

# LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

POR

MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO

Doctora Europea en Derecho  
Profesora de Derecho Procesal  
UNED

La eficacia procesal de las medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales, tales como la intervención de las comunicaciones (art. 18.3 CE) o la entrada y registro domiciliario (art. 18.2 CE), entre otras, en el proceso penal, en la vía administrativa previa, así como en el proceso civil, ha de someterse al más estricto cumplimiento, por parte de los poderes públicos, de las exigencias constitucionales que dicha calificación conlleva. Por este motivo, resulta de utilidad el estudio de la figura de la «Restricción de los Derechos Fundamentales». En otro lugar, me he ocupado de formular el concepto y su fundamento constitucional<sup>1</sup>. Abordaré en este trabajo la naturaleza jurídica de dicha institución desde dos puntos de vista: de un lado, consideraremos dicha figura como un supuesto de «límite de límites» y, de otro, utilizaremos el mencionado instrumento para delimitar con la mayor aproximación posible el contenido esencial de los derechos fundamentales. Finalmente, se desarrollan los presupuestos y requisitos que han de cumplir tales restricciones o limitaciones.

---

<sup>1</sup> Vide, CABEZUDO BAJO, «La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal» Madrid, 2005, pp. 29 y 35.

## I. NATURALEZA

En virtud de la definición de la «Restricción de los Derechos Fundamentales»<sup>2</sup> como «aquellas intromisiones vulneradoras *prima facie* del ámbito de protección de los derechos fundamentales, lo que implica que conforman el supuesto de hecho del derecho fundamental, y que, por este motivo, precisan de justificación conforme al principio de proporcionalidad», podemos derivar su naturaleza jurídica. En este sentido, cabe afirmar que constituye un instrumento para determinar cómo tendrán que actuar los poderes públicos para que sus actos, en principio vulneradores de tales derechos, resulten constitucionalmente legítimos.

Afirmado lo anterior, hemos de considerar la restricción de los derechos fundamentales como un doble mecanismo de control de la constitucionalidad de las actuaciones estatales, lesivas de estos derechos, que persigue dos funciones complementarias. En primer lugar, una finalidad principal y positiva, que permite calificarlo como un «límite de límites»<sup>3</sup>, cuyo equivalente en el ordenamiento alemán es «*Schranken-schranken*»<sup>4</sup>. A este respecto, con el objeto de garantizar la conformidad constitucional de tales medidas, se han establecido algunos instrumentos jurídicos<sup>5</sup>, tales como la reserva de ley orgánica, la garantía del contenido esencial, la motivación de la limitación del derecho, el cumplimiento del principio de proporcionalidad o el «mayor valor» de los derechos, a los que añadimos la figura jurídica de la «Restricción de los Derechos Fundamentales». En segundo término, y subsidiariamente, una función negativa y fiduciaria de la primera, como es la determinación aproximada del contenido esencial de los derechos fundamentales, de acuerdo con la teoría subjetiva relativa. En consecuencia, podemos afirmar que la restricción de los derechos fundamentales y su contenido esencial constituyen dos mecanismos de pro-

<sup>2</sup> CABEZUDO BAJO, «La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal», op. cit., p. 29.

<sup>3</sup> La expresión «límite de límites» ha sido definida, entre otros, por AGUIAR, «Los límites de los Derechos Fundamentales», RCEC, n° 14, enero-abril 1993, p. 25.

<sup>4</sup> A este respecto, PIEROTH; SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht*, Heidelberg, 1993, p. 72, señala que constituyen «límites de límites», el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, la garantía del contenido esencial (art. 19.2 GG), la prohibición de una ley limitadora especial (art. 19. 1. 1 GG) y la cita del precepto (art. 19.1. 2 GG).

<sup>5</sup> Tales mecanismos han sido tomados de la jurisprudencia del TC por FERNÁNDEZ SEGADO, *La dogmática de los derechos fundamentales*, Lima, 1994, pp. 108-117.

tección de estos derechos que conforman las dos caras de una misma moneda<sup>6</sup>.

### **1. Instrumento de control positivo de constitucionalidad: «un límite de límites»**

En virtud de la figura jurídica de la restricción de los derechos fundamentales cabe efectuar un control positivo de constitucionalidad de las actuaciones estatales que inciden sobre estos derechos, en la medida en que cumplen los dos requisitos que conforman su concepto o, lo que es lo mismo, constituyen actos vulneradores «*prima facie*» del correspondiente derecho fundamental y, además, observan las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad. La razón reside en que, satisfechas ambas condiciones, puede determinarse, de forma aproximada, el conjunto de actuaciones constitucionalmente legítimas, lo que permite afirmar que se trata de un «límite de límites».

En este sentido, la observancia del principio de proporcionalidad, implícitamente proclamado en el correspondiente precepto constitucional, implica el cumplimiento de un presupuesto, cual es que las actuaciones estatales caigan dentro del supuesto de hecho del particular derecho fundamental. Dicha condición tiene lugar cuando se ocasiona una intromisión sobre el ámbito de protección del derecho, lo que conlleva, a su vez, la observancia de dos requisitos: de un lado, ha de incidirse sobre dicha esfera de protección y, de otro, tales actuaciones deben considerarse como intromisiones, lo que, asimismo, exige la violación del ámbito de protección y la existencia de una determinada relación de causalidad entre la actuación y tal efecto vulnerador. En consecuencia, el conjunto de actuaciones calificables como intromisiones sobre el ámbito de protección constituyen, «*prima facie*» violaciones de este derecho.

En efecto, cuando concurren ambas circunstancias, se activa la protección prevista en la correspondiente norma de derecho fundamental mediante la prohibición, en principio, de tales intromisiones y se aplica la

---

<sup>6</sup> A modo de ejemplo, la aplicación del concepto de «Restricción de Derechos Fundamentales» sobre una institución en particular, cual es, la entrada y registro domiciliario, permite determinar el conjunto de actuaciones constitucionalmente legítimas que integran el ámbito de lo definitivamente permitido por el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y posibilita, por exclusión, la delimitación, igualmente aproximada, de su contenido esencial o esfera de lo definitivamente prohibido.

consecuencia jurídica, consistente en que tal actuación se encuentra eventualmente prohibida, por lo que ha de actuar el correspondiente juicio de justificación, en virtud del principio de proporcionalidad. En la medida en que se observa efectivamente el principio de proporcionalidad, se delimita la esfera de lo definitivamente permitido, lo que conforma el conjunto aproximado de actuaciones estatales calificables como medidas restrictivas del correspondiente derecho fundamental o constitucionalmente legítimas.

## 2. Control negativo y subsidiario: el contenido esencial

La figura de la «Restricción de los Derechos Fundamentales» permite efectuar asimismo un control negativo y subsidiario respecto del anteriormente expuesto, que conduce a la determinación del contenido esencial. En efecto, aquellas actuaciones que observan la primera condición del mencionado concepto, esto es, constituyen actos que cumplen el supuesto de hecho del derecho fundamental, y, sin embargo, no cumplen las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, constituyen actuaciones definitivamente prohibidas o contrarias a la Constitución. El conjunto de actos resultante conforma el contenido esencial de cada derecho, en virtud de la teoría subjetiva relativa, que tomamos en cuenta de entre las diversas posturas defendidas por la doctrina alemana y el BVerfG surgidas en torno a la interpretación del concepto de contenido esencial (*Wesensgehalt*) previsto en el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, cuya redacción ha inspirado el art. 53.1 CE.

A este respecto, en relación con la teoría subjetiva, que se contrapone a la objetiva<sup>7</sup>, se ha distinguido entre la teoría subjetiva absoluta y relativa<sup>8</sup>. Mientras la teoría subjetiva absoluta afirma que el núcleo esencial de cada derecho en ningún caso puede ser afectado, de acuerdo con la teoría subjetiva relativa, postulada por ALEXY<sup>9</sup>, el contenido esencial es el resul-

<sup>7</sup> ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1ª reimpr. 1997, p. 290 señala que, conforme a la teoría objetiva, hay posiciones respecto a las cuales no existe ninguna razón superior que las desplace. A su vez, la teoría objetiva distingue entre la absoluta individual y colectiva, tal y como ha manifestado SCHMALZ, *Grundrechte*. Baden-Baden, 3ª Aufl. 1997, pp. 71 y 72.

<sup>8</sup> ALEXY, *Teoría de los* op. cit., pp. 288-291 expone ambas teorías. Asimismo, sobre tal distinción, vide PIEROTH; SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht* op. cit., pp. 76-78.

tado de una ponderación, esto es, los límites que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial, aunque en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental, de manera que la garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad.

En nuestro país, de conformidad con el tenor literal del artículo 53.1 de la Constitución, la garantía del contenido esencial es exigible únicamente al legislador, si bien, de acuerdo con TORRES DEL MORAL<sup>10</sup>, cabe extenderla al conjunto de los poderes públicos, habida cuenta que el conjunto de dichos poderes puede vulnerar derechos fundamentales. En particular, salvo los supuestos de restricciones llevadas a cabo por el legislador, respecto de los que el Tribunal Constitucional<sup>11</sup> ha interpretado la garantía del contenido esencial de forma absoluta, la mayoría de la doctrina<sup>12</sup> defiende una interpretación mixta entre ambas posturas, absoluta y relativa, pues exigen la observancia de ambas garantías, el contenido esencial y el principio de proporcionalidad. Asimismo, el Tribunal Constitucional<sup>13</sup> ha postulado, excepcionalmente, ambas garantías, en caso de restricciones efectuadas por el Poder Judicial. Por el contrario, la teoría subjetiva relativa constituye la tendencia de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, fundamentalmente en las restricciones que efectúa el Poder Judicial, pues considera que las actuaciones estatales lesivas de derechos fundamentales constituyen medidas constitucionalmente legítimas, en la medida en que resulten conformes con el principio de proporcionalidad<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, 5ª ed., 2004, p. 316.

<sup>11</sup> En este sentido, PAREJO, «El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», REDC, septiembre-diciembre 1981, vol 1º, nº 3, pp. 183 y 186, ha señalado que, en la STC de 8 de abril de 1981, el TC, que no pretendía adoptar ninguna de las dos posturas, ha postulado el carácter absoluto del contenido esencial respecto de cada derecho fundamental.

<sup>12</sup> TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho*, op. cit., pp. 316-317. PRIETO SANCHÍS, «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año V, enero-junio 2000, nº 8, pp. 438-439.

<sup>13</sup> A modo de ejemplo, las SSTC 137/1990, de 19 de julio (FJ 6º); 195/2003, de 27 de octubre (FJ 7º).

<sup>14</sup> Entre otras, las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4º); 166/1999, de 27 de septiembre (FJ 5º); 171/1999, de 27 de septiembre (FJ 5º); 236/1999, de 20 de diciembre (FJ

El difícil sostenimiento de la teoría relativa absoluta y, por ello, la elección de la teoría subjetiva relativa para interpretar el contenido esencial obedece a varias razones: en primer lugar, a la relativa imposibilidad derivada de la identificación de criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto el contenido esencial<sup>15</sup> y, en segundo término, a la afirmación sobre el hecho de que no existe razón superior que justifique una intromisión en un derecho fundamental, tal y como ha sido puesto de relieve por ALEXY<sup>16</sup>. En particular, el citado autor afirma, para objetar la teoría absoluta, que, en la medida en que dicha teoría reconoce posiciones respecto a las cuales no existe ninguna razón superior que las desplace, utiliza paradójicamente un argumento propio de la teoría relativa porque lleva a cabo un juicio de ponderación. Asimismo, la impresión de que el núcleo esencial de un derecho puede ser conocido directa o indirectamente, sin ponderaciones o, lo que es lo mismo, de que existen derechos que nunca son desplazados, ni siquiera bajo las circunstancias más extremas, como lo son los derechos absolutos, aun cuando constituya una convicción autovinculante para un individuo que tiene la libertad de sacrificarse en aras de determinados principios, no tiene cabida desde el punto de vista del Derecho Constitucional, donde concurren bienes jurídicos de igual o mayor valor que pueden restringir los derechos fundamentales.

