

## **Reserva legal en los derechos fundamentales: un análisis comparativo entre el caso español y el colombiano**

### INTRODUCCION

La reserva de ley o reserva legal, entendida como aquella técnica legislativa en virtud de la cual se encarga a la ley el desarrollo de los principales aspectos de determinadas materias, excluyendo de este ámbito de regulación a otras normas jurídicas, es una institución arraigada en el sistema jurídico desde el siglo pasado, época a partir de la cual ha evolucionado y adquirido una fisonomía completamente diversa a la que tenía en sus inicios. Creada en el constitucionalismo alemán como respuesta a problemas específicos del sistema, la reserva legal se trasladó luego a Estados con forma de organización estatal completamente diferentes, pero siempre con el mismo objetivo: proteger las materias más valiosas e importantes para los ciudadanos de la regulación autónoma por parte de la administración.

Teniendo siempre presente el objetivo primordial de la reserva de ley, estudiaremos su origen y evolución en el sistema monárquico alemán del siglo pasado, abordando posteriormente su desarrollo y concepción actual en Francia y Alemania, países que por la forma particular que sus sistemas jurídicos han dado al tema de la reserva legal son ilustrativos de las variadas

posibilidades jurídicas con que cuenta este instituto. Posteriormente abordaremos el caso español, primero desde una perspectiva general, para, a renglón seguido, profundizar en el tema de la reserva legal en los derechos fundamentales.

Con este propósito estudiaremos el significado y alcances de los dos principales artículos que regulan el tema, el 53.1 y el 81.1 de la CE, analizando los postulados consagrados por los dos preceptos de una forma sistemática, así como abordando su estudio desde una perspectiva que tenga en cuenta la forma de organización estatal adoptada por el constituyente, pues, en el caso español tendrá especial relevancia para la reserva legal en la regulación y desarrollo de los derechos fundamentales la organización autonómica del Estado, debido a las posibilidades normativas que a partir de ésta se otorga al legislador autonómico, pues como en la mayoría de los casos en donde existen dos fuentes de poder legitimadas para realizar una determinada función, han existido desacuerdos en cuanto a las posibilidades otorgadas a cada uno por la Carta Máxima. Por esta razón en el presente estudio se ha realizado un análisis de las implicaciones y las diferentes posibilidades que surgen de la lectura de algunos preceptos encargados de regular

el tema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en lo referido a la regulación de los derechos fundamentales, para arriesgarnos a proponer una hipótesis sobre cómo debe ser entendido el ámbito reservado para cada uno por el constituyente.

El análisis de las diferentes formas en que la reserva legal ha sido desarrollada, y en especial la reserva legal en los derechos fundamentales en el caso español servirá, a efectos del presente trabajo, como una gran introducción al estudio de la reserva legal para derechos fundamentales en el sistema colombiano.

Consideramos que al abordar el sistema de reserva legal español encontraremos un desarrollo similar al del Constituyente de 1991 en el artículo 152 a), y por tanto, su análisis aportará importantes puntos que la reflexión doctrinal y las decisiones jurisprudenciales han incorporado en el panorama español. Así mismo podremos comprobar y evaluar la gran similitud existente entre las respuestas dadas en uno y otro sistema a interrogantes similares. En fin, en nuestro parecer, el estudio con un poco de detenimiento del ordenamiento español nos aportará más y mejores elementos de juicio al momento de evaluar la situación del tema en el ordenamiento colombiano.

Para el caso colombiano, limitaremos nuestro análisis a la jurisprudencia que al respecto a proferido al Corte Constitucional. Esto, no con el ánimo de desconocer los aportes que en materia doctrinal se han hecho sobre el tema, sino por la imposibilidad de quien escribe de tener acceso, de una forma general, a este tipo de información en el momento de la realización del presente artículo. Adicionalmente, consideramos que la gran influencia que la jurisprudencia de la Corte tiene en el mundo

jurídico colombiano, y en este caso concreto, en el legislador, es mucho mayor que el que presenta la doctrina. Por lo tanto un análisis jurisprudencial nos permitirá crear una opinión fidedigna de la situación en el panorama colombiano y por consiguiente, intentar plantear algunas posibles soluciones a los problemas que encontremos en el mismo.

#### 1. ORÍGENES DE LA RESERVA DE LEY

El concepto “reserva de ley” está íntimamente relacionado con la organización constitucional que tenga un determinado Estado, y con el propio concepto de ley que se maneja al interior de éste.

El concepto de ley que manejó John Locke en su obra *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* fue un concepto basado en la libertad de los individuos. En esta obra, Locke presenta al individuo como libre en el estado de naturaleza –libertad individual– pero afectado por la inseguridad propia de ese estado. Por esta razón el individuo decide asociarse con otros hombres para alcanzar un mayor grado de seguridad. Así la comunidad formada de la asociación de los individuos asume la protección de las libertades individuales de los mismos, y esta protección que realiza contando con la participación de todos los hombres se expresa por medio de normas, las que son obligatorias en razón de que en su elaboración participan todos los hombres. Como se ve, cualquier norma que emane de la comunidad –según el autor– va a tener como objeto la protección de las libertades individuales, y por consiguiente la ley llega a identificarse con la libertad<sup>1</sup>. Esta idea expresada por Locke en el siglo XVII, fue adoptada por el movimiento revolucionario francés y plasmado posteriormente en

la Constitución de 1791, lo cual se tradujo en la primera consagración constitucional del principio democrático. Es así como un mandato constitucional que reservase a la ley la regulación de todo lo relacionado con la libertad de los individuos que están sometidos a ella, sería simplemente una redundancia de lo que ya involucraba el principio democrático, el cual encontraba en la ley su mejor forma de concreción.

Una situación diferente se presentaba en el Estado alemán a comienzos del siglo XIX, que había adoptado la forma monárquica, y que tenía fundamento precisamente en el principio monárquico, de acuerdo con el cual, en el príncipe confluían todos los poderes del Estado, siendo éste la representación de los mismos, aunque en él no residía la soberanía; pero al contrario que en el sistema francés, la soberanía no correspondía tampoco al pueblo. En cambio, se había otorgado a una ficción jurídica llamada Estado, el que estaba conformado por diferentes órganos —entre ellos el príncipe y el Parlamento—, los cuales ejercían la soberanía conjuntamente, aunque se presentaba un claro predominio del monarca.

No obstante este predominio, el príncipe no tenía la connotación de un monarca absoluto, debido a que cada función que desarrollara debía ser ejercida en colaboración con un cotitular, lo que en opinión del profesor Garrorena es muestra del más puro «dualismo germánico *Rex-regnum* (Estado-sociedad)»<sup>2</sup>. En esta organización, el Parlamento no era el titular de la función legislativa, sino que simplemente tenía un segundo lugar en su desarrollo, pues el príncipe gozaba del poder legislativo principal, es decir, de la posibilidad de iniciativa y sanción. Poder legislativo que, sin embargo, debía ejercer conjuntamente con el Parlamento en aquellas materias que se consideraban de sumo interés para los ciuda-

danos a los que representaba, cuales eran las relacionadas con la libertad y propiedad. Esta exigencia tenía origen en la concepción de que el individuo se había asociado con otros individuos, y a partir de esa asociación había consolidado el Estado, sólo como medio de garantizar su seguridad y libertad. Por lo tanto una norma que afectara su esfera de libertad personal o sus derechos reales debería tener una cualificación especial: ser emanada con la participación de los representantes de la comunidad<sup>3</sup>.

Al final de la época de la monarquía constitucional, el principio de reserva de ley se asociaba claramente al concepto de libertad, que en esta época ya tenía una clara relación con los derechos fundamentales, de modo que el principio de la reserva asume la función de determinante de la esfera de los derechos fundamentales. Esto se manifestó de forma nítida en la Constitución de Weimar de 1919, en la que se mantuvo la relación existente de tiempo atrás en el constitucionalismo alemán entre reserva de ley y derechos fundamentales, y principalmente con el derecho a la libertad, a partir de cuya interpretación amplia se protegen los demás derechos concedidos a los ciudadanos.

## 2. RESERVA DE LEY EN EL DERECHO COMPARADO

### 1. *El caso alemán*

El ordenamiento constitucional vigente en Alemania, la Ley Fundamental de Bonn, continuó con los parámetros bajo los cuales se había desarrollado el tema por la constitución de Weimar. Ella enuncia una serie de derechos relativos a la libertad y a la propiedad, los que en la más pura

tradición germánica han sido reservados a la ley, y en efecto, así lo ratificó el Tribunal Constitucional de este país en un pronunciamiento proferido en el año 58, en donde el contenido de la reserva de ley, tradicionalmente considerado como aquel en que es necesaria una ley cuando afecta a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos, se concreta mediante la determinación de los límites de los derechos fundamentales.

Aunque el fundamento de la reserva de ley sigue siendo el mismo –los derechos de libertad y propiedad– el contenido de estos ha variado mucho desde el tiempo en que surgió la reserva de ley, variación que ha hecho que se identifique con ésta, siendo por consiguiente los derechos fundamentales los que determinan el contenido de la reserva. Sin embargo es de tener en cuenta que en la actualidad estos conceptos de libertad y propiedad no pueden entenderse simplemente en el contexto individual del beneficiario, sino que deben ser comprendidos dentro de la situación social en el cual se desarrollan. Por ejemplo, el artículo 18 de la Constitución alemana es una clara muestra de este cambio de visión sobre la libertad y la propiedad; en él se consagra la posibilidad al legislador de imponer condiciones en el ejercicio de los derechos de la época liberal como libertad de prensa, reunión, asociación, etc, lo cual es una muestra clara de la supremacía adjudicada a la seguridad sobre la libertad.

La propiedad también ha sido objeto de adaptación a las condiciones actuales de la sociedad, pues si bien sigue siendo un derecho fundamental, y por lo tanto está sujeto a la reserva de ley, el mismo artículo 14 de la ley fundamental consagra que «su naturaleza y límites serán determinados por las leyes», dando así la posibili-

dad al legislador para que restrinja el disfrute incondicional de este derecho. Así mismo la propiedad tiene sus cargas, pues se establece que su uso debe servir al bienestar general. Esto ha llevado a que el legislador, teniendo siempre como límite de su intervención el contenido esencial, haya tenido la oportunidad de establecer nuevos límites al derecho de propiedad.

Igualmente el carácter de la reserva de ley se ha modificado en varios aspectos; entre ellos un ejemplo lo constituye la normación al interior de la rama ejecutiva. Anteriormente el Estado estaba limitado por la reserva de ley en las materias de libertad y propiedad, de modo que lo que no versara sobre estos temas constituía un área en la cual el Estado contaba con plena competencia normativa. Esto hizo que toda la esfera del funcionamiento estatal interno quedara fuera de la reserva de ley, siendo ejercida esta facultad sin ningún límite por parte del Estado, en lo que se llama “relaciones de supremacía especial”, bajo lo cual se entendían comprendidas las relaciones del Estado con los funcionarios del Estado, soldados, reclusos, etc.<sup>4</sup>

En la actualidad esta concepción ha sido variada por el Tribunal Constitucional, el cual con base en el artículo 1.3 de la Ley Fundamental ha dicho que los derechos fundamentales afectan a todo el funcionamiento del Estado, y que por consiguiente cualquier norma que verse sobre un derecho fundamental deberá ser una ley (ley formal), y si así lo desea el legislador, podrá traspasar la capacidad reguladora al ejecutivo; pero esto siempre por medio de ley. Otro cambio que se produjo en la reserva de ley es la necesidad de que el ámbito de ésta fuera ampliado en razón del aumento de funciones que tuvo el Estado alemán, el cual, después de la segunda Guerra Mundial, adquirió un carácter intervencionista

en distintas materias, que al no estar contenidas en los conceptos de libertad y propiedad habrían quedado bajo la posibilidad de ser regulados por el ejecutivo sin previo mandato legal.

Modificaciones de las circunstancias como las anteriormente vistas, llevaron a que distintos autores alemanes crean que la cláusula de libertad y propiedad como fundamento de reserva legal debe ser superada influyendo especialmente en esto el cambio del principio monárquico al principio democrático en donde el legislador tiene mucha más capacidad normativa. Fue así como la doctrina alemana de comienzos de los años setenta encontró en el principio de la esencialidad un fundamento que parecía ideal para delimitar la reserva de ley; éste consistía en que la reserva de ley estaría limitada a aquellos asuntos que sean considerados esenciales por la sociedad. Pero luego surgió el problema más grande de esta teoría, la determinación del concepto de esencialidad. El tema de definir exactamente lo esencial para la sociedad no encontró más repuesta satisfactoria, de modo que finalmente se optó por decir que lo esencial sería lo que determinara el Tribunal Constitucional.

Así comienza una época en la que el Tribunal estaría limitando el ámbito reservado para la intervención exclusiva del legislador, y de ese modo ir determinando el carácter preciso del principio de esencialidad. La primera sentencia del Tribunal, por medio de la cual se empiezan a introducir criterios esenciales de formación de la reserva de ley, es la del 14 de marzo de 1972 (BverfGe,33,1), en la cual se dice que no podrán desconocerse los derechos fundamentales de los reclusos sin previa autorización legal; igualmente, en mayo del mismo año (BverfGe,33,25), el Tribunal asigna al legislador la regulación referen-

te a las especialidades medias, pues considera que la Ley Fundamental ha asignado al legislador la tarea de determinar qué intereses comunitarios pueden afectar la libertad del individuo debido a la trascendencia que éstos tengan. En otra sentencia (BverfGe, 33, 303), el Tribunal dictaminó que corresponde al legislador la responsabilidad para regular las condiciones esenciales del acceso a la universidad, en virtud de la trascendencia del papel correspondiente al Estado en el derecho a la educación. Como se puede observar en este último caso, el concepto de esencialidad es manejado no únicamente en lo concerniente a la faceta interventora de la administración, sino también a su labor de prestación; la intervención reservada al legislador en esta esfera prestacional es confirmada por la sentencia del 8 de agosto de 1978 en la cual el Tribunal determina que el legislador está obligado a tomar «decisiones esenciales en las esferas normativas básicas, especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales que afectan tanto a la libertad como a la igualdad»<sup>5</sup>.

Pero el principio de esencialidad no puede ser entendido como una atribución de todo lo importante en el desarrollo de las funciones del Estado al Parlamento, pues atendería contra el principio de la división de poderes, de modo que el alto tribunal ha matizado esta interpretación del principio de esencialidad diciendo en su sentencia del 18 de diciembre de 1984, que las decisiones importantes del Estado deben ser tomadas por aquellos órganos que en cada caso en concreto, tengan las mejores condiciones de organización, estructura y funcionamiento.

Así vista la teoría de la esencialidad, García Macho adjudica dos funciones a ésta: la de ser medio determinador del ámbito de la reserva de ley que incluye obligación

de regulación y prohibición de delegación, pero también tiene la función de determinar el alcance de la norma parlamentaria, lo que indica que ésta tiene una esfera de competencia restringida y por tanto que el reglamento tiene un campo de acción propio.

Esta es una visión general del modo en que la institución de la reserva legal funciona en la república alemana, la que a continuación será contrastada con el sistema francés, el cual se presenta con elementos novedosos y muy diferentes al sistema alemán antes visto.

