

LÍMITES A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES*

Sergio ARTAVIA B.**

SUMARIO: I. *Límites a los derechos fundamentales*. II. *Clasificación de los límites a los derechos fundamentales*. III. *Ámbito normativo y sus límites inmanentes, intrínsecos o internos*. IV. *La intervención en los derechos fundamentales*. V. *Fuentes jurídicas de los límites a los derechos fundamentales*. VI. *Requisitos constitucionales de toda limitación a los derechos fundamentales*.

Si bien nuestras cartas magnas carecen de norma en la que se regule, de forma explícita y con carácter general, el tema de los límites de los derechos fundamentales,¹ éstos aparecen en ocasiones particularmente limitados por

* Texto desarrollado por el autor en su obra *Garantías constitucionales en el proceso*, sin publicar.

** Doctor en derecho. Profesor de Derecho procesal del doctorado y la licenciatura en la Universidad Libre de Derecho-Costa Rica. Miembro de la Asociación Mundial de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Autor de 13 libros de derecho procesal civil y de arbitraje. Abogado litigante.

¹ No sucede así, por ejemplo, ni en textos supranacionales que contienen declaraciones de derechos humanos (así, el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 proclama: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás...”; o el artículo 18 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 1950, según el cual: “las restricciones que en los términos del presente Convenio, se imponga a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas”); ni en textos constitucionales de nuestro entorno sociojurídico, como la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 19.1 prevé: “Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho constitucional pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual...”; y en términos similares el artículo 18, incisos 2 y 3 de la Constitución portuguesa de 1976, según el cual: “La ley sólo podrá restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución. Las leyes restrictivas de los derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto y no podrán reducir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales”.

el propio concepto constitucional, o son limitables siempre que se justifique en la necesidad de preservar otro derecho fundamental, bien o valor constitucionalmente protegido.²

I. LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *El concepto general*

La no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal no significa sin más su inexistencia, sino que ese límite puede derivar directamente del reconocimiento constitucional.

Se ha calificado los derechos fundamentales como auténticos derechos subjetivos que pueden hacerse valer frente a los particulares, no obstante cabe afirmar que todos los derechos no son de carácter absoluto.³

Salvo el derecho a la vida, los demás derechos encuentran limitaciones propias de su misma naturaleza. De un lado encontramos las limitaciones establecidas en la misma Constitución, que surge por la propia necesidad de tutelar otros derechos también protegidos y otras que se han dejado a la regulación de la ley, dada la posibilidad técnica de incluir en un texto de esa naturaleza todo lo relativo al ejercicio.

Todo derecho tiene sus límites que, en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.

El ejercicio de todo derecho de contenido procesal, lleva consigo la necesidad de adecuarse a una serie de causas y formas procedimentales, pues —como señaló Montesquieu— el sometimiento de un derecho a determi-

² Otto Pardo, I. de y Retortillo, L. Martín, “Derechos fundamentales y Constitución”, *Revista de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 17, pp. 107 y ss., y 113 y ss.; Peces-Barba, G., *Derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1997, pp. 110 y ss.

³ Así, Moreno Catena, *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación*, Madrid, 1987, p. 132. Gil Cremades, J. J., “La motivación de las decisiones jurídicas”, *Constitución, derecho y proceso. Estudios en memoria de los profesores Herce y Duque*, Zaragoza, 1983, González Cuéllar, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, p. 101.

nas formas, que el proceso se imponen, es precisamente el precio que hay que pagar para protegerlo eficazmente.⁴

2. *Proporcionalidad*

Se reconoce como primer límite a la limitación de los derechos fundamentales el de la proporcionalidad.

Su máximo desarrollo se ubica después de la segunda guerra mundial y es insertado en instituciones como la alemana desde 1964, y aun tiempo antes en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.⁵

En la mayoría de las Constituciones no ha sido contemplado como norma expresa, no obstante la doctrina señala que deriva de los principios y normas constitucionales que configuran un Estado de derecho.⁶ La reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica ha indicado que se trata de un principio que encuentra sustento en la Constitución Política,⁷ el cual ha considerado y convertido en un instrumento de utilidad al examinar las injerencias del Estado en la restricción de derechos fundamentales.⁸

⁴ Montesquieu, Ch. L., *El espíritu de las leyes*, Madrid, Sarpe, 1984, p. 72.

⁵ “La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente”, González Cuellar, *op. cit.*, nota 3, p. 22.

⁶ Mora, Luis Paulino y Navarro, Sonia, *Constitución y derecho penal*, San José, Corte Suprema de Justicia-Escuela Judicial, 1995, p. 172. en ese sentido coinciden plenamente con la concepción externa por Pedraz, quien lo ubica como un principio de un Estado de derecho. La sala constitucional ha establecido que “los límites de proporcionalidad y razonabilidad están implícitos en todo ordenamiento democrático constitucional, no constituye privilegio, son por el contrario, un principio fundamental de sana administración”, sentencia 6674-93.

⁷ Dice la Corte Constitucional de Costa Rica: “el principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica a su vez el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, para realizar los fines propuestos en el derecho de la Constitución... Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines...”, SSC 1739-92, véase también Llobet, Javier, “La prisión preventiva (límites constitucionales)”, San José, Costa Rica, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1997, p. 447.

⁸ Sobre la jurisprudencia constitucional en que se desarrolla el principio de proporcionalidad puede verse una valiosa recopilación de los datos que aporta Carlos Tiffer en *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*, San José, ILANUD-UNICEF, 1999, pp. 31 y ss.

