

Informe de Investigación

Título: La reserva de Ley en los Derechos Fundamentales

Rama del Derecho: Derecho Constitucional.	Descriptor: Garantías Constitucionales.
Tipo de investigación: Compuesta.	Palabras clave: Reserva de Ley, Derechos Fundamentales, Infracción al Principio, Garantía de contenido esencial.
Fuentes: Doctrina, Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 07 – 2010.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina.....	2
La reserva de ley en los derechos fundamentales.....	2
1. Introducción.....	2
1.1. La primera manifestación: el legislador (constituido o subconstitucional) como único poder encargado de actuar sobre los derechos fundamentales.....	2
1.2. La segunda manifestación de la fundamentalidad de un derecho: la existencia de un límite infranqueable para el legislador.....	3
1.3. La tercera manifestación de la fundamentalidad de un derecho: la previsión de un control jurisdiccional sobre la actividad del legislador de los derechos fundamentales.....	3
2. Reserva de ley y Constitución.....	4
2.1. Un primer paso hacia la delimitación del derecho fundamental: Lo que no se encomienda al legislador.....	4
2.2. La reserva total de ley de los derechos fundamentales.....	5
2.3. La reserva de ley del artículo 53 CE y su relación con la reserva de Ley orgánica (artículo 81 CE).....	7
2.4. La actividad legislativa en sentido estricto.....	10
2.4.1. Derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal.....	11
2.4.1.1. Los límites de los límites en el "momento legislativo".....	11
1. El principio de proporcionalidad.....	11
2. La garantía del contenido esencial.....	12
2.4.1.2. Los "límites de los límites" en el "momento aplicativo", el principio del "efecto recíproco" entre el derecho fundamental y la ley que habilita a limitarlos (o principio de la interpretación de la ley limitadora de derechos fundamentales de manera favorable o conforme a la efectividad de los mismos).....	12
2.4.2 Derechos fundamentales no sometidos a reserva (o habilitación) delimitación legal....	13



2.4.2.1. "Los límites de los límites inmanentes": el principio de concordancia práctica.....	15
2.4.2.2. ¿ Delimitan los límites inmanentes la extensión del ámbito de protección del derecho fundamental? o ¿están sometidos a la reserva de ley organica?.....	15
3. Una propuesta interpretativa sobre la reserva de ley en los límites de los derechos fundamentales.....	16
NOTAS	18
3 Jurisprudencia.....	26
Res: 2009-09199.	26
III.- Sobre el fondo. La supuesta infracción al principio de reserva de Ley.-.....	28
RAZONES DIFERENTES DEL MAGISTRADO JINESTA LOBO	33
VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO ARMIJO SANCHO:	34
Nota del Magistrado Vargas Benavides.	34

1 Resumen

En el presente resumen, se presenta doctrina española que explica de una manera detallada la reserva de ley que existe en los derechos fundamentales. También se adjunta una jurisprudencia, en la cual se explica el principio de reserva de ley y en la misma se enuncian varios puntos importantes del contenido de esta garantía legal.

2 Doctrina

La reserva de ley en los derechos fundamentales

[FERNÁNDEZ NIETO]¹

1. Introducción

Los derechos fundamentales se proyectan ante todo en la distinción, poder constituyente y poderes constituidos y más específicamente en la tensión legislador constituyente y legislador constituido[1]. Esta tensión entre legislador constituyente y constituido, surge por la tarea impuesta por aquél a éste de tener que completar y consumir los derechos que configura y establece la Constitución, teniendo que hacerlo constreñido por un límite infranqueable la interdicción o proscripción de lesionar el contenido esencial de esos derechos pues de lo contrario la intervención legislativa desfigura dicho contenido y ésta no sería válida. Dada la naturaleza incompleta de las normas que reconocen los derechos fundamentales el constituyente ha previsto que debe existir alguien encargado de completar y desarrollar lo relativo al contenido y ejercicio de los derechos configurados en la Constitución. El sujeto al que ésta atribuye con exclusión de otros poderes normativo (reserva de ley) esa necesaria tarea legislativa es el legislador.

1.1. La primera manifestación: el legislador (constituido o subconstitucional) como único poder encargado de actuar sobre los derechos fundamentales

Señala UGARTEMENDÍA[2] que la tarea del legislador es concretizar el contenido de los derechos y la de concretizar los límites que la Constitución prevé de forma explícita o impuesta para el ejercicio de esos derechos, junto a esos dos tiene la posibilidad de aumentar o analizar nuevos contenidos adicionales al

contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental. La función del legislador es concretizadora y descubridora y no una función creadora. En segundo lugar, el legislador tiene una tarea regulativa en el ámbito de los límites al ejercicio de los derechos que constitucionalmente ha delimitado.

Como es conocido, el fundamento constitucional de la existencia de esos límites reside en la necesidad de evitar que el ejercicio de un derecho constitucional- fundamental menoscabe el disfrute de otros derechos o bienes igualmente reconocidos y protegidos por el constituyente (principio de unidad).

Ahora bien, los derechos reconocidos por la Constitución, en cuanto bienes de relevancia constitucional sólo pueden delimitar al ser limitados desde la idea de salvaguardar otros derechos o bienes de igual relevancia constitucional esto es en función de límites que sea de forma explícita o implícita deriven de la propia Constitución. Por ello, la actividad limitante que desarrolla el legislador sobre los derechos no puede consistir en una actividad de creación de límites sino de concretización de las posibles limitaciones que la Constitución apunta o justifica". Un ejemplo significativo: en el Código Penal se recoge disposiciones legales que limitan derechos fundamentales como la libertad, la propiedad, en aras de salvaguardar otros derechos o bienes constitucionales.

Finalmente, al margen de estas dos tareas de concretización de la regulación constitucional existe también la posibilidad de una tercera modalidad de intervención legislativa relacionada con los derechos fundamentales, si bien se trata de una modalidad de actuación indirecta o meramente colateral y que al contrario de las dos anteriores no está reservada al legislador. Se trata de una hipotética labor de mejora o implicación del contenido constitucionalmente declarado de los derechos creando facultades poderes suplementarios de los mismos (un contenido adicional o suplementario y añadible al contenido constitucionalmente delimitado[3]. Así, en la STC 195/1989 de 27 de noviembre, se establece el derecho a que los padres reciban educación en la lengua oficial de su preferencia en el centro de elección, o dotar carácter prestacional a los derechos fundamentales, concediendo subvenciones para asegurar su vigencia real, así en ATC 162/1995 de 7 de noviembre. Si se opta, por la concepción estricta del contenido de los derechos (teoría de los límites internos o intrínsecos) se entenderá que el legislador no limita constitucionalmente los derechos, sino que únicamente declara su contenido al regular su ejercicio armonizándolo.

Por ello, la exigencia constitucional de respetar el contenido esencial de los derechos no se configura como un límite a la actividad limitadora de los derechos sino como un límite a la actividad reguladora de los derechos por parte del legislador, como un mandato para el desarrollo de los derechos fundamentales, esta es la postura de MARTÍNEZ PUJALTE[4], y parece desprenderse de la jurisprudencia constitucional, así en STC 159/86, 105/90 de 6 de junio, 20/90 de 15 de febrero).

1.2. La segunda manifestación de la fundamentalidad de un derecho: la existencia de un límite infranqueable para el legislador

La labor legislativa de regular el ejercicio de los derechos fundamentales está constreñida por un límite: la prohibición de lesionar el contenido esencial de los derechos. Hay que reconocer que la concepción del contenido esencial como límite de la actividad limitadora no una concepción consensuada a nivel doctrinal.

1.3. La tercera manifestación de la fundamentalidad de un derecho: la previsión de un control jurisdiccional sobre la actividad del legislador de los derechos fundamentales

La Constitución no se limita a establecer cuales son las posibilidades y los límites de actuación legislativa sobre los derechos sino que además prevé un sistema de tutela jurisdiccional sobre esa tarea del legislador subconstitucional un sistema de tutela que actúa en caso de que no se respete ese contenido constitucional o prelegislativo de los derechos, es el control de constitucionalidad.

Esa tercera manifestación serviría para manifestar que hablar de derechos fundamentales es hablar de la posibilidad de corregir o enmendar las posibles transgresiones que el legislador y derivadamente el resto de los poderes pueden cometer sobre los mismos[5].

2. Reserva de ley y Constitución

Los derechos fundamentales ofrecen la particularidad de que el propio legislador constituyente determinó el modo directo la extensión, el contenido y la intensidad de sus posibles concreciones de forma que los límites de tales derechos tanto expresa como inmanente, por lo que corresponde al legislador la tarea de su interpretación[6]. MÜLLER y HESSE[7], destacan que, el legislador sólo tiene una tarea de interpretación en las normas sobre derechos fundamentales. Al legislador sujeto a la Constitución le corresponde concretar o desarrollar el contenido de los derechos, así como regular las condiciones de su ejercicio tareas bien distintas. La concretización del contenido supone en nuestra opinión, que el legislador dispone de una pluralidad de alternativas, las cuales serán más restrictivas o abiertas de acuerdo con las directrices políticas.

Lo que sucede en la actualidad es que, el contenido constitucionalmente reconocido de los derechos y libertades no dependerá tanto de los propios derechos como de los bienes y valores constitucionales que en cada caso colisionan con ellos. En definitiva, el contenido de los derechos se fijará interpretando la Constitución no desde los derechos mismos sino desde los límites. La actividad dogmática encomendada al legislador mediante el mandato de la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales tiene un aspecto también práctico. La doble naturaleza de los derechos fundamentales de la que nos hemos referido al principio, su consideración de objetivos supremos de la comunidad política constitucional, tiene una trascendencia no sólo teórica sino también práctica.

2.1. Un primer paso hacia la delimitación del derecho fundamental: Lo que no se encomienda al legislador

Siguiendo a VILLACORTA[8], el legislador no delimita el contenido abstracto del derecho. El legislador deberá en su función ordenadora establecer las condiciones que permiten el ejercicio del derecho sin traspasar el límite genérico del artículo 53. 1 de la CE o las específicas cuando se le imponen. La STC 22/1986 de 14 de febrero sostiene que, en relación con el artículo 24 CE, las leyes procesales no son desarrollo del derecho a la tutela judicial sino preceptos que regulan los cauces a través de los cuales tales derechos han de ejercerse es decir, disociando claramente regulación del ejercicio y desarrollo directo del derecho.

Si el constituyente, al lado de la reserva del ejercicio establece un límite para el legislador que consiste en la obligatoriedad de que éste respete una parte del contenido del derecho en realidad lo que se está diciendo es que la regulación de las condiciones de ejercicio para esa parte del derecho ha de ser efectuada sin posibilidad de opción, en el sentido más abierto posible permitiendo el ejercicio absoluto de tal parte. Es evidente entonces, que en aquéllos casos en que se opte por la regulación más abierta posible la regulación de las demás hipótesis supone una limitación clara respecto de las citadas condiciones de ejercicio del derecho en cuestión pero no de su contenido. La duda estribaría en determinar si pueden establecer condiciones tan restrictivas que dejen reducido el contenido del derecho.

El derecho empieza y termina con su contenido abstracto constitucionalmente establecido y no puede en consecuencia sufrir limitaciones vía legislativa o en función de otros derechos o bienes jurídicos constitucionales. Únicamente cabe establecer mediante ley condiciones más restrictivas o abiertas para el ejercicio de ese contenido. Señala DE OTTO que, " la regulación del ejercicio ha de situarse en ese espacio abstracto de la definición del derecho: de la concreción de la conducta abstractamente definida mediante la regulación de los elementos de la realidad que sirven para moralizarla[9]".

En definitiva, el problema de los límites de los derechos fundamentales se torna en un problema de los límites de las modalidades específicas del ejercicio de esos derechos nunca en un problema de los límites de su contenido. Esa afirmación no significa que los derechos fundamentales se conciben como ilimitados sino que las limitaciones han de resultar de la Constitución misma, tales limitaciones pueden hallarse en la propia norma que confiere la garantía de los derechos lo que es lo mismo será inmanentes a ella o en otras normas constitucionales, sea expresamente, sea por razón de la materia, es decir, cuando un derecho fundamental quede limitado por otros derechos fundamentales o por otras normas de la Constitución, de manera inmanente la limitación afecta a la regulación de su ejercicio.

El constituyente no ha pretendido con dichos límites delimitar desde el interior el ámbito de protección de los derechos reconocidos en la Constitución, sino habilitar al legislador para limitarlos. Dichos límites están

sujetos también a reserva de ley pero no absoluta como veremos más adelante. En efecto, los límites de los límites inmanentes no exigen sólo una ponderación in abstracto en el momento normativo sino también una ponderación in concreto en el momento aplicativo.

Existe una estrecha relación en cuanto a los objetivos jurídicoconstitucionales entre la reserva de ley y los derechos fundamentales hasta tal punto que la Constitución alemana protege indistintamente la esfera individual bien mediante la reserva o bien por medio de los derechos fundamentales. Esta concepción de la relación legislador-derecho fundamental en sentido liberal, sitúa la reserva de ley frente a los derechos fundamentales y considera a la reserva como un debilitamiento de la garantías de la libertad y como una parcial supresión de su protección. Sin embargo, la reserva de ley puede significar un fortalecimiento o un debilitamiento de los derechos fundamentales dependiendo de la perspectiva como se mire.

Realmente la reserva de ley protege frente a injerencias que no están basadas en una ley, de los poderes ejecutivo y judicial pero al mismo tiempo socava el contenido de los derechos fundamentales y los sitúa a la disposición del poder legislativo establecidos por el constituyente conforme a un sistema valorativo dado lo más amplio posible. En este aspecto, tienen que aparecer tensiones lógicas pues el legislador interpreta los derechos fundamentales en una determinada dirección que a veces entra en conformidad con la propia Constitución y sus sistema valorativo, es decir, el Tribunal Constitucional sin aludirlo, está planteando la posible conflictualidad entre la reserva de los derechos fundamentales y el legislador. Es tarea del legislador encontrar un equilibrio entre los diversos bienes ponderados (Güterabwägung), teniendo en cuenta que no existen derechos fundamentales ilimitados.

En la construcción de un ordenamiento jurídico, es una tarea esencial del legislador encontrar una armonía entre la libertad de unos y la de otros con atención a las reservas de los derechos fundamentales en juego.

En una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 16 de junio de 1981[10], el Tribunal resuelve aquí aceptando diferentes posiciones constitucionales que pueden entrar en colisión de una parte, la de aquellos que ejercen su pretensión de información lo más ampliamente posible y de otra la de la libertad de expresión de aquellos que realizan programas o hablan por las emisiones. Al legislador corresponde equilibrar tales colisiones, tal y como ha señalado SCHWABE[11]. El Tribunal Constitucional alemán ha utilizado con frecuencia la frase "en el dominio de la reserva esencial" de los derechos fundamentales atribuyéndole generalmente el sentido de esencial para la realización de esos derechos lo que debería significar una superación de la idea de intervención pero que parece asimismo tautológica por su contenido.

De todas formas, la teoría de lo esencial ha supuesto una aproximación jurídica funcional a la reserva de la ley desde la que se aportan no sólo nuevas perspectivas y criterios teóricos sino soluciones políticas prácticas acordes con el desarrollo y exigencias del moderno Estado social; según hemos visto la reserva de ley no puede delimitarse a las intervenciones relativas a los derechos fundamentales en el sentido tradicional pero precisa un grado de maduración del que hoy no dispone.

2.2. La reserva total de ley de los derechos fundamentales

Discute la doctrina acerca de la existencia de la reserva de ley total para los derechos fundamentales. La tesis de la teoría de la democracia lleva a que sólo lo no esencial puede ser dejado al ejecutivo para que lo regule de forma concreta bajo su responsabilidad. En una teoría se define la tarea del legislador como habilitaciones, y en la otra, resulta de la función primaria atribuida al legislador[12].

En la misma Alemania, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado contra el hecho de que fuese deducible del principio democrático, un monismo de poder bajo la forma de una reserva parlamentaria que lo englobara todo. Para HÄBERLE[13], la reserva de ley posee una función positiva con relación a los derechos fundamentales, su contenido se hace realidad esencialmente por medio de la legislación de reserva. Si la legislación de reserva, orientada, al principio de ponderación de bienes, y por tanto al principio de proporcionalidad, es legitimada tanto por el individuo como por la comunidad, en suma, por la Constitución, se muestra que la reserva de ley es un instituto de la Constitución, incluso si se es propicio a prescindir de la terminología de "intervención" y "restricción".

De OTTO, ha señalado que "el legislador puede regular lo que quiera, pero sólo está obligado a regular aquello que objeto de reserva, tal reserva no puede ser elástica". El Tribunal Constitucional español ha

admitido en STC 60/1986 en su FJ. 2, la reserva relativa de ley que permite compartir la regulación de una materia entre la ley y un reglamento o con referencia a las relaciones especiales de sujeción, así también en STC 120/1990. La reserva de ley no puede autorizar “desviaciones” del derecho fundamental, sino a la realización del contenido del derecho fundamental. Es tarea específica del legislador que es controlado al respecto por la jurisprudencia constitucional- “explorar y llevar a cabo” la esencia de los derechos fundamentales.

Así por ejemplo, la libertad de propiedad, sería sin la correspondiente legislación de reserva, una ilusión. El derecho a la libertad de la persona, sin leyes penales, sería irreal. La libertad de desarrollo (de la personalidad) no significaría libertad de desarrollo sin las limitaciones que representan los derechos de los terceros, la ley moral y los otros bienes jurídico-constitucionales que la condicionan.

Una libertad de opinión que no esté limitada por las leyes generales amenazaría a convertirse en arbitrariedad y no sería por ello, ya conceptualmente, una libertad de opinión. La legislación reservada no establece, así pues, un Derecho contra los derechos fundamentales, sino un derecho conforme a los derechos fundamentales, adecuado a los derechos fundamentales[14]. Es esta relación de adecuación donde debe intervenir el principio de proporcionalidad. Si la esencia de los derechos fundamentales es el límite para la reserva de ley, el principio de proporcionalidad es el medio para el límite de la reserva.