## II. PRESUPUESTOS

Cualquier medida restrictiva o limitativa de derechos fundamentales ha de cumplir dos presupuestos. Conforme al principio de legalidad, toda restricción de derechos fundamentales debe encontrarse legalmente prevista. En virtud del principio de justificación teleológica, las medidas restrictivas de derechos fundamentales tienen que orientarse a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo.

---

<sup>15</sup> PRIETO SANCHÍS, «La limitación de...», op. cit., pp. 438-439.

<sup>16</sup> *Teoría de los* op. cit., pp. 290 y 291, quien señala que «el alcance de la protección «absoluta» depende de las relaciones entre los principios. La impresión de que puede ser conocida directa o intuitivamente, sin ponderaciones, surge de la seguridad de las relaciones entre los principios».

## 1. Formal: el principio de legalidad

El principio de legalidad constituye una garantía del Estado de Derecho, que expresa el principio de supremacía de las leyes, del que se deriva la vinculación positiva a la ley *del* poder ejecutivo y judicial y la reserva de ley para la regulación, entre otras materias, de las medidas restrictivas de derechos fundamentales. Respecto al segundo aspecto señalado, el Tribunal Constitucional<sup>17</sup> ha exigido la regulación legal de todas aquellas medidas estatales que inciden sobre derechos fundamentales por las siguientes razones: en primer lugar, porque asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes y, en segundo término, porque constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, habida cuenta que, en nuestro ordenamiento, los jueces y magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la ley y no existe en puridad la vinculación al precedente. En particular, el principio de legalidad constituye un presupuesto formal de las restricciones de los derechos fundamentales, lo que no obsta para que la ley deba incluir un determinado contenido que se explicará, a continuación, junto con el rango que debe tener la ley, tras justificar su engarce constitucional.

En primer lugar, cabe señalar que el principio de legalidad se proclama implícitamente en nuestra Constitución. Es cierto que nuestra Carta Magna no contiene una cláusula general, en virtud de la cual se habilite expresamente al legislador a limitar derechos fundamentales, semejante al artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>18</sup>, si bien se ha residenciado<sup>19</sup> en los artículos 53.1 y 81 de nuestra Constitución. En efecto, podemos afirmar que el artículo 53.1 de nuestra Constitución constituye una habilitación

---

<sup>17</sup> SSTC 3/1992, de 13 de enero (FJ 5º); 123/1997, de 1 de julio (FJ 4º); 236/1999, de 20 de diciembre (FJ 3º); en la 49/1999, de 5 de abril (FJ 4º) se afirma que el principio de legalidad requiere, en este caso, de una ley de singular precisión; se alude expresamente al principio de legalidad formal y material en cuanto a la necesidad de regulación legal que posea un contenido mínimo en la 166/1999, de 27 de septiembre (FJ 2º); 171/1999, de 27 de septiembre (FJ 5º) y la 126/2000, de 16 de mayo (FJ 2º).

<sup>18</sup> El mencionado precepto dispone que «en tanto que conforme a la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser limitado por Ley o en virtud de una Ley, ésta deberá tener carácter general y no podrá limitarse a un caso individual. Además, deberá esa Ley citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente».

de competencia general para limitar el conjunto de los derechos fundamentales por dos razones: de un lado, porque el mencionado precepto constitucional dispone que la regulación legal del ejercicio de tales derechos ha de respetar su contenido esencial que, como se ha señalado anteriormente, constituye un límite de límites<sup>20</sup>; de otro, habida cuenta que, a diferencia del artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, comprensivo de una habilitación genérica al legislador para que, con las limitaciones contenidas en el mencionado precepto, pueda restringir únicamente aquellos derechos fundamentales cuya limitación se proclama específicamente en cada caso, conforme al artículo 53.1 cabe limitar legalmente el conjunto de los derechos fundamentales. Por este motivo, AGUIAR<sup>21</sup> ha afirmado que nuestra Carta Magna diseña un sistema de límites conforme al cual la posibilidad de establecer restricciones por parte del legislador a los derechos fundamentales resulta más amplia e incierta que en otros ordenamientos tales como el instaurado en el sistema alemán y, a la vez, más ventajoso<sup>22</sup>. Así, pues, tanto respecto de aquellos derechos que contienen reservas específicas de ley, cuanto de aquellos otros para cuyo ejercicio no se establece una habilitación legal, sino que su limitación recae en una resolución judicial, se ha reconocido<sup>23</sup> al legislador, con carácter complementario, la regulación, con limitaciones o no, del ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), siempre que, en dicha labor, respete su contenido esencial.

En segundo término, cabe cuestionarse el rango que la ley tiene que ostentar, así como cuál debe ser su contenido. Excluida la vía reglamentaria, como ha señalado un sector doctrinal<sup>24</sup>, los instrumentos jurídicos que nuestra Constitución pone a disposición del legislador para regular ambas cuestiones son la ley ordinaria (art. 53.1 CE), cuando se trate de «regular el

---

<sup>20</sup> DE OTTO, en MARTÍN-RETORTILLO; DE OTTO, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, p. 109; JIMÉNEZ CAMPO, «El Legislador de los Derechos Fundamentales», *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Ignacio de Ovejuna*, 1993, p. 504; AGUIAR, «Los límites de...», op. cit., pp. 20 y 25.

<sup>21</sup> «Los límites de...», op. cit., p. 15.

<sup>22</sup> AGUIAR, «Los límites de...», op. cit., p. 20.

<sup>23</sup> AGUIAR, «Los límites de...», op. cit., p. 20; BACIGALUPO, «La aplicación de la doctrina de los «límites inmanentes» a los Derechos Fundamentales sometidos a reserva de limitación legal. (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990), REDC, nº 38, mayo-agosto 1993, p. 315.

<sup>24</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y Derecho* op. cit., p. 69; GIMENO, «Las intervenciones telefónicas en jurisprudencia del TC y TS», en Estudios

ejercicio» de tales derechos, y la ley orgánica (art. 81.1 CE), si lo que se pretende es su «desarrollo». La inclusión, por ejemplo, del órgano competente para acordar las medidas restrictivas, de los fines que persiguen o del procedimiento a seguir, como «desarrollo» o «ejercicio» de los derechos fundamentales no resulta sencilla, pues la propia interpretación de los ámbitos reservados a la ley orgánica o a la ley ordinaria no se encuentra tampoco exenta de dificultades. Dado que la discusión ya ha sido tratada por algún autor<sup>25</sup>, tan sólo cabe manifestar que, frente a la postura que interpreta ampliamente el término «desarrollo», parece más razonable aquella que postula una interpretación restrictiva, defendida por la doctrina<sup>26</sup> y el Tribunal Constitucional<sup>27</sup> porque, dada la cualificada mayoría que exige la aprobación de las leyes orgánicas, un ámbito de aplicación más generoso de tal término podría suponer una eventual paralización del ordenamiento.

En particular, el Tribunal Constitucional<sup>28</sup>, en una sentencia relativa al derecho de asociación, ha manifestado con carácter general la exigencia de ley orgánica para el «desarrollo» de la Constitución de manera directa y en elementos esenciales de la definición del derecho fundamental, ya sea una regulación directa, general y global del mismo, ya en una parcial o sectorial, e igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho, pero no por parcial menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho. A este respecto, señala que, ante la doble dimensión negativa y positiva, y exponiendo el contenido fundamental del derecho, comprensivo de la libertad de creación, libertad de no asociarse, libertad de organización y funcionamiento interno sin injerencias públicas, concluye que deben reservarse a la ley orgánica, «ex» art. 81.1 de la Constitución, los elementos esenciales de la definición del derecho en cuestión o, en otras palabras, la delimitación de los aspectos esenciales del contenido del derecho en lo tocante a su titularidad, facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes, al alcance en las relaciones «*inter privatos*» las garantías fundamentales necesarias para

<sup>25</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos*, op.cit., pp. 73 y 76.

<sup>26</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 11ª ed., 2002, pp. 134-138; AGUIAR, 'Los límites de...'. op.cit., p. 19 quien ha manifestado que conviene extremar en lo posible la utilización de las leyes orgánicas.

<sup>27</sup> Entre otras, SSTC 5/1981, de 13 de febrero; 7/1982, de 22 de febrero; 67/1985, de 24 de mayo; 5/1991 de 14 de enero; 127/1994 de 5 mayo; 212/1996 (FJ 11º), de 19 de diciembre; 173/1998, de 23 de julio (FJ 7º).

<sup>28</sup> STC 173/1998, de 23 de julio (FJ 7º y 8º).

preservarlo frente a injerencias de poderes públicos, a los límites que, en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre su contenido esencial, puedan establecerse para determinar las asociaciones constitucionalmente proscritas, esto es, ilegales secretas y paramilitares, así como los límites en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas, militares o jueces, así como respecto a la libertad de no asociarse. El resto de la regulación del régimen jurídico del derecho fundamental pueden estar contemplado en una ley ordinaria. De lo anteriormente señalado, se deriva que el principio de legalidad, si bien no exige que la ley asegure un contenido determinado<sup>29</sup>, requiere sin embargo un contenido mínimo.

Finalmente, y como ha afirmado GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO<sup>30</sup>, en el caso de que se ocasione la violación del principio de legalidad por inexistencia de ley que autorice a adoptar tales medidas restrictivas, por una regulación defectuosa y, finalmente, por una aplicación con vulneración de la ley que las autoriza, cabría interponer el correspondiente recurso de amparo.

## 2. Material: el principio de justificación teleológica

El principio de justificación teleológica constituye un presupuesto de carácter material, pues implica que todas aquellas medidas restrictivas de derechos fundamentales tienen que dirigirse a la consecución de un fin estatal constitucionalmente legítimo, de conformidad con el propio contenido del Estado de Derecho. En este sentido, se ha manifestado un sector doctrinal<sup>31</sup>, así como el Tribunal Constitucional<sup>32</sup>,

En particular, nuestro Tribunal Constitucional<sup>33</sup> ha indicado que los derechos fundamentales pueden restringirse conforme a los límites expresamente proclamados en nuestra Constitución, así como en virtud de

---

<sup>29</sup> GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos* op. cit., pp. 69 y 70.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos* op. cit., p. 82.

<sup>31</sup> GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos* op. cit., p. 101; AGUIAR, «Los límites de...», op. cit., p. 21; JIMENEZ CAMPO, «El Legislador de...», op. cit., p. 485.

<sup>32</sup> SSTC 49/1999, de 5 de abril (FJ 7º); 166/1999, de 27 de septiembre (FJ 2º); 171/1999, de 27 de septiembre (FJ 5º) y 126/2000, de 16 de mayo (FJ 2º).

<sup>33</sup> STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 3º).

aquellos que se derivan de manera indirecta, en la medida en que se justifican ante la necesidad de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente protegibles.

Finalmente, los fines constitucionalmente legítimos que las medidas restrictivas de derechos fundamentales tienen que perseguir deben encontrarse legalmente previstos y, asimismo, han de incluirse en la resolución judicial que, bajo la forma de auto, ha de plasmar el ineludible juicio de proporcionalidad.

### III. REQUISITOS

De conformidad con el concepto de restricción de los derechos fundamentales anteriormente expuesto, las actuaciones de los poderes públicos que inciden sobre los derechos fundamentales han de cumplir dos notas características: de un lado, han de caer dentro del supuesto de hecho del derecho fundamental, lo que acontece cuanto tales actos ocasionan una intromisión en el ámbito de protección del derecho y, de otro, tales intromisiones vulneradoras han de justificarse constitucionalmente de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

#### 1. El cumplimiento del supuesto de hecho del derecho fundamental

El cumplimiento del supuesto de hecho del derecho fundamental constituye el presupuesto necesario para que se aplique la consecuencia jurídica, que consiste en la aplicación del principio de proporcionalidad. La observancia de tal principio resulta necesaria porque las actuaciones que caen bajo el supuesto de hecho constituyen el conjunto de casos prohibidos «*prima facie*» por el derecho fundamental o, lo que es lo mismo, de aquellos supuestos protegidos por el correspondiente derecho. A este respecto, el conjunto de actos prohibidos, así como los protegidos por la norma conforman las dos caras de una misma moneda pues, como ha manifestado PECES-BARBA<sup>34</sup>, el supuesto de hecho comprende el conjunto de casos protegidos por cada derecho fundamental. Así, pues, a través de cada derecho fundamental se salvaguarda a su titular del conjunto de intromisiones que inciden sobre tal ámbito de protección del dere-

---

<sup>34</sup> *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, 1995, p. 590 define el supuesto de hecho como el haz de derechos y libertades que abarca el derecho.

cho.