González-Cuéllar y Gimeno Sendra no dudan en atribuir el desarrollo del concepto de proporcionalidad como principio constitucional, de trascendencia en el proceso penal, a la doctrina y jurisprudencia alemana⁹ y ha cobrado tal importancia que el *BverfG* lo ha calificado como máxima constitucional, es decir como criterio de justicia¹⁰ y agrega Pedraz que se trata algo más que un criterio, o una regla o elemento de juicio, es un verdadero principio propio de un Estado de derecho, que ha de observarse como una garantía básica frente a actos que puedan derivar lesiones a derechos fundamentales.¹¹

El principio de proporcionalidad es como un principio general que puede referirse a través de diversos preceptos constitucionales (en especial, de la proclamación constitucional del Estado de derechos y de los convenios regionales para la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas).

En el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas. La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza.

Según la doctrina alemana, este principio exige con relación a las medidas interventoras en un derecho fundamental:

1. Que el fin perseguido por el Estado pueda, como tal, ser perseguido, para lo cual habrá de tratarse de un fin (incluso no escrito) relativo a la protección de otros derechos o bienes constitucionales, respecto de las limitaciones a los derechos sin reserva de ley, o relativo a algunas de las finalidades para las cuales se habilita al legislador a limitar un

⁹ González Cuéllar, *op. cit.*, nota 3, pp. 7 y 22. Gimeno Sendra en el “Prólogo” hace ver la importancia de dicho principio en cuyo desarrollo tiene importancia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁰ Pedraz señala que incluso el Tribunal Constitucional Alemán desde sus inicios (1969), se enfrentó con el principio de proporcionalidad como criterio valorativo constitucional determinante máximo de las restricciones imponibles a los ciudadanos y lo ha utilizado sobre todo en la esfera de los derechos fundamentales (*op. cit.*, nota siguiente, pp. 81 y 82).

¹¹ Pedraz Penalva, Ernesto, *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, Akal-Iure, 1990, p. 79.

derecho, respecto de los derechos fundamentales sujetos a limitaciones directas expresas;

2. Que el medio empleado por el Estado (ley, acto administrativo, resolución judicial) pueda, como tal, ser utilizado;
3. Que la relación del medio para el logro del fin sea adecuada;
4. Que la relación del medio para el logro del fin sea necesario;
5. Que la relación del medio para el logro del fin sea proporcional en sentido estricto.

Ahora bien, con base en lo anterior y la doctrina alemana, aceptada por la doctrina española, dicho principio se desmembra en tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. En España este principio es utilizado como control de las medidas restrictivas de derechos fundamentales y, a su vez, el legislador, ha ido consagrando dicho principio, especialmente en cuanto a criterios delimitado de la intervención restrictiva de las administraciones en las esferas de libertad de los ciudadanos.

Se ha criticado su utilización en España, que el mismo ni siquiera se encuentra enunciado en ninguno de los preceptos que establece la Constitución española, Brage rechaza esta posición indicando que ello no es obstáculo para la utilización del mismo como una técnica que, bien empleada, priva de arbitrariedad en buena medida al control del Tribunal Constitucional; hace más previsible los resultados de dicho control por los operadores jurídicos y proporciona a los ciudadanos y a los tribunales ordinarios parámetros más fijos y seguros.

Hasta 1995, el principio de proporcionalidad era un criterio utilizado para el enjuiciamiento de las medidas limitativas de los derechos fundamentales. Dicho principio hace que se subdivida el enjuiciamiento en tres fases de examen (idoneidad, necesidad y ponderabilidad) respecto de un fin constitucionalmente lícito, sin que haya desaparecido tampoco el llamado principio de razonabilidad.

La técnica de aplicación del principio se trata de que la medida enjuiciada supere los tres test de idoneidad, necesidad y ponderabilidad o proporcionalidad estricta, mediante un orden escalonado. Debe, en primer lugar, examinarse si una medida persigue un fin constitucionalmente legítimo y sólo cuando así sea, se analiza, en segundo término, si la medida constituye un medio adecuado para lograr tal fin. Sólo cuando este primer juicio acerca de la adecuación del medio al fin sea positivo, podrá analizarse si la me-

didada adecuada podrá sustituirse o no por otra medida igualmente eficaz pero menos restrictiva de derechos fundamentales. Sólo si en el caso en particular el juicio resulte negativo, y la medida sea por ello necesaria, habrá que llevar a cabo una ponderación por medio de la cual se sopesen, en términos de derecho constitucional, las ventajas e inconvenientes de la aceptación, o no, de la intervención en el derecho para la libertad de las personas afectadas en sus derechos fundamentales y en aras del bien o interés público contrapuesto que justificaría la restricción.

Si en cualquiera de estos escalones se considera que la medida de que se trate no supera el test correspondiente, podrá detenerse ya el examen y rechazar la medida por inconstitucional.

A. Subprincipio de idoneidad

Hace referencia —conforme Brage señala, citando a González-Cuéllar— tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten el éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación, no siendo necesaria una aptitud completa del medio para que pueda ser considerado idóneo o adecuado.¹²

B. Subprincipio de necesidad, imprescindibilidad o intervención mínima

La medida adoptada debe ser la menos restrictiva del o de los derechos afectados de las medidas efectivas para lograr la finalidad alcanzada. Es decir, si la medida legal adoptada puede tener otras alternativas menos restrictivas del derecho afectado y si también tales medidas están previstas en la ley, habrá de adoptarse la que, siendo igualmente eficaz, sea menos gravosa para el ciudadano afectado.