Por otro lado, las reservas específicas no relativas a derechos fundamentales no están sujetas al límite del contenido esencial que se formula en el artículo 53.1 de la CE. Sin embargo cuando se prevén reservas específicas referentes a la regulación con carácter genérico, como sucede en el art. 28.2 y 17.4 de la CE sí están sometidas. En las coordenadas apuntadas, a nuestros efectos determinan que ha de entenderse por “regular el ejercicio de los derechos fundamentales” o lo que es lo mismo, cuál es el contenido de la habilitación normativa en favor del legislador efectuada por el art. 53.1 de la CE.

En este sentido no puede admitirse la existencia de derechos ilimitados, ya que la idea de limitación es inherente a los derechos fundamentales. DE OTTO[15], así ha señalado que: “el derecho cuyo ejercicio se regula está constitucionalmente delimitado de manera previa de modo que el legislador se halla ante un poder jurídico definido al menos en los términos que veremos no susceptible de alteración en su contenido esencial, desde el momento en que interviene el Estado democrático de derecho”.

El legislador concreta los límites constitucionales del derecho fundamental en una tarea estrictamente proporcional a la densidad normativa lo que no se debe olvidar por otro lado, es la unidad jerárquico material de todos los preceptos constitucionales y la unidad de su estructura normativa que exige una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales, en conformidad con el principio de “concordancia práctica”[16]. Este principio trata de asegurar el equilibrio entre los derechos o bienes en conflicto que permita dentro de lo posible, optimizar su respectivo ejercicio.

MÜLLER[17], ha afirmado que, “ cuestión de los límites de los derechos fundamentales no se centra en establecer restricciones a los mismos sino en determinar el alcance de la validez del contenido expresado por el programa normativo de Derecho Fundamental a partir de un análisis del ámbito normativo. El legislador a partir de la sistematización abstracta operada por el constituyente puede expresar su existencia, ofrecer precisión y transparencia. Hay por así decirlo, reserva de Constitución en lo que al contenido de los derechos fundamentales se refiere.

Los conflictos por colisiones entre derechos fundamentales se deben solucionar en atención al principio de concordancia práctica en el nivel del ejercicio de los derechos fundamentales. Los sistemas de solución de conflictos exigen una limitación recíproca de posiciones en el sentido de un resarcimiento, compensación. Algo que no se encomienda al legislador en la propia Constitución, es la configuración o delimitación abstracta del derecho fundamental. A éste, le corresponde la tarea de interpretar en una determinada dirección que a veces entre en conflicto con la propia Constitución y su sistema valorativo en cuya hipótesis corresponde al Tribunal Constitucional la función de control”.

El legislador sin regular el desarrollo del derecho y asimismo sin regular la delimitación abstracta de su contenido deberá en su función ordenadora establecer las condiciones que permiten el ejercicio del derecho sin traspasar el límite genérico del art. 53.1 de la CE o los específicos que se le imponen.

2.3. La reserva de ley del artículo 53 CE y su relación con la reserva de Ley orgánica (artículo 81 CE)

El artículo 53 de la CE permite que el legislador regule "las condiciones de ejercicio" de los derechos fundamentales. Pero parece claro que no se puede derivar de lo allí dicho que el artículo 53.1 CE contenga una verdadera "reserva de limitación legal" que también habilite al legislador a limitar los derechos fundamentales por la necesidad de salvaguardar otros bienes, valores e intereses que carezcan de rango constitucional. Entre las dos reservas media una relación de especialidad, siendo la general la del art. 53 CE y la específica la del artículo 81.1 CE. Cosa distinta y separada de esta polémica, es el caso de quien concibe la reserva del artículo 53 como una reserva general de limitación no concediendo a la "regulación del ejercicio" un sentido distinto al de la simple limitación del derecho fundamental.

El art. 53 CE, ha sido una desafortunada importación parcial y errónea del art. 19 LFB, precepto que ya es sumamente polémico en la propia doctrina y jurisprudencia alemana, sin perjuicio de que su existencia pueda tener algún sentido en este sistema constitucional (como límite a los límites que el legislador puede imponer a los derechos fundamentales).

Pero si desafortunada fue su importación, aún mayores dudas suscita la reproducción de la polémica alemana sobre el sentido de la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales del art. 19 LFB por la doctrina española para el caso del art. 53 CE. Doctrina y jurisprudencia que mayoritariamente parecen tomar esta cláusula, como lo hace la alemana, como un límite de los límites que pueden imponerse a los derechos por ley.

La CE contempla escasos ejemplos de reservas de limitación: el art. 16.1, en cuanto a la fijación por ley del orden público que ha de respetar la libre manifestación externa de la libertad ideológica; el art. 17.1 respecto de la fijación por ley de los casos de pérdida de la libertad, interpretando de forma generosa que, en efecto, el precepto disponga una reservas de limitación y no sea simplemente parte de su delimitación como derecho fundamental; el art. 19.2, donde la ley puede fijar límites a la entrada y salida de los españoles del territorio nacional; el tan polémico art. 20.4 en algunas de sus menciones; quizás también la previsión del art. 21.1 respecto de la desautorización de manifestaciones que alteren el orden público o pongan en peligro vidas y haciendas; quizás el caso más evidente sea el dispuesto en el art. 25.2 CE respecto de los derechos fundamentales de los reclusos; y el art. 37.2 CE, la ley que regule el ejercicio de la medidas de conflicto colectivo también puede fijar sus límites.

La CE contempla escasos ejemplos de reservas de limitación: el art. 16.1, en cuanto a la fijación por ley del orden público que ha de respetar la libre manifestación externa de la libertad ideológica; el art. 17.1 respecto de la fijación por ley de los casos de pérdida de la libertad, interpretando de forma generosa que, en efecto, el precepto disponga una reservas de limitación y no sea simplemente parte de su delimitación como derecho fundamental; el art. 19.2, donde la ley puede fijar límites a la entrada y salida de los españoles del territorio nacional; el tan polémico art. 20.4 en algunas de sus menciones; quizás también la previsión del art. 21.1 respecto de la desautorización de manifestaciones que alteren el orden público o pongan en peligro vidas y haciendas; quizás el caso más evidente sea el dispuesto en el art. 25.2 CE respecto de los derechos fundamentales de los reclusos; y el art. 37.2 CE, la ley que regule el ejercicio de la medidas de conflicto colectivo también puede fijar sus límites.

Lo habitual es que establezcan reservas de ley para regular aspectos de los derechos fundamentales, sobre todo su ejercicio, referidas, con más precisión, a garantías institucionales, o cuando regula ciertos derechos fundamentales de configuración legal (derecho de prestación en sentido amplio, por ejemplo, el art. 23.2 o el art. 17.4 CE).

En ninguno de estos casos es aplicable el art. 53.1 CE, (la cláusula del contenido esencial sólo es aplicable a derechos fundamentales no sometidos a reserva legal o garantía institucional) A la vista de estos y otros datos, creemos que no hay un contenido esencial distinto de un contenido normal del derecho fundamental; este último, objeto de posibles límites legales; ni una reserva de limitación general contenida en el art. 53 CE. En la opinión de VILLAVERDE[18] "el contenido esencial de un derecho fundamental es su contenido abstractamente definido en su contenido abstractamente definido en su enunciado constitucional (objeto, contenido y límites) y el art. 53.1 sólo habilita al legislador a regular el ejercicio de un derecho fundamental, es decir, a concretar las condiciones espacio temporales, y modales en las que se pueden dar el objeto y el contenido de un derecho fundamental, no le habilita para imponerle límites".

Nuestro Tribunal Constitucional, de forma continuada ya desde la STC 11/81, y su bien conocido fundamento jurídico 8º, parece inclinarse por una teoría absoluta del contenido esencial (con los matices debidos siempre que se hace a una generalización de este tipo). En síntesis puede decirse que el TC considera que el art. 53.1 contiene unas reservas de limitación de carácter general que complementarían a las reservas de limitación ya existentes y permitiría al legislador imponer límites no previstos en el enunciado del derecho fundamental a aquéllos que carecen de reserva de limitación. Esto explica que para el TC la cláusula del contenido esencial sea un límite a los límites que la ley puede imponer a cualquier derecho fundamental[19].

El TC pretende, cuando se le presenta la ocasión, delimitar conceptualmente y a priori cuál sea el contenido esencial de cierto derecho fundamental, para, una vez delimitado, fijar el alcance y en su caso la constitucionalidad, del límite legalmente impuesto. VILLAVERDE opina que ese contenido esencial en el caso de la CE, no es sino su objeto, contenido y límites del derecho fundamental tal cual hayan sido definidos abstractamente en su enunciado normativo.

No hay un contenido nuclear o básico del derecho fundamental, no hay un contenido esencial distinto del contenido normal de un derecho fundamental, ni el legislador dispone de una potestad de regulación y limitación del contenido normal del derecho fundamental. Tampoco es el contenido esencial del derecho fundamental un conjunto preciso de reglas normativas concretas que se tengan por imprescindibles para reconocer el derecho fundamental, ni puede reducirse al valor jurídico que supuestamente concreta cada derecho fundamental.

Si nos fijamos en las palabras del FJ 8º de la STC 11/81, colegiremos que el contenido esencial se identifica, algo que suele olvidarse con frecuencia, con aquellas facultades (contenido, en sentido estricto del derecho fundamental) o posibilidades de actuación, (objeto del derecho) necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose. Y/o ambas definiciones del contenido esencial que pueden yuxtaponerse, aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos.

El contenido esencial es un fenómeno jurídico apto para la garantía jurídica del derecho, indisponible para el legislador. No es distinto ni puede serlo de la definición abstracta que el enunciado normativo del derecho fundamental hace del comportamiento individual o colectivo garantizado, el haz de facultades y poderes jurídicos individuales que el derecho fundamental pone al servicio del titular del derecho fundamental para proteger frente a tercero su autodeterminación en el ámbito vital definido como objeto de ese derecho fundamental, y los límites que expresamente contempla el enunciado del derecho fundamental, bien de forma precisa o remitiendo a su posterior concreción a la ley.

Las reservas que la Constitución establece al legislador para intervenir en los derechos fundamentales son de dos tipos: las específicas, incluidas en algunas de las disposiciones del capítulo II del Título I, o las reservas generales de los artículos 53.1 y 81.1. Las reservas de los artículos 53.1 y 81.1 CE sirven para habilitar al legislador, a concretar en reglas jurídicas más precisas esa definición abstracta del derecho fundamental, no obstante su indisponibilidad para el legislador. En este sentido, si el contenido esencial define el contenido normativo de un derecho fundamental (su objeto, contenido y límites), no se está imponiendo al legislador el respeto a la CE, cuando desarrolla una de sus normas. Además, el art. 53.1 hace sólo una regulación legislativa del ejercicio del derecho fundamental, dejando a un lado su desarrollo legislativo (art. 81.1 CE) y la concreción, mediante interpretación, que los jueces y la administración puedan hacer del derecho fundamental.

Por contra, la cláusula del contenido esencial del art. 53.1 CE, cumple una función importante, cual es la de vincular positivamente al legislador en el ejercicio de su competencia general para regular el ejercicio de un derecho fundamental a su interpretación constitucionalmente adecuada[20].

En efecto, delimitar un derecho fundamental es un esfuerzo interpretativo de sucesivas concreciones de su objeto, contenido y límites abstractamente definidos en el enunciado del derecho fundamental. Una delimitación donde la dogmática de los límites de los derechos fundamentales juega un papel crucial. El legislador se distingue de jueces y administración en esa labor interpretativa porque lo formaliza en la ley, a la que están sometidos aquéllos (art. 7.2 LOPJ) . Este dato, hace que sea necesario cada vez más la imposición



de límites a la libertad interpretadora en la delimitación del contenido abstracto del derecho fundamental, previa a su concreción mediante la regulación o desarrollo por ley de ese contenido. REQUENA LOPEZ afirma que “si todas las limitaciones han de estar dispuestas en la Constitución, es claro que el art. 53.1 CE, proscribire que por el legislador se puedan establecer otras limitaciones distintas de las recogidas en ella, esto es, que la ley pueda contrariar el contenido constitucional del derecho, que es aquél que la Constitución define positiva (delimitación), y negativamente (limitación). Ese precepto, pues, no autoriza al legislador a operar sobre el contenido constitucional de los derechos respetando el contenido esencial, sino que prohíbe al legislador definir, integrar, o limitar el derecho de modo distinto a como lo hace la Constitución”[21].

Sin embargo la realidad es otra, la estructura abierta de los derechos fundamentales, como garantía de lo posible, deja al legislador un amplio margen de maniobra si está capacitado, como en la CE, para formalizar en ley la concreción de un derecho fundamental desplazando y sometiendo la que haya realizado o pretenda realizar los jueces y la administración. A la vista de lo dicho, regular el ejercicio de un derecho fundamental no es lo mismo que limitar su contenido, con lo que no se puede afirmar que la reserva del art. 53 sea una reserva de limitación general, que habilita al legislador para limitar a aquellos derechos fundamentales que carezcan de reservas de limitación; la mayoría por cierto. Quienes defienden que el contenido de un derecho fundamental es jurídicamente distinto del ejercicio de un derecho lo suelen hacer para defender a continuación que no obedecen al mismo régimen jurídico los límites impuestos al contenido del derecho fundamental, que los impuestos a su ejercicio, lo que se traduce en la capacitación de la Administración para regular el ejercicio del derecho fundamental, pues lo reservado a la ley es sólo la regulación del contenido del derecho fundamental. Así, la creación de un periódico, al ser simple ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información, puede ser regulada sin mayores reparos mediante un Real Decreto.

Esta tesis no es aceptable, a la vista de lo ya dicho, el ejercicio de un derecho fundamental no otra cosa que” la realización de aquel contenido y por tanto no ha lugar a disciplinas diversas para uno y otro”, BASTIDA[22]. El contenido de un derecho fundamental, (su contenido en sentido estricto, objeto y límites) es la definición abstracta del régimen jurídico de las conductas posibles en un determinado ámbito vital del individuo o una colectividad. Obviamente, el ejercicio de ese derecho fundamental es algo distinto a su contenido, pero no sustancialmente distinto.

La distinción es de grado en la abstracción, o si se quiere, en la concreción de ese régimen jurídico. El ejercicio de un derecho fundamental consiste en la realización de alguna de las conductas posibles en el ámbito de la realidad objeto de ese derecho fundamental, teniendo en cuenta naturalmente sus límites. Ejercer el derecho de reunión consiste en reunirse, ejercer el derecho a la inviolabilidad del domicilio consiste en hacer valer judicialmente esa circunstancia para perseguir la sanción jurídica de quien a pesar de carecer de autorización ha penetrado en la vivienda. Ejercer un derecho fundamental, es hacer valer su contenido pero ese contenido tiene un sentido unitario tanto en el momento normativo como en el aplicativo, concretar en un tiempo, lugar y espacio y de un modo determinado el objeto y/o el contenido en sentido estricto del derecho fundamental en cuestión. Luego, entre contenido y ejercicio de un derecho fundamental sólo hay una diferencia de grado porque ambos se “coimplican”.

Como señala BACIGALUPO[23] la expresión “límites de los límites”, de los derechos fundamentales pone de relieve que la habilitación al legislador no supone necesariamente el abandono de la libertad de las decisiones de las mayorías políticas de turno. El Parlamento tiene un ámbito de actuación discrecional pero debe respetar los límites de los límites de los derechos fundamentales y éstos son diferentes según se refieran a la configuración legislativa y a la aplicación judicial.

Los límites impuestos al ejercicio de un derecho fundamental, son límites impuestos al contenido de ese derecho fundamental. Limitar la creación de un periódico, es limitar una de las conductas posibles para realizar en la práctica la libertad de información y, por consiguiente, un límite a esa misma libertad. Así pues, el contenido de un derecho fundamental y el ámbito de ejercicio del derecho fundamental, son una misma cosa expresada en un grado de abstracción (o concreción) distintos (contenido del derecho fundamental-máxima abstracción, ámbito de ejercicio de un derecho fundamental -abstracción/ concreción medias, ejercicio de un derecho fundamental-máxima concreción de un derecho fundamental).

2.4. La actividad legislatora en sentido estricto

Si el constituyente al lado de la reserva del ejercicio del derecho fundamental, establece una limitación para el legislador que consiste en la obligatoriedad de que éste respete una parte del contenido del derecho en realidad lo que se está diciendo es que la regulación de las condiciones de ejercicio para esa parte del derecho ha de ser efectuada sin posibilidad de opción. En este sentido a nivel doctrinal algunos autores, tratan de distinguir los límites del ejercicio del derecho y los límites del contenido del derecho. En consecuencia, no todo límite al ejercicio de un derecho tiene por qué considerarse límite al derecho constitucionalmente reconocido, o el límite incide en el ejercicio o no incide y en este caso no hay necesidad de justificar o legitimar una regulación que no cabe calificar de restricción desde el momento en que su objeto no alcanza las lindes del derecho en cuestión. El problema reside en saber, cual es el objeto y contenido constitucionalmente reconocido, en cada derecho fundamental.

Partiendo de la base de la delimitación abstracta del derecho y de la intervención del legislador allí donde la ley le habilite, éste ha de llevar esta determinación sin salirse nunca del tipo jurídico marcado por la CE para cada derecho, es decir, dentro del objeto del derecho o espacio genérico de autonomía individual constitucionalmente garantizado, dentro de su naturaleza o posible concepción dogmática del derecho y de su función y dentro de su contenido en sentido estricto, o esfera de acción procesal reconocida para preservar el derecho.

