igualdad de condiciones de formación e información y los derechos fundamentales no sólo disfrutaban de una garantía jurídico-formal, sino también de una efectiva realización material.¹³

De los conceptos glosados se extrae que todo Estado es un Estado de Derecho en el sentido del primer concepto,¹⁴ menos lo son en el segundo sentido, para llegar muy pocos a alcanzar la fisonomía que muestra la tercera fórmula.

Esto también permite visualizar que un Estado puede ser más o menos de Derecho, en la medida en que se acerque o aleje de la tercera fórmula descrita. Esta diferenciación conceptual tiene una importancia práctica superlativa, debido a que sólo en un Estado de Derecho conforme a la última fórmula aludida se garantiza y posibilita la realización plena de las expectativas legítimas del individuo y la comunidad.

III. Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho

Desde el punto de vista histórico, la teoría de los derechos fundamentales precede a la formulación doctrinal del concepto Estado de Derecho; y es que las declaraciones de derechos del siglo XVIII se constituyen en la base ideológica sobre la que se edifica el Estado de Derecho en su versión actual.¹⁵ Sin embargo, es innegable la dependencia recíproca entre ambos, puesto que “la doctrina de los derechos fundamentales del Estado de Derecho se ha presentado como un modelo articulador de las exigencias, en principio antagónicas, que refleja las ideas de libertad y de ley, en

¹² Los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas, en AA.VV., *La Constitución española de 1978*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981.

¹³ Elías Díaz, op. cit., p. 16.

¹⁴ Conforme a esto, lo sostenido por el profesor Elías Díaz, en el sentido de que “no todo Estado es Estado de Derecho”, cobra vigencia, dado que la primera fórmula de Estado de Derecho a que se aludió no llena las exigencias materiales de lo que debe entenderse por esta expresión. Cf. Díaz, op. cit., p. 17.

¹⁵ Para mayor información, véase Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, pp. 212 y ss.

cuanto imperativos de la comunidad social”.¹⁶ Conforme a esto, el Estado de Derecho nace como una fórmula de compromiso en la que se aunaban diversas garantías formales constitucionalmente consagradas (división de poderes y principio de legalidad) con una serie de garantías materiales, consagradas constitucionalmente; para alcanzar luego su máximo desarrollo al atribuir a los poderes públicos la tarea de “proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad reconocida no sólo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural”.¹⁷

A partir de esta concepción de Estado de Derecho se construye la tesis expuesta, que postula que los derechos fundamentales son un elemento básico que caracteriza al Estado de Derecho; no es posible hablar de Estado de Derecho sin el contenido de estos derechos fundamentales.

IV. El límite posible a los derechos fundamentales en el Estado de Derecho

El problema del límite a los derechos fundamentales es una cuestión muy compleja, respecto a la cual no existe uniformidad de criterios ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, ni es previsible que la haya en un futuro próximo. Las opiniones se hallan posicionadas en dos frentes más o menos irreductibles: la teoría relativa y la teoría absoluta.

Sin embargo, antes de adentrarnos en el análisis de las posiciones aludidas, conviene sentar algunas premisas básicas que nos preservarán de equívocos hermenéuticos. Así, conviene precisar que, cuando se habla de límites normativos en general, éstos pueden ser materiales y formales. Los primeros establecen contenidos normativos que limitan, en diversos niveles, la producción normativa, la aplicación y el ejercicio del derecho; en cambio, los límites formales se refieren a las competencias o atribuciones otorgadas a los órganos jurisdiccionales o administrativos para limitar, en determinados supuestos preestablecidos, el ejercicio de derechos o la suspensión temporal de éstos.¹⁸ Conforme a ello, los límites de cada derecho, considerados en general, se encuentran en la Constitución y en las leyes de desarrollo, y los límites en la aplicación de los derechos en un supuesto concreto aparecerán en la resolución que resuelva el asunto en cuestión.

Retomando el hilo de la temática en análisis, se tiene que la teoría relativa parte de la idea de que la protección a los derechos fundamentales no es absoluta, y que por tanto es posible restringir un derecho fundamental cuando tal limitación se halle razo-

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Pérez Luño, *op. cit.*, p. 224.