C. Subprincipio de ponderabilidad, proporcionalidad estricta o prohibición en exceso

En un juicio ponderativo, no comparativo, se trata de ponderar materialmente las ventajas e inconvenientes que se deriven de la intervención de

¹² Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 373.

que se trate en el derecho fundamental para determinar si las ventajas que lleva consigo para el bien público perseguido tienen un peso específico suficiente como para justificarla. Si la carga o gravamen que la intervención conlleva a sus titulares del derecho fundamental afectado resulta gravemente afectado y en forma desproporcionada, la medida no estará justificada con arreglo a este criterio. Dicha ponderación se realiza para un caso en concreto, de ahí que es una ponderación casuística.

Brage, siguiendo a Rodríguez, indica que pueden distinguirse en el proceso de ponderación tres fases:

1. Identificación de los principios (bienes, valores e intereses) en conflicto;
2. Atribución de un peso específico a cada uno de los derechos fundamentales o bienes constitucionales en conflicto, atendiendo a las circunstancias del caso, formulando argumentos sobre el grado de cumplimiento de un principio y sobre el grado de compromiso o de perjuicio de su contrario para cada una de las soluciones posibles al conflicto, y
3. Decisión de prevalencia conforme al criterio de que cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario

3. *Razonabilidad*

Prescindiendo de los diversos intentos de definición doctrinal de dicho juicio, por “razonable” debe entenderse simplemente lo sensato y lógico. Es decir, lo que parece aceptable decidir a la vista de la pluralidad de visiones de un texto legal, no siendo difícil constatar la flexibilidad que otorga la utilización de una técnica de esta clase. Sin embargo, es evidente que no cabe acudir en todo caso a pretendidos factores de razonabilidad para eludir los inconvenientes interpretativos que pudiera plantear la norma legal. Por el contrario, sólo será posible utilizar criterios de esa clase cuando no quepa encontrar soluciones atendiendo a los clásicos de la labor hermenéutica. Como diría Atienza,¹³ lo razonable debe entenderse estrictamente subsidiario de la deducción racional.

¹³ *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 96. “Una primera característica o requisito de las deci-

Ante la pluralidad de opciones que se le ofrecen al juez, con la necesidad de conciliar exigencias provenientes de muy diversas fuentes, su única solución será de acudir a lo que doctrina y jurisprudencia han venido denominando “juicio de razonabilidad”. Es decir, bastará con que su entendimiento del texto pudiera considerarse razonable desde un punto de vista constitucional¹⁴ para admitir la interpretación realizada.

Es posible hablar de límites abstractos

Como límites a los derechos fundamentales debemos señalar que son aquellas normas que restringen de alguna forma la aplicación de principios jusfundamentales *prima facie*, en tanto dicha restricción sea constitucional. Es decir, están destinadas a recortar el ámbito protegido por la norma. Pero por límites en sentido amplio debemos tener en cuenta aquellas afectaciones no legítimas de uno de tales derechos, por lo que se podrían identificar con el concepto de intervención o injerencia en el derecho fundamental.

Se parte de que todas las conductas que encajan en este tipo son conductas permitidas y protegidas jurídicamente a través de la categoría del derecho fundamental. Pero no sería posible proteger absolutamente todas las conductas que encajen en dichos “tipos jusfundamentales” o ámbitos normativos del derecho fundamental.

Por lo que podríamos hablar de un primer nivel de fijación del ámbito protegido de principio por el derecho fundamental, el segundo nivel constituido por la afectación concreta de ese derecho fundamental, y un tercer nivel en que se debe de analizar si la afectación es o no admisible constitucionalmente.¹⁵

Por último no debemos confundir los “límites” de los derechos fundamentales con los “linderos”, que es la forma como se fija el contenido inicialmente protegido por el derecho fundamental, que se refiere a cuál es el

siones jurídicas razonables es su carácter subsidiario con respecto a las estrictamente racionales. Esto quiere decir que sólo está justificado acudir a criterios de racionalidad estricta, y sólo en la medida en que éstos resulten insuficientes”.

¹⁴ Atienza, Manuel, “Sobre lo razonable en derecho”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 27.

¹⁵ Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, *op. cit.*, nota 12, p. 79.

ámbito de protección, es decir los límites fuera de los cuales cualquier conducta no estará amparada.

II. CLASIFICACIÓN DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *Límites constitucionales directos e indirectos*

Los límites a los derechos fundamentales son siempre normas de rango constitucional o límites directos y los límites establecidos por normas de rango subconstitucional cuya existencia se encuentra autorizada por normas de rango constitucional; son límites indirectos.

Brage hace referencia a la distinción que realiza Alexy, quien refiere que entre las cláusulas restrictivas directamente constitucionales alguna diferencia entre las que tienen una referencia directa, a aquellas que tienen dentro de su contexto alguna referencia a normas que tienen un rango a normas de un rango inferior al constitucional, las cuales sólo cuando hagan referencia a otra norma de rango constitucional serán directas.

En cuanto a las restricciones indirectamente constitucionales están las explícitas y las implícitas. Las explícitas son las disposiciones jusfundamentales o partes de las mismas que autorizan expresamente intervenciones, restricciones o limitaciones. Cláusulas de reserva implícitas habría en todos aquellos casos en que se hace referencia a las leyes ordinarias como restricciones.

También Brage¹⁶ refiere que Stern distingue entre límites directamente constitucionales, límites constitucionales directos (a través de reserva de ley, simple o cualificada) o límites que se derivan de la resolución de la colisión de un derecho fundamental, bien con otro u otros derechos fundamentales o bienes constitucionales.