Estos límites formarían círculos tangentes constituidos desde la estructura dogmática de las normas constitucionales. También podríamos hablar de círculos secantes, en la medida en que el ejercicio de un derecho fundamental tiene un "amojonamiento" constitucional esencialmente negativo, habida cuenta de que el ejercicio de un derecho puede invadir otro, corresponde al legislador realizar el deslinde que no estará en función del tipo jurídico del derecho fundamental sino del tanteo o ponderación que haga en relación con los otros derechos o bienes constitucionales protegidos. Al no considerar el derecho como algo ya acotado, la fuerza expansiva del mismo está sujeta al tanteo o ponderación en el caso concreto. Todo lo demás será ámbito de ejercicio del derecho más amplio o más reducido según la ponderación de los bienes en conflicto que en cada momento histórico realice el legislador.

Como señala CRUZ VILLALÓN[24], hay una Constitución material más allá de la plasmada en la Constitución formal cuya competencia de normación se halla reservada al poder constituyente con la consiguiente exclusión de los poderes constituidos. Estas reservas pueden ser expresas, de un lado por normas impositivas de legislación que no sólo imponen al legislador la obligación de regular una determinada materia sino de hacerlo además con determinado rango.

Más allá están las reservas implícitas. Se trataría de una reserva funcional en cuanto identificada con la labor de interpretación de la Constitución. Las posibilidades ofrecidas por una Constitución abierta, conlleva que el legislador esté realizando un proceso de concretización en uno de sus posibles sentidos. En todo caso esa concretización no supone en modo alguno la eliminación de las otras posibilidades o alternativas existentes en la Constitución que siempre estarán a la disposición del legislador futuro. El problema es que, en los derechos fundamentales tal concretización se vuelve muy fluida. Por ello, debemos, preguntarnos ¿qué límite se impone al desarrollo legislativo de un derecho fundamental?. Como sabemos, todo derecho fundamental posee aquellos límites a su objeto y en consecuencia a su contenido que derivan de su coexistencia con otros derechos fundamentales y otros bienes.

Esos límites internos de los derechos son según VILLAVERDE[25], límites lógicos que no limitan el derecho sino que son elementos de delimitación del derecho fundamental. El legislador no puede disponer de ellos, y no puede elevar al rango de límite inmanente cualquier bien o interés jurídico. Esos límites son los que son los fijados directa (expresos) o indirectamente (lógicos) por la Constitución, y que constituyen límite inmanente a todo derecho fundamental. El legislador así lo ha reconocido (art. 81 CE), en la medida que está habilitado para desarrollar el derecho fundamental, para concretizarlo. Lo que nos interesa es que existe una reserva general sino fuera así dejaría de ser derecho fundamental al quedar en manos del legislador.

Por último, están los límites explícitos, externos y contingentes que suponen una remisión tácita o expresa a un poder público, al legislador. El problema que presentan estos límites externos, es saber si caben límites implícitos es decir, si la remisión al legislador le habilita para aplicar esos límites externos, que jueces y legisladores estimen oportunos. Y, por otro lado, qué va a suceder en el caso de que el enunciado del derecho

fundamental no contemple la existencia de estos límites externos (derechos fundamentales sin reserva de limitación). La doctrina alemana, distingue dos categorías de actuación del legislador por lo que a los derechos fundamentales se refieren, primero, derechos fundamentales con reserva de limitación; segundo derechos fundamentales sin reserva de limitación.

2.4.1. Derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal

Esta cláusula es denominada "reserva de ley" (Gesetzesvorbehalt), o de modo más preciso reserva o habilitación legal. Estos derechos fundamentales hallarán sus límites en las leyes que rellenen la reserva de limitación legal esto es, en las leyes que los limiten de manera directa o bien en las leyes que habiliten a los demás poderes públicos a limitarlos en el momento aplicativo. El legislador, está a su vez sometido a límites, "límites de los límites" (Schranken-Schranken), en virtud del principio de irradiación, ponderación de bienes, interpretación, en definitiva de la ley habilitante más favorable a la eficacia del derecho fundamental. Alguno de ellos estaban previstos expresamente en la propia Ley Fundamental, concretamente en los diversos apartados de su artículo 19, tales como la interdicción de leyes limitadoras de derechos fundamentales de carácter singular y entre ellos el más importante, la garantía del contenido esencial del derecho fundamental limitado (Wesensgehaltsgarantie). Al poco tiempo se fueron perfilando otros nuevos "límites de los límites" de elaboración y reconocimiento fundamentalmente jurisprudencial que, además, distinguían, por una parte, entre la limitación de los derechos fundamentales en lo que podría denominarse el momento legislativo, en el cual se habían centrado básicamente las cautelas de salvaguardia previstas por el constituyente en el artículo 19 LFB y, por otra parte, la limitación de los derechos en el momento aplicativo.

2.4.1.1. Los límites de los límites en el "momento legislativo"

1. El principio de proporcionalidad

Sería uno de los "límites de los límites" a la hora de acotar las facultades del legislador para limitar los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal.

El principio de proporcionalidad establece convencionalmente una triple exigencia a las leyes limitadoras de derechos fundamentales, cuales son la exigencia de idoneidad o adecuación (Geeignetheit), así como la necesidad (Erforderlichkeit) de la limitación para lograr el fin que con ella se persigue, para lo cual no debe existir medio menos gravoso mediante el que tal fin también podría lograrse, y en tercer lugar la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) entre el derecho fundamental limitado y el bien jurídico o valor que se pretende salvaguardar mediante tal limitación.

Sobre el principio de proporcionalidad y su papel en los límites de los derechos fundamentales, volveremos más adelante, ahora interesa destacar que respecto de los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal, el bien o valor salvaguardado no debe necesariamente tener rango constitucional para justificar su limitación. En ello, estriba la diferencia entre la limitación de los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal, y la de aquellos otros derechos que no lo están. En suma, es el legislador ordinario quien autónomamente, aunque como es obvio, dentro de los "límites de los límites" define los bienes, intereses o valores cuya salvaguardia exige el sacrificio, esto es, la limitación de dichos derechos. Como señala SOLÓZABAL, los derechos sin reserva dejan menos espacio de movimiento al legislador, aunque no totalmente[26].

En la opinión de HÄBERLE[27], el principio de proporcionalidad sería apropiado sólo si es aplicado de modo diferenciado, de manera que, el legislador posea una diferente libertad de conformación. Sólo de un modo diferenciado es adecuado el principio de proporcionalidad para determinar, tras la necesaria ponderación de bienes, el modo y la medida de los límites admisibles de los derechos fundamentales. El principio de la proporcionalidad del medio no se puede aplicar sólo en la forma extrema en que lo exige el Tribunal de la Federación a partir de la garantía del contenido esencial. Frecuentemente es suficiente con que, con relación a las regulaciones que se pongan en cuestión, existan considerables razones del bien común que permitan aparecer como "adecuada" una delimitación de un derecho fundamental. El legislador goza de mayor libertad cuando regula el ejercicio de un derecho, cuando determina de qué modo y manera los titulares de derechos

fundamentales realizan las modalidades de su libertad, esto es, cuando se trata sólo del “como” del ejercicio de la libertad. La observancia del principio de proporcionalidad debe producirse incluso frente a la ley cuando de la determinación de los límites de los derechos fundamentales en el momento legislativo.

Por el contrario, cuando se trata en general si las delimitaciones de la libertad son admisibles, que se refieren al, “si”, son sólo admisibles en cuanto que vienen requeridas apremiosamente por bienes comunitarios de rango superior y especial importancia. Entre ambas categorías hay, evidentemente puntos intermedios por lo que no es posible una separación estricta y la diferencia es sólo relativa. Compartimos con el autor alemán, la afirmación de que a medida que aumenta la intensidad de la limitación de la libertad, hay que elevar las exigencias para su admisibilidad, lo que para el principio de proporcionalidad, significa que, para una limitación especialmente intensiva de la libertad debe existir una necesidad “apremiante”[28].

2. La garantía del contenido esencial

Este principio que apareció como rubicón infranqueable dentro de los límites de los límites, ha perdido buena parte de su operatividad y virtualidad en favor del principio de proporcionalidad, de verificación previa a la del respeto al contenido esencial del derecho afectado. La tesis que proponemos es la siguiente: el propio principio de proporcionalidad de cada derecho fundamental, es el verdadero contenido del derecho fundamental, constitucionalmente hablando, el que está operando como límite al legislador y al resto de operadores jurídicos. De hecho, la jurisprudencia alemana, sólo recurre a la garantía del contenido esencial para sostener en los supuestos de articulación del derecho fundamental a la intimidad personal y del derecho fundamental a la libertad de información que las circunstancias que pertenecen al llamado ámbito nuclear intangible (unantasbarer Kernbereich) ,del derecho a la intimidad se sustraen a la ponderación de bienes.

Esos casos ponen de relieve la necesidad de mantener a la garantía del contenido esencial como criterio autónomo entre los “límites de los límites” en aquellos supuestos infrecuentes en los que directamente no se puede entrar a ponderar los derechos, bienes o valores en conflicto en razón del carácter absolutamente preferente de uno de ellos. Por el contrario, hoy en día es difícilmente rebatible el hecho de que a la par del vertiginoso desarrollo dogmático que ha venido experimentando el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia y doctrina constitucionales europeas, no sólo alemanas, la garantía del contenido esencial ha quedado paulatinamente reducida allí donde se la reconoce a un mero filtro subsidiario y accesorio del principio de proporcionalidad por muy necesaria que ciertamente sea tal función[29].

2.4.1.2. Los “límites de los límites” en el “momento aplicativo”, el principio del “efecto recíproco” entre el derecho fundamental y la ley que habilita a limitarlos (o principio de la interpretación de la ley limitadora de derechos fundamentales de manera favorable o conforme a la efectividad de los mismos)

La tradicional doctrina constitucional sólo había considerado en primer término, la necesidad de asegurar una defensa eficaz de los mismos en relación a uno sólo de los poderes públicos, el legislativo, pues era él quien la Constitución, en virtud de la reserva de ley, reservaba la facultad de limitarlos. Sin embargo, jurisprudencialmente, se ha ido reconociendo que tan importante eran los “límites de los límites” en el momento legislativo como en el aplicativo. Era una necesidad, sobre cuando la ley habilitante, dentro de lo permitido a la exigencias relativas a la intensidad de la normación legal derivadas del principio de reserva de ley, recurría a conceptos jurídicos indeterminados para describir el supuesto de hecho normativo o incluso otorgaba un cierto margen de discrecionalidad a la autoridad habilitada para intervenir en ámbitos protegidos por un derechos fundamental.

Así, con relación al derecho de protección de datos personales, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de los incisos “cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación de fichero o por disposición de superior rango que regule su uso” del art. 21. 1, “impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas” y “o administrativas” del art. 24,1, y todo el apartado 2 de la LO 15/1999, 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal[30]. Como lo conculcará también, esa Ley limitativa si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga.

Y así será cuando la Ley, que debe regular los límites a los derechos fundamentales con escrupuloso respeto

a su contenido esencial, se limita a apoderar a otro Poder Público para fijar en cada caso las restricciones que pueden imponerse a los derechos fundamentales, cuya singular determinación y aplicación estará al albur de las decisiones que adopte ese Poder Público, quien podrá decidir, en lo que ahora nos interesa, sobre la obtención, almacenamiento, tratamiento, uso y cesión de datos personales en los casos que estime convenientes y esgrimiendo, incluso, intereses o bienes que no son protegidos con rango constitucional. De ser ese el caso, la Ley habrá vulnerado el derecho fundamental en cuestión, ya que no sólo habrá frustrado la función de garantía propia de toda reserva de ley relativa a los derechos fundamentales al renunciar a fijar por sí misma esos límites, dado que la reserva de Ley impone al legislador, además de promulgar esa Ley, regular efectivamente en ella la materia objeto de la reserva; sino también al permitir que el derecho fundamental ceda ante intereses o bienes jurídicos de rango infraconstitucional en contra de lo dispuesto en la propia Constitución, que no lo prevé así".

Por esta razón, cuando la Constitución no contempla esta posibilidad de que un Poder Público distinto al Legislador fije y aplique los límites de un derecho fundamental o que esos límites sean distintos a los implícitamente derivados de su coexistencia con los restantes derechos y bienes constitucionalmente protegidos, es irrelevante que la Ley habilitante sujete a los Poderes Públicos en ese cometido a procedimientos y criterios todo lo precisos que se quiera, incluso si la Ley habilitante enumera con detalle los bienes o intereses invocables por los Poderes Públicos en cuestión, o que sus decisiones sean revisables jurisdiccionalmente (que lo son en cualquier caso, con arreglo al art. 106 CE).

Esa Ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido en la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 CE), al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro Poder Público, frustrando así una de las garantías capitales de los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de Derecho (art. 1.1 CE).

La fijación de los límites de un derecho fundamental, no es un lugar idóneo para la colaboración entre la Ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente.

En tales supuestos, la verdadera eficacia defensiva que el derecho fundamental acabaría por cobrar frente a los intentos de limitarlo por parte de los poderes ejecutivo y judicial dependía esencialmente de la interpretación de la ley habilitante, a realizar por la Administración primero y más tarde por los Tribunales en caso de impugnación del acto de limitación.

Ante esta situación el Tribunal Constitucional Federal alemán que los límites también operaban en el momento aplicativo. Dicha afirmación, se conceptuó en torno a un principio: el principio del "efecto recíproco" (Wechselwirkung) entre el derecho fundamental y la ley que habilita a limitarlo o principio del "efecto irradiante" (Ausstrahlungswirkung) del derecho fundamental afectado sobre dicha ley o, en fin, principio de la interpretación de la ley limitadora de derechos fundamentales de manera favorable o conforme a la efectividad de los mismos (grundrechtskonforme Auslegung)[31]. Se debe llamar la atención en ese contexto, sobre otra importantísima función, inherente o accesoria de la principal, que cumple el principio de la interpretación de la ley limitadora de derechos fundamentales de manera conforme a los mismos, cual es la de delimitar, en el plano procesal, el alcance de las cuestiones de estricta legalidad ordinaria, que convierten en inadmisibles el recurso de amparo (Verfassungsbeschwerde).

2.4.2 Derechos fundamentales no sometidos a reserva (o habilitación) delimitación legal

En el supuesto de los derechos sin reserva legal, éstos no son por ello derechos fundamentales ilimitados sino limitables únicamente por sus límites inmanentes. Esta circunstancia no impide la intervención del legislador. Estos límites sólo podrán serlo otros bienes o derechos constitucionales. Por el contrario, la jurisprudencia alemana entendió que los mismos derivan del axioma de articular las diversas normas constitucionales que conforman una unidad normativa (Prinzip der Einheit der Verfassung). Como "bienes u otros derechos constitucionales" susceptibles de generar "límites inmanentes" de derechos fundamentales, serán aquellos que se recogen en la parte institucional y organizativa de la LFB, hasta en sus propios catálogos competenciales[32].



El Tribunal Constitucional español respecto a los derechos fundamentales no sometidos a reserva legal, ha establecido, en el caso concreto del secreto a las comunicaciones que aunque la literalidad de dicho precepto ("se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, las postales., telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial")[33], puede inducir a pensar que la única garantía que establece inmediatamente la Constitución, en materia de intervenciones telefónicas, es la exigencia de autorización judicial. Sin embargo, un análisis más detenido de la cuestión pondrá de manifiesto que eso no es así. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título 1, desempeña una doble función, a saber: de una parte, 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, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10). Esa doble función de la reserva de ley constituye, en el caso del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas una doble perspectiva de análisis. Desde el primer punto de vista, es decir, desde la exigencia de que una norma legal habilite la injerencia, parece difícil negar que la propia Constitución contiene tal habilitación: desde esta perspectiva, los Jueces y Tribunales pueden, pues, acordarla, cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes (STC 22/1984, fundamento jurídico 3º). Sin embargo, desde las exigencias de certeza que han de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, es también patente que el art. 18.3 C.E., al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la intervención telefónica, resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador (SSTC 131/1997, fundamento jurídico 7º y 151/1997, fundamento jurídico 4º).

Y así, si bien es cierto que, las exigencias de certeza no son las mismas cuando se trata de imponer limitaciones a la licitud de la conducta individual que cuando se establecen las condiciones bajo las cuales pueden interceptarse legítimamente las comunicaciones telefónicas, también lo es que en todo caso el legislador ha de hacer el "máximo esfuerzo posible" para garantizar la seguridad jurídica o, dicho de otro modo, "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho".

En efecto: si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Para que, señala el Tribunal Constitucional "pueda apreciarse esta necesidad es preciso verificar, en primer lugar, que la decisión judicial dirigida a tal fin apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después, si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público (juicio de proporcionalidad)". En el caso analizado, el valor constitucional (bien o derecho constitucional) que se invoca frente al secreto de las comunicaciones es el interés público propio de la investigación de un delito, límite inmanente a la intervención de las comunicaciones, que nuestra legislación considera grave, y, más concretamente, la determinación de hechos relevantes para la investigación penal del mismo. No cabe duda, de que el fin perseguido es en sí mismo constitucionalmente legítimo -como expresamente se establece en las SSTC 37/1989, fundamento jurídico 4º, 32/1994, fundamento jurídico 5º y 207/1996, fundamento jurídico 4º, letra A)-, pero no es suficiente con constatar que la petición y la autorización persiguieron un fin legítimo para afirmar su conformidad con la Constitución, sino que, además, ha de ser necesaria para la consecución de ese fin.

2.4.2.1. "Los límites de los límites inmanentes": el principio de concordancia práctica

Donde haya límites a los derechos fundamentales también deberán de haber límites a dichos límites. En efecto, el Tribunal Constitucional alemán reconoció que la cuestión acerca de si alguno de los derechos, bienes o valores debe prevalecer y el otro retroceder y en su caso, cuál de ellos debe prevalecer y cuál retroceder. Es respecto de estas cuestiones donde operan los llamados "límites de los límites inmanentes" que el Tribunal Constitucional alemán ha conceptualizado en torno al principio de "concordancia práctica". Sólo de no ser factible en razón de la naturaleza de las cosas deberá de producirse una ponderación entre ellos, y será la que determine qué bien o derecho debe prevalecer y cuál retroceder. El principio de concordancia práctica supone la coordinación de los bienes constitucionalmente protegidos de forma que en la solución del problema todos ellos conserven su entidad; rechaza la ponderación de bienes o valores entendida de forma abstracta o cuando éstos no deriven de la Constitución. Para HESSE[34], debe seguirse el criterio de optimización de los bienes en conflicto, y de proporcionalidad (la fijación de límites no debe ir más allá de los que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes).

2.4.2.2. ¿ Delimitan los límites inmanentes la extensión del ámbito de protección del derecho fundamental? o ¿están sometidos a la reserva de ley organica?

Aquí la discusión[35] versa sobre si la reserva de ley es absoluta o relativa es decir, se trata de saber si esa operación de los límites inmanentes es una delimitación del derecho fundamental o si es una limitación que está reservada a la ley. La cuestión no es baladí puesto que de ello dependerá que conforme al principio de Estado de Derecho del art. 20.3 LFB opere o no la reserva de ley genérica, vinculada a la fórmula tradicional de la exigencia de habilitación legal para intervenir "en la libertad y en la propiedad". Tras un momento inicial de su jurisprudencia en el que el TCF afirmó que, los "límites inmanentes" ya delimitaban el ámbito de protección del derecho fundamental, éste viene sosteniendo en cualquier caso dichos límites están sometidos a reserva de ley genérica, aunque no suele especificar si ello es así en virtud de que los concibe como una limitación en sentido estricto o aún concibiéndolos como una mera delimitación del campo de garantía del derecho en virtud de la teoría de la esencialidad. Ahora bien, si ello es así, desde luego parece correcto que lo sea, entonces la distinción en cuanto a la dogmática de su respectiva limitación, entre los derechos fundamentales sometidos a reserva y aquellos que no lo están se reduce al dato de que en todo caso sólo el legislador puede limitarlos, pero eso sí a los primeros para salvaguardar bienes o valores que carezcan de rango constitucional, mientras que los segundos sólo cuando el bien o valor tengan dicho rango.

Para la primera el contenido del derecho sería el determinado por los límites necesarios y los directos, de manera que los inmanentes constituirían limitaciones, es decir, incidencias externas sobre el contenido así definido. Para la segunda, el contenido de los derechos se determinaría por el juego de todos esos límites, de manera que también los límites inmanentes no serían limitaciones, sino expresión (positiva o negativa) de la delimitación del contenido del derecho fundamental de que se trate. En todo caso, y esto no por obvio deja de ser relevante, tanto en una como en otra, sólo de acuerdo con la propia Constitución es posible la delimitación o limitación de tales derechos. Ese precepto, no autoriza al legislador a operar sobre el contenido constitucional de los derechos, respetando el esencial, sino que prohíbe al legislador definir, integrar o limitar el derecho de modo distintos a como lo hace la Constitución".

El artículo 53 CE, que somete a la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, parece incluir, en todo caso, la regulación de sus "límites inmanentes" por colisión con otros derechos fundamentales prevalentes de terceras personas u otros bienes, valores, e intereses de rango constitucional. Lo que no está tan claro, es si este precepto habilita al legislador a limitar los derechos fundamentales que carezcan de reserva o si además de una "reserva de regulación legal de tales límites" contiene una "reserva o habilitación de En España no hay ningún art. 19 LFB y los límites a esa fijación legislativa de los derechos fundamentales deberán buscarse en el respeto por el legislador a la opción u opciones dogmáticas soportables por el derecho fundamental y al principio de proporcionalidad trasladado en el momento aplicativo. Para la segunda categoría, los derechos sin reserva que son la mayoría, los artículos 53 y 81 de la CE , no constituyen reservas generales de limitación que permitan realizar al legislador la misma operación "limitación legal " de los derechos fundamentales en función de bienes constitucionales o no.

BACIGALUPO[36], sostiene que unos y otros derechos fundamentales presentan una estructura simétrica y

paralela, de forma que los resultados prácticos suelen ser la excepción. En efecto, el alcance de la reserva de ley no varía sustancialmente según se entienda que sólo ampara la regulación de límites inmanentes de los derechos o por el contrario, también habilita a limitarlos para salvaguardar bienes y valores que carezcan del rango constitucional, si en cualquier caso la limitación del derecho está a su vez, limitada por el principio de proporcionalidad.

3. Una propuesta interpretativa sobre la reserva de ley en los límites de los derechos fundamentales

En principio, se sostiene que la reserva de ley de los artículos 53 y 81.1 de la CE, son una única reserva. No podemos concebir ambos preceptos constitucionales uno sin el otro, por cuanto el derecho fundamental y tanto derechos fundamentales como dimensiones jurídico-fundamentales depende de la legislación desarrolladora e inmanentemente limitadora. El art. 53 CE contiene una reserva para la regulación de los límites de los derechos fundamentales. En efecto, habilita al legislador, y sólo a éste para regular el ejercicio de los derechos fundamentales, lo que no es lo mismo que imponerle límites.

Cuando esa regulación suponga la concreción espacial, temporal y modal de su objeto y contenido, la inevitable concreción de sus límites inmanentes o de sus límites externos en su caso, el legislador estará desarrollando el derecho fundamental en cuestión, ley que deberá tener la forma de orgánica por mandato del art. 81.1 CE. Esta tesis no parece disentir de la que sostiene el Tribunal Constitucional[37].

CRUZ VILLALÓN[38], ha reconocido que la "función de garantía adicional" que cumple el art. 81.1 de la Constitución en materia de derechos fundamentales, conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades" o los desarrollen de modo directo " en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo por tanto aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites", (STC 101/1991). Enumeración a la que hay que añadir las SSTC 101/1991,212/1996,173/1998, sin olvidar el principio de intervención mínima del Estado en los derechos fundamentales enunciado en la STC 121/1997, FJº 10).

Más discutible es si la idea aquí defendida acerca del sentido de la reserva del art. 53.1 está o no respaldada por la doctrina del TC. Es cierto que los pocos autores que se han acercado a este tema parecen inclinarse por concebir el art. 53.1, como una reserva general de limitación de los derechos fundamentales que habilita al legislador para, al tiempo que regula el ejercicio de cualesquiera derecho fundamental, pueda imponerle límites a aquellos de los derechos fundamentales del Título I que no contengan una reserva de limitación específica. Llegados a este punto, CRUZ VILLALÓN sostiene la idea de que cuando se limita un derecho fundamental no se concreta su objeto, contenido y límites sino que se niega o excluye ex novo de la garantía iusfundamental a una o varias de las conductas posibles.

Es cierto que, todos los derechos fundamentales gozan de límites inmanentes que en ocasiones requieren de una concreción legislativa, y otros, además de esos límites contienen una reserva de limitación o remiten al legislador la regulación de algún aspecto del derecho fundamental. En todos estos casos, no sólo se está regulando el ejercicio de un derecho fundamental sino también fijando el propio ámbito de garantía del derecho fundamental. Y no lo es menos, que en todo esos casos, cuando se trata de concretar las facultades jurídicas subjetivas al servicio de la protección de la autodeterminación de la conducta objeto del derecho fundamental (por ejemplo, los diversos derechos de prestación del art. 27), lo que se está haciendo es desarrollar el derecho fundamental, actividad que es competencia exclusiva del legislador y además debe revestir la forma de Ley orgánica.

Así pues, no pueden ser dos reservas distintas: la reserva del art. 81.1CE específica la del art. 53.1, es decir, la concreción del objeto, contenido y límites que suponga desarrollo o se trate de regular los límites inmanentes, los límites externos y la realización de las reservas de ley previstas en el derecho fundamental en cuestión, esta regulación de ese derecho deberá tener la forma de Ley orgánica.

Como conclusión debemos decir que, la fundamentalidad de todo derecho fundamental radica en su preexistencia sobre la ley y por ende sobre la Constitución como norma, por cuanto que estos derechos gozan de una abstracta pre-configuración constitucional, por ello el art. 53.1 viene a remarcar su preexistencia. La vinculación al contenido esencial del derecho fundamental no sólo opera en el caso estricto de la regulación del ejercicio del derecho sino también para el caso que esa regulación suponga el desarrollo del derecho



fundamental. Además, tampoco la reserva del art. 81.1 CE es una reserva general de limitación. Según GÓMEZ PUENTE, el art. 81.1 no contiene, como tampoco el art. 53.1, una habilitación general para que el legislador imponga restricciones a los derechos fundamentales que no posean reserva de limitación, o sume a los límites previstos aquéllos que él estime convenientes[39].

Falta en nuestra Constitución, un precepto semejante al derogado artículo 49 de la Constitución de la República Democrática Alemana de 1949, que bajo el epígrafe “Eficacia de los derechos fundamentales”, decía así: “En la medida en que esta Constitución permita una limitación de los derechos fundamentales antecedentes, o reserve a una ley su configuración concreta, el derecho fundamental como tal deberá ser preservado”. Este precepto, señala expresamente la necesidad de que tanto la reserva de ley como la consiguiente tarea del legislador de configurar el derecho fundamental observen el propio límite inmanente de cada derecho fundamental. Por lo que queda claro que el legislador está limitado en la regulación de los derechos fundamentales, y por ende, los derechos fundamentales en cuanto en su esencia representan un límite. Eso significa que no podría sustraerse a los límites inmanentes de la reserva legal. Si bien una predeterminación legal de los límites inmanentes será contradictoria, con la exigencia constitucional de ponderación en el caso concreto de los derechos, bienes, valores constitucionales en conflicto, no lo sería si tales límites estuviesen amparados en la reserva de ley.

Como señala BACIGALUPO[40], la exigencia de esta ponderación modula necesariamente, la intensidad de la reserva de Ley a la que están sometidos los “límites inmanentes” de los derechos fundamentales. De ahí, que en mi opinión, esta intensidad determina el contenido de los derechos fundamentales, a través del principio de proporcionalidad, en cuanto proporcionalidad y límites inmanentes están unidos de la mano en esta intervención. El principio de proporcionalidad debe necesariamente dejar al aplicador de la norma habilitante de la limitación de derecho un margen de ponderación en concreto que le permita determinar en caso supuesto si es o no necesaria para preservar el derecho, bien o valor constitucional en conflicto la limitación del derecho fundamental, pero esta limitación debe hacerse siempre con base constitucional. Ahora bien, una ley que estreche a los derechos fundamentales más de lo que resulta obligado para la protección de bienes jurídico de igual o superior rango- y los bienes jurídicos no son agotadoramente mencionados en la Constitución con relación a cada uno de aquéllos derechos-no resulta admisible.

Se prohíbe al legislador internarse con finalidad restrictiva en la esencia del derecho fundamental, dentro del cual están los “límites inmanentes”[41]. Entonces se puede concluir señalando que si bien es cierto que los “límites inmanentes” están sometidos a reserva de ley, también lo es que la ley está sometida a los “límites inmanentes” de cada derecho fundamental. Aunque pudiera pensarse que esta afirmación es una contradicción no lo es. En la búsqueda del equilibrio o de la ponderación en la determinación de los “límites inmanentes”, que es necesaria siempre, interviene de modo inexcusable el principio de proporcionalidad.

Sentado lo anterior, podemos llegar a la conclusión de que la interpretación más idónea de los límites de los derechos fundamentales, es reconocer la existencia de una relación normativo-inmanente entre los particulares bienes jurídico-constitucionales, que valore el principio de ponderación de bienes como principio inmanente a la Constitución, que parta de que todo bien jurídico-constitucional, como parte constitutiva del conjunto, está limitado desde el principio además de los límites expresos, por otros componentes igualmente constitutivos y que tenga en cuenta las descritas de condicionamiento y complementariedad entre los particulares bienes jurídico-constitucionales[42], lo cual debe repercutir necesariamente en la reserva legal de limitación del derecho fundamental que se trate.

Por otro lado, en la STC 171/1990, la capital importancia del ejercicio de la libertad de información no puede llevarnos a desconocer el límite que para dicha libertad supone el debido respeto a los intereses derivados de la libertad de empresa, que también es objeto de garantía constitucional. Llegados a este punto, se hace necesario tener presente que la exigencia de ponderación entre ambos derechos-libertad de información y libertad de empresa- no se traduce sino en la máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido. Debe en suma, procederse, a una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del supuesto concreto. Corresponde al Tribunal Constitucional la tarea de ponderar los derechos en presencia y de determinar si la restricción que se impone a un derecho está o no constitucionalmente justificada por la limitación que, decidiendo en sentido contrario, sufriría el derecho de la



otra parte. Se ha necesario, por ello, a la hora de adoptar la decisión de prevalencia y de concretar sus condiciones (STC 103/2001, de 23 de abril, y 53/2002, de 27 de febrero), ponderar razonablemente, de una parte, la limitación que el derecho de libertad de información (como límite externo) sufre y, de otra, la imprescindibilidad de tal limitación (como límite inmanente), para asegurar en este caso, los intereses derivados del derecho a la libertad de empresa.

También en este caso se requiere una ponderación de límites, la preferencia del derecho de información significa que su limitación sólo se justifica si con un ínfimo sacrificio del mismo se consigue evitar un sacrificio total del derecho ajeno (principio de proporcionalidad en sentido estricto). O, lo que es lo mismo, el sacrificio de ese derecho ajeno exige no sólo que esas afirmaciones sean relevante para la información veraz de relevancia pública que se comunica, sino también que no se utilicen con la finalidad de introducir el descrédito, desprestigio o descalificación global del afectado.

Por lo tanto, la reserva de ley está al servicio de los derechos fundamentales como parte constitutiva de la Constitución, la legislación legitimada por medida de la reserva de ley, hay que verla como "ejecución de los derechos fundamentales", en relación orgánica con los mismos[43].

NOTAS

[1] CRUZ VILLALÓN P." Derechos Fundamentales y legislación", en A.A.V.V "Estudios de Derecho Público en homenaje a I. de Otto" Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993.

[2] UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA A. El derecho comunitario y el legislador de los derechos fundamentales, IVAP, 2001, págs 196 y ss.

[3] SOLOZABAL ECHEVARRIA M. "Los derechos fundamentales en la Constitución Española" Revista de Estudios Políticos, nº 105, 1999.

[4] MARTINEZ PUJALTE, E., La garantía del contenido esencial op. cit., pág.140. El autor propone una nueva dimensión al papel del legislador de forma que "el legislador no está autorizado a limitar o restringir los derechos fundamentales; pero está obligado, en cambio a desarrollar los derechos constitucionalmente reconocidos, a interpretar y concretar su contenido, y a establecer las condiciones que hagan posible su más pleno ejercicio efectivo por los ciudadanos. La actuación del legislador se convierte, pues, en una pieza decisiva para la adecuada protección de los derechos fundamentales. Pero esta actuación debe desenvolverse en el marco del más exquisito respeto al contenido de los derechos fundamentales constitucionalmente declarado". Vid. CASTILLO CORDOVA, LF., "¿Existen conflictos entre derechos fundamentales?".. op. cit., págs. 123-124: "Los límites dejan de ser intervenciones que influyen sobre su contenido y que provienen desde fuera del derecho mismo para convertirse en unos contornos que deben ser sacados a la luz, exteriorizados, y que son contornos que por propia naturaleza y concreta finalidad tiene atribuido cada derecho al cual le son inmanentes.

Delimitar no es lo mismo que limitar, si bien el contenido del derecho es ilimitado este contenido no puede ser limitable, de ningún modo por nadie, sólo permitirá una actividad delimitadora de su contenido". Señala el autor: "La labor que realiza el legislador es una labor de definición de los contornos del contenido antes que una labor de limitación desde fuera que comprime el contenido del derecho fundamental, por esto debe afirmarse que todos los derechos fundamentales cuentan con un contenido jurídico el cual es inxpunable de modo absoluto por parte del poder público. Por lo cual, no debe hablarse de límites entendidos como restricciones impuestos desde fuera por el legislador (teoría externa), sino que de lo que debe hablarse es de delimitación, de exteriorizar- a través de una ley, por ejemplo- una frontera natural que se define desde dentro del derecho (teoría interna de los límites)".

[5] Es muy discrepante la doctrina sobre este tema. Así BALAGUER CALLEJÓN F. en "Derechos Fundamentales y Constitución normativa", en A.A.V.V. X Jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales, vol. I, Ministerio de Justicia. Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1988 señala que "el contenido esencial es un límite para el legislador y que la reserva de ley garantiza el contenido esencial frente al legislador y frente al Tribunal Constitucional. Unas y otras facultades integran el contenido constitucional del derecho. El Tribunal Constitucional protege indirectamente la función del legislador en la medida en que sin esta garantía no existirían los derechos fundamentales. El legislador podrá intervenir de forma intensa, configurando el derecho pero permitiendo dotar de contenido diverso al derecho sin que esa capacidad pueda ser limitada mas cuando el legislador llegue a desfigurarlo". Asimismo, VELASCO CABALLERO F. "Límites inmanentes" de los derechos fundamentales y reserva de Ley", REDA, nº 85, ,enero-marzo, 1995, señala que " el principio de reserva de ley sin dejar de ser instrumento de distribución de poder, pasa a ser también una

garantía para cada ciudadano. La reserva de ley de ser compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, incluso cuando el legislador ha omitido la regulación del ejercicio de aquellos derechos. Los bienes jurídicos inmanentes identificados como límites inmanentes del derecho precisan de una protección urgente que no puede atender a una imprevisible regulación futura del Parlamento". DE OTTO, I. "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades..." op. cit. pág. 36, señala: "la regulación del ejercicio del derecho fundamental, ha de situarse en ese espacio abstracto de la definición del derecho que consiste en la determinación de concreción de la conducta abstractamente definida mediante la regulación de los elementos de la realidad, en definitiva, el problema de los límites es un problema de los límites del ejercicio de esos derechos nunca un problema de los límites del contenido.

[6] ARAGÓN REYES, M., Constitución y democracia, Tecnos, Madrid, 1989. "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional", REDC, nº 17, mayo-agosto 1986 MARTÍNEZ PUJALTE L. critica a DE OTTO, por su teoría restrictiva, al afirmar que "los únicos límites serán aquellos para los que existe una habilitación constitucionalmente expresa conduce al absurdo porque todas las normas son delimitación del contenido, como se comprueba mantener esto supone reducir toda la legislación de los derechos fundamentales al establecimiento de límites internos, lo que a nuestro juicio es criticable". ABA CATOIRA A. op. cit. pág.39, señala que "el art. 53 de la CE habilita al legislador para configurar el contenido constitucionalmente protegido como para fijar las condiciones de ejercicio, actividad en la que se incluye la limitación de los derechos". Si la intervención legislativa realmente no puede alterar el contenido del derecho en cuestión que surge es la siguiente ¿ por qué se establece el límite del respeto al contenido esencial para toda ley que regule el ejercicio de un derecho si éste no afecta su contenido?. Toda regulación entraña una limitación y por ende afecta a su contenido".

[7] En la doctrina constitucional española, DIEZ PICAZO, L., Sistema de derechos fundamentales, op. cit., pág. 97. El autor observa que "la intervención del legislador en materia de derechos fundamentales permiten dos clasificaciones diferentes. Por un lado, junto a leyes que tienen completar la regulación constitucional de cierto derecho fundamental- bien introduciendo elementos de organización y procedimiento necesarios para su plena efectividad, bien concretando aquellos aspectos del mismo que quedan indeterminados en el correspondiente enunciado constitucional-, hay otras leyes que no tienen en rigor esa finalidad, sino que simplemente rozan o entran en contacto con algún derecho fundamental. Por otro lado, cualquiera que sea la finalidad de la intervención legislativa, el resultado de ésta con respecto al contenido del derecho podrá ser de ampliación o de reducción. Pues bien, la mera clasificación es relevante a efectos de las distintas reservas de ley en materia derechos fundamentales, esto es, para delimitar los ámbitos respectivos de los arts. 53.1 y 81 CE; la segunda clasificación, en cambio es crucial para enfocar adecuadamente el problema de la delimitación y restricción de los derechos fundamentales". Para este autor "las dos clasificaciones son independientes entre la distinción entre desarrollo y regulación del ejercicio es relevante a efectos de la delimitación de las diversas reservas de ley, mientras que los límites constitucionales a la restricción de derechos fundamentales operan cualquiera la naturaleza (orgánica u ordinaria) de la ley".

Además el propio TC ha señalado: "Finalmente, y por lo que respecta a la exigencia de proporcionalidad, como señalamos en la STC 49/1999, de 5 de abril, "desde nuestras primeras resoluciones (STC 62/1982) hasta las más recientes (especialmente SSTC 55/1996 y 161/1997) hemos consagrado el principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales ... y que, 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 STC 70/2002, 3 de abril, F.J., 7º).

[8] VILLACORTA MANCEBO, Reserva de ley y Constitución, Dykinson, Madrid 1994.

[9] DE OTTO, I. Derechos fundamentales y Constitución op cit. Pág. 36.

[10] BVerfG 57.295. En esta sentencia se plantea el conflicto del derecho fundamental a la libertad de expresión y el derecho de la radiodifusión frente al dominio del Estado. En la STC de 8 de abril de 1981, se establece que:" la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él, quepan opciones políticas de diferente signo y por otra parte corresponde al legislador ordinario confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho que serán más restrictivas o abiertas de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen siempre que no pase más de allá de las fronteras impuestas por las normas constitucionales concretas del límite genérico del art. 53 CE".

[11] SCHWABE, G. Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstad, 1977. RODRÍGUEZ TOUBES J. Principios, fines y derechos fundamentales, Dykinson 2000, señala que "el legislador no sólo tiene competencia para interpretar y articular la protección original del derecho en la Constitución, incluidos sus "límites inmanentes". Por el contrario tiene un margen de maniobra político; el cual es seguramente mayor cuando la Constitución le autoriza explícitamente a intervenir en relación a un derecho concreto, incluso cuando la autorización es implícita o genérica. Tal vez la diferencia entre el margen de maniobra que tiene el legislador cuando su autorización es explícita y concreta (reservas específicas de limitación) o cuando es implícita o genérica estriba en la extensión del contenido esencial del derecho.

Podría entenderse que al encomendar expresamente a la ley la regulación de un derecho determinado, la Constitución da a entender que el contenido esencial de ese derecho no es tan amplio como el que cabría esperar de no existir esa reserva expresa. Lo decisivo no es tanto la extensión del contenido posible del derecho por ella como la de su contenido esencial. La amplitud del contenido posible no altera su carácter estricto: la garantía del derecho puede formularse en una regla



generosa y precisa al mismo tiempo. Lo que ocurre es que el legislador puede alterar esa regla”.

[12] JESCH, Gesetz und Verwaltung, (trad. de M. Heredero), Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad, Madrid 1978.

[13] HÄBERLE P., La garantía del contenido esencial, op. cit., pág. 190.

[14] HÄBERLE, P., La garantía del contenido esencial... op. cit., pág. 190. La cursiva es mía. El autor, considera que “la relación de la legislación con los derechos fundamentales hay que determinarse de modo que aquélla sea llevada con respecto a estos a la relación de una coordinación funcional y de un condicionamiento recíproco. Ello significa que los derechos fundamentales se convierten en realidad jurídica sólo por medio de la legislación que en parte los limita y en parte los conforma. Los derechos fundamentales y la Constitución necesitan, en sí mismo, de la legislación. En cambio, la legislación, por su parte solamente puede ser conforme a los derechos fundamentales, es decir, sólo puede concretizar y precisar los límites a los derechos fundamentales y el contenido de los mismos, pero no determinarlos a voluntad”. El contenido esencial es un límite al legislador. Debe tenerse presente que las garantías y libertades públicas son en primer término derechos frente al poder y específicamente frente al poder del legislador. Las libertades públicas son un instrumento del ciudadano para evitar la arbitrariedad y el exceso de poder por parte del gobernante. Son a su vez barreras a la acción pública (Kirchhoff citado por Hernández, Los Principios Constitucionales, p. 20) entre ellas a la legislativa.

[15] DE OTTO I., op cit, pág., 36.

[16] HESSE KONRAD op. cit. pág.46; en la jurisprudencia véase SSTCF en BVerfG, vol 30 págs 173 y sigs., concretamente 195.y I 35 .

[17] MÜLLER Die Positivität dei Grundrechte Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik, 2 erw. Aufl, Dunkcker & Humblot Berlin. Vid también CRUZ VILLALÓN P. "Reserva de Constitución. Comentario al Fundamento Jurídico 4º de la STC 7/83 de 5 de agosto LOAPA". REDC nº 9, 1983. Asimismo, BASTIDA F. "La libertad de difusión en el art. 20 de la CE: la libertad antena" en A.A.V.V. Introducción a los derechos fundamentales Vol. I Madrid 1988. Para REQUENA, T., Sobre la función, medios y los límites de la interpretación de la Constitución, .. op. cit. pág 142 y ss., señala: "la concepción estricta parece dogmáticamente más correcta. Aún así, por lo que se refiere a la reserva de ley, sólo es exigible cuando de regulaciones generales se trata, y ni todos los derechos son susceptibles de estricto desarrollado, ni éste puede solventar los problemas que se plantean en la práctica.

En esto la concepción amplia incurre en una contradicción, niega la virtualidad a soluciones apriorísticas para encomendar después a la definición previa legal la resolución de los problemas. En cuanto a la ponderación, todo lo más es la expresión de las decisiones interpretativas en el proceso de argumentación jurídica que no constituye por sí un medio de control, sino sólo en cuanto representa una argumentación racional para la "limitación". Respecto de la proporcionalidad, tiene sentido respecto de aquellas medidas previstas en la propia Constitución que inciden en los derechos fundamentales (limitaciones). Es el caso de la entrada en el domicilio o la intervención de la correspondencia ex. art. 18 CE. La proporcionalidad, sólo tiene sentido para las restricciones que le vienen impuestas a los derechos fundamentales desde fuera, pues de otro modo la proporcionalidad no operaría en garantía de los derechos y libertades, cuyo contenido no es absolutamente modulable, sino de los particulares intereses de los sujetos jurídicos". BERNAL PULIDO, C., Principio de proporcionalidad... op. cit., pág. 272 y ss, señala en este sentido la distinta finalidad que tiene la reserva de ley del art. 53 y 81.1. CE, que consiste en controlar la constitucionalidad en la intervención de los derechos, y los "límites de los límites" de los derechos fundamentales, como el principio de proporcionalidad que tiene una finalidad radicalmente distinta. Vid. la posición de PECES BARBA, Curso de Derechos Fundamentales, op. cit., pág. 596. Es interesante la posición del autor, respecto de la reserva de ley: "En la Constitución española estas habilitaciones competenciales se presentan en dos planos que afectan respectivamente al Derecho lega y al Derecho judicial. Son habilitaciones para el legislador o para el juez para limitar derechos fundamentales. La competencia del legislador se deriva de lo establecido en el art. 53.1: "Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...". La propia estructura del artículo lleva a interpretar el concepto de regulación del ejercicio como comprendiendo la posibilidad de limitar. Regular significa desarrollar, perfilar, pero también limitar puesto que se preve un límite a la limitación, que es el llamado contenido esencial. Si hay un límite de los límites, es que este precepto habilita para limitar; de lo contrario su inclusión carecería de sentido. No es necesario pues que exista en cada derecho una habilitación especial, aunque como veremos también se produce este supuesto, sino que el art. 53.1 actúa como una habilitación de competencia general". La reserva de ley tiende a proteger a los derechos fundamentales de intervenciones de gran calado, provenientes de la Administración y del Poder Judicial, el principio de proporcionalidad persigue concretar y hacer operativa la fuerza vinculante que emana de dichos derechos para que las intervenciones en su ámbito no sea desmesurado. Vid. DIEZ PICAZO, Sistema de derechos fundamentales, op. cit., pág. 102, el autor señala que "hay remisiones específicas a la ley que operan como mandatos constitucionales de que una determinada materia relacionada con algún derecho fundamental esté efectivamente regulada por ley; pero ello, bien entendido, no tanto como reservas de ley en sentido clásico, cuanto como interdicción constitucional del vacío legal.

La reserva de ley en sentido clásico está ya en el mencionado art. 53.1 CE. Por ejemplo, menciones a la ley como las contenidas en los arts. 16 o 24.2 CE, deben entenderse, respectivamente, como un rechazo constitucional de que las reglas



definitorias del orden público o de la predeterminación del juez puedan ser fijadas por vía puramente consuetudinaria o jurisprudencial. Se trata, en definitiva, de un sentido más amplio de la reserva de ley, entendida como reafirmación del principio de seguridad jurídica: se establece una exigencia de derecho escrito, en aras de la cognoscibilidad y previsibilidad de ciertas normas que afectan a derechos fundamentales. En este sentido, sobre la importancia de la reserva de ley no sólo para frenar la discrecionalidad de la potestad reglamentaria de la Administración sino también la del juez (SSTEDH Valenzuela Contreras c. España, de 30 de julio de 1998)".

[18] VILLAVERDE MENENDEZ, I. " Esbozo de una teoría general de los derechos fundamentales"... op cit. pág. 49. Para CASTIILLO CORDOVA, L.F., op. cit., pág. 121-122, existen dos formas de delimitar el contenido jurídico de un derecho fundamental: El primero de los caminos, tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y conviene generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general, los especialistas en derecho constitucional, el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en el otro, desnaturalizándose así. La cursiva es del autor. El segundo de los caminos, consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, resulten real concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". La cursiva es nuestra.

[19] El Tribunal Constitucional explica la cláusula del contenido esencial como un límite a los límites del legislador en un derecho fundamental. Pretende cuando se le presenta la ocasión, delimitar conceptualmente a priori cuál sea el contenido de cierto derecho fundamental, para una vez delimitado, fijar el alcance y en su caso la constitucionalidad, del límite legalmente impuesto. (SSTC 61/89,119/91,71/94;183/94;52/95...). Así afirma: "A tal efecto, hemos de recordar que, con carácter general, hemos declarado que la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional. Así lo hemos afirmado, por ejemplo, en relación con el derecho a la intimidad (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4 el derecho a la integridad física (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 7/1994, de 17 de enero, FJ 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2), el derecho a la libertad de expresión (STC 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4), el derecho al secreto de las comunicaciones (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4), el derecho a la libertad de circulación (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3), o el derecho a la libertad personal (SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2). En la STC 49/1999 sostuvimos que "por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I desempeña una doble función, a saber: de una parte, 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, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981 34/1995, 47/1995 y 96/1996), constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Por consiguiente, como afirmamos en la citada Sentencia, la legitimidad constitucional de cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de Ley, y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho (FJ 4).En relación con la insuficiencia de la ley desde la perspectiva de la seguridad jurídica, señalamos que si bien constituye una vulneración autónoma e independiente de cualquier otra del derecho fundamental, que sólo el legislador puede remediar, ya que la insuficiente adecuación del ordenamiento a los requerimientos de certeza crea para los hipotéticos destinatarios de las medidas "un peligro en el que reside dicha vulneración", no implica por sí misma necesariamente la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales, siempre que éstos hubieran actuado en el caso concreto respetando las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5)".

Afirma, CASTIILLO CORDOVA, L.F., ..op. cit., pág.120: "Los parámetros constitucionales que definen la acción protegible, vendrán dados por la norma constitucional, por la naturaleza jurídica del derecho de que se trate así como por la finalidad que se persiga con el derecho en particular. A este nivel de las circunstancias concretas sirven procedimientos y técnicas interpretativas como la ponderación (y el consiguiente principio de proporcionalidad), que se emplearán no para sopesar derechos-como se estudió, sino para ponderar las concretas circunstancia que definen el caso que se intenta resolver.

Pero se sopesaran las circunstancias no para concluir la preferencia de una libertad o de un derecho sobre otro derecho fundamental, de modo que se formule una jerarquía de derechos concreta- en oposición a la abstracta y general- sino para definir en el caso concreto los particulares alcances o contornos del derecho invocado de modo que permita establecer si la

conducta que se enjuicia tiene protección constitucional por caer dentro del contenido jurídico del derecho invocado. La mencionada delimitación constitucional del derecho se convierte en la principal cuestión en lo que atañe a la relación entre derechos fundamentales". En este sentido, el principio de proporcionalidad tiene en nuestra opinión, un papel crucial.

[20] Vid. PECES BARBA, G., Curso de Derechos Fundamentales, op. cit.,pág. 608, señala "en todos estos casos los límites de los derechos no lo son con carácter general, sino que dependerán del ámbito y de la situación en que se pretenda aplicarlos y ejercerlos". En resumen los derechos fundamentales tienen límites generales y materiales comunes a los que restringen el ámbito de aplicación de otros derechos no fundamentales, tienen límites del subsistema de los derechos como límites formales, tienen límites establecidos por las leyes, en base a la habilitación del art. 53.1 o en base a la reserva de habilitación que establecen algunos preceptos del Título primero de la Constitución. Como la Constitución es una norma jurídica, los límites establecidos para algunos derechos en la propia Constitución, existen sin necesidad de la ley que desarrolle esos derechos y son de cumplimiento directo. También existen límites establecidos por leyes derivadas de la Constitución. Finalmente, existen los límites en el caso concreto al ejercicio de un derecho que pueden ser acabados de ver límites subjetivos y límites tópicos o de la situación".

[21] REQUENA LÓPEZ, T., Sobre la función... op. cit., pág. 131. El autor afirma que "el legislador sólo está limitado por la Constitución, y por ello él aparece en primer término como el responsable de esa garantía; él es el encargado de "regular", "desarrollar", o "afectar" los derechos fundamentales, y por eso tales preceptos contienen ese mandato de referencia al legislador. La cláusula del contenido esencial, tiene una doble utilidad: por un lado, la cláusula implica que sea tenido en cuenta el contenido esencial de los derechos fundamentales por los operadores jurídicos, si no hay ley alguna que regule (o desarrolle) el ejercicio de los derechos fundamentales; por otro, permite identificar negativamente el margen de operatividad del legislador, y positivamente vincular más intensamente al legislador, que por ejemplo, las garantías institucionales". STERN, K., "El sistema de los derechos fundamentales.." op. cit., pág. 275, señala respecto del contenido esencial que "este núcleo interno del supuesto fáctico de los derechos fundamentales es objeto de una protección absoluta. Los factores que determinan este núcleo no pueden fijarse con carácter general, sino que han de averiguarse separadamente para cada derecho fundamental". Vide. BERNAL, C. Principio de proporcionalidad..op. cit., pág. 278. y ss., que señala que la proporcionalidad es un resultado de la aplicación del contenido esencial.

Vid. REQUENA LOPEZ, T., Sobre la función, medios y los límites de la interpretación de la Constitución, Comares, Granada, 2001. op. cit., págs. 142-43. Considera el autor que " la idea del "contenido esencial como límite de la interpretación jurídica", aunque después reconoce desde la realidad, que en todo caso, y admitiendo como hipótesis cualquier desenvolvimiento práctico, cuando no exista una ley reguladora o de desarrollo, que la Constitución aparecerá como parámetro de respeto.

La expresión "contenido esencial", pone de relieve que los derechos fundamentales (como valor) son un contenido esencial de la Constitución que debe respetarse por cualquier operador jurídico (o político), en todo caso en su actividad hermenéutica. De ahí la inutilidad del contenido constitucional para la obtención de un concepto de cada derecho". La CE puede valerse en ocasiones de limitaciones (intervención judicial de comunicaciones), y en otros casos no: en el primero, habría que valerse del principio de proporcionalidad, pero no sólo de éste pues es claro que el contenido del derecho no se conforma exclusivamente a través de estas limitaciones; en el segundo caso el principio de proporcionalidad no tiene ya posibilidades de intervenir. Pero si todo es así ¿ qué sentido tiene distinguir entre limitaciones (externas) y límites (internos), si todos ellos delimitan el contenido del derecho?. Pues todo. Primero, porque permite identificar las facultades que positivamente definen un derecho (la intervención judicial de las comunicaciones no es una facultad que corresponda al sujeto titular del derecho). Segundo, porque justamente por ello, habilita la actuación del principio de proporcionalidad".

Concluye el autor señalando que "si todas las limitaciones han de estar dispuestas en la Constitución, es claro que el art. 53.1, proscribiera que por el legislador se puedan establecer otras limitaciones distintas de las recogidas en ella, esto es, que la ley pueda contrariar el contenido constitucional del derecho, que es aquél que la Constitución define positiva (delimitación) y negativamente (limitación).

[22] BASTIDA FREIJEDO F. El régimen jurídico de la comunicación social. Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1994. Esta expresión significa que el derecho no es absoluto sino que debe ser apreciado en forma valorativa y ponderada cuando se tenga que efectuar un balancing por su colisión con otro derecho fundamental.

[23] BACIGALUPO, M., "La aplicación de la doctrina de los límites inherentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal". REDC, nº 38,1993, págs. 312 y ss.

[24] CRUZ VILLALÓN P. "Reserva de Constitución. Comentario al Fundamento Jurídico 4º de la STC 7/1983 de 5 de agosto sobre la L.O.A.P.A" REDC, nº 9 1983. También., "El legislador de los derechos fundamentales", La garantía constitucional de los derechos fundamentales, (dir), LÓPEZ PINA, A, págs. 126 y ss.

[25] VILLAVERDE MENENDEZ I. "Esbozo de una teoría jurídica de los derechos fundamentales" Revista Jurídica de Asturias, nº22, 1998. Así, la STC 12/1990, así establece:"A tal fin como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal conviene tener presente de una parte que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta al resultar justificados por la necesidad de preservar otros

derechos constitucionalmente protegidos puedan ceder los derechos fundamentales y de otra que en todo caso las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable, de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido y ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone y en todo caso respeto a su contenido esencial, si tal derecho puede aún ejercerse".

[26] SOLÓZABAL ECHEVARRRIA, J.J., "Principalismo y orden constitucional", AFDUAM- La Justicia en el Derecho Privado y en el Derecho Público, nº 2, 1998, pág. 218. La cursiva es mía.

[27] HÄBERLE, P., La garantía del contenido esencial, op. cit., págs. 68-69.

[28] El autor alemán, propone varios ejemplos: "leyes que regulan en sus detalles el uso de la propiedad; normas que conforman con más precisión la libertad contractual; preceptos formales y disciplinarios.

El número de normas que pueden ser justificadas en el ámbito de los derechos fundamentales sólo si se estima admisible la consideración de aspectos relativos a su adecuación al fin puede ser muy elevado; preceptos de la ley del transporte de mercancías; las regulaciones sobre la práctica de la caza en la Ley de 29.11.1957. Las exigencias estrictas a las "intervenciones en el derecho paterno de educación" de sus hijos no rigen para todas las leyes que afectan a la libertad de opinión.

Si se concede al legislador un campo de juego proporcionalmente amplio para la limitación de la propiedad en interés público, entonces hay que poner, por el contrario, exigencias más intensas respecto de los límites de la libertad de opinión. Desde las primeras Sentencias del TC (vid. STC 62/1982) hasta las más recientes (vid. especialmente, SSTC 55/1996 y 161/1997) han consagrado el principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales y que, en el ámbito de los derechos fundamentales constituyen 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.

[29] BERNAL PULIDO, C., El principio de proporcionalidad, op. cit., pág 300 y ss., afirma más recientemente, que "donde hay núcleo no hay ponderación, y donde hay ponderación no puede haber núcleo.

En otros términos, el juicio de constitucionalidad es unidireccional y no bidireccional, de acuerdo con la teoría absoluta, y por lo tanto, la labor del Tribunal Constitucional consiste en establecer si las ventajas que la restricción legislativa implica para el derecho o bien que la justifica, compensan las desventajas para el derecho restringido en un examen de relación entre las ventajas y las desventajas (para el autor los límites de los límites aparecen en la etapa que denomina de control constitucional, después de la etapa de intervención legislativa), señalando que no es posible que el juicio de constitucionalidad sea relacional (principio de proporcionalidad) y no relacional (teoría del núcleo esencial). Sin embargo, discrepo cuando señala que "antes que límite del límite, el principio de proporcionalidad se constituye como un instrumento metodológico por cuya virtud se determine el contenido normativo que emana del objeto limitado". En mi opinión, el principio de proporcionalidad es algo más que un instrumento metodológico aplicado a los límites de los derechos fundamentales, es el propio contenido de cada derecho fundamental -objeto delimitado en cada momento aplicativo- y protegible constitucionalmente. Vid. DIEZ PICAZO, L., Sistema de los derechos fundamentales, Dykinson, 2003, págs. 110 y ss. El autor señala que "el principio de proporcionalidad y respeto por el contenido esencial no son maneras distintas de designar una misma cosa. El respeto por el contenido esencial no es sencillamente la denominación que recibe el principio de proporcionalidad cuando es aplicado a los derechos fundamentales. El respeto al contenido esencial vendría a coincidir con el tercero de los requisitos del principio de proporcionalidad (en sentido estricto), no con el juicio de proporcionalidad en su conjunto. Esta distinción es importante, porque el principio de proporcionalidad va más allá del contenido esencial. Mientras que para este último basta que el derecho fundamental no quede destruido o desvirtuado, el principio de proporcionalidad exige, además que la restricción sea adecuada o necesaria; y no todas las restricciones de los derechos fundamentales que respetan su contenido esencial son adecuadas o necesarias". No podría ser de otra forma: "que el contenido fuese determinado por la misma proporcionalidad. Si bien no todo el principio de proporcionalidad es contenido esencial si todo contenido esencial es principio de proporcionalidad".

La cursiva es nuestra. SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, D., El control de proporcionalidad en la actividad administrativa, op. cit., pág. 435. El autor más recientemente ha destacado: "el papel de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, a la hora de determinar una causa de nulidad absoluta, se ha visto reforzado a partir de la reforma efectuada por la Ley 4/1999, una vez eliminado el requisito de lesión al "contenido esencial" al derecho. Esta figura no ha encontrado su hábitat en el escrutinio jurídico a los demás poderes públicos, sin poder ser menos la Administración. De hecho, estos juicios in caso ya se venían efectuando por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, y la Ley ha venido a avalar la práctica de "ensanche" y desvirtuación del llamado "contenido esencial", aunque la práctica forense también ha mostrado una aplicación moderada de esa causa de nulidad". Vid. XIOL RIOS, J., A., Nulidad de pleno derecho en ALVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J. Comentarios a la Reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Pamplona, 1999.

[30] STC 292/2000, de 30 de noviembre. Vid. SSTC 27-10-1987, nº 161/1987 (F.J.5º) "Este Tribunal ha tenido ya ocasión,

en varias sentencias a partir de la STC 11/1981 de 8 abril, de establecer lo que entiende por "contenido esencial" de un derecho a los efectos de lo previsto en el art. 53.1 CE. Se decía en aquella sentencia que por contenido esencial de un derecho hay que entender "aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otros desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales".

Como criterio complementario puede considerarse también como contenido esencial de un derecho aquella parte de su contenido "que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos". Estos criterios han de aplicarse a cada caso concreto, ateniéndose a la forma en que el derecho de que se trate esté configurado en la Norma fundamental. El Tribunal Constitucional considera que: "Justamente, si la Ley es la única habilitada por la Constitución para fijar los límites a los derechos fundamentales y, en el caso presente, al derecho fundamental a la protección de datos, y esos límites no pueden ser distintos a los constitucionalmente previstos, que para el caso no son otros que los derivados de la coexistencia de este derecho fundamental con otros derechos y bienes jurídicos de rango constitucional, el apoderamiento legal que permita a un Poder Público recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, sólo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos. Por tanto, si "aquellas operaciones con los datos personales de una persona no se realizan con estricta observancia de las normas que lo regulan, se vulnera el derecho a la protección de datos, pues se le imponen límites constitucionalmente ilegítimos, ya sea a su contenido o al ejercicio del haz de facultades que lo compone". La fijación en el mismo precepto constitucional del servicio militar obligatorio y la obligada regulación del derecho de objeción de conciencia "con las debidas garantías", en el sentido ya indicado, delimitan la libertad del legislador para configurar el derecho de objeción, forzándole a ponderar todos los bienes jurídicos protegibles en juego".

[31] PIEROTH /SCHLINK , Grundrechte (Staatsrecht II), 5 ed. Heidelberg, 1989. Vid. BACIGALUPO, M., "La aplicación de los límites inmanentes...", op. cit., pág. 312 y ss.

[32] BACIGALUPO SAGGESE M. ref.. SSTCF en BVerfG, vol 12 ,vol 28, vol. 49, y vol. 69. Vid. MAUNZ, T., Dt. Staatsrecht, 10ª ed., 1961, pág. 93 y ss.

[33] STC 49/1999, de 5 de abril.

[34] HESSE, K., "La interpretación constitucional", Escritos de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 45-46. En los mismos términos HÄBERLE, La garantía del contenido esencial, op. cit., págs. 58 y ss, considera que la ponderación entre bienes jurídico-constitucionales no implica relaciones de supra o subordinación que supusieran la exclusión de uno de los dos bienes, al contrario, se trata de un "equilibrio y coordinación" entre ambos. Al respecto debe tenerse en cuenta como criterio de ponderación el sometimiento de los derechos fundamentales a la reserva de los "principios generales"; éstos han de ser bienes de igual o superior rango, y que posean fundamento constitucional.

[35] REQUENA LOPEZ, T., Sobre la función, medios y los límites de la interpretación de la Constitución, Comares, Granada, 2001, págs. 120 y ss. El autor señala que "en el análisis del contenido de los derechos fundamentales es frecuente el recurso terminológico y temático a los "límites de los derechos" de modo indiferenciado, ya se trate de hacer con ello referencia a los contornos capaces de definir el derecho o a la incidencias externas en su contenido. Ese uso globalizante es habitual en la jurisprudencia constitucional y ha sido criticado con razón por la doctrina, que propone con mayor o menor insistencia la sustitución de la taxonomía entre "delimitación" y "limitación", como expresión del papel que están llamados a jugar aquellos por referencia al contenido de los derechos fundamentales. El autor distingue entre límites necesarios, que son aquellos que permiten definir el contenido del derecho fundamentales, los límites directos, que son los que reducen el contenido del derecho por quererlo expresamente la Constitución, y límites inmanentes, impuestos por la articulación, para la convivencia, de los derechos fundamentales. Pues bien, con tal base, puede entenderse la diferencia entre las dos concepciones sobre el contenido de los derechos fundamentales, la concepción amplia y la estricta.

[36] BACIGALUPO, M., "Los límites inmanentes..." op. cit. págs. 67 y ss.

[37] SSTC 83/1984; 121/1997 y 173/1998. Así, en la STC 127/94 (F. J. °3) se establece:"(...) Puede por esto razonarse que cuando las Cortes Generales en Ley Orgánica desarrollan un derecho fundamental están, en realidad desarrollando y concretando la norma constitucional reconocedora del derecho -a menudo dotada de considerables dosis de abstracción- en sus espacios abiertos a la libertad de configuración normativa del legislador de los derechos fundamentales. Constitución y Ley Orgánica de desarrollo del derecho fundamental se integran por tanto, estrechamente, como evidencia el art. 28.2 de la LOTC, sin perjuicio de la evidente superioridad jerárquica de las normas constitucionales".

En la STC 2003/108862, de 29 de octubre, el Alto Tribunal , sobre la determinación del contenido del derecho al secreto de las comunicaciones señala lo siguiente: "Por consiguiente, la injerencia en los derechos fundamentales sólo puede ser habilitada por la "ley" en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales (STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6. La necesidad de esa previsión legal ha sido afirmada expresamente por este Tribunal respecto de un amplio elenco de



derechos fundamentales y libertades públicas. Así, por ejemplo, en relación con el derecho a la intimidad (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, el derecho a la integridad física (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8 7/1994, de 17 de enero, FJ 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2, el derecho a la libertad de expresión (STC 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4. Sobre el derecho a la libertad de circulación (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3 el derecho a la libertad personal (SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 247/2000, de 17 de febrero; 169/2001, de 16 de julio, y específicamente también, como acabamos de recordar, el derecho al secreto de las comunicaciones (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4 y Sentencias en ella citadas).

En ella, se establece expresamente la validez del principio de proporcionalidad en la determinación de los límites a la intervención de las comunicaciones: "El juez no valoró la concurrencia del presupuesto legal habilitante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones como prius lógico de la ponderación misma del carácter necesario, adecuado y proporcionado de la intervención telefónica. Por ello, al igual que en ocasiones similares (SSTC 49/1999, de 4 de abril, FJ 10; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8/2000, de 27 de enero, FJ 6, 299/2000, 11 de diciembre, FJ 6; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 3, hemos de declarar la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). En efecto, si bien el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (por todas SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3 es el principio de proporcionalidad el que determina la constitucionalidad o no de la limitación del contenido del derecho". (la cursiva es mía). Entonces, ¿qué sentido tiene hablar del contenido esencial de los derechos si es el principio de proporcionalidad el que determina la constitucionalidad de la limitación al derecho mismo?

[38] CRUZ VILLALÓN, P., "El legislador de los derechos fundamentales", La garantía constitucional de los derechos fundamentales, (dir.) LÓPEZ PINA, A., op. cit., págs. 133 y ss. La consecuencia de todo ello, es la distinción dos zonas en la estructura del ejercicio del derecho, una zona resistente al Legislador, y otra vinculante sólo para los restantes poderes públicos.

[39] GÓMEZ PUENTE M. La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control, Madrid McGraw-Hill 1997.

[40] BACIGALUPO, M., "Los límites immanentes de los derechos fundamentales...", op. cit., págs. 115 y ss. .

[41] HÄBERLE, P., La garantía del contenido esencial... op. cit., pág. 54. La cursiva es nuestra. Dos ejemplos claros sobre la reserva de ley y los límites de los derechos fundamentales, los tenemos en la STC 213/2003 (142), en el que el TC concede el amparo solicitado por un delegado sindical, sancionado por las declaraciones efectuadas a la prensa sobre información considerada confidencial. El Tribunal Constitucional considera que la ausencia de prueba de la adquisición ilegítima de la información, el carácter no reservado o confidencial del informe divulgado, la veracidad de la información y su transmisión en forma no ofensiva, así como su divulgación en el marco de una reunión sindical son fines sindicales, hacen de aquélla una actuación que no desconoció las obligaciones legales y contractuales del recurrente, y por ende, los límites constitucionales del ejercicio de los derechos frente a cuya lesión se solicita el amparo.

Puede decirse, por tanto, que la conducta del recurrente se desarrolló en los márgenes que delimitan el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales de información y de expresión en el ejercicio de su libertad sindical. El Tribunal Constitucional señala: "su transmisión en forma no ofensiva, así como su divulgación en el marco de una reunión sindical son fines sindicales, hacen de aquélla ofensiva, así como su divulgación en el marco de una reunión sindical son fines sindicales, hacen de aquélla una actuación que no desconoció las obligaciones legales y contractuales del recurrente, y por ende, los límites constitucionales del ejercicio de los derechos". Por ello, no se puede obviar que, "en este caso, la protección que el recurrente demanda de sus derechos fundamentales a la libertad de información y expresión se efectúa en el ejercicio de su derecho de representación sindical frente al ejercicio del poder disciplinario empresarial en el seno de una relación de trabajo. En consecuencia, su ejercicio no sólo está sujeto a las limitaciones genéricas antes apuntadas, sino también al límite adicional de la buena fe o de la especial confianza recíproca entre el trabajador y el empresario inherente al vínculo contractual que les une. Por todo ello, no merece censura el comportamiento del recurrente en términos de buena fe, dado que la exigencia contraria supone "validar límites al ejercicio de los derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de una relación contractual en modo alguno imprescindibles para el adecuado desenvolvimiento de la propia relación contractual, o, más concretamente en el caso, imprescindibles para el adecuado desarrollo de la actividad empresarial".

[42] STC 213/2002 de 11 de noviembre. También STC 137/1990, de 19 de julio (Caso Huelga de Hambre de reclusos de los GRAPO, aquí debemos recordar, nuevamente, que, según dejamos expuesto, la asistencia médica se impone con el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración Penitenciaria y que esta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia deber que le viene impuesto por el art. 3.4 LOGP, que es la ley a la que se remite el art. 25.2 CE como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, y que tiene por finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionalmente protegidos, como son la vida y la salud de las personas.

Es claro, por tanto, que ha sido la preservación de la vida de los recurrentes lo que ha determinado la proporcionada limitación de su derecho a la integridad física y moral, cuyo sacrificio resulta constitucionalmente lícito. Así, a este Tribunal le corresponde la tarea de ponderar los derechos en presencia y de determinar si la restricción que se impone a un derecho



está o no constitucionalmente justificada por la limitación que, decidiendo en sentido contrario, sufriría el derecho de la otra parte".

Se hace necesario, por ello, a la hora de adoptar la decisión de prevalencia y de concretar sus condiciones (STC 103/2001, de 23 de abril y 53/2002, de 27 de febrero), ponderar razonadamente, de una parte, la limitación que el derecho de libertad de información sufre y, de otra, la imprescindibilidad de tal limitación para asegurar, en este caso, los intereses derivados del derecho a la libertad de empresa. Efectivamente, aunque "la existencia de la relación contractual puede llegar a imponer límites al ejercicio de los derechos fundamentales, estos límites resultan asimismo limitados por la noción de imprescindibilidad" (que constituye en mi opinión un límite inmanente), que es consecuencia de la posición prevalente que en nuestro ordenamiento poseen los derechos fundamentales y que ya hemos afirmado (STC 90/1999, FFJJ 3 y 4)".

El entendimiento judicial extensivo de las obligaciones dimanantes de la relación laboral -"buena fe"- y del deber de sigilo profesional del representante sindical modularon el ejercicio de sus derechos fundamentales en una medida que no solo no era la "estrictamente imprescindible", sino desproporcionada al convertir el límite en regla general, pues, como ha quedado dicho, el órgano judicial amplió los supuestos en los que, según la ley, concurre la requerida obligación de observar sigilo que la conducta del recurrente se desarrolló dentro de los márgenes que delimitan el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales de información y de expresión en el ejercicio de su libertad sindical, consagrados en los arts. 28.1 CE, en relación con el art. 20.1.a y d CE.

Vid. SSTC 181/2003, de 3 de julio y 171/1990, de 12 de noviembre. STC 19-4-2004, FJ 5º: "por lo que en concreto se refiere a la libertad de información, art. 20.4 CE), los supuestos en que la publicidad de las actuaciones judiciales pueda ser limitada o excepcionada por los Jueces y Tribunales (STC 96/1987, de 10 de junio, FJ 2) cuando deba considerarse, conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad y la ponderación, que otros derechos fundamentales o bienes con protección constitucional deben tener prevalencia y, en consecuencia, debe retroceder la libertad de información. (...).

El legislador, en la función que le corresponde de regular el ejercicio de los derechos fundamentales conforme a una adecuada ponderación entre ellos y otros bienes constitucionalmente protegidos relativos a intereses de la colectividad (art. 53.1 CE y, por lo que en concreto se refiere a la libertad de información, art. 20.4 CE), lo ha previsto los supuestos en que la publicidad de las actuaciones judiciales pueda ser limitada o excepcionada por los Jueces y Tribunales cuando deba considerarse, conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad y la ponderación, que otros derechos fundamentales o bienes con protección constitucional deben tener prevalencia y, en consecuencia, debe retroceder la libertad de información". Vid. HAMEL, W., *Die Bedeutung der Grundrechte in sozialen Rechtsstaat*, 1957, pág. 45. Para el autor a la legislación de reserva sólo la conformación y adaptación de todos los derechos fundamentales. La cursiva es nuestra. Vid. ROLLA, G., "El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y la vida privada. Breves consideraciones a la luz de la experiencia italiana", *Cuestiones constitucionales*, nº 7 septiembrediciembre 2002., págs.139-167.

[43] HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial*, op. cit., pág. 190. GIÈRE, G., *Das Problem des Wertsystems der Veimarer Grundrechte*, *Abhandlungen der Rechts-und Staatwissenschaftlichen Fakultät der Universität Königsberg*, fascículo 3, 1932, pág. 118. También en STC 169/2001, de 16 de julio. En relación a la vulneración del derecho a la libertad personal, en la que una persona extranjera interpone demanda en amparo, contra los Autos de instancia que denegaron la solicitud de modificación de la medida cautelar impuesta, consistente en la libertad provisional con prohibición de abandonar el territorio español y retirada del pasaporte. A tal efecto, se señala que "la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales, es condición de su legitimidad constitucional".

3 Jurisprudencia

Res: 2009-09199.

Exp: 08-013287-0007-CO

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cinco minutos del doce de junio de dos mil nueve.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Rafael Ángel Guillén Elizondo, mayor, casado, abogado y notario, portador de la cédula de identidad número 2-227-234, vecino de San José; contra los Decretos Ejecutivos números 34620-MINAE-MOPT y 34577-MOPT. Intervino también en el proceso, la Licenciada Ana Lorena Brenes Esquivel, mayor, casada, vecina de Curridabat, cédula de identidad número 4-127-782, en su condición de Procuradora General de la República y Karla González Carvajal, mayor, abogada, divorciada, vecina de San José, cédula número 1-641-473, como Ministra de Obras Públicas y Transportes.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala el primero de octubre del dos mil ocho, Rafael Angel Guillén Elizondo, alega que los Decretos impugnados limitan la libertad de tránsito consagrada en el artículo 22 de la Constitución Política, al impedirle circular libremente por las vías públicas. Limitan el libre tránsito a las personas, el tránsito vehicular en San José, dependiendo de la terminación del número de placa. Aduce que el Decreto número 34577- MOPT, establece la prohibición para las “horas pico” y, posteriormente, el segundo Decreto extiende la restricción a todo el día, desde las seis de la mañana hasta las siete de la noche. Refiere que esos decretos irrespetan la jerarquía de las normas y el principio de reserva legal en materia de derechos fundamentales, dado que la limitación fue establecida por el Poder Ejecutivo y no lo por la Asamblea Legislativa. De esta manera, el Poder Ejecutivo dispuso la suspensión de las garantías fundamentales e incluso extralimitó el poder de los policías de tránsito. Manifiesta que el Poder Ejecutivo ha decretado sanciones, lo que solamente puede hacer la Asamblea Legislativa, pues de conformidad con el artículo 39 de la Constitución, a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta. Considera además, que la medida ejecutiva contraviene el artículo 33 de la Constitución Política, dado que se encuentra en presencia de una aplicación desigual en su perjuicio, al impedirle ejercitar su profesión.

2.- Por resolución de las ocho horas treinta minutos del diecinueve de diciembre de dos mil ocho, se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República y a la Ministra de Obras Públicas y Transportes.

3.- La Procuradora General de la República rindió su informe (folio 38), señalando que mediante sentencia número 9572-96 la Sala rechazó que una medida de las mismas características fuera contraria a la libertad de tránsito. En cuanto al alegato de infracción del principio de reserva legal en la regulación de los derechos fundamentales, no cabe duda que los Decretos impugnados requieren sustento legal, sin embargo ya en la sentencia recién citada se declaró que ese fundamento existía. Allí se dejó claro que de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres se derivan atribuciones del Poder Ejecutivo para regular todos los aspectos técnicos del tránsito de los vehículos por las vías públicas, ello en el tanto en que las medidas estén sustentadas en estudios técnicos y constituyan un medio razonable y proporcional para favorecer los intereses públicos, las limitaciones que se impongan a los particulares no serían contrarias al Derecho de la Constitución. Ha señalado también la Sala en la sentencia número 4880-2002 que el Poder Ejecutivo, en ejercicio de las potestades que derivan del poder de policía, puede establecer limitaciones a las libertades públicas, si está de por medio el mantenimiento del orden público y exista una ley ordinaria que le impute una determinada función. También se aduce infracción del principio de igualdad, pues se le restringió su derecho a ejercer su profesión, ya que el día en que fue multado se dirigía a representar a una cliente. De ese argumento no se deriva ninguna contradicción con el principio de igualdad respecto de la situación de los abogados litigantes, quienes podrían desplazarse por otros medios. Por último, se considera inconstitucional que mediante norma ejecutiva, secundaria, se cree multas, las cuales solo podrían ser fijadas mediante norma de rango legal. En el caso del accionante, se le impuso una multa por vulnerar una señal de tránsito, que tiene sustento en el artículo 131 inciso g) de la Ley número 7331 (ahora 132 y transitorio I). Por ello aconseja rechazar la acción por el fondo.

4.- La Ministra de Obras Públicas y Transportes, contesta a folio 53 la audiencia concedida, manifestando que el actor vuelve a plantear el supuesto quebrantamiento a los derechos constitucionales con motivo del establecimiento de disposiciones regulatorias para la circulación vehicular dentro del centro de la ciudad capital. Las medidas establecidas tienen como propósito el ahorro en el consumo de los hidrocarburos y descongestionar el centro de San José, mejorando la fluidez vehicular, el comercio y la calidad del ambiente. Se trata de un esfuerzo nacional, un sacrificio de todos, por lo cual pesa la restricción también sobre los vehículos propiedad del Gobierno. Se trata de una restricción racional de la cual se excluyó los días sábados y domingos y que empieza a las seis horas, finalizando a las diecinueve. Se aplica solo una vez por semana por

vehículo y en una zona bien delimitada. Se busca organizar la circulación vehicular, no prohibirla. Agrega que para su movilización nada le impide hacer uso de otros medios de transporte para ejercer su profesión. Se apunta asimismo que la boleta de citación que se le confeccionó al actor fue por infringir la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, no por desatender un Decreto. Se insiste en que se trata de normas técnicas para ordenar la circulación vial. Cita las sentencias de la Sala números 2006-9572 y 2005-13196, en las que se evaluó disposiciones similares, estimando que no contravenían la Constitución. Solicita declarar sin lugar la acción planteada.

5.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 15, 16 y 17 del Boletín Judicial, de los días 22, 23 y 26 de enero de 2009 (folio 37).

6.- Se prescinde de la vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con base en la potestad que otorga a la Sala el numeral 9 *ibidem*, al estimar suficientemente fundada esta resolución en principios y normas evidentes, así como en la jurisprudencia de este Tribunal.

7.- En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Mora Mora**; y,

Considerando:

I.- Sobre la admisibilidad. La acción es admisible, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 73 a 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pues su objeto es de los indicados en los numerales 10 de la Constitución Política y 73 de la Ley citada, mientras que el actor cuenta con legitimación procesal fundamentada en el primer párrafo del artículo 75 de la Ley dicha en relación con el recurso de inconformidad que planteó contra la boleta de citación número 08- 89400257, que se tramita ante la Unidad de Control de la Dirección General de Policía de Tránsito, el cual agota la vía administrativa, de conformidad con el artículo 152 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres.

II.- Objeto de la impugnación. Cuestiona el promovente el Decreto Ejecutivo 34577- MOPT del 18 de junio de 2008, reformado por medio del Decreto número 34620-MINAE- MOPT del 4 de julio, también de 2008. En particular se discute de ellos que en general restringen la circulación vehicular en una zona específica de San José, dentro de un horario concreto y empleando como parámetro el número de placa de los vehículos.

III.- Sobre el fondo. La supuesta infracción al principio de reserva de Ley.-

Tanto en el escrito de interposición como en su intervención visible a folio 16 a 19 el actor plantea los motivos, por los cuales considera que los Decretos impugnados son inconstitucionales: en el primero de ellos se señala el irrespeto al derecho de la Constitución Política en tanto se realiza una limitación de derechos fundamentales por el Poder Ejecutivo sin cumplirse a cabalidad con las exigencias derivadas del principio de reserva legal.- Este Tribunal Constitucional ha establecido de manera contundente la plena vigencia en nuestro ordenamiento del principio de reserva legal. En este caso debe tomarse en cuenta su inclusión dentro del texto del artículo 28 Constitucional, y además su posición como un principio material que forma parte del régimen democrático y que como tal tiene un rango intrínsecamente fundamental. Con claridad ha expresado la Sala estas ideas en infinidad de ocasiones como por ejemplo en la sentencia número 3550-1992 en la que consideró sobre este tema:

“XIV — Por otra parte, tanto el principio como el sistema de la libertad imponen una serie de consecuencias formales y materiales directamente aplicables al caso en estudio, vinculadas todas ellas al “principio general de legalidad”, que es su contrapartida necesaria, consagrado y recogido especialmente en los artículos 11 de la Constitución y de la Ley General de la Administración Pública, así:

“Artículo 11 (Constitución Política)

“ Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública”;

“Artículo 11 (Ley Gral. de la Admón. Pública)

“1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

“2. Se considerará autorizado el acto reglado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa”;

principio de legalidad condicionado, a su vez, en relación con el régimen de las libertades y derechos fundamentales, por el de “reserva de ley”, derivado de aquél, según el cual, conforme a la misma Ley General:

“Artículo 19

“1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes.

“2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia”.

XV — Lo anterior da lugar a cuatro corolarios de la mayor importancia para la correcta consideración de la presente acción de inconstitucionalidad, a saber:

a) En primer lugar, el principio mismo de “reserva de ley”, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales —todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables—;

b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su “contenido esencial”; y

c) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial:

d) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley.”

IV.- Sobre la base de los anteriores elementos de juicio ya este Tribunal ha tenido oportunidad de conocer y pronunciarse respecto del tema de la reserva legal en materia de la restricción a la libertad de tránsito en el específico aspecto que reclama el accionante y entre otras, en la resolución número 2006-9572 de las dieciséis horas quince minutos del cinco de julio de dos mil seis, dijo lo siguiente:

“(…) Cabe indicar que el Estado tiene la potestad de regular la circulación de los automotores por las vías públicas y establecer la señalización correspondiente, lo que tiene el correlativo deber para los conductores -tal y como lo establecen los artículos 78, 115 y 131 inciso g) de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres- de observar y cumplir dichas regulaciones acerca de la conducción en las vías públicas. En general los alcances y específicas acciones sobre esta materia vienen reguladas en la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, en atención al interés público que para el Estado reviste esta materia, lo que a su vez legitima que se puedan crear reglas especiales para el uso de las vías públicas, incluso de algunas más restrictivas que las que rigen el ejercicio de los derechos fundamentales. Así, el Estado puede establecer regulaciones especiales sobre un sector o zona determinada, como ocurre en la especie por medio de la directriz 041-2005-MP-H- MOPT-MINAE del cuatro de julio del dos mil cinco, teniendo los particulares obligación de someterse a tales especificaciones si quieren dedicarse al ejercicio de esa actividad. No

estamos, en este caso, ante un caso en que se discuta simplemente si se ha respetado la libertad de tránsito de las personas, pues -como se dijo- las vías públicas son bienes dominicales sobre los que el Estado ejerce una regulación especialmente detallada, de modo que las personas que deban desplazarse por ellas se encuentran sometidas a un régimen de sujeción especial que las obliga a someterse a la regulación existente en esta materia. De todos modos, como ya ha señalado la Sala, la libertad de tránsito no es ilimitada, sino que su ejercicio debe someterse al cumplimiento de determinados requisitos que el Estado puede establecer tomando en consideración intereses de rango superior. Además, reiteradamente se ha mencionado que la libertad de tránsito y de movimiento que reconoce y tutela el Derecho de la Constitución "no protege el medio de transporte sino la libertad de todo habitante de la República de trasladarse libremente de un lado a otro del territorio nacional" (esto en sentencia número 2002-09506 de las quince horas con treinta y dos minutos del primero de octubre del dos mil dos). (...)

Se retoma en esta nueva acción la argumentación transcrita en el tanto el accionante no aporta ninguna razón ni argumentación diferente en relación con la supuesta infracción del principio de reserva legal, de manera que para esta Sala la limitación de circulación que se impugna y su sanción administrativa si tienen suficiente asidero legal en la Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres, por lo que los Decretos impugnados no rebasan el principio de prohibición de regulación originaria de los derechos fundamentales en normas de rango infralegal.-

V.- Reclamo por infracción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.-

Se discute además en esta acción que los Decretos impugnados no son razonables ni proporcionados pues "el Presidente y Ministros del ramo ocurrentemente procedieron a limitar los derechos fundamentales y agrega que "curiosamente hoy, el producto vital para la movilidad vehicular ha llegado a la mitad y a pesar de que no ha bajado la factura petrolera ni el descongestionamiento vial, se mantiene la medida". Sobre este aspecto debe igualmente apuntarse que ya este Tribunal ha señalado reiteradamente que los derechos fundamentales no tienen un carácter ilimitado, sino que son susceptibles de ser regulados en su ejercicio. El Estado a través de cumplimiento de las formas exigidas puede entonces fijar condiciones y limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales pero además debe demostrar no sólo que con ellas se cumplen otros objetivos constitucionalmente relevantes, sino que se requiere que frente al cuestionamiento formalmente planteado, demuestre que tales medidas son razonables y proporcionadas respecto de la afectación impuesta al ejercicio de derechos fundamentales. Sobre este tema, la Sala a través de su jurisprudencia ha expresado su criterio y señaló en la sentencia número 2008-18575 de las catorce horas cincuenta y cinco minutos diecisiete de diciembre de dos mil ocho:

" VI (...) Sobre tales nociones de razonabilidad y proporcionalidad existe una amplia jurisprudencia de este Tribunal, quien ha avanzado en su caracterización a fin de precisar los supuestos en que ella resulta aplicable. Así por ejemplo en la sentencia número 1995- 3929 se expuso:

"Debe señalarse que, en principio, no basta que las medidas que impliquen una turbación en la libertad del individuo hayan sido establecidas por ley formal para que esas medidas se justifiquen constitucionalmente. En efecto, no todo lo legal es constitucionalmente válido. De modo que, para determinar su justificación o validez constitucional, resulta imperioso ponderar si las circunstancias sociales que motivaron al legislador a sancionar una determinada ley guardan proporción con los fines perseguidos con ésta y el medio escogido para alcanzarlos. Así, la Constitución provee al legislador de ciertos contenidos normativos enunciados por ella misma, contenidos que le permiten a éste crear el resto de la norma legal para cada caso sobre una base técnica que debe ser racional. Es decir con sustento en una base científica. A raíz de esta base científica es que debe elegir el contenido de la ley -medios- para lograr ciertos fines estimados socialmente como necesarios. Esa razonabilidad jurídica aparece cuando se bastatea el presupuesto fáctico de la norma con las consecuencias, prestaciones, deberes o facultades que ésta impone a sus destinatarios. En esta materia, la garantía del debido proceso se traduce fuera de su denotación puramente procesal en una exigencia de razonabilidad de las actuaciones estatales -leyes, actos administrativos, y sentencias- y al ser la ley una de ellas, cada vez que el legislador dicta un acto de este tipo conforme a la Constitución debe efectuar una valoración de razonabilidad -conforme al patrón general que son los principios y normas constitucionales- para determinar la proporción aludida. En síntesis, la garantía del debido proceso con relación a la ley, es la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el supuesto de la norma y las consecuencias que ellas establecen para dicho supuesto,



tomando en cuenta las circunstancias sociales que la motivaron, los fines perseguidos por ella y el medio escogido por el legislador para alcanzarlos..."