En particular, ALEXY<sup>35</sup> ha señalado que se satisface el supuesto de hecho del derecho fundamental, en el caso de los derechos de defensa, cuando se produce una intromisión en el ámbito protegido por el derecho fundamental. Dicha afirmación ha sido secundada por ECKHOFF<sup>36</sup> quien ha señalado que solamente las intromisiones (*'Eingriffe'*) que se desarrollan en el ámbito de protección (*'Schutzbereich'*) cumplen el supuesto de hecho (*'Tatbestand'*) del derecho fundamental. Así, pues, la observancia del supuesto de hecho implica la satisfacción de dos requisitos: de un lado, la actuación de los poderes públicos tiene que incidir sobre el ámbito de protección del derecho o, lo que es lo mismo, ha de formar parte del contenido del derecho y, de otro, dicho acto tiene que calificarse como una intromisión.

Al objeto de comprobar la consecución de la doble condición expuesta, han de interpretarse ambos términos, el ámbito de protección así como la intromisión con la mayor amplitud posible<sup>37</sup> puesto que, de esta manera, se configura un amplio supuesto de hecho y, en consecuencia, una extensa protección a través del derecho fundamental. Dicha concepción amplia ha sido postulada por PRIETO SANCHÍS<sup>38</sup> cuando señala que, conforme a tal teoría, toda posición individual que represente al menos una actuación subsumible en el supuesto de hecho, debe ser considerada, en principio, como una manifestación específica de la libertad fundamental, lo que provoca un conflicto entre bienes constitucionales. Dado que ambos factores se encuentran interrelacionados, un sector doctrinal<sup>39</sup>, siguiendo a Alexy, ha expuesto que, cuanto más amplia o estrictamente se interprete el ámbito de protección del derecho fundamental, mayor o menor número de actuaciones estatales se comprenderán como intromisiones, respectivamente. La configuración amplia de tales factores ha de efectuarse, en el caso del ámbito de protección, conforme a su texto, historia, origen y posición sistemática y, en el supuesto

<sup>35</sup> *Teoría de los...* op. cit., p. 295.

<sup>36</sup> *Der Grundrechtseingriff*, Köhl, Berlín, Bonn, München, p. 20.

<sup>37</sup> Sobre la teoría estrecha y amplia del supuesto de hecho, vide ALEXY, *Teoría de los...* op. cit., pp. 298-321.

<sup>38</sup> «La limitación de...», op. cit., p. 454.

<sup>39</sup> ALEXY, *Teoría de los...* op. cit., pp. 295; ECKHOFF, *Der Grundrechtseingriff...* op. cit., pp. 20 y 21; PIEROTH; SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht*, op. cit., p. 62; SCHMALZ, *Grundrechte...* op. cit., p. 55.

de la intromisión, tomando en cuenta la función y concepto de derecho fundamental. A continuación, se delimitan ambos elementos, esto es, qué esfera se protege, de un lado, y frente a qué actos se salvaguarda tal ámbito, de otro.

### *1.1 Esfera de protección*

La expresión «ámbito de protección» cobra sentido cuando se aplica a cada derecho fundamental. Para llevar a cabo su interpretación, tienen que tomarse en cuenta algunas pautas generales dirigidas a la identificación del ámbito de protección, a la delimitación de su contenido y a su puesta en relación con otros derechos fundamentales.

Con carácter previo, cabe manifestar cuáles son los derechos fundamentales cuya esfera de protección es susceptible de ser restringida. En particular, se plantea si tan sólo se incluyen los derechos contemplados en la Sección 1ª del Capítulo II, denominada «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas» o, si, además, cabe tomar en consideración los que se contemplan en la Sección 2ª, calificada como «De los derechos y deberes de los ciudadanos». Frente a una concepción amplia que incluye los derechos que se consagran en ambas secciones, cabe defender una interpretación estricta, de acuerdo con un sector doctrinal<sup>40</sup>, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>41</sup>, conforme a la cual tan sólo los derechos que se consagran en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I son calificables como fundamentales. En virtud de dicha postura, sin perjuicio de que todos los derechos fundamentales son susceptibles de limitarse, tan sólo tendrán que cumplir los requisitos derivados del concepto de «Restricción de Derechos Fundamentales» aquellos derechos proclamados en la mencionada Sección 1ª. Asimismo, delimitados los derechos fundamentales, se ha afirmado<sup>42</sup> que cuando se alude a esferas de protección se hace referencia al ámbito de autonomía que su titular puede asegurar a través de la garantía proporcionada por cada derecho de libertad y, en particular, a las esferas de protección tanto eventuales como definitivas. En este sentido, dado que se ha optado por la «teoría externa» de los límites fren-

---

<sup>40</sup> PECES-BARBA, «Génesis de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en la Constitución española de 1978», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 6, abril 1989, p. 39.

<sup>41</sup> En este sentido, vide STC 15/1982, de 23 de abril (FJ 6º).

<sup>42</sup> SCHMALZ, *Grundrechte*, op. cit., p. 50.

te a la teoría interna, resulta posible la distinción entre ámbito potencialmente o «*prima facie*» salvaguardado y definitivamente protegido. Conforme a la teoría externa, el ámbito de protección definitivo es menor cuando la medida restrictiva se ha justificado porque, en tal caso, la esfera de protección no actúa frente a aquellos supuestos respecto de los que se admite la limitación. Por el contrario, cuando la medida no se justifique, tales esferas son idénticas. En tal caso, no existe ya una restricción sino una vulneración y la esfera de salvaguarda actúa también en tales supuestos mediante la prohibición de dicha conducta.

En primer lugar, la identificación de tal ámbito viene determinada, a juicio de SCHMALZ<sup>43</sup>, por la inclusión de una serie de conceptos, denominados «conceptos guía» (*Leitbegriffe*) se corresponden en nuestra Ley Fundamental, entre otros, con la vida, integridad física y moral (art. 15), honor, intimidad personal y familiar, imagen (art. 18.1), domicilio (art. 18.2) y comunicaciones (art. 18.3). Asimismo la salvaguarda de tales esferas de libertad se hace patente en nuestra Constitución conforme a la consagración constitucional de diferentes expresiones o formulaciones<sup>44</sup>, tales como el reconocimiento de «derechos», de reunión pacífica (art. 21) o de asociación (art. 22), a participar en asuntos públicos (art. 23), a la educación (art. 27), de petición (art. 29), de «libertades», como la libertad de residencia (art. 19), libertad de expresión (art. 20), de «garantías», como la aplicable al derecho al honor, intimidad personal, familiar e imagen (art. 18.1) o la relativa al secreto de las comunicaciones (art. 18.3) y de la «inviolabili-

---

<sup>43</sup> *Grundrechte*, .op. cit., pp. 32 y 51. En la Constitución alemana serían, entre otros, el «desarrollo de la personalidad» (art. 2 I GG); «vida», «integridad física», «libertad de la persona» (art. 2 II GG), «creencias» y «conciencia» (art. 4 I GG), «libertad de expresión» (art. 5 I GG), «matrimonio» (art. 6 I GG), «propiedad» (art. 14 I GG).

<sup>44</sup> SCHMALZ, *Grundrechte*, .op. cit., p. 51. Tales formulaciones son la «libertad» («la libertad de la persona es inviolable», art. 2 II 2); «libre» («todos tienen derecho a expresar y difundir libremente su opinión» y «el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres», art. 5 I 1, III); «inviolabilidad» («la libertad de creencias, de conciencia y la libertad de profesión, religiosa e ideológica son inviolables», art. 4 I, «el domicilio es inviolable» art. 13 I); por el reconocimiento del «derecho» a hacer algo («todos tienen derecho a la vida y a la integridad física, art. 2 II 1, «todos los alemanes tienen derecho a reunirse pacíficamente», art. 8 I; todos los alemanes tienen el derecho de constituir asociaciones y sociedades, art. 9 I), «protección» ante posibles acciones («el matrimonio y la familia están bajo la protección especial del orden estatal» (art. 6 I) o la «garantía» («la propiedad y el derecho a la herencia están garantizados» art. 14 I).

<sup>45</sup> SCHMALZ, *Grundrechte*, .op. cit., p. 51 pone, como ejemplo, el art. 4.I referido a la inviolabilidad de la libertad de creencias o el art. 5 I 1 que alude al derecho a expresar libremente una opinión sin trabas como ejercicio de libertad negativas.

dad» referida al ámbito domiciliario (art. 18.2). En particular, se ha puesto de relieve<sup>45</sup> que, a través de cada uno de estos derechos, se puede amparar, no sólo una actuación positiva del titular del correspondiente derecho fundamental, porque se trata de una libertad en sentido positivo, como la libertad de expresión, sino además una omisión de esa acción o libertad en sentido negativo.

En segundo término, el contenido del «ámbito de protección» del derecho fundamental requiere una doble delimitación. Desde un punto de vista negativo, permite la exclusión de aquellos casos que no forman parte del ámbito de protección tal y como se dispone por el propio precepto constitucional donde se proclama el derecho fundamental. Desde una perspectiva positiva, cabe la interpretación en un sentido amplio del ámbito de protección.

Las exclusiones manifestadas se refieren a aquellos supuestos que no forman parte del ámbito de protección porque la propia proclamación del derecho contiene, a juicio de SCHMALZ<sup>46</sup>, «circunstancias limitadoras» en el ámbito de protección. Sería el caso, por ejemplo, del derecho de reunión que, tanto en la Constitución alemana (art. 8 I), como en la española (art. 21. 1), se condiciona al reconocimiento del derecho a que se efectúe pacíficamente y sin armas. En tal supuesto, se ha señalado<sup>47</sup> que, dado que la libertad de reunión se protege únicamente en tales circunstancias, la prohibición de una reunión en la que los participantes acudan armados no constituye una intromisión en el ámbito de protección de tal derecho.

En relación con la amplia interpretación de tales esferas, se ha manifestado<sup>48</sup> que resulta necesaria la exacta determinación de las conductas comprendidas en los «conceptos guía», cuando se trata de medidas que no se dirigen contra el contenido esencial de la libertad, sino que tan sólo afectan a aspectos que bordean la esfera de protección. Por otro lado, la tendencia a un concepto amplio del ámbito de protección se ha puesto de relieve, por ejemplo, cuando se ha cuestionado en el ordenamiento alemán si la propaganda que dificulta la venta de una obra de arte constituye una intromisión en el artículo 5 III GG, que consagra la libertad del arte. El BVerfG<sup>49</sup> se ha pronunciado en sentido positivo, para lo cual ha interpreta-

<sup>46</sup> *Grundrechte*,. op. cit., p. 51, se refiere a las «*eingrenzende Tatbestandsmerkmale*».

<sup>47</sup> SCHMALZ, *Grundrechte*,. op. cit., p. 51.

<sup>48</sup> SCHMALZ, *Grundrechte*,. op. cit., p. 51.

<sup>49</sup> El BVerfG ha señalado en 77, 251; 30, 189; 67, 224 cit. en SCHMALZ, *Grundrechte*,. op. cit., p. 239 tal inclusión.

do ampliamente la expresión «arte» en cuanto se incluyen, a este respecto, los medios que ejercen una indispensable función de intermediario entre artistas y público como son las copias, publicaciones y propaganda. Igualmente el Tribunal Constitucional Federal Alemán<sup>50</sup> se ha pronunciado a favor de un concepto amplio de domicilio, con la incorporación incluso de los talleres y negocios en tal concepto.