2. *Límites inmanentes stricto sensu y límites externos*

Los límites inmanentes son los que derivan para un derecho fundamental de la necesidad de preservar otros derechos fundamentales o bienes constitucionales aun sin estar explícitamente previstos en el texto constitucional, mismos que derivan de una interpretación sistemática del texto constitucional. Pero para algunos autores, esta terminología lleva a error

¹⁶ *Op. cit.*, nota 12, p. 85.

entre la inminencia que deriva del mismo derecho fundamental y la que deriva del sistema constitucional, de ahí que prefieren hablar de límites inmanentes *lato sensu* como límites implícitos, no sólo porque están implícitos en una interpretación de conjunto de la Constitución, sino también porque se contraponen a los límites en ella expresos o explícitos.

Generalmente sólo hay límites externos al derecho fundamental, no existen límites inmanentes; por lo que cualquier restricción para resultar válida operativamente en términos jurídicos, debe resultar constitucionalmente justificada. Para la doctrina y jurisprudencia españolas, no existen sencillamente límites inmanentes, ya que cualquier restricción a un derecho fundamental es una restricción externa al derecho, que procede fuera de él y que, si quiere resultar válidamente operativa en términos jurídicos, debe resultar constitucionalmente justificada y someterse al conjunto de garantías que la Constitución prevé.

También existen límites expresos en el texto constitucional para cada derecho fundamental y los implícitos, que son aquellos que sin figurar expresamente como tales en la Constitución para un determinado derecho o varios de ellos; se deducen de su interpretación metaliterar, bien por ser bienes constitucionales cuya preservación exige dicha limitación, bien a través de un trasvase de los límites expresos de un derecho fundamental u otros.¹⁷

Un límite puede resultar implícito para cierto tipo de derechos fundamentales y no necesariamente para otros.

3. *Límites de la garantía y límites de reserva*

Los límites a la garantía que tienen como causa la propia garantía se subdividen en:

- *Límites objetivos*: que son determinados objetivamente a partir de su contenido y esencia, debiendo ser especificados por cada derecho.
- *Límites personales*: se determinan en función de los legitimados al ejercicio del derecho.

También se distingue entre límites a la garantía que se encuentran contenidos en la propia garantía del derecho fundamental de que se trate (límites

¹⁷ *Ibidem*, p. 88.

inmanentes a la garantía) o que resulten del sistema de disposiciones justfundamentales (límites sistemáticos a la garantía), sin que haya una correspondencia entre esta última clasificación y la anterior, pues tanto los límites inmanentes como los sistemáticos a la garantía pueden ser objetivos o personales.

La mayoría de los autores diferencian cuatro tipos de garantía:

a) Límites a la garantía objetivos e inmanentes, especialmente el concepto del objeto garantizado (pensamiento, conciencia, ligación, arte, ciencia, asociación, vivienda, propiedad, etcétera).

b) Límites a la garantía objetivos y sistemáticos, que requieren para su determinación una cierta ponderación, y siendo de destacar en este ámbito las relaciones tirantes entre derechos de libertad y de igualdad por ejemplo, ya que entre más espacio se deje al individuo para el libre desarrollo de su personalidad, más desigual es la relación de unos con otros.

c) Límites a la garantía personales e inmanentes, comprendiéndose aquí los límites derivados del reconocimiento de ciertos derechos sólo a nacionales; los límites derivados de la llamada mayoría de edad para los derechos fundamentales.

d) Límites a la garantía personales y sistemáticos, por ejemplo, los que resultan para el principio de igualdad por la aplicación simultánea de una disposición de derechos fundamentales que sólo protege a todos los nacionales.

e) Existe otra modalidad de límites personales a las garantías que se derivan de las relaciones especiales de poder.

4. *Límites de reserva*

Los límites de reserva son aquellos que reservan a la relación sistemática del derecho fundamental con los restantes valores y principios constitucionales. Entre los límites de reserva distingue Brage, citando a Mangoldt y Klein, entre los directa y los indirectamente constitucionales.

Los límites de reserva directamente constitucionales, se derivan de las propias regulaciones expresadas de la ley, teniendo un efecto limitador directo desde la propia Constitución, con la cual las leyes limitadoras tienen efecto puramente declarativo, al igual que ocurre con relación a los límites a la garantía. Éstos a su vez pueden ser generales (derechos de otros, orden constitucional, ley moral) o especiales, para un derecho en particular.

Límites de reserva indirectos son los límites por medio de leyes, medidas administrativas o decisiones judiciales que se verifican en virtud de

una reserva de la ley expresamente relacionada con ellos, teniendo un efecto limitador sólo indirectamente desde la Constitución, aunque en ella se funden, pues no son establecidos por ella directamente. Estos límites no pueden ser generales pues una limitación indirecta general conduciría a la disolución de los derechos fundamentales, pero sí pueden ser límites con fundamento en la ley, o sólo con base en la ley, y cada una de estas dos modalidades puede aludir, a su vez, a las leyes generales o leyes especiales.

La ley tendrá un efecto constitutivo en el caso de límites con fundamento de ley; y en el caso de leyes solamente “con base” en la ley, un mero efecto autorizatorio, puesto que en este último supuesto no es la ley, sino la medida administrativa o la decisión judicial la que establece el límite indirectamente inconstitucional.

Sin embargo esta clasificación de Mangoldt y Klein ha sido altamente criticada por un exceso en la facultad del legislador, ya que pareciera que con dicha clasificación los límites no están a la libre disposición del legislador, quien a su vez está también vinculado por estos derechos. Además el hombre no vive aislado, sino en comunidad, de donde también se derivan límites a esos derechos fundamentales.