Estos conceptos se reiteran y amplían en las sentencias 1998-4812 y 2001-11543 en donde se expone respectivamente:

" Como también ha dicho la Sala, aparte de requisitos formales -de producción-, una norma debe cumplir con otros, de fondo, que junto a aquellos, nos permitan establecer su validez y en cuanto a estos últimos, el de razonabilidad resulta trascendental, entendida la razonabilidad como una apropiada adecuación entre los medios dispuestos por la norma para alcanzar los fines, con particular análisis de la adecuación de los medios dispuestos por la norma y la ideología de la Constitución y los derechos y libertades contemplados por ella. Si los medios son contrarios a esos derechos o libertades, en sí o por sus efectos, estaremos frente a una ausencia de razonabilidad, y en el caso de las normas impugnadas, la Sala encuentra que se da esa ausencia."(Sentencia 1998-4812)

"...Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución, en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad...(P)ara determinar si la norma efectivamente transgredió el debido proceso sustantivo (razonabilidad) y si por ello resulta inconstitucional, lo que procede es analizar si la disposición se subordina a la Constitución Política, adecua sus preceptos a los objetivos que pretende alcanzar, y da soluciones equitativas con un mínimo de Justicia..". (Sentencia 2001-11543)

Las anteriores citas recogen entonces una firme línea jurisprudencial, que apunta a la necesidad de asegurarse que los actos del Estado en general no se constituyan en un ejercicio arbitrario del poder público, sino que tanto sus motivos, así como las necesidades que buscan cumplir sean ambas verdaderas y constitucionalmente valiosas. Para el caso concreto, ya en la precitada sentencia número 2006-9572 la Sala tuvo oportunidad de expresar su criterio respecto de las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad que – grosso modo- debían encontrarse presentes para la validez constitucional de las medidas de restricción de circulación vehicular,

"IV.- Aunado a lo expuesto, este Tribunal encuentra razones suficientes y válidas para la imposición de la medida adoptada por medio de la directriz en cuestión, dado que lo que se pretende con esta directriz es aminorar la circulación de vehículos en el centro de la ciudad capital durante las horas de mayor congestión vial, como una de las medidas que se pretende ejecutar a fin de lograr una reducción en el consumo de combustible. Además, según el final del artículo 6 de la Directriz, las autoridades del Ministerio de Obras Públicas y Transportes y del Ministerio de Ambiente y Energía, medirán y evaluarán los impactos de las medidas aplicadas e informarán mensualmente, de los resultados obtenidos a la Comisión Plan de Contingencia Petrolera. También debe tomarse en cuenta, que la directriz cuestionada restringe únicamente el acceso vehicular particular al casco urbano un día a la semana, según sea el último número de la placa, pues la medida no se aplicará a vehículos de bomberos, policiales de ambulancias, perteneciente al control de tránsito, autobuses, taxis, transporte de estudiantes, vehículos conducidos por personas con discapacidad o destinados a su transporte..."

De lo recién expuesto resulta con claridad que en ese momento las razones y justificaciones que sustentaban la medida eran de un peso y gravedad suficientes como para entender superado a cabalidad el examen de proporcionalidad y razonabilidad para la validez constitucional de la limitación, en tanto que el Tribunal entendió que existía una adecuada justificación del sacrificio impuesto a los administrados en razón justamente de la existencia de las precitadas propiedades de la medida limitante, a saber: reducción de consumo de combustible y de la consiguiente factura petrolera; descongestión vial; monitoreo mensual del impacto de la medida a fin de establecer su valor positivo o negativo; y finalmente su condición de tratarse de un día a la semana, en una zona delimitada y con las exclusiones que la imponen situaciones especiales.-



VI.- Sin embargo, con esta nueva impugnación el accionante –tal y como se citó- abre expresamente de nuevo la cuestión de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida de restricción con el resultado de que una nueva revisión permite concluir que algunas de las propiedades que la justificaron en su momento no están presentes en este momento, lo que hace entonces que pierda su sustento constitucional. En primer lugar, se reconoce que se mantiene el ámbito espacial de la medida en el sentido de que no se ha ampliado la zona de restricción y que –igualmente- la limitación sigue fijada en un día por semana con exclusión de sábados y domingos, de manera que en estos dos puntos la situación no ha cambiado. En segundo lugar, y no obstante lo anterior, sí se echa de menos claramente la existencia de los necesarios controles, mediciones de impacto y evaluaciones de la medida que se ofrecieron y la justificaron en su momento y que, –bien realizados- permitirían ahora precisamente aportar datos relevantes para decidir si se trata de una “ocurrencia” como la califica el accionante o de una medida “de interés nacional” como la califica la señora Ministra en su respuesta.- Nada de lo anterior puede darse como supuesto, ni tampoco las respuestas en estos temas pueden ser dadas de manera intuitiva o en términos amplios y vagos; en el balance entre la limitación de un derecho fundamental y la acción legítima del Estado en ventaja de la comunidad, le corresponde a este último sustentar el beneficio producido por sus medidas con elementos de juicio contundentes o al menos dotados de altos márgenes de fiabilidad. En este caso frente a la ausencia de una clara y consistente actividad de evaluación de las medidas –como mínimo en los aspectos en los que el Estado afincó su decisión- no resulta posible afirmar que la restricción vehicular conserva su razonabilidad y proporcionalidad. En tercer lugar, resulta público y notorio y por tanto ajeno a la necesidad de probarse, el hecho de que existe en la actualidad una baja en los precios de los combustibles que emplean los vehículos automotores sujetos a la prohibición, lo cual por sí mismo pone en cuestión otro elemento clave de los que sustentaron la razonabilidad de la medida de restricción, es decir, la necesidad de disminución del consumo de combustible para lograr la reducción de la factura petrolera. Este es sin duda un elemento relevante para la evaluación de la necesidad e idoneidad de la medida por cuanto, si bien son conocidos los efectos dañinos que le produce a la economía costarricense la necesidad de enviar al extranjero altas sumas para pagar la importación de combustibles, no resulta comprensible –en términos de razonabilidad y proporcionalidad- como un aminoramiento en este rubro no se acompaña de –al menos- una reducción del alcance y ámbito de la limitación a los derechos fundamentales que el alto precio hacía justificables en su momento. De tal modo, los elementos que sostenían la razonabilidad y proporcionalidad de la medida están ausentes o han cambiado en su gravedad, de manera que la medida de restricción que antes resultaba constitucionalmente admisible según las circunstancias, en la actual coyuntura carece del soporte debido para poder afirmar que con ella se respeta el balance constitucionalmente exigido entre el sacrificio de los ciudadanos y las supuestas ventajas que se obtienen de la medida restrictiva, pues –se reitera- la razón que daba fundamento al Decreto impugnado ha desaparecido o al menos variado sustancialmente, dejándolo entonces sin el sustento necesario para regular una libertad pública. De este modo, lo procedente es declarar con lugar la acción de inconstitucionalidad por esta infracción y eliminar los decretos impugnados del ordenamiento jurídico, siendo por consecuencia innecesario entrar a analizar los restantes argumentos del accionante.

VII.- Dimensionamiento.- La Ley de la Jurisdicción constitucional en su artículo 91 reconoce a la Sala la facultad de graduar o dimensionar en el espacio, en el tiempo o la materia, el efecto retroactivo de la declaratoria de inconstitucionalidad. En este caso en particular, dicha facultad resulta de necesaria aplicación, con vista de los propios fundamentos de la decisión, en tanto que se determina que la inconstitucionalidad de los decretos se produce de manera sobrevenida a su promulgación y puesta en vigencia. Como se explicó más arriba, la razonabilidad y racionalidad de la medida de restricción vehicular fue analizada por la Sala anteriormente y se encontró que resultaba necesaria idónea y razonable, bajo las condiciones a las que el mismo Estado se ligó. No es sino posteriormente que –amparado en un cambio de circunstancias- se alegó que dicha medida se había convertido en irrazonable y desproporcionada frente al estado de cosas actual. Al acogerse ésta última tesis y declarar la inconstitucionalidad de la medida, se deja reconocido entonces que la lesión constitucional no se origina con la promulgación del decreto sino que se produce luego, con el correr del tiempo, y debido al desajuste entre las condiciones de la medida y la realidad actual. Por ello –siguiendo la ratio decidendi de lo resuelto- es que se estima que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad no se deben retrotraer hasta el momento de promulgación de los decretos discutidos sino que –en vista de no contarse con mejores elementos de juicio en el expediente, para proceder de esa forma- se establezca que dichos efectos comienzan a partir de la fecha en que se toma esta decisión.

VIII.- Conclusión.- Los Decretos Ejecutivos número 34620-MINAE-MOPT y 34577- MOPT impugnados no



infringen el principio de reserva de ley porque encuentran sustento jurídico en el marco legal vigente, sin embargo, tanto la ausencia de realización de procesos de evaluación y medición del impacto de la restricción que esta Sala entendió en su momento como parte integrante de la razonabilidad la medida, como también la variación de la situación fáctica que sirvió en su momento para justificar concretamente su necesidad, hacen que la restricción en su diseño actual no pueda justificarse constitucionalmente frente a los precitados principios de razonabilidad y proporcionalidad.-

IX.- El Magistrado Jinesta da razones separadas. Las Magistradas Calzada y Abdelnour comparten también las razones separadas del Magistrado Jinesta. El Magistrado Armijo salva el voto y declara sin lugar la acción.-

Por tanto:

Se declara con lugar la acción. Se anula los Decretos Ejecutivos 34620-MINAE-MOPT de 4 de julio de 2008 y 34577-MOPT de 10 de julio de 2008. Esta declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos a partir de la fecha de este voto. Publíquese íntegramente en el Boletín Judicial y reséñese en el Diario Oficial la Gaceta. Comuníquese al Presidente de la República, el Ministro del Ambiente Energía y Telecomunicaciones y a la Ministra de Obras Públicas y Transportes. El Magistrado Jinesta da razones separadas. Las Magistradas Calzada y Abdelnour comparten también las razones separadas del Magistrado Jinesta. El Magistrado Armijo salva el voto y declara sin lugar la acción.-

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta a.i.

Luis Paulino Mora M. Adrian Vargas B.

Gilbert Armijo S. Ernesto Jinesta L.

Rosa Maria Abdelnour G. Roxana Salazar C.

Exp. 08-013287-0007-CO

RAZONES DIFERENTES DEL MAGISTRADO JINESTA LOBO

COMPARTIDAS POR LAS MAGISTRADAS CALZADA Y ABDELNOUR

El infrascrito Magistrado Jinesta, coincide con la mayoría en la declaratoria de inconstitucionalidad de los decretos ejecutivos impugnados, pero por razones diferentes –compartidas, también, por las Magistradas Calzada y Abdelnour- que son las siguientes:

La libertad de tránsito o de trasladarse a cualquier punto de la República contemplada en el artículo 22 de la Constitución Política, tiene enorme trascendencia e importancia, por ser fundamento y presupuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales de carácter civil, político, económico o social. La libertad de movimiento incluye, en su contenido esencial, la posibilidad de escoger el medio de locomoción que a bien tenga su titular, siendo que las únicas restricciones razonables a tal elección son aquellas derivadas de la naturaleza del medio escogido. A tenor del principio de reserva de ley en materia de Derechos Fundamentales (artículos 28 de la Constitución Política y 19 de la Ley General de la Administración Pública), los límites y limitaciones de éstos sólo pueden estar establecidos por un acto normativo con la jerarquía, potencia y resistencia de una ley, en sentido formal y material, y nunca por simple reglamento y, menos aún, por medio de decreto o directriz administrativa. Es menester recordar que el principio de la reserva de ley constituye una invaluable conquista y piedra angular del Estado de Derecho en la contención y limitación de la arbitrariedad de los poderes públicos de gobierno y administración, para evitar que se vean tentados de restringir derechos fundamentales o humanos por la vía fácil y rápida del reglamento o de los decretos, es, únicamente, el legislador ordinario –en cuanto representa y es delegado de la soberanía popular- el que tiene competencia y habilitación constitucional expresa para establecer tales limitaciones, las que, por cierto, tampoco pueden ser enteramente discrecionales, por cuanto, deben ser conformes con el Derecho de la Constitución o parámetro



de constitucionalidad. En efecto, las restricciones establecidas por ley a los derechos fundamentales deben cumplir con el examen de proporcionalidad, por lo que deben ser idóneas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto, cualquier límite extrínseco o limitación que no se adecuó a ese análisis resulta inconstitucional por quebrantar los principios de razonabilidad y de proporcionalidad. En la presente acción de inconstitucionalidad, el accionante aduce que el Poder Ejecutivo estableció una restricción a la circulación de los vehículos de uso particular y de carga en ciertas franjas horarias y días de la semana laboral en algunos sectores de San José, por vía de decreto (Decretos Ejecutivos Nos 34620-MINAE-MOPT de 4 de julio de 2008 y 34577-MOPT de 10 de julio de 2008). Esta restricción a la libertad de circulación en vehículos livianos y de carga, acotada en el tiempo –una vez durante los días laborales por algunas horas, según el dígito final de la placa de circulación-, y en el espacio –ciertas áreas de la ciudad de San José-, quebranta palmariamente el principio de reserva de ley en materia de restricción a los derechos fundamentales, puesto que, es por vía de decretos ejecutivos que se impone. De otra parte, estimo que la racionalización, ahorro o contingencia en el consumo de los combustibles derivados del petróleo, no es un fin determinante que justifique la limitación de un derecho fundamental como la libertad de tránsito o de movimiento –a través de vehículos de uso particular-, aunque lo sea una vez por semana y en un área muy particular y restringida. Es evidente que existen otras medidas alternativas que puede implementar el Gobierno de la República para lograr esos fines, sin llegar a restringir o limitar parcialmente de forma constitucionalmente ilegítima, antijurídica y espuria la libertad de movimiento, de modo que, desde tal perspectiva, los decretos impugnados, también, infringen, palmariamente, el principio constitucional de proporcionalidad. En lo relativo al dimensionamiento del voto en el tiempo, estimo que la declaratoria de nulidad tiene efectos prospectivos, a partir de su dictado, para evitarle graves dislocaciones a la administración vial, las finanzas públicas y a la jurisdicción de tránsito, habida cuenta de las infracciones cometidas hasta la fecha y de las multas en proceso de cobro o por cobrar.

Ernesto Jinesta L.

Ana Virginia Calzada M. Rosa María Abdelnour G.

Exp.08-013287-0007-CO

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO ARMIJO SANCHO:

Disiento, respetuosamente, del criterio de la mayoría de la Sala y considero que los Decretos Ejecutivos que restringen la circulación vehicular en una zona específica de San José, dentro de un horario concreto y empleando como parámetro el número de placa de los vehículos, no son inconstitucionales. Las razones que tengo para ello son las mismas que se exponen en anteriores sentencias de la Sala sobre el mismo tema (#2005-13196 de las 15:04 horas del 27 de setiembre, #2005-09843 de las 9:43 horas del 29 de julio del 2005 y #2006-9572 de las 16:15 horas del 5 de julio de 2006) y que pueden resumirse en que la limitación de circulación que se impugna y su sanción administrativa encuentran asidero legal, principalmente, en la Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres, por lo que no se rebasa el principio de prohibición de regulación originaria de los derechos fundamentales en normas de rango infralegal. Tampoco creo que con las regulaciones impugnadas se contravenga el principio de igualdad. Salvo mi voto, por ende, y desestimo la acción de inconstitucionalidad.

Gilbert Armijo S.

Nota del Magistrado Vargas Benavides.

Coincido con el voto de la mayoría en este asunto, pero estimo necesario pronunciarme en cuanto a los efectos anulatorios que hace esta sentencia, toda vez que al declarar los vicios de constitucionalidad de los Decretos Ejecutivos impugnados, por regla general tal declaratoria debería ser retroactiva. Sin embargo el párrafo segundo del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece la posibilidad de dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, el efecto retroactivo de la sentencia, de manera que se podrán dictar las reglas necesarias para evitar la producción de graves dislocaciones a la seguridad, la justicia



o la paz sociales. En mi criterio la sentencia adolece de las razones por las que se decidió otorgar los efectos anulatorios a partir de la fecha de la sentencia, y no desde la fecha de vigencia de los Decretos Ejecutivos impugnados. De acuerdo con la Ley de la Jurisdicción Constitucional, éstos no pierden vigencia con la sola interposición y trámite de la acción (cuyos edictos fueron publicados el 22, 23 y 26 de enero de 2009), por lo que indudablemente fueron aplicados por las autoridades de tránsito, e incluso es posible que se haya cancelado por los infractores el importe de las multas al renovar licencias, al pagar los marchamos o por haberlo decidido aquellos libremente. Al no indicarse en la redacción del considerando VII lo relacionado con este dimensionamiento, en cuanto no anula de forma retroactiva, estimo necesario indicar que la sentencia debe justificar de manera clara y señalar, que no se anulan las boletas de infracción levantadas, que no se está ordenando su eliminación de los registros ni la devolución de los dineros recibidos hasta la fecha de esta sentencia por parte de la Administración, ni tampoco que se están cesando los trámites de cobro.

Por todo ello, es que concurro con la sentencia, pero en cuanto al dimensionamiento lo hago con base en las razones aquí expuestas.

Adrián Vargas Benavides

Magistrado

EXPEDIENTE N° 08-013287-0007-CO



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 FERNÁNDEZ NIETO Josefa (2008). [En línea] La reserva de ley en los derechos fundamentales. Seccion Sumario Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo (Febrero 2008). Departamento de Derecho Público I. Derecho Administrativo. Universidad Rey Juan Carlos. Descargada el día 6 de julio de Vlex. Id. vLex: VLEX-55689813. <http://vlex.com/vid/55689813>