Finalmente, ha añadido un sector doctrinal<sup>51</sup> que, en ocasiones, la delimitación del contenido del ámbito de protección requiere la puesta en relación de este ámbito de protección con otros derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el caso del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, la delimitación del ámbito de protección, el domicilio constitucional, precisa la puesta en relación de tal derecho con otros, tales como, el derecho a la intimidad, el secreto profesional, la libertad de expresión y el derecho de asociación.

### *1.2 Intromisiones en el ámbito de protección*

El segundo elemento que configura el supuesto de hecho de los derechos fundamentales lo constituyen las intromisiones, intervenciones o injerencias sobre el ámbito de protección de los mencionados derechos. En particular, las intromisiones pueden definirse como el conjunto de actuaciones contra las que se dirige la protección otorgada por el correspondiente derecho fundamental, esto es, aquellos actos que se encuentran en principio prohibidos. Ante la conveniencia de abarcar el mayor número de supuestos, en el ordenamiento alemán se ha propugnado una definición amplia del concepto de intromisiones<sup>52</sup>. A continuación se concreta el contenido de tal expresión.

---

<sup>50</sup> BVerfGE 32, 54 [68], cit, en ALEXY, *Teoría de los op. cit.*, p. 296.

<sup>51</sup> PIEROTH; SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht op. cit.*, p. 64.

<sup>52</sup> ALEXY, *Teoría de los op. cit.*, p. 295. Sin embargo, subsisten algunos casos en los que se observa un concepto estricto de intromisión. A modo de ejemplo, ALEXY, *Teoría de los op. cit.*, pp. 295 y 296 alude precisamente a un supuesto de ingreso e inspección en talleres y negocios regulado en el párrafo 17 párrafo 2 de la Ordenanza de artes y oficios, en virtud de la cual se autoriza a los comisionados de las Cámaras de artes y oficios a entrar en los mencionados talleres con el fin de examinar e inspeccionar. Si bien la BVerfGE 32, 54 [68] ha interpretado ampliamente el concepto de domicilio, con la inclusión asimismo de talleres y negocios, no consideró bajo el concepto de intromisión las inspecciones y visitas, pues utilizó un concepto estricto de intromisión.

Para que se trate de supuestos en principio prohibidos por el correspondiente derecho fundamental, tales actuaciones tienen que revestir una serie de notas características. En este sentido, ECKHOFF<sup>53</sup> ha manifestado que la intromisión tiene que cumplir dos condiciones. En primer lugar, tan sólo constituyen intromisiones, que, por ello, precisan de justificación, aquellas «violaciones» (*'Beeinträchtigung*) que afectan exactamente al correspondiente ámbito de protección. Las intromisiones de derechos fundamentales son, por este motivo, calificadas violaciones desde el punto de vista del ámbito de protección del derecho fundamental sobre el que recaen. En segundo lugar, satisfecho el señalado requisito, han de tratarse únicamente de aquellas vulneraciones calificables *«per se»* como intromisiones, lo que reclama una determinada relación de causalidad entre la actuación y la vulneración de la esfera protegida. Así, pues, mientras que del primer requisito se deriva la exigencia de una actuación que afecte al contenido del derecho y, por tanto, un acto vulnerador del derecho fundamental, el segundo caso presenta mayor complejidad, puesto que sólo ante determinados criterios cabe afirmar que tal relación de causalidad concurre.

a) *Violaciones calificadas por el ámbito de protección*

No cualquier actuación de los poderes públicos sobre los bienes jurídicos afecta el contenido de un derecho fundamental sino que, para la consecución de tal fin, debe revestir, en primer lugar, una entidad suficiente como para vulnerar el derecho. Para ello, a continuación, se explica la afirmación formulada con algunos ejemplos.

Con carácter general, SCHMALZ<sup>54</sup> ha manifestado que la afeción debe ocasionar un perjuicio tal que dificulte o impida el ejercicio del derecho fundamental, lo que significa que debe tratarse de una vulneración efectivamente ocasionada y no absolutamente insignificante. En este sentido, el BVerfG ha puesto de relieve que las injerencias tienen que presen-

<sup>53</sup> *Der Grundrechtseingriff* op. cit., pp. 19 y 20.

<sup>54</sup> En este sentido, el citado autor ha definido «intromisión» (*'Eingriff*) como aquella violación efectivamente ocasionada y no absolutamente insignificante de los bienes protegidos a través de un acto de autoridad (*'Hoheitsakt*) de manera que el bien jurídico protegido por el derecho fundamental sufre una influencia perjudicial porque dificulta o impide el ejercicio del derecho fundamental en el futuro inmediato, *Grundrechte*, op. cit., p. 52.

tar cierta significación y, en particular, señala, por ejemplo, que no constituyen violaciones con la suficiente entidad los registros médicos en los que el cuerpo es tan sólo tocado ligeramente<sup>55</sup> y, asimismo, considera que tampoco constituye una actuación lesiva una corta detención sin orden judicial de un redactor con ocasión de un registro en una casa editorial<sup>56</sup>. Incluso se ha planteado hasta qué punto las amenazas constituyen una violación de los bienes jurídicos en juego. En este sentido, SCHMALZ<sup>57</sup> ha señalado que las simples «amenazas» (*'Gefährdung*) no constituyen intromisiones a los bienes jurídicos. El BVerG ha profundizado algo más en tal cuestión. A este respecto, en la «sentencia Kalkar»<sup>58</sup> ha tomado en cuenta, no sólo las lesiones «actuales» (*'aktuelle*) sino además las «virtuales» (*'virtuelle*) a la hora de considerarlas como vulneraciones de derechos fundamentales y, posteriormente, con la sentencia sobre «el rearme de la OTAN» (*'NATO-Nachrüstung*)<sup>59</sup> concretó aún más al señalar que era necesario un «principio de probabilidad» (*'Eintrittswahrscheinlichkeit*) de que el peligro se hiciese real.

En nuestro país, la exigencia relativa a la violación del derecho fundamental ha sido afirmada por ORTELLS<sup>60</sup>, pues señala que las medidas restrictivas son aquellas que inciden en el contenido del derecho fundamental en un sentido vulnerador. En realidad, tal afección sobre el ámbito de protección del derecho constituye la violación, entendida como el requisito básico para que el recurso de amparo prospere. A este respecto, el artículo 44.1 b) LOTC de la LOTC señala que la lesión o violación debe ser inmediata y directa, lo que puede interpretarse en el sentido de que comprende asimismo el fundado temor de que la lesión al derecho fundamental pueda producirse. En la misma línea se ha manifestado AGUIAR<sup>61</sup> cuando señala que constituye una violación del derecho el peligro potencial o efectivo que

---

<sup>55</sup> El ejemplo señalado se recoge en BVerfGE 17/114/5 cit. SCHMALZ, *Grundrechte*, .op. cit., p. 54.

<sup>56</sup> BVerfGE 20, 172. cit. SCHMALZ, *Grundrechte*, .op. cit., p. 54.

<sup>57</sup> *Grundrechte*, .op. cit., p. 53.

<sup>58</sup> BVerfGE 49, 89 (141).

<sup>59</sup> BVerfGE 66, 39 (58).

<sup>60</sup> «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de Derechos Fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional» en *Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales* Madrid, 1996, pp. 16 y 17.

<sup>61</sup> «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española», REDP, nº 10, 1981, p.113.

amenaza el valor normativo del interés constitucionalmente tutelado.

Ahora bien, en cualquier caso, la violación del ámbito de protección del derecho debe revestir la suficiente entidad como para que se activen los mecanismos protectores del derecho fundamental. De conformidad con dicho criterio, nuestro Tribunal Constitucional, en la STC 137/1990, de 19 de julio (FJ 10º), que ha exigido, con carácter previo a la aplicación del principio de proporcionalidad, la existencia de una intromisión vulneradora o ilegítima, determina dicha intromisión en virtud de diversos criterios, tales como, la afección del ámbito de protección del derecho fundamental, la cualidad de los medios empleados para lograr una limitación, así como la finalidad perseguida por tal actuación estatal. En particular, en la citada sentencia, se afirmaba que, «incluso afectado el ámbito de protección, puede no constituir una intromisión vulneradora de un derecho fundamental porque los medios utilizados y finalidad perseguida con la actuación estatal no resultan, a tal efecto, relevantes». En este sentido, tras señalar que con el derecho a la intimidad corporal no se protege una realidad física sino el recato personal, manifestó que, no sólo de acuerdo con las partes del cuerpo sobre las que actúa, sino además por los medios empleados, así como por la finalidad perseguida, no se afectó la intimidad corporal porque tal manifestación de la intimidad se protege frente a indagaciones o pesquisas, y la asistencia médica obligatoria no pretende adquirir conocimientos sobre el cuerpo de los reclusos. Por el contrario, resultó restringida la integridad física y moral porque la integridad corporal protege la inviolabilidad de la persona, no sólo frente a ataques dirigidos a lesionar el cuerpo o espíritu, sino frente a toda intervención, incluida la asistencia médica obligatoria. Así, pues, se puede deducir de esta sentencia que, dado que la intimidad corporal se protege frente a indagaciones o pesquisas, habida cuenta que la asistencia médica obligatoria no es una indagación o pesquisa, no constituye una violación de la intimidad corporal. Por el contrario, puesto que la integridad física y moral se protege frente a cualquier intervención, siendo así que tal asistencia preceptiva reviste tal carácter, constituye una lesión de la integridad física y moral.

Ahora bien, no basta con que las vulneraciones ostenten suficiente entidad como para ocasionar la infracción del ámbito de protección sino que, además, debe existir una específica relación de causalidad entre la actuación estatal y dicho efecto vulnerador.

*b) Relación de causalidad entre la actuación y la violación*

No todas aquellas «violaciones» que afectan el ámbito de protección

constituyen «intromisiones», sino que, además, resulta necesario que cumplan una segunda condición, como es que tales lesiones se rodeen de determinadas características para que se activen los efectos protectores de los derechos fundamentales. Un ejemplo claro de que la existencia de una violación no implica automáticamente su consideración como una intromisión lo constituye el caso de las violaciones de derechos fundamentales por parte de particulares<sup>62</sup>. Cuestionada tal relación de causalidad entre la violación y la activación de los mecanismos de protección del correspondiente derecho fundamental de acuerdo a los criterios clásicos, conviene plantearse, ante las nuevas formas de violación ocasionadas por la omisión de los poderes públicos del deber de garantizar tales derechos, cómo tiene que ser la mencionada lesión para que constituya una intromisión del derecho fundamental.

De la búsqueda de tales requisitos se está ocupando la doctrina alemana y, en este sentido, ha apuntado ECKHOFF<sup>63</sup>, que para calificar una actuación como intromisión de un derecho fundamental, habría que preguntarse si, por las consecuencias de las referidas medidas sobre el ámbito de libertad de su titular, se justifica que adquiera tal condición. De conformidad con tal criterio, puede plantearse, junto con las intromisiones clásicas de carácter intencional, jurídico y directo, la excepcional incorporación de las intromisiones involuntarias y fácticas, que no resulta excesivamente controvertida, así como la consideración, como tales intervenciones, de aquellas intromisiones que se ocasionan de forma mediata, lo que no resulta pacífico.

*b1) Finalidad e involuntariedad*

De acuerdo con la concepción clásica de «Eingriffe» las violaciones deben ser finales (*Finalität*), en el sentido de que a través de ellas la vulneración constituye una consecuencia voluntaria (*beabsichtigte Nebenfolge*), pues logra el resultado vulnerador pretendido por el autor. Si se toma en cuenta las nuevas formas de violación, pueden admitirse

<sup>62</sup> ORTELLS, «Exclusividad jurisdiccional...», op. cit., p. 16.

<sup>63</sup> ECKHOFF, *Der Grundrechtseingriff*, op. cit., p. 237.