5. Límites generales, específicos y relativos al ejercicio del derecho

Brage, autor utilizado para desarrollar esta clasificación, indica que Peces-Barba propone una clasificación de especial valor por su originalidad y por su amplio alcance. Distingue las siguientes clases de límites:

1. Límites jurídicos generales y de carácter material, que no son exclusivos de los derechos fundamentales, sino que abarcan a todo ordenamiento y que serían la moral básica positivizada en los valores superiores del ordenamiento jurídico, mismas que pueden encontrarse en normas de la propia Constitución, o en las leyes orgánicas, en principios de organización de poderes e instituciones, o en otros principios y los derechos ajenos.
2. Límites generales específicos de los derechos fundamentales, no comunes a otros derechos subjetivos, y que serían límites formales, estos es, competenciales, pues habilitan al juez o al legislador a restringir derechos fundamentales.
3. Límites específicos de cada derecho y de carácter material, que no están necesitados de la *interpositio legislatoris*.

4. Límites en el caso concreto, en el ejercicio del derecho por su titular, los que pueden ser de dos tipos, según se sitúen en aspectos o formas de actuación del titular del derecho, o se encuentren en el acto de aplicación, en las circunstancias del caso. En el primer caso se trata de límites subjetivos, que serían la prohibición del abuso del derecho y la exigencia de buena fe, respecto de los que se considera que es irrelevante la sede de reconocimiento en que se encuentren pues son límites a todos los derechos. Como ejemplo resultaría ser el derecho de reunión que se fijara por la Ley Orgánica una prohibición para que en las reuniones de asociaciones paramilitares, lleguen sus miembros vestidos de militares. En el segundo caso, se trataría de límites como el sentido de la pena respecto de los reclusos por ejemplo, o la jerarquía administrativa en el caso de los funcionarios, etcétera.

6. *Límites de lugar y tiempo*

Ocasionalmente, algunas Constituciones determinan dónde debe sesionar el cuerpo constituyente. Se discute si el poder preconstituyente puede fijar al Constituyente su lugar de sesión. Cuando el primero tiene poder de regulación, parece obligado a admitir también su facultad de determinar la sede del convocado (salvo supuestos de fuerza mayor que autoricen el traslado a otro lugar, caso en el cual habría poderes implícitos de órgano constituyente para mudarse a otra plaza).¹⁸

Como límites de tiempo tenemos que, en ciertos supuestos, la Constitución establece el lapso de validez de funcionamiento del Poder Constituyente derivado. Muchas veces la Constitución guarda silencio. Pero ello no obsta que se pueda regular el periodo de funcionamiento del Poder Constituyente. Sobre el punto si el poder preconstituyente puede regular el periodo de funcionamiento, o bien, prorrogar el término dispuesto por el poder preconstituyente hay tres posiciones: a) la negatoria: descarta tal derecho; b) la admisoría: que permite, como una facultad implícita del Poder Constituyente constituido, y c) la ecléctica: que consiente la prórroga, salvo que la ley de convocatoria expresamente la prohíba.¹⁹

¹⁸ Pedro Sagués, Nestor, *Elementos de derecho constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, t. I, p. 126.

¹⁹ *Ibidem*, p. 127.

III. ÁMBITO NORMATIVO Y SUS LÍMITES INMANENTES, INTRÍNSECOS O INTERNOS

Si los tipos penales deben de interpretarse restrictivamente es justamente porque tienden a limitar la libertad de los ciudadanos y de sus derechos fundamentales; de ahí que los tipos penales marcan taxativamente una conducta que no puede realizarse; mientras que en el caso de los tipos fundamentales, no se señala de modo taxativo una conducta que, siempre que se realice, puede entenderse por el derecho fundamental, pues los derechos fundamentales son supuestos abiertos que se conciben *a priori*, pero cuyo ejercicio hay que relacionar luego con los derechos fundamentales de los demás y con otros bienes constitucionales en una ponderación *lato sensu* que tiene un juego importante para determinar si hay o no en cada caso una protección definitiva del derecho.

Es por ello que los tipos penales abiertos en el derecho penal son en forma rigurosa excepción y en materia de derechos jusfundamentales son siempre tipos abiertos en su configuración constitucional y, en buena medida, siguen siéndolo en su configuración legal, concretizadora de la Constitución.

Porque antes de averiguar si otros bienes limitan la conducta inicialmente protegida por el derecho fundamental y, de ser así, en qué condiciones o términos, hay que saber si la conducta en efecto encaja en la definición constitucional del derecho fundamental, en el tipo o ámbito normativo del derecho fundamental.

Ahora bien, es función del Tribunal Constitucional en España, y de la Sala Constitucional en Costa Rica, definir por medio de la realización de perfiles más o menos delimitados un concepto de todos y cada uno de los derechos fundamentales que nuestra Constitución consagra, por medio de la resolución de casos particulares para amparar a los titulares de aquellos en su ejercicio constitucionalmente legítimo, jurisprudencia en la que subyacen ciertos elementos comunes generales que permiten construir, sin perjuicio del correspondiente enfoque crítico, en aras de una teoría general de los derechos fundamentales, al menos de sus aspectos básicos.