## 2. *El caso francés*

El caso francés debe ser estudiado dentro del contexto histórico en el que fue desarrollado. Los fundamentos del sistema constitucional francés tienen importancia para el tema que se está estudiando a partir del concepto dado por Rosseau, quien definió la ley como el fruto de la voluntad general para regular las materias en las que existía un interés común y por lo tanto debería tener un carácter general, mientras que el Estado regularía por medio de la normativa única casos concretos en desarrollo de la ley constituyéndose en la conexión entre el pueblo y el legislador. Esta visión fue adoptada por la Constitución de 1791.

Posteriormente en la Tercera República, la Constitución de sólo 34 artículos no reguló muy extensamente la relación entre ley y reglamento, lo que originó que la doctrina francesa durante el último tercio del siglo XIX diera diferentes interpretaciones a la relación ley-reglamento. Una de ellas fue la de Léon Duguit, el cual propuso una distinción entre ley formal y ley material, identificando como ley formal a la norma emanada por el órgano de representación

popular (Parlamento), y con ley material a las demás normas con carácter jurídico. En contraposición surgió la teoría Carré de Malberg, quien también definió la relación ley-reglamento reflejando la que hasta el momento había sido la tradición francesa, al decir que la ley tiene la supremacía y que por lo tanto se genera una subordinación del reglamento. La supremacía de la ley deriva del hecho de que ésta es creada por el Parlamento, órgano que representa la voluntad general. Por lo tanto, sería la ley, y únicamente la ley, la que tendría la facultad de regular los aspectos que interesasen directamente a todos los ciudadanos, entre ellos claro está, los derechos fundamentales<sup>6</sup>. Finalmente esta fue la interpretación dada a la relación ley-reglamento en la Tercera República francesa, de modo que la ley podría regular absolutamente cualquier materia, limitando el reglamento al desarrollo de la ley.

Pero desde finales del siglo XIX y hasta poco después de la segunda Guerra Mundial, se admite que se hagan apoderamientos al ejecutivo por medio de leyes de habilitación o plenos poderes, lo que originó que fuera el ejecutivo el que desarrollara materias que en un principio correspondían a la ley. Esta práctica se generalizó y acentuó con el paso del tiempo.

En la Constitución de 1949 se quiso eliminar esta situación, y se creó para este efecto el artículo 13, el cual impedía que se delegara al ejecutivo el desarrollo de materias originalmente asignadas a la ley, con lo cual se restablecía la tradición francesa. Pero no obstante el claro mandato del artículo 13, se buscó una vía por la cual el ejecutivo desempeñaría el mismo papel que hasta el momento había venido desarrollando, y en cuya realización contribuyó el Consejo del Estado, al decir que se permitiría la utilización de leyes de autorización

por parte del Parlamento al ejecutivo, pues estas no transfieren la autorización dada al legislador para regular un determinado tema, sino que simplemente aumenta el ámbito de la competencia que el propio texto constitucional había asignado al ejecutivo. Una segunda técnica de delegación al ejecutivo fue la elaboración de leyes cuadro, en las cuales el Parlamento establecía los principios generales para que estos fueren desarrollados por el ejecutivo. Otro tipo de traspaso –y por lo tanto de vulneración del artículo 13– fue la consideración del carácter reglamentario de ciertas materias, con lo cual se estableció en la práctica una reserva de reglamento y la exclusiva posibilidad del ejecutivo para regularlo.

En la Quinta República francesa, que comienza con la Constitución de 1958, se rompe la tradición francesa que adjudicaba y concedía al reglamento una competencia residual, y en su lugar se plasma lo que había ocurrido desde la Tercera República, especialmente luego de la primera Guerra Mundial, en donde se presentó un gran aumento de la delegación de competencias a la administración para que esta regulara por medio del reglamento ciertas materias.

En la Constitución de 1958 el artículo 34 adjudica a la ley el desarrollo de las materias en él enumeradas, dejando el resto para que sean desarrolladas por medio de reglamentos administrativos (artículo 37). De este modo el ámbito de la ley pasa de ser general, a limitarse a los casos específicos a ella asignados, presentándose diferentes tipos de posibilidad reguladora de los temas del artículo 34 por parte del Parlamento, ya que en algunas materias dicho artículo asigna una competencia para regular o definir todas las reglas –como derechos fundamentales, derecho penal, parte del derecho civil, parte del derecho fiscal, el régimen electoral, garantías de funcio-

narios, etc.– y otras en las que simplemente la ley se limita a determinar los principios generales, y se encarga a la administración de desarrollar los detalles por medio de reglamento.

El problema que se presentó en los inicios de este sistema fue el determinar qué se entendía por principios generales. A esta situación ha dado respuesta a lo largo de este tiempo el Consejo Constitucional, órgano competente para definir la constitucionalidad de las leyes, y el Consejo de Estado, cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa. Entre estos órganos se ha establecido en cada caso el límite entre la ley y el reglamento. Esta delimitación en los últimos tiempos ha favorecido el aumento de poder del Parlamento, pues de la letra de los preceptos constitucionales se deduce una desventaja para el ejecutivo.

El aumento de la capacidad reguladora del Parlamento se ha hecho tanto en intensidad como en amplitud temática. Un primer caso en el que se evidencia esta situación es en la lectura única que hacen tanto el Consejo de Estado como el Consejo Constitucional de los términos “principios generales” y “fijar reglas”, utilizando en su lugar el criterio de la “importancia”, de modo que la ley podrá regular todas los aspectos importantes de las materias de su competencia. De esta forma se amplió la profundidad con que ciertas materias podían ser contempladas por la ley. También se ha presentado un aumento en las competencias reguladas por la ley, al decirse por el Consejo Constitucional que sólo por ley pueden ser regulados los principios generales del derecho. Otro medio de ampliación competencial ha sido el derivar competencia legislativa del Preámbulo de la Constitución establecido en la resolución 28 de 1973 del Consejo Constitucional.

Este aumento en las competencias atribuidas a la ley, y la mayor posibilidad de regulación en aquellas materias que según la Constitución sólo podían ser reguladas en sus principios fundamentales, dejan ver claramente la confianza que se tiene al legislador y los esfuerzos tendientes a ampliar el ámbito de la reserva de ley, considerándolo un medio más seguro que el reglamento.

Vale la pena recalcar que en el ámbito de los derechos fundamentales no se presentó esta situación problemática, debido a que desde el principio éste fue uno de los temas que se sustrajo del ámbito reglamentario, otorgándose la competencia para su regulación al Parlamento.

Estos han sido dos casos ilustrativos del carácter que puede tener la reserva de ley en los diferentes sistemas jurídicos. En el primero –sistema alemán– es clara la influencia de los derechos fundamentales en la determinación del contenido y alcance de la reserva; mientras que en el segundo –caso francés– el desarrollo de la reserva legal ha tenido un carácter diverso, no tan vinculado a los derechos y libertades fundamentales, y por el contrario determinado por criterios diferentes –como el de “importancia” utilizado en la Quinta República francesa–. Mediando las diferencias anotadas, es satisfactorio llegar a la conclusión de que tanto en el modelo alemán, como en el modelo francés, los derechos que hoy conocemos como fundamentales son desarrollados y regulados sólo por la ley, norma en que recae de manera principalísima la tarea protectora de los mismos<sup>7</sup>.

Con esta visión muy general del manejo que se da al tema en otros sistemas jurídicos, comenzaremos el estudio del caso español, el que debido a ciertas particularidades que más adelante se estudiarán, aporta importantes elementos para el estudio del tema en el caso colombiano.

### 3. *El caso español*

En el anteproyecto de la Constitución española de 1978 se propuso la implementación de una reserva de ley de tipo similar a la que había sido instaurada por la Constitución francesa de 1958, en donde se enumeraban una serie de materias que eran de competencia exclusiva del legislador, de manera que el resto de materias no incluidas en este artículo eran competencia exclusiva del reglamento, cuyo ámbito de ejercicio era señalado por el artículo 79.1 del anteproyecto. De modo que en este esquema el reglamento tenía la misma potestad que la ley en aquellas materias en donde no existiere legislación, potenciándose de este modo el poder del ejecutivo, pero –en mi opinión– sin los fundamentos constitucionales necesarios en un Estado democrático como el que quería formarse en aquel momento, ya que el presidente no es elegido por sufragio universal, sino por el Parlamento, debido a la forma parlamentaria de gobierno que se buscaba implantar.

Sin embargo, en el texto final de la Constitución se consagró de una forma diferente el campo de acción otorgado a la ley, el cual es definido por el artículo 9.3 al decir «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas [...]». No obstante la clara idea de un ámbito de competencia general otorgado a la ley –que pareciera deducirse de la lectura del artículo 9.3–, en la doctrina se han originado diferentes interpretaciones sobre el alcance y significado del mismo, a partir de las cuales se derivan diversas consecuencias para reservas de ley contenidas en el ordenamiento constitucional español.

El principio de legalidad, consagrado por el artículo 9.3 CE, ha sido entendido de

dos formas diferentes por la doctrina española. Uno de ellos, en el que se encuentran Ignacio de Otto<sup>8</sup>, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández<sup>9</sup>, interpreta el enunciado del artículo 9.3 como sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad, no entendiendo este principio como subordinación a la ley —actos emanados por el órgano legislativo—, sino como sujeción al derecho en general. Es decir, interpretan el mandato del constituyente como una orden para los poderes públicos, tendiente a que sus funciones, y por tanto, los actos que profieran en cumplimiento de éstas, no contradigan el ordenamiento jurídico vigente. Esta exigencia se haría entonces tanto a la administración, como al legislador, como a los jueces. De Otto sostiene que la actuación de la administración no es libre, sino que debe estar sometida a derecho, de modo que el principio de juridicidad impone sus normas jurídicas que vinculan a la administración cuando actúa, y de este modo la someten a derecho, y en consecuencia con este postulado surge la responsabilidad de la administración ante los tribunales. En consonancia con su interpretación del principio de legalidad, De Otto cree que existe una potestad reglamentaria autónoma que se deriva de la Constitución en sus artículos 103.1<sup>10</sup> y 106.1<sup>11</sup>; de este modo para que sea emitido un reglamento por parte de la administración no es necesario que exista una ley que lo autorice, pues este acto podrá llevarse a cabo sin la *interpositio legislatoris* sobre cualquier materia que no esté reservada a la ley o que no haya sido previamente regulada por ésta. En consecuencia, de acuerdo con esta tesis, «los únicos principios que ordenan la relación entre Ley y Reglamento son los de jerarquía (cuya incorrección en nuestro derecho positivo ya fue anotada antes) y el de reserva, es decir, las que imperaban

también en el viejo constitucionalismo germano tan vigorosamente criticado»<sup>12</sup>. La explicación a la posición asumida por Ignacio de Otto la encuentra el profesor Rubio Llorente en un postulado de índole política: «el Gobierno tiene la misma legitimidad democrática que el Parlamento. Sus productos normativos pueden ser aceptados en consecuencia como parte integrante del ordenamiento jurídico, del derecho, no como un conjunto de órdenes más o menos generales, como las que integraban el ámbito del no-derecho en el constitucionalismo germánico. La legitimidad política del poder del que emanan permite considerar a los preceptos reglamentarios como normas jurídicas, cuyos destinatarios son ciudadanos libres, sujetos de derecho en la más plena extensión del término y no simplemente individuos sometidos a relaciones especiales de dominación y obligados, en cuanto tales, a obedecer las órdenes del superior pese a no haber tenido participación alguna en la determinación de su contenido»<sup>13</sup>.

Por esta razón, la inmensa mayoría de la doctrina constitucionalista española ha optado por entender que del “principio de legalidad” tal como está mencionado en el artículo 9.3, se deduce la vinculación de todos los poderes a la ley, entendida ésta en sentido formal, es decir, la obligación de todos los poderes de someterse al legislador que manifiesta su voluntad por medio de la ley. De modo que el principio de legalidad así entendido implica la sujeción plena de la administración a la ley en todo sentido, tanto cuando realiza actos concretos, como cuando en ejercicio de la potestad reglamentaria establece las normas a las que ella misma debe sujetarse.

De cada una de estas dos posiciones doctrinales se deriva —como se puede prever— una concepción distinta de la reserva

de ley. En la primera concepción, al defender la capacidad normativa autónoma de la administración por medio del reglamento, la reserva de ley se da para materias en que esa capacidad se encuentra restringida, en vista de diferentes factores que obligan a que el tema sea tratado por un acto del cuerpo legislativo del Estado. De este modo las distintas reservas de ley que traen algunos preceptos de la Constitución tienen la función de sustraer de la órbita de competencia normadora de la administración determinados temas que han sido atribuidos en forma general por la Constitución a la administración para que estos sean tratados directamente por el legislador.

De la segunda posición doctrinal se desprende una perspectiva completamente distinta sobre cómo debe abordarse el tema de la reserva de ley. De acuerdo con esta concepción, en la Constitución española, la valoración del poder legislativo como poder supremo —en virtud de la legitimidad exclusiva otorgada por el principio democrático<sup>14</sup>— hace inadecuado hablar de reserva de ley como las materias o tópicos que pueden ser regulados por el legislador, pues el ámbito de competencia de este abarca toda la actividad del Estado; al tener el legislador la facultad de regular toda la actividad del Estado, y así mismo de delegar en el poder ejecutivo el desarrollo de algunas de las materias asignadas al poder legislativo, el papel de la reserva de ley es el de convertir la *facultad* que el legislador tiene, en *obligación* de regular el tema reservado a la ley, siendo este tipo de norma la única adecuada para cumplir con el mandato constitucional.

De esta posición, en donde la potestad reglamentaria de la administración se deduce de la ley y la Constitución, surge el problema de definir el campo de acción del reglamento, pues este será muy distinto en

aquellas materias en las que la regulación tenga efectos directos sobre la libertad de los ciudadanos, que en aquellos en los que se trate de materias como la organización y funcionamiento de servicios públicos, es decir, la órbita prestacional del Estado.

Al ser los derechos fundamentales el tema de estudio, nos interesa determinar, en primer lugar, el campo de acción de la delegación al reglamento en el aspecto de las normas que inciden directamente sobre la esfera jurídica de los ciudadanos —lo que será precisado más adelante en este estudio—. En este aspecto no cabe duda que es la ley la encargada de regular o desarrollar los aspectos más importantes sobre estos temas, dejando por lo tanto los aspectos eminentemente auxiliares al reglamento. Las razones primordiales para que en el tema de los derechos fundamentales se reduzcan ostensiblemente las posibilidades de regulación del reglamento se encuentran en el «principio de libertad» que consagra el artículo 1º CE, y por supuesto, en los artículos 53.1<sup>15</sup> y 81.1<sup>16</sup> CE. Así mismo, jurisprudencialmente se ha sumado un argumento por parte del Tribunal en su sentencia 42/87, en la que el Tribunal realiza una interpretación amplia del artículo 25 CE, a partir del cual deduce una obligación para el Estado de determinar por medio de ley las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes. Así se establece que esta obligación sólo puede ser cumplida por el legislador, pues de acuerdo con los argumentos del Tribunal, las decisiones sobre la libertad corresponde adoptarlas únicamente a los ciudadanos a través de sus representantes.