¹⁸ Para mayor información véase a Peces Barba, *op. cit.*, p. 590.

nablemente justificada, justificación que debe encontrar apoyo explícito en la Constitución o bien poder extraerse implícitamente de ésta,¹⁹ en cuanto responde a la “necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”. Esta ponderación se sustenta en el llamado *test de razonabilidad o principio de proporcionalidad*, en palabras de la doctrina alemana: el examen de proporcionalidad entre la lesión al derecho y el fin que se persigue.²⁰ Para esta teoría, el contenido esencial no es una medida preestablecida y fija; no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental.²¹

A su vez, las teorías absolutas parten de la idea de que todo derecho fundamental estaría integrado por una parte nuclear, que sería su contenido esencial,²² y una parte periférica, que sería su contenido accesorio. La primera esfera (el contenido esencial) es, según esta línea de pensamiento, la parte que no admite límite; es decir, se constituye en el límite de la permisión limitadora que le da la Constitución al legislador ordinario. Conforme a esto, la parte nuclear estaría vedada a toda limitación, lo que no ocurre con la parte accesorio, que podría ser afectada por la regulación, pero con la condición de que ello siempre esté debidamente justificado.

De nuestra parte, nos parece que de la expresión “contenido esencial” no puede extraerse que cada derecho fundamental esté integrado por un contenido nuclear (esencial) y otro periférico (accesorio), y de ello entender que la esfera vedada al legislador ordinario sea la primera y no la segunda, pues este entendimiento no sólo presentaría infranqueables dificultades a la hora de establecer el contenido de cada una de las partes aludidas, sino que, fundamentalmente, no encuentra respaldo alguno en el texto ni en el sentido de protección de cada derecho fundamental. Y es que el contenido esencial del derecho no puede ser otro que el derecho mismo en sus caracteres propios que lo describen e identifican como tal; o, dicho en otras palabras, el contenido esencial de un derecho es el derecho en sí mismo, sin añadidos ni mermas.

La protección que brinda la Constitución a los derechos fundamentales no es absoluta ni relativa: está expuesta a los límites que el propio precepto informa. En efecto, tal limitación, en unos casos, está contenida de manera explícita en el mismo texto constitucional (así, el derecho de propiedad, el derecho al trabajo); en otros casos, el límite no está establecido en el texto pero es implícito, y se fundamenta en el derecho de los demás, derivado de la coexistencia del hombre en sociedad (así, el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de enseñanza, entre otros). Nos parece

¹⁹ Para mayor información véase Antonio-Luis Martínez-Pugalde, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22.

²⁰ *Ibídem.*

²¹ *Ibídem*, p. 20.

²² El contenido del “contenido esencial” quedaría reducido a todo aquello que queda en el derecho en cuestión, después realizada la ponderación con aquellos bienes o derechos que justifican la limitación.

que avala esta tesis del límite implícito el hecho de que en las Constituciones de manera general no se impone ningún límite explícito al derecho a la libertad de expresión (lo propio ocurre en la mayoría de las Constituciones iberoamericanas) y, sin embargo, los códigos punitivos de la generalidad de los países de esta órbita de cultura sancionan toda expresión injuriosa, así como otros atentados al honor.

Conforme a esto, los límites posibles a un derecho fundamental deben inferirse, antes que nada, del texto de la propia Constitución, en el marco de una interpretación sistemática en la que se tomen en cuenta los criterios axiológicos y teleológicos internos y externos de la norma constitucional misma.²³

En lo que se refiere a las limitaciones al ejercicio concreto de un derecho, atribución que es otorgada a los órganos jurisdiccionales y administrativos, conviene precisar que, además de los contemplados de manera explícita en la Constitución (así, artículos 9 y 10 de la Constitución de Bolivia), el abuso del derecho se configura como un importante límite externo al ejercicio concreto de un derecho fundamental. Este límite implícito se extrae del contexto del orden constitucional y jurídico en general, en los que subyace, y bajo cuya óptica debe interpretarse el ejercicio de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales; pues “son criterios de interpretación del ejercicio de los derechos, que lo limitan en el mismo momento de su ejercicio”²⁴ y se sustenta en el hecho de que un derecho “es de todos, y un uso abusivo del mismo puede dificultar la acción de otros para ejercer también el mismo derecho”,²⁵ lesionando con ello el principio de igualdad.

²³ Esta posición se adscribe en parte a la tesis sostenida por el profesor Martínez-Pugalde (op. cit., pp. 41 y ss.).

²⁴ Peces Barba, op. cit., p. 605-606.

²⁵ *Ibíd.*