En el derecho español, el Tribunal Constitucional ha mantenido una interpretación amplia de los derechos fundamentales, lo que no obsta que en casos particulares adopte una posición más bien estrecha. Siendo aparentemente, en aras de un Estado de derecho, una interpretación amplia la adecuada, como una técnica puesta al servicio de la tutela de los derechos fundamentales, si bien es cierto dicha tutela también se podría lograr mediante

una concepción estrecha, ello conlleva mayor dificultad, derivado de su carácter cerrado y no explícito en sus argumentaciones. Ya que se supone que una interpretación amplia conlleva una mayor transparencia.²⁰

Para Brage son rechazables las tesis que bajo el manejo de límites inmanentes parten en el fondo de una concepción estrecha del ámbito normativo.

Límites inmanentes o internos a los derechos fundamentales

Se trata de los límites a los derechos fundamentales que se derivan directamente de la Constitución, pero sin que ésta los haya previsto en forma expresa. Dichos límites tienen relación con aquellos derechos fundamentales garantizados por la ley sin regular. Al decir que estos derechos se encuentran garantizados por ley sin reservas no quiere decir que se encuentran garantizados sin límite alguno.

Para algunos autores criticando la terminología alemana, prefieren hablar de límites “implícitos”, ya que dichos límites si bien es cierto no están literalmente previstos para un determinado derecho fundamental, pero le son de aplicación a partir de una interpretación conjunta del texto constitucional.²¹

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha rechazado toda posibilidad de limitar a los derechos fundamentales a través de normas de rango inferior a la Constitución, así como cualquier préstamo de los límites previstos expresamente para un derecho fundamental a otros diversos, y también se ha pronunciado en contra de cualquier reserva global jurídico material para todos los derechos fundamentales.

Lo que no implica negar toda posibilidad de limitación de los derechos fundamentales sin reserva de ley o previsión específica de límites, sino más bien a la formulación de una doctrina o interpretación propia en virtud de la cual se hace posible la limitación de los derechos fundamentales sin reserva de ley bajo condiciones constitucionales estrictas; asimismo, el enjuiciamientos de todo límite a tales derechos, desde un parámetro constitucional estricto.

De todo ello se extrae el principio de “unidad de la Constitución”, es decir dar una interpretación global y sistemática de la ley. El Tribunal Constitucional Federal alemán viene a exigir una ponderación, o bien, la observan-

²⁰ Brage, *op. cit.*, nota 12, p. 259.

²¹ *Ibidem*, p. 164.

cia del principio de proporcionalidad, entre los derechos fundamentales limitados y los derechos fundamentales de terceros o bienes constitucionales colindantes, mediante el hallazgo de un equilibrio de los intereses contrapuestos y protegidos jurídica y constitucionalmente en igual medida.

Brage sostiene que los límites internos al derecho no siempre son fáciles de trazar o de deslindar de otros límites. Su definición sólo puede provenir de los operadores jurídicos; al legislador le corresponde fijar esas fronteras en la regulación de los derechos fundamentales; los tribunales tienen que controlar que dicho trazado sea correcto, complementándolo y adecuándolo ante las exigencias de la cambiante realidad social mediante la cotidiana resolución de los problemas que se plantean.²²

Ahora bien, como ya se indicó anteriormente, en la doctrina española no se acepta la existencia de límites implícitos o inmanentes, considerando que el abuso del derecho, la veracidad de la información en el derecho de prensa, o restricciones al derecho de reunión, mediante la prohibición de reuniones que inciten a actos de violencia o con armas, son al final de cuentas restricciones o límites externos, y no internos como jurisprudencialmente y doctrinal en Alemania se ha querido interpretar.

IV. LA INTERVENCIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por intervención en los derechos fundamentales puede entenderse cualquier actuación positiva (acto administrativo), vía de hecho, resolución judicial a norma) u omisión de los poderes públicos a través de la que se produzca un recorte en el ámbito normativo inicialmente protegido para un derecho fundamental (su tipo y contenido).

En primer lugar, para poder hablar de que estamos ante una intervención en un derecho fundamental hay que determinar previamente que tal derecho fundamental es de aplicación al supuesto de hecho de que se trate, pues sólo si es aplicable cabe lógicamente que haya una intervención en el mismo.

Cabe determinar ahora si una intervención en el derecho fundamental puede considerarse grosera a muy grave, leve o incluso una intervención bagatela. De ahí que debe tenerse en cuenta la intensidad de la intervención, ya que entre más intensa sea ésta y dependiendo del derecho fundamental afectado, mayor ha de ser, correlativamente, la densidad del con-

²² *Ibidem*, p. 261.

trol, más rigurosa habrá de ser su justificación y, por consiguiente, los requisitos de legitimidad a que haya de someterse, aunque en ello hayan de influir también otros factores.

Así por ejemplo, en las diligencias judiciales en un proceso penal, como son las intervenciones corporales, que afectan por lo general la integridad física, el Tribunal Constitucional español distingue, atendiendo al grado de sacrificio que impongan a este derecho, entre intervenciones leves y graves, definiendo cómo serán las de un tipo y las del otro. De ahí que cuando la intervención es de escasa intensidad en la afectación del mismo, no están necesitadas de justificación constitucional, sino simplemente sujetas a un escrutinio menos estricto y por ende dichas intervenciones están menos necesitadas de justificación o motivación alguna.²³

El Tribunal Constitucional ha aceptado en casos ligados al derecho de la personalidad, como es el caso del derecho al honor, la existencia de una posible intervención “difusa” en el derecho, al verificar la afectación del derecho mencionado en aquellos casos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes, siempre y cuando éstos sean inidentificables, como individuos, dentro de la colectividad.²⁴

Por último, cabe destacar que el Tribunal Constitucional considera que la existencia de una intervención en los derechos fundamentales de terceros puede ser estudiada en el marco del recurso de amparo en la medida en que la lesión de aquéllos tenga incidencia en los derechos del solicitante de amparo. Ejemplo, alegar la nulidad del registro o allanamiento realizado en la casa de un tercero, y de esa forma lograr la declaratoria de nulidad de las pruebas obtenidas mediante dicho registro, y de esa forma reforzar su presunción de inocencia en un proceso penal.