Estos son los términos generales en que se ha planteado el principio de legalidad y por consiguiente el tema de la reserva de ley en el derecho español. Estudiaremos a continuación la repercusión de estos temas

en el campo de los derechos fundamentales.

### 3. LA RESERVA DE LEY EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

El principio de legalidad, como se estudió anteriormente, se manifiesta por medio de dos institutos: la supremacía de la ley y la reserva legal. La supremacía en la Constitución española no ofrece ningún problema, ya que el artículo 9.3 de la Constitución reconoce el principio de jerarquía normativa, el 97 establece el sometimiento a la potestad reglamentaria, y el artículo 103.1 obliga a la administración a que toda actuación suya tenga como fundamento a la ley.

El otro instituto, es decir, la reserva de ley, es un poco más complicado en su desarrollo, pues supone que la administración actúe ya no sólo —como era el caso de las monarquías germanas de comienzos del XIX— de acuerdo con la ley y el ordenamiento jurídico en general, sino que actúe en desarrollo de la ley, secundándola en aquellas materias que la ley haya regulado.

Tanto en el sistema germánico del siglo XIX y comienzos del siglo XX —asentado en el principio monárquico—, como en el sistema francés de la Primera República —con base en el principio democrático— los temas de la libertad y la propiedad de los ciudadanos —que en aquel tiempo representaban el núcleo de libertades que actualmente constituyen los derechos fundamentales— siempre fueron regulados por actos emanados del cuerpo representativo, es decir, del legislador. En el siglo XX la situación no ha variado, e incluso en sistemas constitucionales tan diferentes como el alemán —en donde el legislador cuenta con una com-

petencia de carácter general para regular las actividades del Estado—, y el francés instaurado en la Quinta República —en el que la ley tiene una competencia restringida a determinadas materias, y el reglamento cuenta con competencia general—, la regulación de los derechos y las libertades fundamentales siempre ha sido confiada única y exclusivamente al legislador, lo cual resulta apenas obvio si se tiene en cuenta que precisamente el concepto de reserva de ley fue utilizado a finales del siglo XIX por Otto Mayer para denominar la órbita de libertad y propiedad que se encontraba fuera del alcance de la potestad legislativa del monarca en el Estado germano.

La reserva legal en el caso español se deduce en general del artículo 66.2 de la CE, el cual atribuye a las Cortes Generales la potestad legislativa del Estado. No obstante esta reserva general, común a todo Estado de Derecho —y como se estudió anteriormente, con el objetivo de que el legislador no pueda delegar su función en la administración—, la Constitución ha consagrado una reserva de carácter especial para los derechos fundamentales en el artículo 53.1, a raíz de la cual es el propio legislador el que debe «regular el ejercicio» de los derechos consagrados en la sección 1ª del capítulo II, título I de la Constitución. Aisladamente considerado, el artículo 53.1 presenta ya un problema de precisión, consistente en saber qué quiso decir exactamente el constituyente con los términos «regular el ejercicio». Pero, si se continúa la lectura del precepto, encontramos que además de exigir la regulación del ejercicio, la labor del legislador cuenta con un límite, tiene una barrera de contención que no puede ser sobrepasada en su labor reguladora, cual es el contenido esencial del derecho fundamental objeto de su regulación. Así pues, el legislador deberá respec-

tar el contenido esencial de cada derecho, en nuestra opinión, no solamente aquel del derecho que esté regulando, sino también deberá abstenerse de vulnerar de cualquier forma el contenido esencial de otro derecho por medio de la regulación que lleva a cabo.

La reserva de ley en materia de derechos fundamentales se completa con el artículo 81.1 de la CE, el cual consagra una reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales. La relación entre el artículo 81.1 CE –reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales– y el 53.1 CE –reserva de ley para la regulación del ejercicio de los mismos– no ha sido un punto pacífico en la doctrina, la cual ha debatido sobre el alcance que cada uno de los artículos tiene. Adicionalmente ha existido debate en lo concerniente al ámbito de la reserva de ley orgánica, pues existen autores que apoyan una tesis restrictiva del ámbito dado por el constituyente a este medio normativo, en virtud de la cual esta reserva sólo afectaría a los derechos consagrados en la sección primera del capítulo II del título I de la Constitución<sup>17</sup>. Por el contrario, existen autores que sostienen la tesis contraria, como es el caso de Antonio Pérez Luño, quien considera «infundada en el plano teórico y de peligrosas consecuencias en el práctico la interpretación literal a tenor de la cual las materias reservadas a la ley orgánica en virtud del artículo 81.1 serían tan solo los derechos fundamentales y las libertades públicas contenidos en la sección 1ª del capítulo 2º del título I»<sup>18</sup>. Sin embargo estas dos tesis, para efectos de nuestro estudio, tienen un carácter meramente ilustrativo, ya que debido a que en ambas se encontrarían incluidos los derechos fundamentales, nos es indiferente cuál se adopte.

Vista así la consagración constitucional de la reserva legal para los derechos fundamentales en el caso español presenta dos grandes asuntos que aclarar: el primero es saber cuál es el ámbito que los artículos constitucionales relacionados otorgan al legislador –entendido aquí tanto el legislador central como el legislador autonómico– para la regulación del ejercicio y el desarrollo de dichos derechos; y el segundo, será determinar exactamente qué debe entenderse por contenido esencial, y así establecer el campo en el cual está vedado el paso a la acción del legislador.

Para concretar con la mayor precisión posible las atribuciones dadas al legislador por el constituyente al consagrar los términos «regulación del ejercicio» y «desarrollo», la primera labor obligada es definir el carácter de la colaboración normadora del legislador en el tema de los derechos fundamentales. Es decir, determinar cual es el objetivo que debe buscar el legislador al desarrollar el mandato de la Constitución, ya que la labor encargada a aquel por parte del constituyente con respecto a los derechos fundamentales no se le podría atribuir un carácter adjetivo, debido a la escasa regulación que de cada derecho realiza el constituyente. De modo que en algunos eventos la labor legislativa tendrá un papel más profundo y vital para el derecho fundamental que en otros, pero siempre importante; tanto así que existirán casos en donde el legislador sea el llamado a cumplir la labor delimitadora de un derecho fundamental, y otros en los que el papel del legislador debe restringirse a la limitación de los derechos fundamentales. La delimitación se presenta en los casos en que la Constitución «remite al legislador, explícita o implícitamente, la tarea de precisar o de culminar la definición de determinado elemento del derecho (el

“orden público protegido por la ley” delimita así, según el artículo 16.1, las libertades ideológica, religiosa y de culto; la privación de la libertad personal que garantiza el artículo 17.1 procederá solo “en los casos y en la forma previstos en la ley”; a la ley ordenadora del derecho de huelga *ex* artículo 28.2 corresponderá, en fin, la garantía de los “servicios esenciales de la comunidad”). Las normas de la ley que actualicen y cumplan estas remisiones realizan, por tanto, lo que cabe llamar una delimitación legislativa derivada del derecho fundamental, tarea que también la ley lleva a cabo en todos aquellos casos en que, aún sin remisión constitucional explícita, se impone el ajuste o integración entre derechos y bienes constitucionales de definición fronteriza (derecho a la educación y libertad de enseñanza del artículo 27.1 y libertad de cátedra del artículo 20.1.c...)»<sup>19</sup>. Mientras que la labor limitadora se reduce a los casos en que la Constitución apodera al legislador para restringir la titularidad o el ejercicio de un derecho ya definido con carácter general, o aquellos en la misma Constitución supone una privación o supresión singular del derecho fundamental de una determinada persona.

Hay que tener en cuenta que esta labor delimitadora debe respetar ante todo los límites existentes, como son el contenido esencial del derecho delimitado, y el reconocimiento del ámbito propio de otros derechos, cuya afirmación y garantía constriñe la expansión irrestricta que pudiera derivarse de considerar un derecho en forma aislada.

En desarrollo de la labor delimitadora o limitadora de los derechos fundamentales, el legislador deberá tener en cuenta, en términos de los artículos 53.1 CE y 81.1 CE, si está regulando el ejercicio de un derecho fundamental, o está desarrollando el

mismo, ya que como se estudió anteriormente la Constitución designa a la ley ordinaria como la norma adecuada para la regulación del ejercicio de estos derechos; y al mismo tiempo asigna, pero a la vez restringe, el desarrollo de los derechos fundamentales solo a la ley orgánica.

La primera cuestión que sale a flote es determinar cuál es exactamente el ámbito competencial asignado a la ley ordinaria por la Constitución, y con este objeto la tarea que surge es definir qué debe entenderse por regulación del ejercicio. El Tribunal Constitucional intentó dar una definición de este concepto al decir que eran los «procedimientos o formalidades necesarios para el ejercicio de un derecho»<sup>20</sup>. Esta definición nunca fue acogida con agrado por la doctrina, pues era igualmente general y no aportaba elementos claros para determinar cuáles eran los límites de esta labor.

Javier Jiménez Campo entiende la regulación del ejercicio como «cualquier afectación normativa de un derecho fundamental, responda o no la misma a un llamamiento de la Constitución»<sup>21</sup>. En esta definición se entenderían incluidas en palabras del propio autor el «desarrollo» de los derechos de que habla el artículo 81.1, la delimitación legislativa que de un derecho se haga, y la ordenación de la intervención pública en los que cabe llamar derechos condicionales (como los numerales 2 y 3 del artículo 18 CE<sup>22</sup>). Cabe decir que no comparto esta definición de regulación del ejercicio pues amplía mucho el significado del término contenido en el artículo 53.1, llegando a situaciones extremas como considerar que el «desarrollo» del derecho fundamental está incluido en el término regulación del ejercicio.

Ignacio de Otto<sup>23</sup> parte de una base diferente. Este autor supone que para regu-

lar el ejercicio de un derecho fundamental, el legislador debe comenzar su labor a partir de un derecho totalmente delimitado constitucionalmente (es decir, cuya definición haya sido dada por el texto constitucional)<sup>24</sup> y que, en consecuencia, el legislador se halle ante un bien jurídico definido, al cual no puede alterar su contenido. Sin embargo se puede presentar el caso de que la definición que trae la Constitución sea demasiado abstracta, es decir, que no indique las concretas facultades que comprenda, ni el *status* jurídico del titular de la potestad de que se trate; en este caso, según el autor, lo que debe hacer el legislador en su labor reguladora del ejercicio es determinar las posibilidades de concreción de la conducta abstractamente definida, los elementos de la realidad que son necesarios para su adecuación práctica, y las facultades y potestades que la integran.

Otra opinión es la de Juan José Solozábal, quien describe la «regulación del ejercicio» en términos abstractos, como la labor del legislador tendiente al «establecimiento de limitaciones o restricciones tendientes, en esencia, a asegurar el disfrute simultáneo o general del derecho fundamental por todos sus titulares o la compatibilidad de los derechos fundamentales entre sí y con otros bienes jurídicos, asimismo constitucionalmente protegidos»<sup>25</sup>.

En mi opinión, la elaboración de una definición tanto de este concepto, como del término “desarrollo”, debe hacerse teniendo en cuenta el camino histórico que ha tenido el tema de la reserva legal, los casos de derecho comparado antes vistos, y en general la filosofía del Estado de Derecho. Es lógico suponer que el constituyente previó los casos de reserva legal específica con el objetivo de que los derechos fundamentales consagrados en la sección 1<sup>a</sup> del capítulo II del título I fueran protegidos

específicamente por el órgano de representación popular del Estado, es decir, que la protección jurídica brindada a ellos por el ordenamiento proviniera del órgano legislativo, cercenando a la Administración la posibilidad de realizar por medio de reglamentos la regulación y el desarrollo de estos derechos. Así se deduce fácilmente que el campo de acción consagrado al legislador –tanto en el artículo 53.1, como en el artículo 81.1– abarca todas las posibilidades de injerencia normativa en el ámbito de los derechos fundamentales. La reserva legal de este tipo es denominada por Prieto Sanchís como «reserva absoluta» la cual en palabras del mencionado autor «obliga al legislador a regular de forma directa los aspectos relevantes del régimen jurídico de los distintos derechos, permitiendo únicamente que las fuentes subordinadas emanen normas de simple detalle necesarias para la ejecución»<sup>26</sup>; el campo competencial que Prieto Sanchís asigna a las fuentes subordinadas –entiéndanse los decretos de la administración–, es el mismo que el Tribunal Constitucional ha otorgado a estas normas, para el cual la reserva de ley pretende asegurar que la regulación de ámbitos de libertad de los ciudadanos se realice exclusivamente por los representantes de éstos, lo cual no excluye una remisión complementaria y subordinada al reglamento cuando resulte «indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley»<sup>27</sup>.

Por lo tanto, y partiendo del postulado de que todos los aspectos importantes de la regulación normativa de los derechos fundamentales debe realizarse por ley, sostengo que es posible conocer el alcance de los artículos 53.1 y 81.1 si logramos definir uno de los dos, de modo que el resto de la protección legislativa que deba hacerse

a los derechos fundamentales se encuentre abarcada en el otro concepto. Esto resulta importante para saber el ámbito de competencia que le corresponde a la ley ordinaria, y el ámbito de competencia que corresponde a la ley orgánica, diferenciación determinante en el desarrollo del tema que nos concierne, tanto por la distinta jerarquía de las normas, como por las consecuencias que tiene para el legislador autonómico el alcance que se dé a uno u otro precepto<sup>28</sup>. De esta forma se alcanza una solución práctica para un problema de difícil resolución, pues los conceptos “regulación del ejercicio” y “desarrollo” son demasiado abstractos para intentar alcanzar una definición de cada uno en la que se encuentren abarcadas de forma íntegra y armoniosa todas las posibilidades de regulación legislativa de los derechos fundamentales.

En virtud de las características de ambos conceptos, me parece oportuno precisar qué se entiende por “desarrollo”, por ser el concepto más restringido, y por tanto más asequible a ser objeto de concretización que el término “regulación del ejercicio”.

El término desarrollo ha sido definido por la doctrina desde diferentes concepciones, algunas de ellas tan amplias que llegan a concebir el desarrollo de los derechos fundamentales como cualquier referencia legislativa que se haga sobre un derecho fundamental. Otros, como es el caso de Tomás Ramón Fernández y García de Enterría, asumen una posición mucho más restrictiva del “desarrollo” que debe ser realizado por medio de ley orgánica, y lo ven exclusivamente como el desarrollo legislativo directo, y en ningún caso podrá emplearse este tipo de ley para realizar un desarrollo de tipo meramente incidental<sup>29</sup>.

El Tribunal Constitucional colaborará en este intento por medio de su sentencia 6/

1982 (F.J.6), en la cual realizó una interpretación restrictiva del término desarrollo. En dicha sentencia el Tribunal consagró: «El artículo 81 CE se refiere al desarrollo directo de los derechos fundamentales, pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la ley orgánica en materias concretas, que, como se ha dicho, convierte a las Cortes en Constituyente permanente, no puede extremarse, con los importantes problemas del consenso interno que conlleva, al punto de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de leyes orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental».