<sup>64</sup> PIEROTH; SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht* op. cit., p. 65; BLECKMANN, *Staatsrechts II. Die Grundrechte*, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann, 1989, p. 339; SCHMALZ, *Grundrechte*. op. cit., p. 55.

aquellas que ocasionan una violación de forma inintencionada (*„unbeabsichtigte Nebenfolge“*)

En efecto, tal cuestión no ha suscitado controversia alguna, pues ha sido secundada por un amplio sector de la doctrina alemana<sup>64</sup>. Tampoco ha presentado mayor discusión la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal Alemán, dado que ha admitido como intromisiones aquellas actuaciones que, en principio, no pretendían ocasionar una violación del ámbito de protección. En este sentido, se ha considerado como una intromisión en la vida e integridad corporal la muerte de un ciudadano alcanzado por un disparo involuntario de un agente de la policía<sup>65</sup>. Incluso constituye una intromisión en el libre desarrollo de la personalidad (art. 2 II 1 o I) el acto jurídico de la admisión de un proyecto de construcción de una calle porque, si bien el incremento en los niveles de ruido ocasionado con el tránsito de los automovilistas que utilizan esa carretera era previsible, el efecto ocasionado, la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, no fue inicialmente pretendido<sup>66</sup>.

*b2)Caracter jurídico y fáctico*

Conforme a la noción tradicional de «Restricción de Derechos Fundamentales», las injerencias tienen que revestir una forma jurídica calificable como límite, que se corresponde, en el ordenamiento jurídico alemán, con el término «*Schranken*». En virtud de tal afirmación se advierte que los términos intromisión y límite se sitúan en planos diferentes. Al objeto de constatar tal circunstancia y relacionar ambas expresiones con el término restricción, cabe definir el concepto de límite, dado que constituye el enlace entre la intromisión y la restricción.

En este sentido, AGUIAR<sup>67</sup> ha definido «límites a los derechos fundamentales» como toda «toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos». En este sentido, ECKHOFF<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Se refiere a la BVerwGE 87, 37 (42). Este ejemplo ha sido tomado de SCHMALZ, *Grundrechte*, op. cit., p. 55.

<sup>66</sup> A los supuestos explicados se refiere la BVerwGE 90,112 (120), cit. en SCHMALZ, *Grundrechte*, op. cit., p. 56.

<sup>67</sup> «Los límites de...», op. cit., p. 10. Tal definición se refiere exclusivamente a la ley.

<sup>68</sup> *Der Grundrechtseingriff*, op. cit., p. 24.

ha definido los límites a los derechos fundamentales como un «instituto jurídico» (*Rechtssatz*) que justifica las intromisiones en bienes jurídicos constitucionales. Así, pues, el límite constituye el primer requisito necesario para justificar una intromisión sobre un derecho fundamental y, por tanto, para que pueda llegar a ser una medida restrictiva de derechos fundamentales. En el mismo sentido se ha manifestado SCHMALZ<sup>69</sup> que, a este respecto, ha señalado que el primer requisito para la justificación de una restricción es un límite «(*Schranken*)» contenido en la Ley Fundamental. Por ello, la noción de límite se coloca en un plano intermedio y, por tanto, diferente<sup>70</sup>, al de intromisión y restricción puesto que constituye el presupuesto habilitante de la intromisión legítima dado que, en la medida en que revista la forma de límite, y además observe el principio de proporcionalidad, constituirá una restricción de derechos fundamentales. A continuación se exponen a qué límites cabe referirse.

Los límites se han clasificado<sup>71</sup> entre aquellos que han sido directamente consagrados en nuestro Texto Constitucional<sup>72</sup>, las reservas legales expresas al legislador, bien generales, bien cualificadas y los límites inma-

---

<sup>69</sup> *Grundrechte*, op. cit., p. 64 lo que sitúa el juicio de justificación de la restricción en el ámbito de los límites (*Schrankenbereich*).

<sup>70</sup> A este respecto, AGUIAR, «Los límites de...», op. cit., pp. 10 y 11, ha manifestado que los conceptos de «restricción» y «límite» se sitúan en planos diferentes porque señala que el concepto de «restricción» constituye, junto con los «límites al ejercicio», la «regulación o concretización legislativa» o la «suspensión de los derechos», como los más representativos, un subconcepto de la noción general de «límite de los derechos». Como el propio autor señala en la nota nº 4, ha tomado esa distinción de Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 1988, tomo IV, pp. 300 y ss.

<sup>71</sup> En el ordenamiento alemán, SCHMALZ, *Grundrechte*, op. cit., pp. 64 y 65.

<sup>72</sup> Es el caso del «peligro en el retraso» (*Gefahr im Verzug*) (art. 13. II GG), como límite al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

<sup>73</sup> Para dar cobertura a necesarias limitaciones a los derechos fundamentales que no contaban con una remisión expresa al legislador, el BVerfG tuvo que crear la «teoría de los límites inmanentes». Sin embargo, señala BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, 1993, p. 103, que dicha teoría ha sido trasladada asimismo a los derechos fundamentales limitables por ley. En particular, tal aplicación fue efectuada por la sentencia BVerwGE de 18 de octubre de 1990 (publicada en NJW, 1991, p. 1766 que en España ha sido comentada por BACIGALUPO, «La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes» a los Derechos Fundamentales sometidos a reserva de limitación legal. (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990) REDC, nº 38, mayo-agosto, 1993.

nentes<sup>73</sup>, que actúan sobre aquellos derechos fundamentales respecto de los que no se ha establecido posibilidad de limitación alguna, esto es, ni límites directamente consagrados en la Constitución, ni reservados expresamente al legislador. En nuestra Constitución, a diferencia de los excepcionales supuestos en los que no se señala expresamente la posibilidad de limitación alguna<sup>74</sup>, los derechos fundamentales pueden limitarse, bien por el Legislador, bien por el Poder Judicial. A este respecto, resulta relevante la clasificación formulada por PECES-BARBA<sup>75</sup> sobre los límites a los derechos fundamentales. El citado autor ha señalado que, junto con los límites de naturaleza material predicables del sistema jurídico en general, los de cada derecho considerado en general y los del caso concreto, que serían límites a su ejercicio, han de añadirse los límites del subsistema de derechos fundamentales. Respecto de este último caso, esto es, de los límites propios y exclusivos de los derechos fundamentales, ostentan una naturaleza formal, puesto que revisten un carácter habilitador o competencial. En particular, se refieren a límites formulados por el legislador, como son las reservas legales expresas<sup>76</sup>, así como las reservas legales cualificadas<sup>77</sup> y por el órgano jurisdiccional<sup>78</sup>. En consecuencia, en virtud de alguno de tales límites tiene que efectuarse la intromisión.

Ahora bien, de acuerdo con la nueva concepción cabe plantearse en qué medida las violaciones fácticas (*faktische*) revisten el carácter de intromisión. Es cierto que, con el reconocimiento de las intervenciones involuntarias se posibilita la admisión de las lesiones de hecho. Asimismo, la admisión

<sup>74</sup> Nuestra Constitución no ha previsto expresamente la posibilidad de limitar el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral (art. 15 CE) o el derecho a la intimidad personal, si bien en este último caso la STC 37/1989, de 15 de febrero (FJ 5º y 6º) ha otorgado tal facultad al Poder Judicial.

<sup>75</sup> *Curso de Derechos*, op. cit., p. 590.

<sup>76</sup> Es el caso del derecho de acceso a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE).

<sup>77</sup> Son utilizadas por frecuencia en nuestra Constitución. Es el caso de la consagración del derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto con la única limitación que el mantenimiento del orden público protegido por la ley (art. 16.1 CE); la limitación legal del uso de la informática para garantizar únicamente los derechos fundamentales al honor e intimidad personal y familiar y pleno ejercicio de los derechos (art. 18.4 CE), art. 19. II CE; art. 28.1 II CE, entre otros.

<sup>78</sup> Es el supuesto, poco frecuente, del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE); la libertad de expresión a través del secuestro de publicaciones (art. 20.5 CE) y la disolución de asociaciones (art. 22.4 CE).

<sup>79</sup> *Staatsrecht II. Die Grundrechte*, op. cit., p. 337.

<sup>80</sup> *Der Grundrechtseingriff*, op. cit., p. 278.

de las mencionadas violaciones como intromisiones ha sido defendida por BLECKMANN<sup>79</sup> quien afirma que puede reconocerse como restricción aquellas que se han efectuado sin orden judicial (*'Befehl'*) o coacción (*'Zwang'*), así como ECKHOFF<sup>80</sup> que ha considerado igualmente las intromisiones fácticas, siempre que rebasen límites de poca monta o inoportunidad.

*b3) Directa y mediata*

No presenta dificultad alguna la aceptación como intervenciones de las violaciones directamente ocasionadas por los poderes públicos (*'Unmittelbar'*). En este sentido, los poderes públicos tenían tradicionalmente que respetar el ámbito de libertad de los particulares mediante conductas omisivas. Los derechos fundamentales cumplían de esta manera su función como derechos de defensa. Incluso tal vertiente subjetiva ha evolucionado y se ha proyectado en aquellas situaciones en las que el particular se sitúa frente a la Administración Penitenciaria, tal y como ha sido admitido por nuestro Tribunal Constitucional<sup>81</sup>. Por el contrario, resulta realmente controvertida la admisión, como intromisiones de los derechos fundamentales, de aquellas que ocasionan una vulneración de forma mediata (*'Mittelbar'*) o indirecta, en unas ocasiones, por el Estado frente a particulares y, en otras, imputables al Estado, al no admitir la vigencia de los derechos fundamentales entre particulares no vinculados jurídicamente o entre los que concurre dicha relación.

Un sector de la doctrina alemana<sup>82</sup> parte del reconocimiento de las

<sup>81</sup> SSTC 97/1995, de 20 de junio (FJ 2º); 127/1996, de 9 de julio; 128/1997, de 14 de julio (FJ 4º); 169/1996, de 29 de octubre (FJ 7º) que remite a la 74/1985, de 18 de junio; 2/1987, de 21 de enero; 161/1993, de 17 de mayo; 297/1993, de 17 de mayo; 97/1995, de 20 de junio; 143/1995, de 25 de julio; asimismo, la 200/1997, de 24 de noviembre (FJ 4º); 201/1997, de 25 de noviembre (FJ 7º); 58/1998, de 16 de marzo (FJ 3º).

<sup>82</sup> PIEROTH; SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht*, op. cit., p. 65; BLECKMANN, *Staatsrechts II. Die Grundrechte*, op. cit., p. 339; SCHMALZ, *Grundrechte*, op. cit., p. 55.

<sup>83</sup> Sin embargo el cumplimiento de tales requisitos no es absolutamente imprescindible puesto que el Tribunal Federal Administrativo alemán, así como el Tribunal Constitucional Federal Alemán han admitido en alguna ocasión que acciones estatales que sorprenden de forma efectiva y mediata al titular del derecho fundamental en cuestión puede significar una intromisión del derecho fundamental. BVerWGE 87, 37 [42] y BVerfGE 46, 120 [137] cit. en SCHMALZ, *Grundrechte*, op. cit., p. 55. En particular, se pone el ejemplo de que una persona alcanzada a través del efecto secundario e involuntario de un disparo policial constituye una «intromisión» en la vida e integridad corporal de tal sujeto.

<sup>84</sup> *Grundrechtseingriff*, op. cit., pp. 279.