V. FUENTES JURÍDICAS DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pese a que de la jurisprudencia constitucional tomada en su literalidad podría decirse que los textos internacionales en materia de derechos humanos pueden operar como fuentes de límites a los derechos fundamentales; como ya hemos dicho, tal posibilidad debe ser descartada, pues tales documentos internacionales podrán ser utilizados para la “interpretación” de los

²³ *Ibidem*, p. 294.

²⁴ TC, 214/1991.

derechos fundamentales o constitucionales y también sus límites, por considerarse éstos incluidos entre las normas relativas a los derechos fundamentales, pero sólo para su interpretación, no para asumir límites previstos en tales documentos que no tengan fundamento constitucional directo.

El fundamento de los límites debe resultar de la propia Constitución y los textos internacionales, en materia de derechos humanos, pueden servir como complemento hermenéutico o para mayor argumentación, pero no como fuente de los límites de los derechos fundamentales.

Con mayor razón debe descartarse la operatividad del derecho natural como fuente de límites a los derechos fundamentales, pues tal derecho habrá de permanecer simplemente en la retaguardia del Estado constitucional como criterio de análisis crítico o con otras posibles funciones, pero sin ninguna validez jurídica en el sistema constitucional para limitar los derechos fundamentales.

También se rechaza la posibilidad de que existan límites generales. Se considera que ni siquiera pueden aceptarse que los bienes constitucionales sean un límite general a los derechos fundamentales porque, en tal caso, serían límites demasiados genéricos y que nada dicen. No cualquier bien constitucional puede limitar cualquier aspecto de cualquier derecho constitucional. Un determinado bien constitucional podría limitar un aspecto en concreto de un determinado derecho fundamental, pero difícilmente ese mismo bien constitucional podrá limitar otros aspectos o dimensiones de ese mismo derecho o de otros derechos fundamentales.

En el derecho español —como ya se indicó— se rechaza la posibilidad de que existan límites inmanentes o intrínsecos, derivados de la propia naturaleza de los derechos fundamentales. Los únicos límites válidos para el derecho español son los que tengan su fuente en la Constitución y resulten bien de sus disposiciones expresas (límites explícitos), o bien, de su interpretación conjunta de sus preceptos (límites implícitos); ya que el Constituyente no los ha explicitado, sino que se han de deducir de una interpretación sistemática y global de la Constitución.

Las cláusulas de restricción conceptual, como límites explícitos de contenido material, sí son aceptadas por el derecho español constitucional. Éstas serían por ejemplo las exigencias constitucionales que tiene España de que las reuniones se realicen en forma pacífica y sin la portación de armas (artículo 21, CE), o de que la información sea veraz (artículo 20, CE), o las excepciones a la inviolabilidad domiciliaria cuando medie consentimiento del titular o delito flagrante (artículo 18, CE). En estos casos se en-

tiende que la ponderación ya la ha realizado el Constituyente, y la proporcionalidad habrá que aplicarla mucho más matizadamente que en los casos en que la Constitución fije los límites sin esta fórmula de restricción conceptual.

También pueden considerarse como límites explícitos materiales las restricciones que la Constitución, o el legislador autorizado a ello, establece respecto de la titularidad de un derecho fundamental. Para algunos, estos problemas más que ser considerados como límites, deben ser tratados como un asunto de la titularidad de un derecho fundamental. La restricción legal deja ésta acaparada constitucionalmente si convierte al derecho proclamado en una pura apariencia de lo que en realidad es, borrando sus perfiles, desnaturalizándolo. También, en otros casos, la condición subjetiva del titular de derechos fundamentales, puede operar, con la oportuna base constitucional, como razón de ser de ciertas restricciones o modulaciones de derechos fundamentales, constituyendo así otros supuestos de límites materiales subjetivos.

Ahora bien, la existencia de criterios o parámetros generales o comunes a todos los derechos fundamentales para el control de la constitucionalidad de sus limitaciones, en especial el principio de proporcionalidad, conlleva una cierta homogeneidad de todos los derechos fundamentales en cuanto al control de sus limitaciones, pero ni dicho principio se aplica por igual a cada derecho, ni las posibilidades de limitación del derecho fundamental por parte del legislador son las mismas cuando la propia Constitución prevé un límite material expreso, que cuando prevé un límite expreso formal (o de habilitación competencial), ni tampoco que cuando no prevé un límite no formal ni material.

Cuando la Constitución prevé expresamente un límite material está fijando en línea de principio las únicas finalidades o los únicos criterios sustantivos que justifican una limitación al derecho fundamental; en cambio, cuando prevé sólo un límite formal, no señala criterio sustantivo alguno, lo cual no significa que cualquier límite impuesto por la autoridad competente sea posible, sino que habrá de serlo conforme a los principios y valores constitucionales en general, sin perjuicio de que la Constitución española puede señalar expresamente, junto a límites formales, también límites materiales.

Como límites implícitos las Constituciones aceptan aquellos que vienen constituidos por los derechos fundamentales y otros bienes constitucionales en cuanto pueden operar como restricciones al contenido inicial de un

derecho fundamental. Mas no como límite general para todos los derechos fundamentales, ya que ni todos los derechos tienen que tener límites implícitos, ni los límites implícitos tienen por sí mismos, en este sentido genérico, un contenido definido, sino que son simplemente una categoría que sirve como fuente para determinar límites.