Lo expresado en la sentencia 6/1982 fue ampliado en la sentencia 67/1985 (F.J.21) en donde el Tribunal expresó «El artículo 22 de la Constitución contiene una garantía que podríamos denominar común: es decir, el derecho de asociación que regula el artículo mencionado se refiere a un género –la asociación– dentro del que caben modalidades específicas. Así en la propia Constitución (artículos 6 y 7), se contienen normas especiales respecto de asociaciones de relevancia constitucional como los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales. Por ello debe señalarse que la reserva de la Ley orgánica en el artículo 81.1 de la Constitución en orden a las leyes relativas “al desarrollo de los derechos fundamentales” se refiere en este caso a la Ley que desarrolle el derecho fundamental de asociación en cuanto tal, pero no excluye la posibilidad de que las leyes ordinarias incidan en la regulación de tipos específicos de asociaciones, siempre que respeten el desarrollo efectuado en la Ley Orgánica».

Hasta este punto, estamos en presencia de la posición del Tribunal que busca dar

un concepto reducido. Sin embargo, en otros pronunciamientos el Tribunal ha admitido que la ley orgánica regule materias adicionales a la que está llamada por la Constitución, «cuando su contenido desarrolle el núcleo orgánico y siempre que constituyen un complemento necesario para su mejor inteligencia, debiendo en todo caso el legislador completar los preceptos que tienen tal carácter»<sup>30</sup>. Este tipo de regulación se conoce en la jurisprudencia del Tribunal como “materias conexas”, diciendo que se puede presentar el caso que en una ley orgánica concurren estas materias junto con las estrictamente reservadas al campo de la ley orgánica. De modo que serán razones de política legislativa las que conlleven al legislador a realizar la regulación del tema de esta determinada forma. Para Ignacio de Otto esta posibilidad dada por el Tribunal, desconoce el carácter restrictivo que se debe otorgar al término desarrollo, y por lo tanto vulnera la exigencia de que por medio de ley orgánica sólo se trate el “desarrollo” de los derechos fundamentales, exigencia que en palabras del autor, «queda desdibujada por la posibilidad de regular en una misma ley materias orgánicas y materias conexas estableciendo luego en una Disposición Adicional la modificabilidad de los relativos a estas últimas»<sup>31</sup>.

En este punto no me atrevo a proponer una definición al término “desarrollo”, pero manifiesto mi acuerdo con la idea expresada por el Tribunal en su sentencia 6/1982 en el sentido de que el desarrollo reservado a la ley orgánica debe ser el desarrollo reservado a los elementos indispensables del derecho fundamental, es decir, del núcleo mismo, de modo que todo lo que no esté dentro de este ámbito de elementos indispensables, no está reservado al legislador orgánico, y podrá ser desarrollado por otras fuentes del derecho. Apoyo esta te-

sis porque me parece conforme con el carácter limitado que se quiso otorgar a las leyes orgánicas por parte del constituyente, y además porque la creo conforme con la interpretación sistemática que debe hacerse entre el artículo 81.1 y el artículo 149.1.1<sup>a</sup> de la CE, tema que será profundizado más adelante en este estudio.

Soy consciente de que esta visión no representa un aporte que sirva para aclarar definitivamente el alcance que debe darse al término desarrollo. Sin embargo, no por eso carece de alguna importancia. Además, el pretender elaborar un concepto que sirva de orientación definitiva de cada una de las situaciones ante las que puede encontrarse el legislador, es un objetivo utópico. Por eso, el cerrar los parámetros, establecer una idea de un concepto reducido y esencial de “desarrollo” es a lo más que puede llegarse, esperando que el órgano legislador interprete de la mejor forma posible esta idea de desarrollo y la aplique a la normación de cada derecho.

### *1. El contenido esencial*

Los derechos fundamentales, de la sección 1<sup>a</sup> del capítulo II tienen la particularidad de que podrán ser regulados solo por ley, y de que en la labor desarrollada por el legislador éste deberá respetar su contenido esencial.

El precepto español surge con inspiración en el texto del artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, aunque con ciertas diferencias que lo hacen tener unas características muy propias del marco jurídico en que se desarrolla<sup>32</sup>, ya que en la Ley Fundamental el contenido esencial surge como límite exclusivamente a la acción limitadora, mientras que en el sistema español el contenido esencial surge como límite incluso en el caso de que lo que se

busque por parte del legislador no sea limitar el derecho sino, por ejemplo, configurar en general el ejercicio del mismo.

La finalidad del “contenido esencial” es más o menos clara: servir como límite a la acción reguladora que el legislador realice de un determinado derecho fundamental. Lo que no se ha podido establecer exactamente es cómo se lleva a cabo esta función.

En la doctrina han surgido dos posiciones que muy resumidamente pueden explicarse de la siguiente manera. La *teoría relativa* apunta a que el contenido esencial es un límite, como su nombre lo indica, relativo, ya que cedería ante una limitación que esté debidamente justificada. Es decir, que ante una limitación legítima el contenido esencial podría ser afectado por la regulación que el legislador haga de un derecho, en beneficio de otro derecho o de un bien constitucional. La otra posición doctrinal es la conocida como *teoría absoluta*. Esta teoría aboga porque el contenido esencial sea un límite que no pueda ser desconocido bajo ninguna circunstancia. De acuerdo con esta teoría las limitaciones a los derechos fundamentales siempre deben estar justificadas, y sólo podrán hacerse en beneficio de un bien constitucionalmente protegido o de otro derecho. Sin embargo el límite a esas limitaciones justificadas o legítimas estaría constituido por el contenido esencial del derecho que se limita. Así, el contenido esencial actuaría como una barrera que en ningún momento podría ser desconocido, ya que esto implicaría la desfiguración del concepto que en la sociedad se tiene de un derecho constitucional.

La primera teoría simplemente acaba con toda la protección que los derechos fundamentales pueden tener, ya que acepta incluso aquellas limitaciones que afectan su esencia, lo cual a todas luces es una labor

que excede en mucho las posibilidades del legislador. La segunda, aunque más acorde con un sistema iusfundamental como el español, convierte el contenido esencial en algo inútil, ya que así no lo dijera el artículo 53.1 CE, es lógico que el legislador no puede, aunque en beneficio de un derecho fundamental o un bien constitucionalmente protegido, limitar un derecho fundamental al punto de acabar con la idea que del mismo quiso plasmar el constituyente. Por esta razón consideramos, como más adelante concluiremos, que el contenido esencial es algo que carece de utilidad en el sistema jurídico constitucional español.

A esto además se suma otro problema: tratar de determinar en la práctica qué es el contenido esencial de un derecho fundamental.

Desde la elaboración del texto constitucional español en el año 1978, éste ha sido un concepto que ha generado gran polémica entre la doctrina, ya que su falta de concreción y la confusa finalidad que tuvo el constituyente al incluirlo han hecho imposible alcanzar un consenso más o menos general entre la doctrina española.

En el intento por determinar qué quiso expresar el constituyente con el término “contenido esencial” también ha participado el Tribunal Constitucional, el cual en el año 1981 determinó que debería entenderse «por “contenido esencial” aquella parte del contenido de un derecho sin la cual este 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 consecuencia el derecho se otorga...»<sup>33</sup>. Para la determinación de este contenido, la misma sentencia

expresa que debe establecerse una «relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas...». De esta doctrina del tribunal se puede deducir dos puntos básicos:

a) El contenido esencial de un derecho comprende aquellos elementos mínimos que determinan su configuración y permiten su diferenciación de otros derechos.

b) Para determinar exactamente el contenido esencial de cada derecho no basta con acudir a la Constitución, sino que el legislador debe indagar en las esferas de los conceptos jurídicos tradicionales, y atender a las ideas y convicciones generalmente admitidas por los juristas. Esto lleva a la conclusión de que el contenido esencial rebasa el contenido constitucionalmente declarado, el cual debe ser completado con los elementos antes dichos.

Luego de esta sentencia, el Tribunal ha utilizado otros calificativos para referirse al contenido esencial, tendientes a proporcionar la idea de contenido esencial como un núcleo «indisponible»<sup>34</sup> o «irreducible»<sup>35</sup>, frente al cual habría que detener la acción del legislador, dando a entender que lo que está por fuera del contenido esencial es disponible por el legislador en cuanto que no desfigura el derecho fundamental, llegando a lo que ha planteado Javier Jiménez Campo al decir: «la comprensión escindida del derecho puede conducir ya a una asunción anticipada de que una “parte” del mismo ha de ser necesariamente “cedida” al legislador, ya a entender, en otra hipótesis, que lo que este “añada” a su núcleo indisponible tiene el carácter, también, de derecho fundamental, aunque sea –nueva paradoja– prescindible o eliminable»<sup>36</sup>.

Por esta razón estoy de acuerdo con el enfoque dado por el mismo autor al concepto de contenido esencial, en el que se reemplaza lo que él mismo llama “enfoque espacial” –en el que se divide el derecho fundamental en una parte disponible por el legislador y otra inmodificable que sería el contenido esencial–, por un entendimiento “temporal”, así se define contenido esencial como «lo que ha de permanecer vivo pese al tiempo; lo que persiste abierto al cambio, reconocible siempre, pero idéntico así mismo. La “esencia” del derecho es lo que ha de mantenerse en el devenir...». Vistas así las cosas, no es posible establecer un parámetro general que determine el contenido esencial de un derecho, sino que la interpretación que se haga debe basarse en los parámetros que en cada momento y situación definen los contornos del derecho examinado.

De lo manifestado por la doctrina y la jurisprudencia, nos aventuramos a concluir que la expresión “contenido esencial” dentro del marco dado por el ordenamiento jurídico español es innecesaria, y por lo tanto inútil. El contenido esencial se erige de esta forma como un límite a la acción del legislador, límite que en mi concepto se hubiera entendido incluido aun en el evento de que la Constitución no hubiere hecho ninguna manifestación de este tipo, pues tal y como está consagrado el contenido esencial de un derecho, no es más que un reforzamiento de la constitucionalidad del mismo. Consideramos por lo tanto que el llamado que hace el constituyente a tener en cuenta el contenido esencial, no tiene un carácter constitutivo, sino meramente declarativo, pues esta obligación de no desfigurar el derecho –que entendemos es la que se deriva del precepto del artículo 53.1 C.E.– es intrínseca a la labor legislativa; de este modo, al no poder desconocer

el significado básico de ninguno de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución –como forma de respeto hacia la propia Constitución, y por lo tanto en concordancia con el principio de constitucionalidad– el legislador se encontraba ya obligado a respetar el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales. Así, encuentro el precepto contenido en el artículo 53.1 como una disposición con un carácter simplemente reafirmatorio de una obligación ya existente para el legislador.

Por no ser un elemento necesario tampoco es un elemento útil, pues además de lo expresado anteriormente, el hecho de que no pueda definirse exactamente ha llevado a la doctrina a elaborar conceptos tan disímiles como los que hemos visto<sup>37</sup>, y que al final no aportan nada que no se dedujera desde un principio de las disposiciones constitucionales: que el legislador, en su labor de desarrollo y regulación, no puede desdibujar el derecho constitucional que ha creado el constituyente. Otro problema será determinar los parámetros con base en los cuales deben llevarse a cabo las labores de desarrollo y regulación, pero este será otro problema distinto, para el cual no nos será de ninguna ayuda el concepto de “contenido esencial”.

## *2. Campo de acción del Legislador Autonómico en lo concerniente a desarrollo y regulación de los derechos fundamentales*

### **1. Bases constitucionales para una regulación autonómica de los Derechos Fundamentales**

La organización del sistema jurídico español presenta una dificultad adicional con respecto a un sistema como el colom-

biano, la cual se deriva de la forma del Estado. El que el Estado español sea un Estado Autonómico implica la existencia de diferentes ámbitos de organización jurídica, factor que deberá tenerse en cuenta al momento de interpretar y determinar los alcances de las competencias otorgadas por la Constitución tanto al legislador nacional, como al autonómico.

Lo primero será tratar de determinar cuál es el sentido y alcance de la regulación autonómica, y cómo se relaciona este ámbito competencial con el que corresponde al legislador Estatal.

El título VIII de la Constitución española trata el tema de la Organización Territorial del Estado, y entre los primeros artículos contenidos en él, se encuentran los principios generales que deben orientar a las Asambleas Autonómicas en su labor legislativa. Para el tema en cuestión es especialmente importante el significado que se otorgue al principio contenido en el artículo 139.1 de la CE, el cual consagra: «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado». La doctrina ha visto en este precepto el principio de igualdad en materia de organización territorial, y a su vez ha otorgado diferentes alcances al mismo, los cuales son importantes para el tema en cuestión, pues según la interpretación que se haga del precepto, modifican la base en que se apoya la labor del legislador autonómico en lo referente a los derechos fundamentales.

De la interpretación del artículo surgen tres posiciones. Un primer punto de vista sugiere que el 139.1 CE consagra un mandato de uniformidad absoluta en las materias en él contempladas para todos los españoles. Esta tesis fue sostenida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 25/81 en la que el máximo juez de lo consti-

tucional concluye que la regulación debe ser igual para todos los españoles en lo referente a derechos fundamentales. Se criticó porque el Tribunal adoptó para la sustentación de la misma criterios axiológicos, en lugar de criterios positivo-constitucionales. Esta fue una sentencia aislada cuya doctrina fue refutada por los siguientes pronunciamientos.

Una segunda opinión derivada del artículo 139.1 de la CE sostiene que en realidad lo que el constituyente buscaba con este pronunciamiento era una homogeneidad mínima de todos los españoles en cualquier parte del territorio en lo concerniente con sus derechos fundamentales. Esta tesis la sostuvo el Tribunal en su sentencia 37/81, en la que expresó que el mandato del artículo 139.1 no significa una «rigurosa y monolítica» uniformidad, lo que ha sido interpretado por algunos doctrinantes como José Luis Carro Fernández-Valmayor<sup>38</sup>, como una manifestación tácita de que el 139.1 es un principio hermeneútico que apunta a una homogeneidad básica, pero que se concreta positivamente en el artículo 149.1.1<sup>a</sup>. Al respecto dice el mencionado autor “El artículo 139.1 de la Constitución española (influido por el artículo 33-1<sup>o</sup> de la Ley Fundamental de Bonn) –y ahí reside precisamente su sentido– viene a poner de manifiesto que en materia de derechos y obligaciones constitucionales el principio de igualdad prima sobre el principio de autonomía (situación que por lo demás, se ha visto reflejada en los Estatutos vasco, catalán y gallego, artículos 9-1<sup>o</sup>, 8-1<sup>o</sup> y 4-1<sup>o</sup>, respectivamente)»<sup>39</sup>. Al primar el principio de igualdad sobre el de autonomía –en concepto del autor–, se fundamenta y reafirma la obligación constitucional impuesta al Estado en el artículo 149.1.1<sup>a</sup><sup>40</sup>, el cual asigna al Estado la regulación básica del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Una posición contraria es la sostenida por Ignacio de Otto, quien afirma que si bien de la Constitución se deriva un principio de homogeneidad básica en la regulación de los derechos fundamentales, «tal homogeneidad no viene exigida por el artículo 139.1, sino que tiene sus propios cauces: la propia supremacía de la Constitución, la prohibición de que las diferencias entre los Estatutos de la Comunidades Autónomas impliquen privilegios económicos y sociales (artículo 138.2 de la CE), la atribución al Estado de múltiples competencias de normación básica y, en el aspecto que aquí nos interesa, la competencia exclusiva que el artículo 149.1.1<sup>a</sup> atribuye al estado para “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”»<sup>41</sup>. Este autor considera, que del artículo 139.1 se deriva un mandato al legislador de mantener una igualdad de todos los españoles en lo concerniente a sus derechos ante el ordenamiento de cada territorio autonómico.