<sup>85</sup> LÜBBE-WOLFF, *Eingriffabwehrrechte* cit. en ECKHOFF, *Der Grundrechtseingriff*, op. cit., p. 282.

violaciones mediatas como intromisiones. Igualmente se ha reconocido con carácter general por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y Administrativo Federal<sup>83</sup>. Sin embargo, ECKHOFF<sup>84</sup> ha puntualizado que tal reconocimiento tiene que reducirse al mínimo. Para ello, se han formulado algunos criterios. En algún caso<sup>85</sup> se ha propuesto solucionar el problema del reconocimiento de las violaciones por omisión, desde la estructura de la dogmática de los derechos fundamentales como derechos de defensa. Otro criterio utilizado<sup>86</sup>, que resulta aceptable, consiste en tomar en cuenta la relación de causalidad entre el hipotético resultado respecto de la hipotética actuación. En particular, se señala que tras identificar la hipotética actuación estatal debe comprobarse si hubiera resultado apropiada para evitar el hipotético resultado.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional<sup>87</sup> admite la vulneración de los derechos fundamentales ocasionada por el incumplimiento del deber de protección de los poderes públicos, bien directamente, bien indirectamente en cuanto que no salvaguarda los mencionados derechos en un conflicto entre particulares. Si bien, ello implica el reconocimiento de la dimensión positiva de los derechos fundamentales, la cuestión que debe plantearse reside en la determinación de cuáles de tales casos constituyen intromisiones vulneradoras de tales derechos.

En cuanto a las omisiones del deber de cumplimiento del Estado, cometidas directamente respecto de los particulares, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido, por ejemplo, la dimensión positiva del derecho a la intimidad. En la STC 143/1994, de 9 de mayo<sup>88</sup> alude de forma implícita a las intromisiones indirectas, porque señala que un sistema normativo que no incluya las garantías adecuadas para evitar un uso potencialmente contrario a la vida privada vulneraría el derecho a la intimidad, de igual manera que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de tales derechos.

---

<sup>86</sup> ECKHOFF, *Der Grundrechtseingriff*, op. cit., p. 278-280.

<sup>87</sup> SSTC 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3º); 171/1990, de 5 de noviembre (FJ 4º) que aluden a violaciones entre particulares no vinculados jurídicamente; 170/1987, de 30 de octubre (FJ 4º); 99/1994, de 11 de abril (FJ 5º); 186/1996, de 25 de noviembre (FJ 3º) se refiere a supuestos de «*Unmittelbare Drittwirkung*».

<sup>88</sup> STC 143/1994, de 9 de mayo (FJ 7º).

<sup>89</sup> Una vez inadmitida a trámite la demanda de amparo presentada por la Sra. López Ostra en la que alegaba la violación del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y del domicilio (art. 18.2 CE) ante la omisión del Estado del deber de asegurar que el entorno no fuese contaminado por una empresa y, con ello, la salud del recurrente, posteriormente recurrió ante el TEDH, que condena en el «Asunto López Ostra», de 9 de diciembre de

Respecto del incumplimiento del Estado de la obligación de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, se han planteado excepcionales casos entre sujetos no vinculados jurídicamente, como lo es la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, ocasionada por determinadas agresiones al medio ambiente. Respecto de tal supuesto, el Tribunal Constitucional<sup>89</sup> ha reconocido indirectamente el carácter de «intromisión» de dicha vulneración, pues, en la medida en que admite a trámite el recurso de amparo, imputa la vulneración a un poder público cuya actuación sí puede revestir el carácter de intromisión.

En supuestos de «*Unmittelbare Drittwirkung*», los que concurre una relación jurídica entre los particulares, resulta más frecuente el reconocimiento de la violación de derechos fundamentales que se imputa a la sentencia que no ha sido respetuosa con el derecho fundamental de una de las partes en el conflicto. Así, por ejemplo, se imputa la violación a la sentencia que declara procedente un despido motivado por desobediencia del trabajador ante la orden presuntamente vulneradora del derecho a la imagen<sup>90</sup>, a los derechos proclamados en los artículos 18 y derecho a la tutela judicial efectiva<sup>91</sup> y libertad de expresión<sup>92</sup>. Sin embargo, en la STC 99/1994, de 11 de abril<sup>93</sup> se atribuye la consideración de intromisión a la actuación del particular, incluso se alude expresamente a la actuación del empresario como una «restricción» del derecho fundamental y, finalmente, en la STC 186/1996, de 25 de noviembre<sup>94</sup> cabe inferir que se considera como intromisión, no sólo la actuación del empleador, sino además la resolución judicial que resuelve el conflicto entre particulares, puesto que, en ambos casos, se aplica el juicio de ponderación con el fin de justificarlas.

En consecuencia, el reconocimiento, como intromisiones, de los nuevos supuestos de violación expuestos, sigue constituyendo una cuestión

---

1994 al Estado español. Posteriormente, dicha doctrina contenida en la mencionada STEDH ha sido secunda por el TC en las SSTC 199/1996, de 3 de diciembre (FJ 4º); 199/2001, de 24 de mayo (FJ 5º y 6º), si bien, en ambos casos, el TC denegó el amparo solicitado, y finalmente en la 16/2004, de 23 de febrero (FJ 4º).

<sup>90</sup> STC 170/1987, de 30 de octubre (FJ 4º).

<sup>91</sup> STC 99/1994, de 11 de abril (FJ 5º).

<sup>92</sup> STC 186/1996, de 25 de noviembre (FJ 3º).

<sup>93</sup> STC 99/1994, de 11 de abril (FJ 7º).

<sup>94</sup> STC 186/1996, de 25 de noviembre (FJ 3º).

abierta que el BVerfG está resolviendo caso a caso y respecto de la que se va pronunciando nuestro Tribunal Constitucional.

## 2. La justificación conforme al principio de proporcionalidad

Una vez que la actuación de los poderes públicos forma parte del contenido del derecho, tiene que cumplir un requisito para que resulte conforme a la Constitución y, en consecuencia, pueda calificarse como medida restrictiva de derechos fundamentales. Dicha condición consiste en el cumplimiento del principio de proporcionalidad. Así, pues, una intromisión vulneradora, en principio, de los derechos fundamentales que además observa el principio de proporcionalidad constituye una intromisión legítima o una medida restrictiva. Por el contrario, si no cumple con el señalado principio de prohibición de exceso constituye una intromisión ilegítima o vulneración definitiva. El mencionado principio se encuentra plenamente configurado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, fundamentalmente por la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del TEDH. En nuestro país, de forma progresiva, va siendo admitido por la doctrina, incorporado por el legislador y aplicado por los órganos jurisdiccionales. A continuación, se pone de relieve su concepto y notas características, así como sus presupuestos y requisitos.

### *2.1 Concepto y notas esenciales*

Si se toma en cuenta la tesis de ALEXY<sup>95</sup> relativa al doble carácter de las normas de derecho fundamental, podemos afirmar que aquellas actuaciones de los poderes públicos que cumplen el mandato de prohibición, porque satisfacen el supuesto de hecho de la norma de derecho fundamental, tienen que observar el mandato de optimización que se contiene en la cláusula restrictiva incluida dentro de la mencionada norma. En efecto, puesto que tal orden de prohibición no es absoluta, dado que admite la existencia de casos en los que se limitan los derechos fundamentales, se toma en cuenta este dato con la introducción, junto con la regla de prohi-

---

<sup>95</sup> *Teoría de los op. cit.*, p. 81.

<sup>96</sup> Así, por ejemplo, en el caso de la norma de derecho fundamental proclamada en el art. 18.2 CE, «el domicilio es inviolable» constituye el mandato de prohibición y «ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito», conforma el mandato de optimización.

bición, de una cláusula restrictiva donde se señala cómo está restringido o puede ser restringido el derecho fundamental que reviste carácter de principio<sup>96</sup>. De lo anteriormente manifestado, se infirieren las dos notas esenciales que, a continuación, se exponen.

En primer lugar, el principio de proporcionalidad ostenta naturaleza constitucional. Es cierto que el rango constitucional del principio de proporcionalidad constituye una afirmación admitida. En este sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO<sup>97</sup> y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>98</sup> han fundamentado constitucionalmente dicho principio, en el Estado de Derecho (art. 1.1 CE), en los valores superiores (art. 1.1 CE), fundamentalmente en la libertad y justicia así como en los derechos de la persona (art. 10 CE). Ahora bien, junto con los mencionados enclaves constitucionales, ha de afirmarse que el principio de proporcionalidad se deriva mediatamente de las cláusulas restrictivas donde se señala en qué casos y bajo qué circunstancias pueden limitarse cada uno de los derechos fundamentales que se proclaman en nuestra Constitución. Es por ello por lo que se ha señalado que constituye un límite implícito contenido en cada restricción de un derecho fundamental<sup>99</sup> y, asimismo, se deriva de la esencia de los derechos fundamentales<sup>100</sup>. Como consecuencia de tal reconocimiento constitucional, puede invocarse su vulneración ante el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, en relación con el concreto derecho fundamental que resulta vulnerado.

En segundo término, la herramienta de la proporcionalidad ostenta una naturaleza de principio o, lo que es lo mismo, constituye un mandato de optimización, en virtud del cual no se alcanza una solución óptima, puesto que no existe una única medida proporcional, sino que permite excluir aquellas medidas que resulten objetivamente disconformes a él. Tiene por ello un carácter flexible. En este sentido, si el carácter de principio<sup>101</sup> implica un mandato de ponderación, tal principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, constituye asimismo un mandato de tal naturaleza. En consecuencia, es un principio de proporcionalidad, debido a que tal carác-

<sup>97</sup> *Proporcionalidad y derechos*, op. cit., p. 53.

<sup>98</sup> SSTC 62/1982 de 15 de octubre; 55/1996, de 28 de marzo; 161/1997 de 2 de octubre 49/1999, de 5 de abril (FJ 7º).

<sup>99</sup> SCHMALZ, *Grundrechte*, op. cit., p. 72.

<sup>100</sup> GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos*, op. cit., p. 55.

<sup>101</sup> ALEXY, *Teoría de los* op. cit., p. 112 – en nota nº 84.

<sup>102</sup> Son posibilidades fácticas el principio de adecuación y necesidad y jurídicas el principio de proporcionalidad en sentido estricto. ALEXY, *Teoría de los* op. cit., pp. 112 y 113.

ter lo ostenta la cláusula restrictiva en la que se incluye, que conlleva la realización del contenido de dicha cláusula, en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas<sup>102</sup>. En la medida en que teniendo carácter de principio constituye un mandato de optimización implica que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento depende de las posibilidades señaladas. En particular, las posibilidades fácticas aluden al subprincipio de idoneidad y necesidad, mientras que las jurídicas se refieren al principio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>103</sup>. En consecuencia, el principio de proporcionalidad derivado del carácter de principio que ostenta la cláusula restrictiva implica que el contenido de tal cláusula sea realizado en la mayor medida posible.

En este sentido, se ha manifestado PRIETO SANCHÍS<sup>104</sup> cuando ha señalado que con la proporcionalidad no se logra una solución válida sino una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso. Así, pues, puede afirmarse que no existe una única actuación proporcional sino diferentes supuestos de actuaciones estatales que pueden ser conformes con el principio de proporcionalidad. Por este motivo, el citado autor<sup>105</sup> señala que el principio de proporcionalidad y, especialmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, ha sido ampliamente criticado como una espita abierta al decisionismo y a la subjetividad judicial, en detrimento de las prerrogativas del legislador.

Finalmente, hemos de insistir en que el principio de proporcionalidad se encuentra en continua evolución, que se aceleró partir del año 1950. Dicho principio fue creado y desarrollado por el BVerfG, y desde ahí, se ha extendido progresiva y espectacularmente en el plano supranacional, al CEDH (p.ej. art. 8.1, 9.2, 10.2, 11.2 y 24)<sup>106</sup> y al marco de derecho comunitario, como principio general<sup>107</sup>, así como en los ordenamientos de otros

<sup>103</sup> En este sentido, se ha pronunciado ALEXY, *Teoría de los principios*, pp. 112 y 113; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos*, op. cit., p. 226.

<sup>104</sup> «La limitación de...», op. cit., p. 443.

<sup>105</sup> «La limitación de...», op. cit., p. 447.

<sup>106</sup> Aunque no se contempla expresamente en el CEDH, se deriva de tales preceptos y es un instrumento utilizado por TEDH.