Estos límites implícitos, según la doctrina, no son límites que operen exclusivamente respecto de los derechos fundamentales a los que la Constitución no señala explícitamente límites de ninguna clase, sino que son límites que también operan respecto de aquellos derechos fundamentales con límites explícitos en la propia Constitución.²⁵

Los límites que se derivan de la coexistencia con otros derechos fundamentales, incluso cuando se trata de límites específicamente previstos por el texto constitucional, como los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen respecto a las libertades informativas, por ejemplo, se les ha considerado por la doctrina alemana como límites inmanentes, lo que para la doctrina española resulta totalmente erróneo, ya que ellos siguen siendo límites externos, sólo que implícitos o no expresos en el texto constitucional y que se derivan de la necesaria coexistencia con otros bienes, valores o derechos constitucionales.

VI. REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE TODA LIMITACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Reserva de ley. En principio sólo por reserva de ley podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos, considerados derechos fundamentales. Con ello, lo que se pretende es excluir al Ejecutivo, y a su producción normativa propia, vía reglamento, de toda posibilidad de incidir sobre la regulación de estos derechos.

Aspectos relevantes a considerar dentro del criterio de reserva de ley según Brage:

1. *Operatividad directa de los derechos fundamentales en la medida en que la naturaleza del derecho lo permita.* Es decir, las leyes sólo valen en el marco de la Constitución y, muy especialmente, de los derechos fundamentales. Una característica esencial de los derechos fundamentales de la Constitución, resulta ser que los derechos fundamentales, no así sus lími-

²⁵ Brage, *op. cit.*, nota 12, p. 302.

tes, resultan directamente vinculantes, incluso a falta de regulación legislativa, en la mayor medida en que la naturaleza del derecho lo permita.

2. *Inoperatividad directa contra de los límites a los derechos fundamentales.* La operatividad inmediata del derecho fundamental, sin necesidad de desarrollo legislativo, no debe inducir a confusión y no se puede, por ende, concluir que existe una operatividad inmediata, sin la necesidad de la *interpositio legislatoris*, de los límites constitucionales. Se debe distinguir los límites constitucionales expresos en los que se establece una reserva expresa de jurisdicción para restringir el derecho (límites de habilitación competencial a favor del juez), los límites implícitos (incluye los límites de competencia a favor del legislador) y los límites expresos con un contenido material y no de mera habilitación.

El único caso que acepta la doctrina en que podría resultar discutible si puede admitirse la existencia de límites a los derechos fundamentales sin una previa *interpositio legislatoris* es el de los límites expresos que resulten en sí mismos claros y mínimamente determinados. De ahí que la *interpositio legislatoris* será precisa cuando los límites aluden a determinaciones jurídicas que sólo el legislador puede establecer (por ejemplo la naturaleza delictiva de los fines perseguidos con distinta intensidad).

No será, en cambio, necesaria esa intervención previa del legislador, aunque sí sea legítima y deseable, cuando los límites consisten en categorías jurídicas con un valor establecido (ejemplo: la flagrancia respecto a la inviolabilidad del domicilio). Tampoco es necesaria la mediación del legislador cuando se trate de conflictos entre derechos fundamentales, pero sí es deseable que exista una ley que marque ciertos criterios de resolución del conflicto.

3. *Casos no cubiertos por reserva de ley.* La reserva de ley no siempre se refiere absolutamente a todos los que se consideran derechos fundamentales; sin embargo, en el caso de la igualdad la doctrina considera que pese a que no se establece, sí debería regir alguna regulación en los casos en que se afecte a alguna de las categorías de “sospechosas” de diferenciación (raza, sexo, religión...) o cuando la regulación tenga un carácter en gran medida general y no sectorial.

4. *Integración como garantía del derecho fundamental.* La reserva de ley, y en su caso la Ley Orgánica, no es un elemento extraño al derecho fundamental de que en cada caso se trate, sino que es un elemento que se incorpora a su contenido del derecho como uno de sus componentes.

5. *Fundamental*. El Tribunal Constitucional español ha considerado que la reserva de ley entraña una garantía esencial del Estado de derecho, y como tal debe ser preservado. Su significado es asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos del Ejecutivo y de sus reglamentos.

6. *Prohibición de analogía*. No es aceptable considerar que una norma legal que habilita a adoptar una determinada medida restrictiva de un derecho fundamental (ejemplo, prisión preventiva), también pueda servir de cobertura para otras restricciones de menor intensidad del derecho fundamental.

7. *Posibilidad de desarrollo reglamentario*. La colaboración reglamentaria es admitida siempre que tales remisiones normativas no hagan una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley.

8. *Densidad reguladora*. En cuanto a su contenido material necesario, o densidad reguladora, resulta variable, siendo intensa en los casos de tipificación de una conducta delictiva o antijurídica que en otros casos. Ya que la ley que restrinja un derecho fundamental debe expresar con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora, mediante reglas precisas que hagan previsibles al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias.

9. *Reserva general y reserva específica de la ley*. Mientras que se actúe dentro del marco de la reserva general, el legislador opera con libertad dentro de los límites que la Constitución impone a la configuración legislativa de los derechos y puede no actuar si así lo considerara necesario.

10. *Reserva de ley orgánica*. Tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o las desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo por ende aquellas otras que afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito de aplicación de modo restrictivo y excepcional.

11. *Irretroactividad de la reserva de ley*. No es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el derecho anterior a la Constitución y que se aprobaron respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento preconstitucional de su promulgación.