Y así precisamente es como surge la tercera posición interpretativa del artículo 139.1 de la CE. Esta posición defendida entre otros por Mercé Barceló, Ignacio de Otto y Juan Pemán Gavin, entiende que del artículo 139.1 se deriva un mandato al legislador para procurar la igualdad de los derechos de todos los españoles en cada territorio autonómico, de modo que la intención del constituyente al establecer este precepto fue que del ordenamiento autonómico de cada comunidad no se derivaran desventajas para los españoles que se encontraran en él, por no estar avocindados en dicha Comunidad.

Por esta razón critican la interpretación del artículo que se estudió anteriormente. Al respecto Mercé Barceló manifiesta:

«Quizá, lo que late en el fondo de estas concepciones, es el no haber asumido todavía que el texto constitucional ha positivizado una determinada estructura estatal; una estructura que se basa en un reparto del poder político que cuenta con distintos centros de decisión, y que todo ello, a nivel jurídico, se traduce en una diversidad de opciones tan legítimas como obvias, porque así lo ha determinado la Constitución»<sup>42</sup>.

A su vez, Ignacio de Otto deriva de la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981 un apoyo a su posición; al respecto dice: «A mi juicio el verdadero contenido del principio del artículo 139.1 de la CE es otro, que queda apuntado en la sentencia de los Centros de la Contratación de Cargas cuando se dice que las obligaciones que impone la ley que los crea no son contrarias al principio de la igualdad porque “no establecen discriminación alguna entre los vecinos de los distintos lugares del territorio nacional”, con lo que manifiestamente se quiere decir que la ley sería contraria al mandato del artículo 139.1 de la CE si estableciese diferencias entre dichos vecinos imponiéndoles cargas de modo desigual»<sup>43</sup>.

De modo que el 139.1 no consagra una homogeneidad mínima, la homogeneidad mínima se deriva de los artículos 9.1 y 149.1 1ª de la CE; y lo que el artículo 139.1 consagra debe ser entendido como «un mandato de igualdad de todos los españoles ante cada ordenamiento autonómico y el mandato no puede entenderse más allá»<sup>44</sup>. La profesora Barceló encuentra sustento para su tesis en una sentencia distinta a la del profesor Otto, la 37/1987 (F.J. 10), en la cual el tribunal determinó: «El principio de igualdad no impone que todas las CC.AA. ostenten las mismas competencias ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una

manera o con un contenido o unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y del Estado. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas CC.AA., no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1ª de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino a lo sumo y por lo que al ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de posiciones jurídicas fundamentales»<sup>45</sup>.

Juan Pemán Gavín sostiene que los precedentes del constitucionalismo histórico español y del derecho comparado en los se apoya el artículo 139.1 de la C.E. conducen a defender esta interpretación. El autor considera que si se analiza el precepto a la luz de los antecedentes, «llegamos directamente a la conclusión de que el artículo 139.1 CE no es una regla de uniformidad u homogeneidad en el Derecho aplicable en las diversas partes del territorio español —que excluya o reduzca la diversidad jurídica entre las Comunidades Autónomas— sino que se orienta más bien a equiparar a todos los españoles, con independencia de su origen o lugar de residencia con respecto a cada una de las Comunidades Autónomas»<sup>46</sup>.

Nuestro parecer es que del artículo 139.1 no debe entenderse más de lo que el constituyente quiso expresar: que el grupo de derechos protegidos a los nacionales espa-

ñoles no varíe en ninguna parte del territorio del Estado, es decir, que vistos en conjunto los derechos y deberes protegidos a los nacionales españoles tengan una identidad a lo largo de todo el territorio del Estado. Claro que como bien manifestó el Tribunal Constitucional, esta homogeneidad no puede interpretarse como una rigurosa uniformidad, ya que ésta no sería compatible con el esquema autonómico que tiene el Estado español —el cual en términos del propio Tribunal es un Estado “compuesto” o de “estructura plural”<sup>47</sup>—; sino que debe aspirarse a una homogeneidad en los elementos esenciales de la regulación, en lo fundamental del sistema de derechos, permitiendo un determinado grado de desigualdad en el *status* jurídico de los ciudadanos a lo largo de todo el territorio español. De este modo, el artículo 139.1 CE se constituye como un principio que debe inspirar el desarrollo legislativo que se haga sobre la organización territorial del Estado, y que tiene especial relación con el artículo 149.1.1<sup>a</sup>, el cual otorga unos contornos más definidos a la igualdad que deben alcanzar los derechos y deberes en el Estado español.

Una vez vistos de forma muy general los planteamientos que surgen con respecto al tema de la regulación de los derechos, nos adentraremos en el estudio del artículo 149.1, el que consagra una distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y que a su vez, también ha sido interpretado de diferentes formas.

## 2. Distribución de competencias para la regulación de los derechos en la Constitución

El Tribunal Constitucional ha tenido diversas posiciones en lo concerniente a la competencia reguladora de los derechos

fundamentales que se debe entender comprendida en el texto constitucional. La primera posición asumida por el Tribunal consistió en otorgar plena competencia para la regulación de los derechos fundamentales a las Cortes Generales (STC 25/81, F.J. 5), al decir: «La Constitución reserva a las Cortes Generales cuanto se refiere al desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas». De acuerdo con Mercé Barceló<sup>48</sup>, al realizar este análisis, el Tribunal evaluó los derechos fundamentales como ajenos a la estructura autonómica en que deben ser regulados y desarrollados. Por esta razón considera que el Tribunal no tiene en cuenta lo dicho en el artículo 149.1.1<sup>a</sup>, sino que toma como fundamento criterios axiológicos. En contraposición con los argumentos de la mencionada decisión, la sentencia 37/81 el tribunal dice que el 53.1 otorga competencia para la regulación de los derechos a la “ley”, y que en este concepto se deberá entender comprendida tanto la ley proferida por las Cortes Generales, como la ley proferida por las Asambleas Autonómicas.

A partir de este pronunciamiento del Tribunal entramos en un problema competencial obvio, que surge de esta interpretación, cual es, determinar el campo de acción del legislador autonómico y cuál la de las Cortes Generales. Este asunto es resuelto en la STC 37/81 (F.J.2), en donde se dice que si el Estado central gozara de todas las facultades para la regulación de los derechos carecería de sentido el 149.1.1<sup>a</sup>, en donde se otorga al Estado Central la competencia exclusiva en la regulación de las condiciones básicas. Entonces, «cuando la norma legal aunque con incidencia en el ejercicio de los derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades

Autónomas cuyos Estatutos le atribuyan competencia legislativa sobre una materia, cuya regulación indique necesariamente en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados»<sup>49</sup>.

Además de existir ley ordinaria de las Cortes y ley autonómica, el ordenamiento jurídico español consagra la posibilidad de un tipo de leyes especiales, las leyes orgánicas, a las cuales, como antes tuvimos oportunidad de estudiar, la Constitución también asigna una competencia exclusiva en el tema de los derechos fundamentales.

El artículo 81.1 CE otorga la competencia al legislador orgánico para “desarrollar” este tipo de derechos. Del enunciado de este artículo se derivan dos consecuencias: un límite material a la capacidad legislativa de las Comunidades Autónomas dependiendo de la amplitud que se otorgue al término desarrollo; y un límite que se puede considerar formal, pues únicamente el Estado Central puede modificar o crear leyes orgánicas (artículo 81.2 de la CE).

A este precepto se han dado dos interpretaciones, de las cuales se deducen, a su vez, consecuencias muy diferentes:

Una posición doctrinal sostiene que el artículo 81.1 CE es una norma competencial –es decir, únicamente atribuye competencias–, lo que significa que el precepto otorga al Estado la facultad exclusiva para el desarrollo de los derechos fundamentales, y por consiguiente se excluye a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de desarrollar un derecho fundamental.

La otra interpretación es que el artículo 81.1 es simplemente una norma ordenadora de la fuentes, pero que no atribuye ningún tipo de competencia al Estado Central. Según esta tesis, al Estado Central le son

atribuidas sus competencias en cuanto a la regulación y desarrollo de los derechos fundamentales por el artículo 149 de la CE; de modo que en el marco de las competencias asignadas, lo concerniente a la regulación del ejercicio será realizado por medio de ley ordinaria en virtud del artículo 53.1, y lo concerniente al desarrollo de los derechos fundamentales será cumplido por el legislador por medio de leyes orgánicas, en virtud del artículo 81.1. A las Comunidades Autónomas les correspondería regular por ley autonómica –de acuerdo con la reserva del artículo 53.1 de la CE– las materias a ellas asignadas por el artículo 149.1, siempre y cuando estas hubieren sido recogidas en sus Estatutos de Autonomía.

A continuación se desarrollará un estudio más profundo de cada una de las dos posiciones, determinando con mayor precisión las consecuencias que se derivan de cada una de ellas.

#### a) El artículo 81.1 como norma competencial

El artículo 81.1 será lo primero que los sostenedores de esta tesis evalúen al momento de definir las competencias Estatales en materia de derechos fundamentales. Allí se asigna la competencia para realizar el desarrollo de los derechos fundamentales a la ley orgánica, de modo que al ser el Estado Central el único que puede proferir leyes orgánicas, se está consagrando una competencia exclusiva a favor de éste para realizar todo el desarrollo de los derechos fundamentales, dejando por fuera de este ámbito regulador a las Comunidades Autónomas. El siguiente paso, según esta tesis, será estudiar el precepto del artículo 53.1 para determinar cómo distribuyó el constituyente *la otra parte*

de la reserva de ley, es decir, la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. El artículo 53.1 consagra una reserva de ley en la cual hay acuerdo en la doctrina y en la posición del Tribunal, que debe entenderse incluida la ley autonómica. De modo que en este aspecto se deberá realizar una distribución competencial para determinar qué aspectos de la regulación del ejercicio le corresponden a cada una de las fuentes legislativas que se entienden incluidas en el 53.1, y esto lo realizan precisamente el artículo 149.1 y 149.3 de la CE. De la lectura de estos preceptos se deduce qué aspectos pueden regular las Comunidades Autónomas –por medio de ley autonómica– y cuales puede regular el Estado Central –por medio de ley ordinaria–.

Esta fue la fórmula empleada por el Tribunal en su sentencia 5/81, en donde se analiza la constitucionalidad de la ley orgánica que regula el Estatuto de Centros Escolares. En esta sentencia (F.J.22) el Tribunal atribuye al Estado la posibilidad de realizar todo el desarrollo del artículo 27 de la CE, con base en lo dispuesto por el artículo 81.1 de la CE –y no sólo el desarrollo de las condiciones básicas, como se deduciría de la lectura del artículo 149.1.30–. Sin embargo, hay que anotar que el tribunal dejó abierta la posibilidad de que mediante una deslegalización de rango operada por la propia ley orgánica, las Comunidades Autónomas ejercieran su potestad normativa sobre ciertas materias reservadas por la Constitución a ley orgánica, las que serían, en todo caso, materias conexas a cuestiones concernientes al desarrollo normativo de algún derecho fundamental o a las condiciones básicas para su ejercicio, o a las normas básicas para su desarrollo (F.J. 23).

b). El artículo 81.1 como norma determinante de las fuentes

El Tribunal en sus sucesivas sentencias ha optado por una interpretación diferente del artículo 81.1 de la CE, y ya no le otorga el carácter de norma que determina competencias. En cambio, asume que el artículo 81.1 es una norma que simplemente determina el sistema de fuentes que el Estado debe utilizar para cumplir los mandatos competenciales asignados por la Constitución. Dar una interpretación distinta al artículo 81.1 ha sido considerado por la doctrina<sup>50</sup> como desnaturalización del reparto competencial establecido por la Constitución y por los Estatutos de Autonomía.

La base de esta tesis fue dada por el voto particular presentado por los magistrados Rubio Llorente y Arozamena a la sentencia 5/81, en donde expresan que dentro del marco trazado por el 149 la competencia de una Comunidad Autónoma viene determinada por su respectivo Estatuto; y eventualmente por leyes *ad hoc* dictadas con base en el artículo 150 1,2 y 3 CE. Por lo tanto, el artículo 81.1 CE no puede juxtaponerse al 149 para ampliar así su ámbito de aplicación a las normas competenciales establecidas por este último, pues se desbordaría la esfera competencial que el constituyente quiso otorgar a la ley orgánica, con graves consecuencias para las comunidades autónomas, pues al ser la ley orgánica potestad exclusiva del Estado Central, se reduciría «en forma constitucionalmente insostenible» el campo dentro del cual pueden las Comunidades Autónomas adquirir competencias. Esta interpretación de los preceptos constitucionales fue respaldada en su momento por Ignacio de Otto, quien escribió: «Al me-

nos en lo que se refiere al desarrollo del artículo 27, y a la vista del artículo 149.1.30, que menciona expresamente las normas básicas para el desarrollo de aquél, parece que el punto del vista del voto particular es plenamente fundado, esto es, que el artículo 149.1.30 restringe la reserva de competencia al Estado que resulta del artículo 81.1 aisladamente considerado”<sup>51</sup>

Lo que esta tesis propone, en lugar de juxtaponer el artículo 81.1 al 149, es una interpretación sistemática de ambos preceptos, de la cual resultaría que el ámbito reservado a la ley orgánica, por ejemplo en materia educativa, no se extiende al desarrollo de todo el derecho, sino «al desarrollo de las condiciones básicas para garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes constitucionales (artículo 149.1.1<sup>a</sup>); al establecimiento de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales (artículo 149.1.30), y a las normas básicas para el desarrollo del artículo 27, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materias (*ibid*)”<sup>52</sup>.

Si se parte de una interpretación restrictiva y sistemática del artículo 81.1, que además respete el sistema de fuentes y el reparto competencial establecido por la Constitución, es fácil coincidir con los argumentos del voto particular. De modo que en mi concepto, una interpretación sistemática arroja como resultado que la posibilidad de desarrollo otorgado al legislador orgánico se restringe a lo relacionado con las condiciones básicas, pues este es el campo de acción otorgado al Estado Central para la regulación del ejercicio del derecho por el artículo 149.1. Por consiguiente, la potestad normativa de las Comunidades

Autónomas podrá ser empleada también para el desarrollo de un derecho fundamental, solo que en este caso tendrán como límite la normativa básica que haya proferido el Estado Central por medio de leyes orgánicas.

El Tribunal Constitucional en un comienzo optó por adoptar una interpretación amplia de las facultades otorgadas al Estado por el artículo 81.1, pero con el transcurso del tiempo ha ido modigerando su posición y acercándola cada vez más a los argumentos expresados en el salvamento de voto realizado por los magistrados Rubio Llorente y Arozamena. Una muestra clara de esta posición del Tribunal la encontramos en la sentencia 77/85, por medio de la cual se evaluó las competencias que corresponden al Estado en materia educativa, y en la que sólo se tomó como parámetro definidor de las competencias estatales el artículo 149.30, y en ningún momento fue tomado por el Tribunal como norma que determine atribuciones competenciales del Estado en materia de desarrollo de derechos fundamentales el art. 81.1. De esto se deduce que las posibilidades en lo concerniente a regulación y desarrollo de los derechos fundamentales se determinan en función a lo dispuesto por los Estatutos de las Comunidades Autónomas, siempre teniendo en cuenta el límite consagrado por el artículo 149.1 de la CE.

Las razones de esta posición son descritas en el F.J. 3 de la sentencia 137/86, en la que el Tribunal manifestó: «Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el concepto de que la Constitución se vale en el citado artículo 149.1.30 (“normas básicas para el desarrollo del artículo 27...”)) no posee el mismo alcance que el que genéricamente enuncia el artículo 81.1. El enunciado de aquel precepto impone al intérprete

considerar que respecto de las Comunidades Autónomas que ostenten competencias en su virtud, las instituciones generales del Estado no retienen, como competencia exclusiva, la normación de todo aquello que, en lo relativo al artículo 27 de la Constitución, pueda considerarse “desarrollo” (artículo 81.1) de los derechos fundamentales allí reconocidos. Ni la unidad de la Constitución toleraría que una de sus disposiciones (artículo 149.1.30) se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra (artículo 81.1), ni de otra parte, un precepto ordenador del sistema de fuentes en el ordenamiento integral del Estado (artículo 81.1) puede sobreponerse a la norma que, en un plano del todo diverso, busca articular los ámbitos materiales que corresponden a ordenamientos diversos, por más que obviamente unidos (149.1.30). *El criterio general de que, en el Estado de autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, sólo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente* (STC 37/1981, Fundamento Jurídico 2), parece habría aquí de tenerse en cuenta, tanto más cuanto que, según antes se apuntó, la colaboración –en términos generales– entre ley orgánica y ordinaria no ha de reputarse, en todo caso, ilegítima» (itálicas agregadas). Por lo tanto, «para alcanzar el deslinde competencial es necesaria una indagación material, que permita identificar cuales, de entre las disposiciones contenidas en la ley orgánica, encierran “normas básicas para el desarrollo del artículo 27”, porque solo son ellas respecto de estas comunidades, las que marcan el límite infranqueable para las disposiciones autonómicas» (STC 137/1986, F.J. 3).

A esta conclusión –que es la misma expresada en el salvamento de voto de la sen-

tencia 5/81– llega el Tribunal por una vía distinta a la utilizada por los magistrados Rubio y Arozamena. De acuerdo con el argumento del Tribunal, las Comunidades Autónomas conservan su competencia para la regulación y el desarrollo de los derechos fundamentales –en los términos del artículo 149.1– aunque el Estado haya desarrollado en su totalidad un determinado derecho fundamental por vía orgánica. El Tribunal en la mencionada sentencia habla de que la ley orgánica tiene competencias plenas para el desarrollo de los derechos fundamentales, pero –y para dar concordancia a este argumento con el argumento anterior– expresa que esta consagración de la ley orgánica tendrá carácter principal sólo en las materias básicas del desarrollo, quedando supeditada la vigencia de dicha ley orgánica en el resto de las materias en ella contempladas, a que los Estatutos de Autonomía no se hayan irrogado la posibilidad de regular esas mismas materias y que exista una ley autonómica expedida en desarrollo de esa competencia, caso en el cual se aplicará con preferencia en las comunidades que así lo hayan hecho, la ley autonómica. Al respecto el Tribunal manifestó: «La opción del legislador orgánico de deferir a la Ley, positivamente condicionada por sus normas, la integración de algunos de sus enunciados, deviene imperativo constitucional cuando de articular las competencias estatales con las autonómicas se trata [...] En tal caso, una parte de esa normación habrá de tener carácter meramente supletorio respecto de las Comunidades Autónomas que, al amparo de lo prevenido en el artículo 149.1.30 de la Constitución, hayan recabado para sí las competencias que, a contrario, ese precepto permiten que sean asumidas en los Estatutos (artículo 149.3)» (F.J. 3). De este modo queda claro, de los argumentos empleados por el Tribunal, que

el texto de una ley orgánica podrá ser modificado por su contenido en aquella parte de la normativa que no sea considerada normativa básica.

Es en estos términos donde se encuentra la posibilidad de regular los derechos fundamentales entre Estado y Comunidades Autónomas.

Siendo este el estado de la cuestión en el ordenamiento español, creo oportuno manifestar mi acuerdo con las tesis expuestas por el Tribunal Constitucional en las últimas sentencias estudiadas. Estas siguen una línea argumentativa consistente, y mantienen una posición que en mi parecer debe ser continuada: el potenciar la órbita competencial dada a las Comunidades Autónomas —obviamente, siempre dentro de los límites dados por el constituyente y en general por el ordenamiento jurídico—. Consideramos este punto de vista completamente de acuerdo con la forma de Estado adoptada por el constituyente en 1978; y además somos de la opinión que las autoridades autonómicas muchas veces se encuentran más cerca de los ciudadanos y a su vez éstos se ven más identificados con ellas que con las autoridades estatales, razón por la cual es positivo que la regulación de un tema tan importante como las libertades y derechos de los ciudadanos españoles sea realizada por estos organismos —obviamente partiendo de una homogeneidad en las condiciones básicas en toda la nación—.

Estudiaremos a continuación el caso colombiano, en el cual podremos encontrar que algunos de los puntos del tema que nos ocupa guardan cierta similitud con el caso español, siéndonos útiles éstos últimos para plantear posibles soluciones a problemas surgidos de la Constitución de 1991, así como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

#### 4. RESERVA DE LEY Y DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO COLOMBIANO

En el sistema jurídico colombiano encontramos un panorama que difiere en gran medida del sistema español que acabamos de estudiar. Sin embargo, existen algunos puntos comunes sobre los cuales nos ocuparemos a medida que desarrollemos el estudio del tema en el ordenamiento colombiano. Hay que anotar que, lejos de pretender realizar un estudio integral sobre la forma en que el constituyente ha previsto que se lleve a cabo el desarrollo de los distintos derechos fundamentales, intentaré presentar el esquema jurídico ideado para su protección, detallando algunos puntos de interés, sobre los que considero vale la pena realizar algunas reflexiones.

##### *La reserva de ley en la Constitución de 1991*

La reserva de ley, al igual que en España, fue prevista por el constituyente colombiano con el objetivo de brindar una garantía adicional a la regulación normativa que sobre ciertos temas se hiciera.

La reserva de ley, como antes se anotó, fue un instituto creado para condicionar que el proceso de elaboración de las disposiciones que regularan ciertos temas especialmente importantes para la sociedad, fuera desarrollado por el órgano de representación popular, oponiéndose así a que fuera el monarca el encargado exclusivo de esta tarea. Se trataba de una limitación a un poder que no emanaba del pueblo, y que por consiguiente carecía de un fundamento democrático. Actualmente la reser-

va de ley tiene una connotación muy distinta de aquella que sirvió como sustento en sus orígenes, pero que sin embargo la mantiene con plena actualidad en los sistemas jurídicos contemporáneos.

Dentro de un Estado democrático y presidencialista, como el colombiano, e incluso, aunque en menor medida, también dentro de un Estado parlamentario, actualmente no cabría hablar de la reserva de ley como una consecuencia de la falta de legitimación democrática del gobierno. En el primer caso el presidente cuenta con la misma legitimación que el órgano legislativo, en virtud de que es elegido por sufragio universal, en igual forma que lo son los congresistas o parlamentarios. Y en el segundo, el presidente es elegido por los representantes del pueblo, de modo que éste cuenta con una legitimidad derivada. Así, en un Estado como el actual —ya se trate de un Estado con forma de gobierno presidencialista o parlamentaria—, sería equivocado pretender encontrar el fundamento de la reserva de ley en una supuesta legitimación especial de los miembros del órgano legislativo con respecto al jefe de gobierno.

Sin embargo, la reserva de ley tiene absoluta vigencia dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos, y esto se debe única y exclusivamente al procedimiento con el que son elaboradas las leyes por el órgano legislativo, es decir, al procedimiento legislativo.

El procedimiento legislativo es la razón para que la ley ocupe actualmente un lugar privilegiado dentro de la jerarquía normativa, debido a que en desarrollo del procedimiento legislativo encuentran su concreción principios básicos del ordenamiento jurídico de un Estado como el colombiano, como son el pluralismo político, la publicidad, la toma de decisiones por la

mayoría, etc., o lo que algunos autores denominan principio democrático<sup>53</sup>. Siendo esta la única razón que actualmente puede encontrarse como sustento de la reserva de ley, encuentro contradictorio que el constituyente de 1991 haya previsto que algunas de las reservas de ley que consagra la Constitución puedan ser satisfechas mediante la regulación de estas materias por parte de decretos leyes<sup>54</sup>. Se establece así una reserva de ley en virtud del rango de la disposición, y no del órgano encargado de su elaboración o del procedimiento previsto para su creación, lo que tiende a desdibujar la figura dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Afortunadamente no es este el caso de los derechos fundamentales, los cuales en virtud del artículo 152 a) CP deberán ser regulados por medio de ley estatutaria, reserva que por prohibición expresa del 150.10. CP, no puede ser cubierta por parte del gobierno mediante la creación de disposiciones con rango de ley expedidas en razón de una ley de facultades extraordinarias.

Es claro que el constituyente ha querido que los aspectos primordiales del tema de los derechos fundamentales sean regulados por un cuerpo normativo en cuya elaboración hayan tenido oportunidad de participar las distintas fuerzas políticas que han alcanzado representación en el órgano legislativo, dando por consiguiente un mayor contenido democrático a la regulación de una materia tan importante como ésta.

A partir de esta consagración el problema que surge al intérprete es determinar el alcance que el constituyente quiso darle al término “regulación”, pues con base en la conclusión que sobre este punto se alcance, podrá establecerse el ámbito que corresponde a otras fuentes normativas

distintas a la ley estatutaria en cuanto a derechos fundamentales se refiere. La claridad sobre este punto es esencial en un sistema jurídico como el colombiano, en donde la pluralidad de tipos de ley hace inevitable que disposiciones diferentes a la ley estatutaria, al tratar un determinado tema, regulen a su vez elementos pertenecientes a algún derecho fundamental.

El deseo del constituyente, plasmado claramente en el informe ponencia sobre las materias que debían ser contempladas dentro de la reserva de ley estatutaria, no deja lugar a dudas, cuando al tratar el tema de los derechos fundamentales se consagró: «... Se pensó, entonces, que una ley estatutaria podría proporcionar la estructura legal adecuada para regular materias atinentes a los derechos fundamentales [...] Añádase que un mandamiento de esa naturaleza tiene la virtud de liberar al texto constitucional de la regulación detallada».

Prosiguen en otro aparte del informe: «Ahora bien, tratándose de los derechos fundamentales que se adopten en la Carta su alcance será desarrollarlos y complementarlos. Tarea en la cual la ley estatutaria está llamada a cumplir una labor adicional como es la de vincular estrechamente al Congreso con la efectiva promoción y protección de los derechos de las personas de una forma integral...»<sup>55</sup>.

Creemos necesario hacer una precisión sobre el carácter de norma complementadora de los derechos fundamentales que es otorgado a la ley estatutaria. Consideramos que a partir de esta expresión debe entenderse que las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales, por medio de la protección del ejercicio y el establecimiento de las limitaciones que otros derechos fundamentales o incluso que algunos bienes constitucionales hagan necesarias, concretan y configuran el derecho fundamental como tal para

el mundo jurídico. Un derecho consagrado en términos más generales y, si cabe, más abstractos por el constituyente. No estamos de acuerdo, por las razones que entraremos a explicar, con que la labor complementadora que el constituyente quiso asignar a la ley estatutaria mediante la reserva del artículo 152 a) CP, sea para que el legislador termine de definir, es decir, de determinar los elementos esenciales de los derechos fundamentales consagrados en la Carta.

#### *Ambito competencial reservado a la ley estatutaria*

El espacio asignado a la ley estatutaria por parte del constituyente ha tratado de ser definido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, unas veces, como es apenas lógico, con mayor acierto que otras. Debido a que el estudio de todas las opiniones dadas al respecto excede el alcance de este artículo, y muy seguramente la capacidad del autor del mismo, nos centraremos en el análisis de la jurisprudencia que hasta el momento se ha proferido sobre este tema, haciendo algunas anotaciones que consideramos pertinentes al respecto.

Desde las primeras oportunidades, y hasta el momento, la Corte Constitucional ha mantenido una postura uniforme con respecto al ámbito competencial que debe ser otorgado a la ley estatutaria. Tuvimos oportunidad de conocer las líneas principales del mismo en un pronunciamiento que solucionaba una controversia sobre el derecho fundamental al trabajo. En aquella ocasión la Corte hizo suyas las líneas del informe ponencia que fue presentado en la Asamblea Constituyente con ocasión del debate del texto que finalmente se convertiría en el artículo 152 a), y cuyo aparte

más importante hemos transcrito anteriormente: «... las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos»<sup>56</sup>.

La Corte también estableció que no podía interpretarse el mandato constitucional como una atribución a la ley estatutaria para desarrollar una regulación exhaustiva de cada uno de los derechos fundamentales, lo cual es perfectamente acorde con lo manifestado anteriormente. Sin embargo, adicionalmente manifiesta una idea que se plasmará con mucha más fuerza en futuros pronunciamientos de esta corporación: el ámbito restringido que debe reconocerse a la ley estatutaria en materia de derechos fundamentales<sup>57</sup>.

La idea de determinar un ámbito reducido a la ley estatutaria en lo concerniente a derechos fundamentales no es común a todas las materias reservadas a ley estatutaria<sup>58</sup>, ya que de acuerdo con la Corte Constitucional, en la regulación de los derechos fundamentales se presentan circunstancias especiales que ameritan este tratamiento. Básicamente el argumento utilizado por la Corte encuentra sustento en la permeabilidad de los derechos fundamentales a la inmensa mayoría de áreas dentro del ordenamiento jurídico. Así, intentar una regulación detallada de los derechos fundamentales por parte de la ley estatutaria resultaría no sólo dispendioso para el órgano legislativo, sino que tendría como consecuencia la reducción excesiva del ámbito material del legislador ordinario. En una hipotética situación como esta nos encontraríamos ante la contradicción de que lo excepcional –regulación por medio de ley estatutaria– se habría convertido en lo normal<sup>59</sup>.

Hasta este punto se puede estar de acuerdo con la línea jurisprudencial seguida por nuestro máximo juez de lo constitucional.

Sin embargo, a partir de aquí surge el problema más difícil de resolver: ¿Cuál es ese ámbito restringido que es reservado a la ley estatutaria en cuanto a derechos fundamentales se refiere?

Es en este punto en el que el razonamiento de la Corte tiende a oscurecerse, pues para la delimitación de la materia reservada utiliza una figura a la cual nos hemos referido inicialmente: el contenido esencial. Aunque no la llama exactamente así, resulta obvia la asimilación que se hace de la misma, al denominarla “núcleo esencial” de los derechos fundamentales<sup>60</sup>. Para la Corte este núcleo esencial de los derechos fundamentales sería el espacio en el que la ley estatutaria estaría llamada a realizar su labor reguladora, lo que nos muestra una gran diferencia con respecto al manejo dado a esta figura en el sistema español, y en general en los sistemas europeos en donde surgió: allí el contenido esencial tiene una función limitadora de la regulación que se haga del ejercicio de los derechos fundamentales por parte del legislador.

Se podría decir que esta diferencia se presenta porque en el caso español la regulación sobre los derechos fundamentales está asignada al legislador ordinario, mientras que su desarrollo es reservado a la ley orgánica –artículo 81.1 CE–. Sin embargo, el límite del contenido esencial también existe para el legislador orgánico, pues éste se encuentra consagrado en una disposición de tipo general, como es el artículo 53.1 CE, lo que la hace aplicable también a la reserva de ley orgánica. De modo que siempre que el legislador quiera entrar a desarrollar o regular el ejercicio de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, deberá tener presente que no puede desconocer el contenido esencial de ninguno de los derechos fundamentales.

Otra posible hipótesis sobre el significado del “núcleo esencial” de que habla la Corte podría deducirse de uno de sus primeros pronunciamientos, exactamente el C-013 de 1993, en el cual adjudicó a la ley estatutaria –tomando las palabras de la ponencia presentada en la Asamblea Constituyente– un carácter “complementador” de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. De modo que el legislador al crear una ley estatutaria que se encargara de regular el núcleo esencial de un derecho fundamental, estaría complementando el derecho establecido por el constituyente.

No consideramos muy afortunada la idea que se deriva de la sentencia anteriormente citada, en donde se otorga un papel de norma complementadora de los derechos fundamentales a la ley estatutaria. Si entendemos esta labor como la misión de concluir la definición de un derecho fundamental o agregar en su desarrollo elementos nuevos que no se derivan del enunciado constitucional, aunque igualmente esenciales, no sólo se estaría excediendo el alcance de la expresión “regular”, que fue la que finalmente se plasmó en la Constitución. Sino que además, este entendimiento tendría un efecto perjudicial para el ordenamiento jurídico, cual es, el desplazar el ámbito legal de la ley estatutaria al ámbito constitucional, es decir, a un campo que siempre ha correspondido al constituyente, cual es el de definir los derechos fundamentales.

Sin embargo es otro el principal problema que encontramos en la teoría de la Corte Constitucional, y que coincide con el reseñado cuando nos ocupamos del caso español: la indeterminabilidad del núcleo esencial de los derechos fundamentales y, por consiguiente –para el caso colombiano–, la poca claridad existente en lo refe-

rente a la frontera que separa el ámbito reservado a la ley estatutaria del espacio constitucional por una parte, y por otra, del espacio correspondiente al legislador ordinario.

La escasa claridad que existe sobre el concepto de núcleo esencial es tan patente, que incluso entre sus miembros se han presentado discrepancias en el sentido que tiene la misma figura dentro del ordenamiento jurídico. No apuntamos aquí los distintos pareceres que son el resultado obvio de la interpretación jurídica. Nos referimos a diferencias estructurales en el sentido que debe tener el núcleo esencial de un derecho fundamental como determinante del espacio de la ley estatutaria.

La Corte ha utilizado este término en distintas sentencias, no siempre con un mismo sentido, lo que tiende a aumentar la confusión de quien pretenda determinar exactamente el papel que corresponde a la ley estatutaria en la regulación de los derechos fundamentales. En su sentencia C-313 de 1994 la Corte consagra: «Obsérvese, finalmente, que la ley estatutaria se refiere, en cada caso, a un derecho determinado y *su fin es desarrollar su ámbito a partir de su núcleo esencial definido en la Constitución*» (itálica del autor). En otro pronunciamiento –sentencia C-373 de 1995– la Corte se expresa en los siguientes términos: «La Corte Constitucional en forma unánime y reiterada ha venido haciendo una interpretación restrictiva en relación con los asuntos atinentes a los derechos fundamentales que deben ser regulados mediante ley estatutaria, llegando a la conclusión de *que en ella deberán incluirse únicamente aquellos aspectos que se relacionan con el ámbito intangible del derecho fundamental respectivo, esto es, su núcleo esencial*» (itálica del autor). Un último ejemplo nos lo brinda la sentencia

C-381 de 1995, en la que la Corte utiliza otros términos para referirse al espacio de la ley estatutaria: «La Corte juzga que, de acuerdo con las consideraciones expuestas, el contenido del numeral tercero del artículo 43 de la ley 136 de 1994 *–al no regular el núcleo esencial del derecho fundamental a elegir y ser elegido–*, no corresponde exactamente a lo que debe ser el objeto de una ley estatutaria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 153, literal a) de la Carta Política». (Itálica del autor). Otras sentencias en donde encontramos el mismo razonamiento son: C-13/93, C-088/94, C-311/94, C-408/94 y C-425/94.

De estos pronunciamientos es fácil extraer la idea de que el núcleo esencial *–sea lo que sea–*, es el espacio en el que puede operar la ley estatutaria.

En contradicción con esta posición, el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz en el salvamento de voto a la sentencia C-373 de 1995 presenta un significado diametralmente opuesto de lo que debe entenderse como núcleo esencial de los derechos fundamentales, dejando ver la inexistencia de unidad conceptual sobre el sentido que debe darse a esta figura. Para este magistrado, «[...] la doctrina del núcleo esencial postula la idea de un contenido mínimo irreductible del derecho que, por serlo, se erige en barrera infranqueable frente al legislador. Este “límite de los límites”, permite distinguir, en relación con cada derecho, lo que es obra del constituyente y lo que pertenece al quehacer (*sic*) del legislador histórico que, con la condición de no traspasar el umbral del núcleo esencial, puede actualizarla según la época, tendencias, valores y necesidades de cada momento».

Independientemente de qué posición sea la más acertada, resulta apreciable el riesgo que entraña adoptar una figura jurídica sobre la cual no existe una claridad con-

ceptual medianamente aceptable, que permita evitar este tipo de contradicciones.

De esta situación se deriva a su vez el que consideramos es el principal problema del núcleo esencial de un derecho fundamental: el saber ¿qué es, cómo se determina en cada caso, y en general, cuáles son las pautas que puede seguir el intérprete para identificar los aspectos de cada derecho que se encuentran incluidos en el mismo?

No pretendemos dar respuesta a los distintos interrogantes que se acaban de plantear, básicamente porque creemos que es imposible brindar una solución de este tipo. Buscamos simplemente señalar una inconsistencia, que consideramos grave, en el razonamiento seguido por la Corte sobre el tema.

Estamos de acuerdo en que es utópico pretender establecer un catálogo de instrucciones que nos indique cuál es el núcleo esencial de cada derecho fundamental, y es por esto precisamente que consideramos, no debe utilizarse esta figura *–ni ninguna otra que tenga tantos problemas de determinación–* al tratar de definir algo de trascendental importancia para el derecho constitucional, y en general para el ordenamiento jurídico colombiano, como es el ámbito reservado por el constituyente a la ley estatutaria en cuanto a derechos fundamentales se refiere.

Una solución alternativa puede ser la creación de parámetros jurisprudenciales que ayuden a establecer el ámbito reservado a la ley estatutaria para cada derecho *–labor que ha sido realizada por la Corte durante estos años–*, pero sin acudir a conceptos como el núcleo esencial, los que, contrario a su propósito clarificador, oscurecen la labor del máximo juez de lo constitucional, a la vez que inducen a confusión al legislador y, en general, a todo el

mundo jurídico. Una práctica continuada de este estilo ayudaría a consolidar con el tiempo criterios claros de identificación de las fronteras del ámbito correspondiente a la ley estatutaria, lográndose así un gran avance con respecto a la actual situación, que si bien no es de caos, sí podría catalogarse como de incertidumbre sobre la fuente adecuada para regular diversos aspectos de los derechos fundamentales.

Una regulación de este tipo ha sido realizada en otros temas por parte de la Corte Constitucional, como por ejemplo administración de justicia<sup>61</sup> y funciones electorales<sup>62</sup>, aportando un grado mayor de claridad sobre el tema que el existente en cuanto a derechos fundamentales se refiere. Por esta razón encontramos viable intentar este tipo de delimitación competencial de la ley estatutaria. Aunque posiblemente resulte menos técnico que una figura de alcance general dentro de los derechos fundamentales como el “núcleo esencial”, son evidentes las ventajas prácticas que aportaría un tratamiento de este tipo.

### *Un enfoque restrictivo*

A lo largo del estudio que se ha hecho sobre el ordenamiento constitucional colombiano y de las posibilidades que éste otorga a la ley estatutaria, hemos tenido oportunidad de percibir —consideramos que claramente— la idea central de la argumentación que ha mantenido la Corte Constitucional al respecto: debe hacerse una interpretación restrictiva de la regulación que de los derechos fundamentales puede realizarse por ley estatutaria<sup>63</sup>. Esta interpretación restrictiva busca evitar una situación totalmente contraproducente para nuestro ordenamiento jurídico, y que sin dudas se presentaría de no limitarse el alcance del término “regular” plasmado

en el artículo 152 CP: la pérdida del ámbito competencial del legislador ordinario para la regulación de los derechos fundamentales<sup>64</sup>.

Sin embargo, consideramos que el máximo juez de lo constitucional ha llevado muy lejos el carácter restrictivo que debe tener la ley estatutaria en derechos fundamentales, y ha terminado minimizando de una manera extrema la posibilidad de acción de una norma tan importante como la estudiada, y que además fue pensada claramente por el constituyente del 91 como la herramienta con la cual se debe establecer la estructura normativa principal de este tipo de derechos.

Por esta razón, proponemos un entendimiento más amplio del término “regular” empleado por el constituyente en el artículo 152 a), basando nuestra opinión en dos argumentos principales: el significado que dentro del ordenamiento tiene la palabra “regular”, y las posibilidades existentes en el sistema de fuentes colombiano.

Entraremos a explicar en conjunto estos dos argumentos.

En el ordenamiento colombiano se establece una reserva general para la regulación de los derechos fundamentales en el artículo 152 a) CP, y algunas remisiones específicas que se hacen en algunos de los derechos consagrados en la misma Constitución. En el caso de la remisión general, el constituyente estableció una reserva de órgano, pues es necesario que la regulación se haga por el Congreso, único órgano capacitado para elaborar leyes estatutarias. Mientras que en los casos de las otras reservas establecidas en la Constitución, dependerá si el tema reservado se encuentra dentro de la órbita asignada por los distintos intérpretes de la Constitución a la ley estatutaria, o si por el contrario se trata de un tema que excede de dicho ámbito competencial,

situación en la que nos encontraremos ante una reserva de rango, ya que podrá ser satisfecha por la ley del Congreso, o por otra norma que tenga el mismo rango que esta, es decir, un decreto ley proferido por el gobierno.

Siendo este el contexto en que se ha de desarrollar la regulación de los derechos fundamentales, consideramos necesario interpretar ampliamente el término “regular”, y por lo tanto tratar de definir *ad maximum* la competencia de la ley estatutaria con respecto a los derechos fundamentales, obviamente sin perder un solo instante el horizonte trazado por los parámetros constitucionales. Es decir, será necesario reconocer el ámbito que el constituyente quiso dejar libre a la acción del legislador ordinario y, por consiguiente, tener en cuenta el principio general de que las decisiones del legislador son adoptadas por mayoría simple.

Dentro de este marco jurídico, la idea de realizar una interpretación que, acorde con la Constitución, otorgue un amplio marco de regulación a la ley estatutaria tiene sustento en la posibilidad que tendría el legislador de deslegalizar la regulación sobre derechos fundamentales que no se entienda comprendida dentro del ámbito reservado a este tipo de ley. Vale la pena analizar con detenimiento este punto, pues aunque las materias que no estén comprendidas dentro del ámbito competencial de la ley estatutaria corresponderían al legislador ordinario en virtud de la cláusula de competencia general existente a favor de éste, esto también implica la posibilidad de que la regulación sobre estas materias sea encargada al ejecutivo en virtud de una ley de facultades extraordinarias.

El término “regular” dentro del contexto jurídico en que debe ser interpretado, puede entenderse como la acción de crear

las disposiciones normativas necesarias para establecer una estructura jurídica protectora de los derechos fundamentales, la cual puede ser más o menos amplia de acuerdo con la hermeneútica que se haga de dicho término. Significa esto que, dentro del entendimiento amplio que consideramos debe darse a la reserva de ley establecida por la Constitución Política a favor de la ley estatutaria, debe apreciarse la necesidad de que sea por medio de esta norma que se establezcan los aspectos más importantes de la regulación de cada derecho. Dejando sólo los elementos que no tengan un carácter primordial a la ley ordinaria.

El interpretar de esta forma el mandato constitucional contenido en el artículo 152 a) CP es el primer paso para lo que podría denominarse un adecuado desarrollo del tema de los derechos fundamentales. Pero no puede ser el único. También es necesaria –dentro de un Estado como el previsto por el constituyente en el cual deben materializarse los principios como el pluralismo político, la publicidad, contradicción, etc.– una firme voluntad política del órgano legislador, que se plasme en la intención de regular por sí mismo todos los aspectos que involucren la toma de una decisión política en cuanto a derechos fundamentales se refiere. Se dejarían al gobierno únicamente los aspectos o detalles técnicos encaminados a hacer efectiva la estructura normativa creada por el legislador, el cual en razón de los medios con los que cuenta y procedimientos de decisión que emplea, es el indicado para realizar este tipo de labor. De este modo se evitaría la pérdida de sentido de una figura como la reserva de ley, y en especial de la reserva de ley de los derechos fundamentales, la cual, como vimos anteriormente, adquiere su razón de ser, y por ende su importancia, en el procedimiento de elaboración de la ley por parte

del Congreso de la República, y no simplemente en el rango de la misma.

Desarrollando las ideas esbozadas a lo largo del artículo, no se solucionarán todos los problemas que entraña el artículo 152 a) de nuestra Constitución, pero lograría avanzarse un poco en el camino por conseguir delimitar el espacio que corresponde a cada fuente del derecho en la regulación de los derechos fundamentales y, sobre todo, se aportaría una mayor claridad al tema al que hemos dedicado estas páginas.

ALFONSO PALACIOS TORRES

Abogado, Universidad Externado de Colombia.  
Doctorando en Derecho Público y Filosofía Jurídica  
Universidad Autónoma de Madrid

1. En palabras del propio Locke: «Pero aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenía en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor [...] Y por eso, el poder de la sociedad o legislatura constituida por ellos, no puede suponerse que vaya más allá de lo que pide el bien común, sino que ha de obligarse a asegurar la propiedad de cada uno, protegiéndolos a todos contra aquellas tres deficiencias que mencionábamos más arriba y que hacían del estado de naturaleza una situación injusta y difícil». JOHN LOCKE. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza Editores, 1990.

2. ANGEL GARRORENA MORALES. “Reserva de Ley (Derecho Constitucional)”. voz de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV. Madrid: Civitas, 1995, p. 5860.

3. Esta idea de organización estatal germana puede apreciarse desde comienzos del siglo XIX, cuando se exigía la participación de las Asambleas Parlamentarias en las decisiones que debieran tomarse sobre la libertad y propiedad de los súbditos. Incluso, encontramos constituciones como la bávara del año 1808, la de Hannover de 1819 e igualmente en la de Wittemberg, que consagran expresamente este principio decisorio al interior del Estado. La par-

ticipación de las Asambleas se podía consagrar incluso algunas veces de manera general, como en el caso de la Constitución de Sajonia, cuyo artículo 86 consagra «Ninguna ley puede ser promulgada, modificada o auténticamente interpretada sin el acuerdo de las Asambleas». Este fue el carácter asignado a la reserva de ley, hasta la primera mitad del siglo XIX.

En una segunda etapa iniciada con las constituciones de Prusia en 1850 y Alemania en 1871, la organización constitucional del Estado alemán, dejó de basarse en el principio monárquico, pero se mantuvo sin embargo la figura del monarca. Esto contribuyó a que la idea de reserva de ley continuara con un carácter muy similar al que ostentó durante el período anterior, con la diferencia de que el concepto destinado a la libertad se amplió, y en este momento abarcó a toda norma que tratara el tema de las relaciones interpersonales de los individuos, incluyendo las relaciones de estos con el Estado.

4. En este sistema el Reglamento tenía un ámbito propio, y el Gobierno podía en consecuencia dictar normas, sin habilitación legal alguna, para regular las llamadas situaciones o relaciones especiales de dominación, sustraídas al poder del legislador. La única condición que podía exigirse a los reglamentos gubernamentales era la de que no estuviesen en contradicción con las leyes. En este sentido FRANCISCO RUBIO LLORENTE. “La ley como garantía de los derechos de los ciudadanos”. En: *La Forma del Poder, Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 336.

5. RICARDO GARCÍA MACHO. *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*. Barcelona: Ariel, 1988, p. 78.

6. CARRÉ DE MALBERG realiza un estudio sobre el concepto de ley que se deduce de la Constitución francesa de 1875. De su análisis extrae tres conclusiones —que él llama consecuencias— principales: la imposibilidad de aceptar la teoría de ley material y ley formal de Léon Duguit; la imposibilidad de delegación de la potestad legislativa; y la posibilidad de habilitación por parte del Parlamento al ejecutivo para que regule ciertos temas, sin embargo, nunca los derechos de los ciudadanos. RAYMOND CARRÉ DE MALBERG. *La Loi, expression de la volonté générale*. Paris: Economica, 1984, pp. 52 a 100.

7. En este sentido RUBIO LLORENTE. *Op. cit.*, p. 337.

8. IGNACIO DE OTTO. *Derecho Constitucional. I Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987.

9. Los profesores EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ sostienen esta posición en su obra *Curso de Derecho Administrativo*, T. I. Madrid: Civitas, 1981.

10. El texto del artículo 103.1. es el siguiente: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

11. El texto del artículo 106.1 reza lo siguiente: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que lo justifican».

12. FRANCISCO RUBIO LLORENTE. “Principio de Legalidad”. En: *La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 307 y 308.

13. *Ibid.*, p. 308.

14. El fundamento jurídico para hablar de principio democrático en el ordenamiento español se encuentra a lo largo de todo el texto constitucional, y muy especialmente en el artículo 1.1 CE. El mencionado artículo consagra que el Estado español será un Estado Social y Democrático de Derecho. El precepto constitucional que consagra al Estado español como un Estado democrático tiene una profunda significación en el sistema jurídico constitucional español, pues como expresa el profesor ARAGÓN, «la inclusión de la democracia en el contenido de la Constitución obliga a dotar al término democracia de un significado jurídico». MANUEL ARAGÓN REYES. “La eficacia jurídica del principio democrático”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 24 (1988), p. 27. El análisis del profesor Aragón lo lleva a concluir que la democracia, tanto por la consagración hecha en el artículo 1.1 CE, como por el contenido general que se desprende del texto constitucional, tiene el carácter de principio jurídico dentro del ordenamiento español –*Op. cit.*, p. 28–, conclusión con la que nos encontramos en pleno acuerdo. Una conclusión en el mismo sentido es la propuesta por Ignacio de Otto, quien manifestó: «El principio democrático es, por otra parte, fundamento y justificación de los rasgos básicos de la posición de la ley en el ordenamiento jurídico español». IGNACIO DE OTTO, *Op. cit.*, p. 143.

15. El texto del artículo 53.1 CE se encuentra redactado de la siguiente forma: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 16, 1, a)».

16. El texto del artículo 81.1 consagra: «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».

17. FERNANDO SANTOLALLA. “En torno a las leyes orgánicas: comentario a la sentencia 25/1984”. *Revista de Administración Pública* Nº 104 (1984), pp. 336 ss.

18. ANTONIO E. PÉREZ LUÑO. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 68.

19. JAVIER JINÉNEZ CAMPO. “El concepto de derechos fundamentales que deriva del artículo 53 C.E.”. En: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. V. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, p. 460.

20. STC 11/1981.

21. JIMÉNEZ CAMPO. *Op. cit.*, p. 476.

22. Los numerales 2º y 3º del artículo 18 constitucional establecen: «2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones, y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

23. IGNACIO DE OTTO Y PARDO Y LORENZO MARTÍN-RETORTILLO. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988, pp. 151 ss.

24. De acuerdo con esta concepción cada uno de los derechos tienen un espacio perfectamente delimitado por la Constitución. Es decir, el constituyente español al momento de la consagración de los derechos contenidos en el Título I Capítulo II, 1ª Sección habría creado un “rompecabezas”, en donde cada uno de los derechos fundamentales tiene plenamente definidas sus posibilidades de expansión, encajando en perfecta armonía, junto con los demás derechos, dentro del ordenamiento jurídico. La labor del legislador, como se deduce fácilmente, no consistirá en establecer mediante una labor delimitadora el alcance de cada uno de los derechos –pues esto ya la ha realizado el constituyente–. Simplemente deberá establecer el desarrollo del mismo, y consagrar las reglas y los límites necesarios para el ejercicio de un derecho determinado.

25. JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales”. *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, Nº 71 (enero-marzo, 1991), p. 103.

26. LUIS PRIETO SANCHÍS. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, p. 172.

27. STC 83/1984.

28. La posibilidad de crear leyes orgánicas recae exclusivamente sobre las Cortes Generales, es decir, el cuerpo legislador nacional. De modo que sólo los aspectos que no se encuentren incluidos dentro del ámbito reservado a la ley orgánica, podrán, en principio, ser regulados por el legislador autonómico. Sin embargo el problema no se agota en este punto, ya que luego será necesario aclarar cuáles aspectos pueden ser asumidos por las Asambleas Autonómicas, y cuáles deben ser regulados por las Cortes Generales, tema que trataremos más adelante.

29. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, T. I. Madrid: Civitas, 1883, p. 155.

30. STC 76/1983 (F.J. 51).

31. IGNACIO DE OTTO. “Los derechos fundamentales y las potestades normativas de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 10, vol. II (1984), p. 65.

32. La consagración en la Ley Fundamental de Bonn difiere de la española, pues el artículo 19.2 no contiene una habilitación al legislador para regular en ámbito de las libertades ciudadanas, sino que únicamente consagra un límite específico que opera cuando el legislador actúa limitando un derecho en virtud de una habilitación otorgada por otro título; en cambio en el ordenamiento español reconoce una reserva genérica a favor de la ley para regular los derechos fundamentales, la cual está sometida al límite del derecho fundamental. Sobre el tema ver IGNACIO DE OTTO “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1, de la Constitución” en IGNACIO DE OTTO Y LORENZO MARTIN-RETORTILLO. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988, pp 103 ss.

33. STC 11/1981

34. STC 37/1981 (fundamento jurídico Nº 2).

35. STC 101/1991 (fundamento jurídico Nº 2).

36. JIMÉNEZ CAMPO. *Op. cit.*, p. 481.

37. En un sentido similar se expresa en profesor Prieto Sanchís: «Ahora bien, creo que el verdadero problema que presenta la cláusula del contenido esencial es que no se trata de un concepto indeterminado, sino más bien de un concepto impredecible, en el sentido de que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo que de esencial tiene un derecho fun-

damental, y en estas condiciones resulta que sólo en el momento del concreto enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional podrá éste determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión». LUIS PRIETO SANCHÍS. “Derechos y Libertades”. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III, 2000, p. 439.

38. JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR. “Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1 1ª de la Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 1, 1981, pp. 133-158.

39. *Ibid.*, p. 147.

40. El texto de la citada norma es el siguiente: «Artículo 149.1: El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

41. IGNACIO DE OTTO. “Los derechos fundamentales y las potestades normativas de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 10, vol. II (1984), p. 58.

42. MERCÉ BARCELÓ. *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 73 y 74.

43. OTTO. “*Los derechos fundamentales y las potestades normativas de las Comunidades Autónomas...*”, *Cit.*, p. 58.

44. BARCELÓ. *Op. cit.*, p. 75.

45. Lo que en mi concepto se deduce de este aparte de la sentencia del Tribunal, es que –como en efecto manifiesta Mercé Barceló– no puede exigirse un tratamiento totalmente uniforme para todos españoles en todo el territorio del Estado pues, como bien anota, sería contrario con el principio de autonomía; pero discrepo en deducir del aparte de la sentencia antes transcrito que el artículo 139.1 deba entenderse como igualdad de los españoles que se encuentran sometidos a un mismo ordenamiento jurídico autonómico.

46. JUAN PEMÁN GAVÍN. *Igualdad de los ciudadanos y autonomías locales*. Madrid: Civitas, 1992, p. 138.

47. STC 146/1986 (F.J.4).

48. BARCELÓ. *Op. cit.* p. 80.

49. STC 37/81 F.J. 2.

50. BARCELÓ. *Op. cit.*, pp. 91 ss., y PEMÁN GAVÍN. *Op. cit.*, pp. 207 ss.

51. DE OTTO. “Los derechos fundamentales y las potestades normativas de las Comunidades Autónomas...”, *Cit.*, p. 67.

52. STC 5/1981.

53. En este sentido se han manifestado en la doctrina española PALOMA BIGLINO. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 58 ss.; DE OTTO. *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*. *Cit.*, pp. 143 y ss.; y MANUEL ARAGÓN REYES. *Constitución y Democracia*. Madrid: Tecnos, 1989, pp. 110 ss.

En Colombia esta posición es seguida por HUMBERTO SIERRA. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 179.

54. Es importante aclarar que esta observación no aplica a los Estados de excepción previstos por la Constitución, situación en que el ejecutivo se encuentra legitimado para expedir disposiciones con fuerza de ley.

55. *Gaceta Constitucional* N° 79, miércoles 22 de mayo de 1991, p. 13.

56. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-013 de 1993.

57. Lo manifiesta así en su jurisprudencia C-313 de 1994, en donde consagró: «Empero, cabe destacar que el contenido material de la ley estatutaria debe ser delimitado y que esta necesidad adquiere particular importancia tratándose de los derechos fundamentales, porque difícilmente pueden detectarse en todo el ordenamiento jurídico sectores que no acusen la influencia de estos derechos o que no correspondan, de algún modo, a un desarrollo, concreción o manifestación de ellos». Consagrando más adelante: «Se impone, entonces, en cuanto toca con los derechos fundamentales, una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria», enunciado que completa la idea anteriormente reseñada.

Repite esta misma idea entre otras en la sentencia C-373 de 1995, oportunidad en la que consagró en el fundamento jurídico séptimo: «La Corte Constitucional en forma unánime y reiterada ha venido haciendo una interpretación restrictiva en relación con los asuntos atinentes a los derechos fundamentales que deben ser regulados mediante ley estatutaria [...]».

58. Otras materias reservadas por el constituyente a ley estatutaria no han sido controladas bajo esta misma óptica por parte de la Corte Constitucional, dándose la oportunidad a que la regulación que en

esos otros temas se haga sea más detallada, y por consiguiente más amplia, que la autorizada al legislador estatutario para los derechos fundamentales. Este tipo de distinción se encuentra claramente en la sentencia de 1994 145, uno de cuyos apartes –F.J. 3– establece: «Pero, como se ha mostrado anteriormente, las funciones electorales desbordan el marco del ejercicio de los derechos de participación. Esto significa que si bien en materia de derechos fundamentales se impone una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria –por cuanto una interpretación diversa vaciaría de contenido la actividad del legislador ordinario–, en materia electoral la situación es diversa. En este caso la regulación de la ley estatutaria debe ser mucho más exhaustiva [...]».

59. Una idea similar es desarrollada en la sentencia C-226 de 1994, en donde ejerció como ponente Alejandro Martínez Caballero.

60. Se profundizará sobre las distintas referencias que la Corte ha realizado del núcleo esencial cuando se trate el tema de la definición del mismo.

61. En la sentencia C-055 de 1995 –F.J. 9–, la Corte definió de la siguiente forma el ámbito de la regulación estatutaria en esta materia. «[...] considera la Corte que debe darse un sentido restrictivo a la reserva estatutaria en el campo de la administración de justicia, por lo cual ella se refiere a los elementos estructurales esenciales de la función pública de justicia, esto es, a la determinación de los principios que informan la administración de justicia, así como los órganos encargados de ejercerla y sus competencias generales».

62. Sobre ámbito de la ley estatutaria en cuanto a funciones electorales la Corte fijó su posición por medio de la sentencia C-145 de 1994 –F.J. 3–, uno de cuyos apartes transcribimos a continuación: «Por consiguiente, conforme a los anteriores argumentos, concluye la Corte Constitucional que a diferencia de lo que ocurre con los derechos fundamentales, en el caso de las funciones electorales, la ley estatutaria debe regular no sólo los elementos esenciales de las mismas sino todos aquellos aspectos permanentes para el ejercicio adecuado de tales funciones por los ciudadanos, lo cual incluye asuntos que podrían en apariencia ser considerados potestades menores o aspectos puramente técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral, como la fijación de las fechas de elecciones, el establecimiento de los términos de cierre de las inscripciones de candidatos o registro de votantes, la organización de las tarjetas electorales o de los sistemas de escrutinio, etc. Por su propia natu-

raleza, la ley estatutaria de funciones electorales es entonces de contenido detallado».

Este parecer fue ratificado posteriormente por la sentencia C-373 de 1995 –F.J. 7–.

63. Esta idea repetida en varias ocasiones a lo largo de su jurisprudencia, es plasmada con toda claridad en la sentencia 373 de 1995 en los siguientes términos: «La Corte Constitucional en forma unánime y reiterada ha venido haciendo una interpretación restrictiva en relación con los asuntos atinentes a los derechos fundamentales que deben ser regulados mediante ley estatutaria [...]».

64. Argumento repetido una y otra vez por esta

corporación, como en la sentencia C-226 de 1994 de la sala plena, ocasión en la que se consagró: «Sin embargo, en relación con los derechos fundamentales, el mandato constitucional del artículo 152 constitucional no es absoluto, pues no sólo las leyes estatutarias pueden regular derechos fundamentales. En efecto, la competencia legislativa ordinaria está directamente habilitada por la Carta para regular derechos fundamentales y si no se presentara tal evento, la mencionada competencia ordinaria se transformaría en exceptiva, ya que directa o indirectamente gran parte de las leyes tocan algún o algunos derechos fundamentales».