<sup>107</sup> BARNES, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», RAP, nº 135, sep-dic 1994, p. 517

<sup>108</sup> GALETTA, «El principio de proporcionalidad en el Derecho Público italiano», Cuadernos de Derecho Público, nº 5, sep-dic 1998, pp. 305 y 306

<sup>109</sup> PHILIPPE, «El principio de proporcionalidad en Derecho público francés», Cuadernos de Derecho Público, nº 5, sep-dic 1998, pp. 255 y ss.

países europeos y, en este último sentido, la jurisprudencia constitucional italiana<sup>108</sup> utiliza un principio de razonabilidad, en el Derecho Francés el principio de proporcionalidad no ha alcanzado el carácter de principio general aunque existe un control de proporcionalidad<sup>109</sup> y en el Reino Unido se tiende hacia una mayor adopción del principio de proporcionalidad como un principio del Derecho<sup>110</sup>. Es por ello por lo que, en la actualidad, se ha señalado<sup>111</sup> que constituye uno de los ejemplos más paradigmáticos del emergente derecho público europeo.

A la extensión del principio de proporcionalidad en los señalados países se añade el hecho de que, si, como se ha puesto de relieve, no sólo las acciones, incluso dentro del seno de una relación especial penitenciaria<sup>112</sup>, sino también las violaciones derivadas del incumplimiento del deber de protección pueden considerarse excepcionalmente como intromisiones, tiene que aplicarse también a ellas el principio de proporcionalidad. Ello guarda relación con el hecho de que, dado que los derechos fundamentales rigen en todos los sectores del ordenamiento, por esta misma razón debe aplicarse en todos estos casos el principio de proporcionalidad como límite a la actuación, en tales ámbitos, del poder legislativo, ejecutivo y judicial<sup>113</sup>. Ello no obstante, en tales supuestos, no cabe la aplicación del principio de proporcionalidad entendido en el sentido clásico, donde dicho actúa sobre la base de la relación entre un medio y un fin, lo que no tiene sentido en el caso de las violaciones por omisión. Por el contrario, según BOCKENFÖRDE<sup>114</sup>, el criterio de proporcionalidad, que se aplica en los novedosos supuestos de intromisión señalados, consiste en una pro-

---

<sup>110</sup> HIMSWORTH, «La proporcionalidad en el Reino Unido», Cuadernos de Derecho Público, nº 5, sep-dic 1998, pp. 273 y ss.

<sup>111</sup> BARNES, «Introducción al principio...», op. cit., p. 495.

<sup>112</sup> SSTC 137/1990, de 19 de julio (FJ 10º); 169/1996, de 29 de octubre (FJ 4º) y 170/1996, de 29 de octubre (FJ 5º) que se refieren en ambos casos al requisito de la motivación. Tal requisito se pone de relieve asimismo en la 128/1997, de 14 de julio (FJ 4º).

<sup>113</sup> PRIETO SANCHÍS, «La limitación de...», op.cit., p. 444 ha manifestado que la proporcionalidad es una prueba que debe superar toda medida restrictiva de un derecho fundamental, esto es, una resolución gubernativa, una resolución judicial y la ley. En particular, la incidencia del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo ha sido analizado por LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Sevilla, 1988, pp. 75 y ss.

<sup>114</sup> Sin embargo, el principio de proporcionalidad también tiene que actuar ante las violaciones por omisión. También el carácter de principio de la norma de derecho fundamental tiene que tomarse en cuenta en la dimensión objetiva de derechos fundamentales. En este sentido, BOCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos*, op. cit., pp. 124, 125, 126 y 130.

porcionalidad-adecuación que no actúa, tanto en el caso concreto, cuanto respecto al contenido de la regulación. En tal disposición legislativa se debe lograr el adecuado equilibrio entre los contradictorios principios normativos en juego. El principio de proporcionalidad, en tales casos, incide fundamentalmente en la actuación del legislador, quien delimita en este sentido el campo de actuación de los aplicadores del derecho. Y, ello, sin perjuicio de que también se respete en el caso concreto, mediante la aplicación de juicio de ponderación entre la omisión del poder público y el fin que persigue con su conducta.

## 2.2 Presupuestos

El principio de proporcionalidad fue incorporándose de forma progresiva en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Inicialmente, aparece residenciado en el «principio de excepcionalidad»<sup>115</sup>, a continuación en la idea de la «suficiente justificación» o «fundamentación suficiente y razonada»<sup>116</sup>, más adelante fue conectada la idea de justificación con la proporcionalidad entre medios y fines<sup>117</sup> para, con posterioridad, utilizar la «proporcionalidad» como un criterio autónomo<sup>118</sup>. Inicialmente se equiparaba con el elemento de la necesi-

<sup>115</sup> En la STC 41/1982, de 2 de julio (FJ 2º) se manifiesta que dado que la prisión provisional consiste en una privación de la libertad debe regirse por el «principio de excepcionalidad»; la necesidad de observar tal principio de excepcionalidad se reitera en la STC 34/1987, de 12 de marzo en la que se añade que tal carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del «*favor libertatis*» (FJ 2º).

<sup>116</sup> En la STC 14 de julio de 1979 (FJ 2º) se alude a la idea de la «suficiente justificación» o «fundamentación suficiente y razonada» como requisito que debe observar el legislador para introducir límites a la igualdad (art. 14 CE).

<sup>117</sup> La idea de la justificación se reitera junto con la necesidad de la proporcionalidad entre medio y fines en las SSTC 22/1981, de 2 de julio (FJ 3º) y 26/1981, de 17 de julio (FJ 15º).

<sup>118</sup> Ya en la STC 62/1982, de 15 de octubre (FJ 5º) se alude tan sólo a la idea de la proporcionalidad entre los medios y fines.

<sup>119</sup> Destaca en el juicio de proporcionalidad el criterio de la necesidad o la idea del mínimo sacrificio en las SSTC 13/1985, de 31 de enero (FJ 2º); 137/1990, de 19 de julio (FJ 10º); 49/1996, de 26 de marzo (FJ 3º) y 62/1996, de 15 de abril (FJ 1º).

<sup>120</sup> Se va configurando la importancia del principio de legalidad para evitar una actuación judicial arbitraria en la STC 3/1992, de 13 de enero (FJ 5º).

<sup>121</sup> Se considera una exigencia para la legitimidad constitucional de la prisión provisional, entre otros factores, que pretenda la consecución de fines constitucionalmente legítimos en la STC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3º).

dad<sup>119</sup>.

Paulatinamente, se va conectando el principio de proporcionalidad con otros presupuestos y requisitos, tales como el principio de legalidad<sup>120</sup>, el principio de justificación teleológica<sup>121</sup> y la motivación<sup>122</sup>. Asimismo, aparecen los tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>123</sup>. En esta evolución, cabe destacar la STC 207/1996, de 16 de diciembre<sup>124</sup>, relativa a un supuesto de intervenciones corporales, en la que el principio de proporcionalidad aparece configurado plenamente puesto que, junto a los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se añaden dos presupuestos al principio de proporcionalidad, como son el principio de legalidad y la justificación de la medida en la persecución de un fin constitucionalmente legítimo.

Así, pues, conforme a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y de acuerdo con el esquema planteado por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO<sup>125</sup>, el principio requiere del cumplimiento de dos presupuestos y dos requisitos. El principio de legalidad y el principio de justificación teleológica constituyen los dos presupuestos, formal y material respectivamente, que, asimismo, lo son de las restricciones de derechos fundamentales. En cuanto a los requisitos, el citado autor ha diferenciado entre, de un lado, un requisito extrínseco que, a su vez, puede ser, extrín-

---

<sup>122</sup> Cuando se trata de resoluciones judiciales se alude la necesidad de motivación en las SSTC 3/1992, de 13 de enero (FJ 5º); en el mismo sentido, se alude a la idea de motivación al señalar que «el juez no efectuó este juicio de proporcionalidad mediante una resolución ausente de razonabilidad» en la 12/1994, de 17 de enero (FJ 4º) o que el auto «manifieste un adecuado razonamiento judicial de la decisión» en la 13/1994, de 17 de enero (FJ 6º); en las SSTC 62/1982, de 15 de octubre (FJ 2º); 13/1985, de 31 de enero (FJ 2º); 52/1995, de 23 de febrero (FJ 5º); 184/1988, de 13 de octubre (FJ 2º); 86/1995, de 6 de junio (FJ 3º); 49/1996, de 26 de marzo (FJ 3º) afirma que a través de la motivación se efectúa el juicio de proporcionalidad y 54/1996, de 26 de marzo (FJ 7º).

<sup>123</sup> Finalmente, el principio de proporcionalidad aparece configurado en tres requisitos o condiciones como son la aptitud, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en las SSTC 66/1995, de 8 de mayo (FJ 5º) y en la 37/1998, de 17 de febrero (FJ 8º).

<sup>124</sup> STC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4º). Posteriormente, se han dictado en el mismo sentido, las SSTC 166/1999, de 27 de septiembre (FJ 5º); la 171/1999, de 27 de septiembre (FJ 5º); la 236/1999, de 20 de diciembre (FJ 3º); la 202/2001, de 15 de octubre (FJ 2º).

<sup>125</sup> Los mencionados elementos han sido sistematizados y analizados por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos*, op. cit., p. 69. Asimismo, también aluden a tales elementos, PRIETO SANCHÍS, «La limitación de...», op. cit., pp. 444-446.

seco subjetivo, como es el relativo a la judicialidad, y extrínseco formal, referido a la motivación y, de otro, un requisito intrínseco como es el principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso, que a su vez se descompone en el principio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, en este trabajo, se han considerado como los requisitos derivados del principio de proporcionalidad a los tres subprincipios, y, como presupuestos de dicha aplicación, fundamentalmente, el caso de que la limitación de un derecho fundamental haya sido reservada por nuestra Constitución al Poder Judicial, a la judicialidad, así como a la motivación.

En cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad a medidas vulneradoras de derechos fundamentales por incumplimiento del deber de protección de los poderes públicos se ha iniciado con un juicio de necesidad, de manera semejante a como se inició la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido clásico<sup>126</sup>.

De conformidad con lo manifestado, cabe exponer, a continuación, el doble presupuesto del principio de proporcionalidad que concurre, como se ha señalado anteriormente, cuando la restricción de un derecho fundamental ha sido reservada por la Carta Magna a un órgano judicial. En tal caso, se requiere el cumplimiento de una condición subjetiva, de un lado, conforme a la cual se exige la intervención de una autoridad judicial perteneciente al Poder Judicial y, de otro, formal o de «motivación», esto es, a través de una resolución judicial motivada<sup>127</sup>.

### *a) Jurisdiccionalidad*

La jurisdiccionalidad constituye un presupuesto del principio de proporcionalidad de carácter subjetivo, puesto que alude al órgano jurisdiccional constitucionalmente competente para adoptar restricciones de dere-

---

<sup>126</sup> En la STC 188/1995, de 18 de diciembre de 1995 (FJ 6º) se afirma que las diferencias de trato han de cumplir, entre otros, con el requisito de la proporcionalidad; igualmente en las SSTC 129/1996, de 9 de julio (FJ 4º); en la 27/1996, de 15 de febrero (FJ 3º) se pone de manifiesto la falta de proporcionalidad entre la exigencia legal de presentar una candidatura en lengua oficial y la plena eficacia del derecho fundamental en juego; asimismo, se impone la razonabilidad y proporcionalidad de la medida de despido adoptada por un empresario.

<sup>127</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos*, op. cit., pp. 109 y 110; GIMENO, (con MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho Procesal Penal*..., op.cit., p. 61.

chos fundamentales, en los casos en los que así se prevé en nuestra Constitución.

La Constitución impone la intervención del órgano jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales que se proclaman en los artículos 17.2, 17.4, 18.2 y 18.3, 20.5 y 22.4. Respecto de tales casos, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO<sup>128</sup> ha señalado que es el órgano jurisdiccional quien tiene que garantizar de forma inmediata la eficacia de los derechos, mediante un juicio de ponderación de los intereses que se contraponen en el caso concreto, lo que significa que el legislador no se encuentra autorizado para asignar tal competencia a una autoridad distinta del órgano jurisdiccional, como tampoco para mediatizar su actuación enjuiciadora con la inclusión de normas de efectos automáticos. En este sentido, la garantía de la intervención judicial cobra sentido, pues se encuentra en consonancia con la protección que los derechos fundamentales reclaman y, asimismo, constituye un mecanismo de protección de los derechos fundamentales que opera «*ex ante*»<sup>129</sup>.

En particular, de los mencionados supuestos, tan sólo los previstos en los artículos 18.3, 20.5 y 22.4 de la Constitución han proclamado la resolución judicial como único límite en virtud del cual cabe restringir los derechos fundamentales en juego. En el resto de los casos, en el artículo 17.2, 17.4 y 18.2, se prevén límites, como el flagrante delito por el que procede una entrada y registro domiciliario (art. 18.2 CE), en los que atribuye la posibilidad de limitar los derechos fundamentales a una autoridad distinta a la judicial, como es la Policía Judicial. En tales supuestos, se requiere igualmente la intervención judicial, si bien tiene lugar inmediatamente después de la restricción. En este sentido, GIMENO<sup>130</sup> ha señalado que, en el caso de que la intervención sea «*ex post*» es un acto procesal que, como tal, se fundamenta y está sometido a la potestad jurisdiccional penal.

En particular, respecto del requisito de la jurisdiccionalidad, GIMENO<sup>131</sup> ha efectuado dos precisiones. De un lado, el mencionado presupuesto se cumple cuando la resolución judicial la adopta el órgano juris-

<sup>128</sup> *Proporcionalidad y derechos*, op. cit., p. 109.

<sup>129</sup> STC 236/1999, de 20 de diciembre (FJ 3º) se refiere al requisito de la resolución judicial previa.

<sup>130</sup> «La necesaria reforma de la prisión provisional», La Ley, nº 5411, de 5 de noviembre de 2001, p. 2.

<sup>131</sup> «La necesaria reforma...», op. cit., p. 2.

<sup>132</sup> Se manifiesta que la medida sea autorizada por la autoridad judicial en el curso de un proceso en las SSTC 49/1999, de 5 de abril (FJ 6º); la 166/1999, de 27 de septiembre (FJ 2º); la 171/1999, de 27 de septiembre (FJ 5º) y la 126/2000 de 16 de mayo (FJ 2º).

diccional competente. Así, pues, se incumple con el señalado principio de judicialidad si no es adoptado por el órgano judicial competente, lo que garantiza que la medida restrictiva se efectúe dentro de una causa abierta<sup>132</sup>. De otro, el señalado órgano jurisdiccional competente ha de ser el juez legal diseñado por la Constitución, con las garantías que ello conlleva.

Finalmente, cabe apuntar que el requisito de la jurisdiccionalidad pone en cuestión la atribución de la competencia para la restricción de los derechos fundamentales al Juez Togado Militar que, por pertenecer a la Jurisdicción Militar, no forma parte del Poder Judicial. Por ello, en tales casos, se propone de *lege ferenda* la sustitución de tales jueces por los Jueces de Instrucción que sí pertenecen al Poder Judicial.

*b) Motivación*

La motivación constituye un presupuesto del principio de proporcionalidad de carácter formal en cuanto que, como ha señalado el Tribunal Constitucional<sup>133</sup>, constituye un deber de expresión de la ponderación efectiva hecha por el Juez en relación con los valores o bienes jurídicos en juego y haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad. Junto a su fundamento constitucional, se exponen las exigencias que este presupuesto conlleva.

En cuanto a su justificación constitucional, se deriva explícita e indirectamente de nuestra Constitución, tal y como ha señalado algún autor<sup>134</sup> y, en particular, de los artículos 120.3 y 24.1 y 24.2, en el primer caso, y de cada uno de los preceptos donde prevé la limitación de los derechos fundamentales en virtud de resolución judicial, en el segundo. Respecto de la justificación constitucional expresa se ha pronunciado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional. Señala, a este respecto, que el deber de motivación, como única forma de comprobar que se ha efectuado la ponderación judicial<sup>135</sup>, se consagra en nuestra Constitución a través de tres

<sup>133</sup> En este sentido, las SSTC 123/1997, de 1 de julio (FJ 3º); 166/1999, de 27 de septiembre (FJ 2º); la 171/1999, de 27 de septiembre (FJ 5º); la 127/2000, de 16 de mayo (FJ 3º) y la 202/2001, de 15 de octubre (FJ 2º).

<sup>134</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos*, op. cit., p. 141.

<sup>135</sup> STC 54/1996, de 26 de marzo (FJ 7º).

<sup>136</sup> STC 62/1982, de 15 de octubre (FJ 2º); 13/1994, de 17 de enero (FJ 6º).

<sup>137</sup> STC 184/1988, de 13 de octubre (FJ 2º).

<sup>138</sup> SSTC 49/1996, 26 de marzo (FJ 3º); 54/1996, 26 de marzo (FJ 7º).

preceptos: en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), puesto que permite que la decisión sea conocida por el afectado pues de lo contrario, se dificultaría gravemente el acceso a los recursos<sup>136</sup>; constituye asimismo una exigencia expresamente establecida por el artículo 120.3 de nuestra Constitución<sup>137</sup>, e incluso ha afirmado que a través de la motivación se preserva el derecho de defensa (art. 24.2 CE)<sup>138</sup>.

Respecto de las exigencias derivadas del deber de motivación cabe destacar dos requisitos. En primer lugar, la resolución judicial motivada tiene que revestir, con carácter general, la forma de auto. En segundo término, tiene que ser una motivación específica. Finalmente, cabe adelantar que la resolución judicial limitativa del derecho fundamental ha de contener una especial motivación que se concreta en el juicio de prohibición de exceso<sup>139</sup>. Dicho juicio de ponderación se divide en los tres subprincipios que se exponen a continuación.

### *2.3 Requisitos*

El principio de proporcionalidad en sentido amplio, o de prohibición de exceso, reclama una determinada relación entre los medios y fines que persiguen, que se concreta en su adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>140</sup>. La determinación de tal relación, que constituye el contenido del principio de prohibición de exceso y cuya complejidad resulta evidente, se facilita con la explicación de los subprincipios que lo configuran que, por este motivo, participan del rango constitucional del que goza el señalado principio de prohibición de exceso.

De la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>141</sup>, en la que se exige a la actuación de los poderes públicos limitativa o restrictiva de

---

<sup>139</sup> GIMENO, «La necesaria reforma...», op. cit., p. 3.

<sup>140</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos* op. cit., pp. 153-155; SCHMALZ, *Grundrechte*. .op. cit., pp. 73-75.

<sup>141</sup> En este sentido, las SSTC 37/1998, de 17 de febrero (FJ 8º); 166/1999, de 27 de septiembre (FJ 2º); la STC 171/1999, de 27 de septiembre (FJ 5º); STC 126/2000 de 16 de mayo (FJ 2º); 195/2003, de 27 de octubre (FJ 7º); 139/2004, de 13 de septiembre (FJ 3º).

<sup>142</sup> STC 121/1998, de 15 de junio (FJ 5º); STC 49/1999, de 5 de abril (FJ 7º); 166/1999, de 27 de septiembre (FJ 2º); 126/2000, de 16 de mayo (FJ 2º).

derechos fundamentales la observancia de los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se deriva, asimismo, que el principio de proporcionalidad tiene que observarse, no sólo en la adopción, sino además, en la ejecución o práctica de las actuaciones estatales<sup>142</sup>.

*a) Idoneidad.*

Conforme al mencionado subprincipio constitucional de carácter empírico se hace referencia a la relación de causalidad del medio en relación con el fin. Se dirige a la búsqueda de medidas aptas o adecuadas en un doble sentido<sup>143</sup>. De un lado, negativo, en la medida en que no sean inidóneas, esto es, no absolutamente inidóneas y, desde un punto de vista positivo, en cuanto que contribuyen a la obtención del éxito de la medida. Para facilitar la consecución del éxito de la medida, se reclama que se trate de medidas adecuadas cualitativamente, cuantitativamente y en cuanto a la determinación del ámbito subjetivo.

Desde un punto de vista cualitativo, tal subprincipio reclama que se trate de una medida por naturaleza apta para lograr tal fin, desde un punto de vista abstracto o general y en cuanto a un caso en particular. La duración e intensidad no debe ser superior a la estrictamente necesaria para alcanzar el fin perseguido, para que se trate de una medida cuantitativamente adecuada. Desde una perspectiva subjetiva, se exige la individualización de la medida y en particular, del sujeto destinatario o pasivo de la medida, ya sea el imputado, ya un tercero. Para ello, es necesario que concurren determinadas circunstancias que permitan prever el probable éxito de las medidas. En particular, ha de exigirse un cierto grado de imputación, así como una determinada relación voluntaria o involuntaria con la causa, respectivamente.

*b) Necesidad*

Conforme al principio de necesidad, se tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales frente a las limitaciones

---

<sup>143</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos* op. cit., pp. 154, 161, 172 y 179.

<sup>144</sup> Cfr. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos* op. cit., p. 189.

que puedan imponer los poderes públicos. En concreto, obliga, tras la comparación de las medidas restrictivas suficientemente idóneas efectuada por los órganos del Estado, a la elección de aquella menos gravosa para los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>144</sup>.

Tal subprincipio ha sido utilizado fundamentalmente como el juicio de ponderación en el caso de las intromisiones vulneradoras de derechos fundamentales, derivadas del incumplimiento del deber de protección del Estado. En particular, la STC 99/1994, de 11 de abril, en la que se considera como intromisión la actuación del empresario, afirma que, conforme al juicio de necesidad, debe acreditarse que no es posible alcanzar de otra forma el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en la que se integra. Asimismo en la STC 186/1996, de 25 de noviembre, se efectúa un doble juicio de necesidad, respecto del empleador y en relación con la sentencia que resolvió el conflicto. Señala, en cuanto al empleador, que la modulación del contrato que efectuó el empresario sólo debe realizarse, dada la posición privilegiada que los derechos fundamentales ocupan en nuestro ordenamiento, en la medida estrictamente indispensable para el adecuado desenvolvimiento de la actividad productiva. Respecto a la sentencia, pone de relieve que tiene que preservar el necesario equilibrio entre la obligación del trabajador y el ámbito modulado por el contrato.

*c) Proporcionalidad en sentido estricto*

El principio de proporcionalidad en sentido estricto se orienta a la ponderación de los intereses públicos y privados en juego, previamente cuantificados, con el fin de decidir cuál es el interés preponderante<sup>145</sup>. Para ello, el órgano jurisdiccional dispone de una serie de criterios, en virtud de los cuales cabe medir el interés de persecución penal. En particular, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO<sup>146</sup> ha expuesto una serie de indicadores del interés estatal que ha distinguido a su vez la doctrina alemana: la consecuencia jurídica, la importancia de la causa, el grado de la imputación y el éxito previsible. Cuanto más restrictiva resulte una medida mayor consecuencia jurídica, gravedad del hecho e imputación debe reclamarse.

---

<sup>145</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos* *op. cit.*, pp. 225 y 275.

<sup>146</sup> Cfr. *Proporcionalidad y derechos* *op. cit.*, pp. 252 y ss.

Finalmente, y de conformidad con todo lo anteriormente manifestado, podemos concluir que, la consideración de medidas tales como la intervención de las comunicaciones o la entrada y registro domiciliario, entre otras, como restricciones o limitaciones de derechos fundamentales, implica que los objetivos para los que han sido instauradas en las correspondientes leyes procesales, se alcanzarán en cuanto que cumplan todos los elementos anteriormente expuestos, sin perjuicio de que tengan que observar asimismo otros requisitos previstos en dichas disposiciones legislativas. En particular, tales condiciones, junto con el cumplimiento de los presupuestos relativos al principio de legalidad y de justificación teleológica, son de un lado, que constituyan intromisiones vulneradoras del correspondiente ámbito de protección del derecho fundamental y, de otro, que tales actos procesales se sometan al más estricto cumplimiento de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad.