

# ¿DESLINDAR O RESTRINGIR? EL DEBATE SOBRE EL ALCANCE DEL ÁMBITO PROTEGIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL EN ALEMANIA (\*)

JESÚS M. CASAL H.

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ÁMBITO PROTEGIDO Y EL SUPUESTO DE HECHO DEL DERECHO FUNDAMENTAL.—III. TEORÍAS AMPLIAS Y ESTRECHAS SOBRE EL ÁMBITO PROTEGIDO O EL SUPUESTO DE HECHO: 1. *Bases conceptuales*. 2. *Las teorías estrechas del ámbito protegido o supuesto de hecho*. A) *Posturas que introducen determinados criterios de exclusión*. B) *Posturas que defienden una interpretación lo más exacta posible de cada supuesto de hecho*. 3. *Las teorías amplias del ámbito protegido o supuesto de hecho*.—IV. TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES.—V. REFLEXIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

La dogmática de los derechos fundamentales desarrollada en Alemania es un punto de referencia importante en los estudios comparativos de Derecho Constitucional y en una aproximación teórica general a los derechos de la persona constitucionalmente garantizados. Una de las piezas del complejo engranaje jurídico de la teoría o dogmática de los derechos fundamentales es la del ámbito protegido de cada derecho fundamental, la cual en los últimos años ha estado en el centro de la discusión doctrinal en ese país. Esta discusión ha girado en torno

---

(\*) Este trabajo ha sido elaborado en el marco de la investigación que estamos adelantando, con el apoyo de la Fundación Alexander von Humboldt, en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg). Expresamos nuestro agradecimiento al Profesor Armin von Bogdandy, Director de este Instituto, por sus valiosas sugerencias y al Profesor Michael Sachs por su generosa disposición para intercambiar ideas sobre estos y otros tópicos de la teoría de los derechos fundamentales.

al concepto del ámbito protegido, pero lo sobrepasa pues en ella se entrecruzan posiciones divergentes sobre las dimensiones de los derechos fundamentales, su efecto frente a terceros, la forma de tratar las colisiones constitucionales y el papel del principio de proporcionalidad en su resolución. Sin perder de vista dicha conexión, este trabajo intenta esbozar los términos del mencionado debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental, considerar su posible reflejo en la jurisprudencia constitucional alemana y formular, cuando corresponda, algunas aportaciones u observaciones críticas.

La importancia del tema señalado resulta innegable aunque no siempre sea visible. De ahí que sea conveniente recordar que el ámbito protegido es la puerta de entrada o de acceso a la protección iusfundamental. Aquellos legítimos intereses subjetivos que no ingresen en la esfera protegida por algún derecho fundamental caen en el terreno, no de la absoluta libertad estatal, pero sí del simple principio de legalidad y de algunos principios materiales, en lo que al poder público respecta, con la extensión con que éstos sean reconocidos más allá de los linderos de tales derechos en cada Estado constitucional. Por el contrario, los que estén cubiertos por esa esfera gozan de una tutela reforzada que se traduce, entre otras cosas, en la necesidad de satisfacer especiales exigencias formales y materiales para justificar una intervención o injerencia estatal, que una vez colmadas aquéllas se erige en restricción del derecho.

La controversia sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental es clásica en el Derecho alemán y ha tenido eco en la doctrina española. Las distintas posiciones que han sido sostenidas en tal ordenamiento suelen clasificarse en teorías estrechas y teorías amplias sobre el ámbito protegido o el supuesto de hecho, lo cual se vincula, sin llegar a identificarse, con la distinción entre la teoría interna y la teoría externa de los derechos y sus límites. Partiendo de estas categorías generales se analizarán, sin ánimo de exhaustividad, los principales criterios que han sido expuestos, haciendo énfasis en los más recientes, no sin antes realizar algunas precisiones conceptuales.

## II. EL ÁMBITO PROTEGIDO Y EL SUPUESTO DE HECHO DEL DERECHO FUNDAMENTAL

El ámbito protegido es el primer escalón o nivel de análisis en el examen de licitud de las injerencias estatales en los derechos fundamentales (*Grundrechtsprüfung*). La dogmática alemana sobre los derechos fundamentales ha adoptado, especialmente respecto de los derechos de defensa, un esquema o metodología conceptual particularmente útil a estos efectos, que ha repercutido en otros países europeos y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Dere-

chos Humanos (1). Se trata de un esquema metodológico aplicado para medir la licitud de las actuaciones estatales que repercuten negativamente en los derechos fundamentales, el cual se apoya en una determinada comprensión de las relaciones entre los derechos fundamentales y la legislación.

Este esquema conduce, *grosso modo* y dejando de lado diferencias en los detalles, a distinguir entre el ámbito protegido del derecho fundamental, que comprenden los bienes, situaciones jurídicas o posibilidades de actuación amparados; la intervención o injerencia estatal, es decir, la acción u omisión del poder público que afecta ese ámbito, y la justificación constitucional de la intervención, que depende de exigencias formales y materiales (2).

En el mismo nivel que el concepto de ámbito protegido, y con una significación frecuentemente coincidente, se encuentra el de supuesto de hecho del derecho fundamental. La más extendida de las dos nociones, al menos jurisprudencialmente, es la de ámbito protegido. Éste alude a la esfera vital (3) o a los bienes jurídicos comprendidos por la protección de los derechos fundamentales, con toda la diversidad con que se presentan en los derechos de defensa: libertades de actuación (la libertad de expresión o la libertad de práctica del culto, p. ej.); situaciones o posiciones jurídicas (la propiedad, p. ej.); situaciones o estados personales (la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, p. ej.). Mediante el concepto de ámbito protegido se delimita la esfera de las acciones, situaciones o exigencias humanas constitucionalmente relevantes desde la óptica de un derecho fundamental, lo cual en ocasiones incluye la consideración de aspectos relativos a la titularidad del derecho, particularmente cuando se trata de derechos reservados a los nacionales o ciudadanos.

Más allá de las diferencias terminológicas apreciables en la doctrina (4), la noción de ámbito protegido es útil para aludir al bien o bienes amparados por el

---

(1) SOMMERMANN, K.-P., «Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung», en MERTEN, D., y PAPIER, H.-J., *Handbuch der Grundrechte*, t. I, Heidelberg, Müller, 2004, pág. 638; BRAGE CAMAZANO, J., «Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *REDC*, núm. 74, 2005, págs. 111 y sigs.

(2) SACHS, M., *Verfassungsrecht II (Grundrechte)*, Berlín, Springer, 2003, págs. 90 y sigs.; IPSEN, J., *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Neuwied, Luchterhand, 2005, págs. 38 y sigs.; PIEROTH, B., y SCHLINK, B., *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Heidelberg, Müller, 2005, págs. 51 y sigs.; HERDEGEN, M., en MAUNZ, T., y DÜRIG, G., *Grundgesetz*, t. I (art. 1.3), Munich, Beck, 2006, págs. 18 y sigs.; ISENSEE, J., «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», en ISENSEE, J., y KICHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. V, Heidelberg, Müller, 2000, págs. 163 y sigs.; BLECKMANN, A., *Staatsrecht II (Die Grundrechte)*, Colonia, Carl Heymanns, 1997, págs. 397 y sigs.

(3) *Vid.* PIEROTH y SCHLINK, *op. cit.*, pág. 51.

(4) Sobre las reservas ante la connotación espacial de la expresión ámbito protegido *vid.* IPSEN, *op. cit.*, págs. 40-41; HOFFMANN-RIEM, W., «Grundrechtsanwendung unter Rationalitäts-

derecho fundamental. La generalización de la expresión obedece probablemente a su capacidad representativa de unos linderos que deben ser rebasados para que la protección iusfundamental exista, la cual comprende posibilidades de ejercicio o de goce (disfrute) de las libertades o bienes cobijados por el derecho. Lo primero sucede cuando estamos ante una libertad de acción, como la libertad de expresión o de circulación; lo segundo, cuando nos hallamos ante estados, situaciones o posiciones jurídicas tuteladas, como la vida, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones privadas o el derecho de propiedad. Tales derechos ofrecen, junto a su dimensión primaria subjetiva de libertades de abstención o libertades negativas, una objetiva y prestacional, entendiendo este término en un sentido amplio, la cual puede ser bajo ciertas condiciones subjetivizada.

La expresión supuesto de hecho (*Tatbestand*), que proviene de la teoría de las normas y ostenta una especial relevancia en el Derecho Penal, ha sido también empleada, aunque con un valor dogmático menor al que posee en materia penal, en el campo de los derechos fundamentales, y pretende abarcar las condiciones que deben cumplirse para que se produzca la consecuencia jurídica de una norma. En el caso de los derechos fundamentales, el supuesto de hecho comprende las condiciones normativas que han de darse para que se desencadene la protección constitucional de un derecho. Si se trata de un derecho de defensa, el supuesto de hecho reúne las que han de verificarse para que las pretensiones de abstención o eliminación, referidas a la actuación estatal (inminente o actual) supuestamente lesiva, sean exigibles (5). Esto aunado al despliegue de las exigencias formales y materiales para la adopción de una restricción. El supuesto de hecho se compone de datos normativos que requieren de interpretación, la cual adquiere un carácter especial al recaer sobre disposiciones dotadas de la generalidad, apertura o lagunosidad propias de las que consagran derechos fundamentales.

Tras esta formulación general de la noción de supuesto de hecho subsisten muchas diferencias. Algunos autores emplean escasamente el concepto, pues usan preferentemente el de ámbito protegido o garantizado (6). Otros lo tratan

---

anspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neuen Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik», *Der Staat*, núm. 43, 2004, pág. 226.

(5) SACHS, *op. cit.*, págs. 90-93, también «Die Gewährleistungsgehalt der Grundrechte», en STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/2, München, Beck, 1994, págs. 3 y sigs.; BLECKMANN, *op. cit.*, págs. 403 y sigs.

(6) PIEROTH y SCHLINK, *op. cit.*, págs. 51-52 y 56-58; GALLWAS, H.-U., *Grundrechte*, Neuwied, Luchterhand, 1995, págs. 28 y sigs.

como expresión sinónima de la de ámbito protegido (7). Entre quienes lo utilizan con un sentido propio cabe distinguir básicamente dos posiciones: la de los que acuden a un concepto amplio del supuesto de hecho, que comprende al bien o bienes protegidos y a la intervención (8); y la de los que lo conciben más estrictamente, limitado a aquellas condiciones primarias de la protección constitucional formuladas en el precepto que reconoce el derecho (9).

La primera corriente acude a la noción de supuesto de hecho para comprender todas las condiciones en las cuales la protección *prima facie* ofrecida por el derecho fundamental se produce, lo que le permite enlazar dos conceptos que están íntimamente relacionados, como lo son el de ámbito protegido y el de intervención. Los bienes abarcados por el primero y la intervención formarían parte del supuesto de hecho del derecho fundamental, de modo que al constatar que tales bienes han sido intervenidos por una medida estatal se activaría aquella protección. Esto implica que el supuesto de hecho sería la contrapartida de la restricción: sólo de operar una restricción dejaría de producirse la consecuencia jurídica consistente en la protección iusfundamental definitiva (10).

La segunda corriente parte, en cambio, de una visión no omnicomprendensiva del supuesto de hecho, apoyada en la idea de que éste no ha de cumplir en el campo de los derechos fundamentales la ambiciosa función de abarcar exhaustivamente las condiciones de las que depende la consecuencia jurídica de la norma. Sería más apropiado para el tratamiento dogmático de los derechos fundamentales que el supuesto de hecho abarque sólo un tramo de las condiciones de la consecuencia jurídica, particularmente aquel que engloba condiciones necesarias para la protección iusfundamental contenidas en la propia formulación textual del derecho, la cual puede consistir en un artículo completo o en incisos o unidades menores del mismo. De esta forma se mantendría un punto de referencia textual en la delimitación del supuesto de hecho, que permitiría determinar desde el comienzo del análisis, en este primer nivel del esquema antes esbozado, si se está en presencia de un caso relevante de derecho fundamental. El supuesto de hecho, que abarcaría elementos relativos al bien o bienes protegidos y a la titularidad del derecho fundamental, se contrapone a la

---

(7) STARCK, C., en MANGOLDT, H. v.; KLEIN, F., y Starck, C., *Das Bonner Grundgesetz*, t. 1, Munich, Franz Vahlen, 2005, pág. 139; ISENSEE, en ISENSEE y KICHHOF, *op. cit.*, págs. 163 y sigs.

(8) ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 292 y sigs.

(9) SACHS, «Die Gewährleistungsgehalt...», en STERN, *op. cit.*, págs. 10 y sigs.

(10) ALEXY, *op. cit.*, págs. 292 y 295. Esta construcción compuesta del supuesto de hecho no sería necesaria en las normas permisivas; *ibidem*.

limitación del derecho, pero entre estos dos niveles podría haber otras condiciones de la consecuencia jurídica, como las relativas a la existencia de una intervención (11). En otras palabras, el supuesto de hecho no es, como en la tesis anterior, un supuesto de hecho compuesto de *bien protegido/intervención*.

No pareciera que la adopción de la modalidad simple o de la compuesta del supuesto de hecho conduzca a importantes diferencias en cuanto al alcance de la protección iusfundamental ni a la estructuración del examen de licitud de las intervenciones legislativas. También la modalidad simple del supuesto de hecho admite la relevancia del concepto de intervención, sólo que no lo incorpora al supuesto de hecho, a menos que la propia literalidad del precepto lo haga. Lo importante es que, aun de asumirse la modalidad simple del supuesto de hecho, no se pierda de vista la íntima conexión e incluso parcial intercambiabilidad entre el ámbito protegido y la intervención (12). Para tener una visión global sobre lo protegido por un derecho hay que considerar también el tipo de medidas contra las cuales se reconoce tal protección, por cuanto lo otorgado mediante una demarcación generosa del ámbito protegido puede negarse al concebir estrictamente la intervención.

Al determinar el ámbito protegido, o el supuesto de hecho, ha de llevarse a cabo una tarea interpretativa que permita establecer las conductas, estados, situaciones o posiciones jurídicas del titular amparados por el derecho fundamental. Esta determinación ha de hacerse teniendo en cuenta los demás derechos y disposiciones constitucionales. Así, la regulación separada de la libertad de circulación o tránsito, por un lado, y de la libertad personal (corporal o física), por otro, conspira contra una interpretación de la segunda que la equipare a la libertad de desplazarse libremente por el territorio.

Igualmente, ha de prestarse atención a las medidas que constitucionalmente son tratadas como intervenciones, lo cual puede facilitar la demarcación de la esfera amparada por el derecho, sin llegar a ser determinante. Cuando la Constitución consagra, por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio y seguidamente alude a las condiciones para la práctica de un allanamiento, está orientando el contenido del derecho hacia la protección de un espacio de desarrollo personal que no debe ser invadido por el Estado, a menos que se satisfagan los presupuestos para una injerencia. También es relevante el régimen constitucional de las limitaciones y reservas legales o de restricción de cada derecho (13). Así,

---

(11) SACHS, «Die Gewährleistungsgehalt...», en STERN, *op. cit.*, págs. 15 y sigs.

(12) Sobre la íntima conexión entre el ámbito protegido y la intervención *vid.* BOROWSKI, M., *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1998, págs. 185 y sigs.

(13) Aunque el Tribunal Constitucional Federal ha llegado a rechazar este proceder —BVerfGE 32, 54 (72)—, lo ha seguido en otras decisiones, como ahora veremos. Tal rechazo en realidad

la existencia de una amplia cláusula restrictiva, para las reuniones en lugares abiertos, en el precepto que consagra el derecho de reunión (art. 8.2 de la Ley Fundamental —LF—), ha llevado al Tribunal Constitucional Federal alemán a propugnar una interpretación amplia o flexible del requisito de pacificidad, comprendido por el supuesto de hecho; y el gran alcance de la cláusula restrictiva del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 2.1 LF) ha sido aducido para respaldar la vasta comprensión de su ámbito protegido (14).

### III. TEORÍAS AMPLIAS Y ESTRECHAS SOBRE EL ÁMBITO PROTEGIDO O EL SUPUESTO DE HECHO

#### 1. *Bases conceptuales*

Uno de los asuntos que ha generado controversias en la dogmática de los derechos fundamentales en Alemania y, en menor medida, en España (15) es el de la manera de definir la esfera amparada por un derecho fundamental. La cuestión central que en distintos ordenamientos jurídicos y sectores normativos se ha planteado, incluso fuera de la temática de los derechos fundamentales, es si un derecho puede abrigar conductas contrarias a la seguridad o al orden público, o a requerimientos éticos básicos, al respeto a los derechos de los demás o a otras exigencias de la vida en sociedad o de la inserción de los derechos en un sistema jurídico.

En la dogmática de los derechos fundamentales, al igual que en el Derecho Civil (16), este interrogante ha merecido principalmente dos respuestas: para la teoría interna, en algunas de sus versiones, los derechos no pueden abarcar

---

ha de entenderse referido, de acuerdo con el pronunciamiento citado, a los intentos de comprimir el ámbito protegido de un derecho con el propósito de evitar determinadas dificultades prácticas que la correspondiente cláusula restrictiva no permitiría afrontar, en lugar de procurar desentrañar antes el contenido del derecho.

(14) BVerfGE 6, 32 (36); 73, 206 (248 y sigs.). En cuanto a la interpretación de la libertad de circulación que, en atención a la cláusula de restricción del artículo 11.2 LF, deja fuera de su ámbito protector la salida del país *vid.* BVerfGE 6,32 (35).

(15) *Vid.*, entre otros, OTTO DE, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO, L., y OTTO DE, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, págs. 137 y sigs. y 172 y sigs.; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 36 y sigs.; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, págs. 153 y sigs.

(16) Sobre los orígenes de las teorías interna y externa *vid.* BOROWSKI, *op. cit.*, págs. 47 y sigs.

conductas antiéticas o lesivas de las bases de la convivencia de unos derechos con otros o de los fundamentos del sistema al que pertenecen, por lo que al determinar su contenido éste ha de ser delimitado de tal forma que dichas conductas resulten extrañas al derecho, el cual no podría ser ya restringido; mientras que la teoría externa enfatiza las posibilidades de libre ejercicio o disfrute del derecho por su titular, sin perjuicio de que pueda sufrir condicionamientos jurídicos para compatibilizarlo con otros derechos o con intereses públicos. La primera postura responde frecuentemente a concepciones que procuran someter los derechos subjetivos a las exigencias de la comunidad y que, por ello, los orientan o funcionalizan desde su misma delimitación a los fines colectivos más elevados. En cambio, la teoría externa suele concordar con concepciones que estimen prioritaria la preservación de los espacios de libertad amparados por los derechos individuales.

Sin embargo, no hay que olvidar la distinción, formulada por Alexy y Borowski, entre el valor normativo —o prescriptivo— de las mencionadas teorías y su significación estructural. Estas teorías pueden inscribirse en corrientes de pensamiento que favorezcan la realización de los intereses de la comunidad o de la libertad individual, respectivamente, pero pueden también poseer un carácter puro o básicamente estructural o metodológico (17). Es decir, la teoría interna no necesariamente conduce a una relegación de los bienes individuales, ni la externa implica privilegiarlos, pues el derecho internamente delimitado y definitivo puede poseer un contenido de garantía de la libertad muy importante, mientras que el derecho inicialmente no limitado puede ser sometido a restricciones ulteriores que reduzcan sensiblemente su alcance real. Con ello se desemboca en la discusión sobre el sentido de la afirmación de la libertad como la regla y de la restricción como la excepción (18). En una aproximación puramente metodológica o formal este postulado no dice nada sobre el resultado de su aplicación, pues la excepción puede ser habitual, mientras que con un enfoque material y cuantitativo la libertad debe prevalecer. Aunque normalmente la aceptación de la libertad como regla y de la restricción como la excepción, así como la defensa de la teoría externa, va acompañada de cargas de la argumentación que recaen sobre el Estado y poseen una significación material relevante.

Adicionalmente, conviene observar que en la doctrina no siempre se encuentra una expresa manifestación de adhesión a una teoría interna o a una teoría externa sobre los límites de los derechos fundamentales. La teoría interna

---

(17) ALEXY, *op. cit.*, p. 299; BOROWSKI, *op. cit.*, págs. 43 y sigs.

(18) *Vid.* LÜBBE-WOLFF, G., *Die Grundrechte als Eingriffsbwehrrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1988, págs. 67-69.



se aviene con ciertos usos terminológicos, como la alusión a los límites en lugar de a las restricciones, o la referencia a límites inmanentes, interiores o intrínsecos de los derechos. Pero el empleo de estos términos o la admisión de algún límite bajo estas categorías no supone forzosamente que se asuma de manera global o sustancial una teoría interna. Esto podemos ilustrarlo con la expresión de límites inmanentes, la cual ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional Federal para calificar a los límites de un derecho resultantes de su colisión con otros derechos o bienes constitucionales, sin que ello signifique que estos límites se refieran realmente al ámbito protegido por el derecho. La jurisprudencia de ese Tribunal tiende a tratar estas colisiones como fuente de barreras para los derechos, las cuales se inscriben en el nivel de la justificación de una limitación, siendo necesaria la intervención legislativa (19), lo cual concuerda con una teoría externa.

Además, ni siquiera hay una opinión uniforme sobre el criterio distintivo de una teoría interna o externa. Para algunos lo esencial a la teoría interna es que sólo admite límites inmanentes a los derechos, resultantes y a la vez determinantes de su propio contenido, por lo que las restricciones o límites externos no serían concebibles (20), mientras que otros estiman que son teorías internas las que reconocen alguna clase de límites inmanentes al ámbito de protección iusfundamental, aunque puedan aceptar también límites externos (21). La disyuntiva entre una visión amplia o una estrecha del supuesto de hecho o ámbito protegido, entre cuyos extremos se sitúan posiciones intermedias, no se corresponde simétricamente, en todo caso, con la disyuntiva entre la teoría interna y la teoría externa. Al poner en relación ambas clasificaciones lo único que cabría aseverar es que una teoría interna es proclive al reconocimiento de un supuesto de hecho o ámbito protegido más estrecho del que resultaría de una teoría externa.

## 2. *Las teorías estrechas del ámbito protegido o supuesto de hecho*

Las posturas doctrinales que apuntan, en mayor o menor grado, hacia una visión estrecha o no amplia del supuesto de hecho pueden clasificarse en tres grupos: las que se inclinan por comprimir *ab initio*, y con una pretensión glo-

---

(19) Vid. SACHS, *Verfassungsrecht II...*, pág. 127.

(20) Borowski, *op. cit.*, pág. 33.

(21) HUSTER, S., *Rechte und Ziele*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, págs. 85 y sigs., quien además cuestiona la propia relevancia de la distinción.

bal o sistemática, el ámbito protegido por los derechos fundamentales; las que introducen determinados criterios de exclusión, y las que procuran una interpretación lo más exacta posible de cada supuesto de hecho.

Entre las primeras se destaca la tesis de Müller, quien ha defendido una delimitación de lo amparado por cada derecho fundamental que se apoye no tanto en el pensamiento sobre las posibles restricciones cuanto en el propio contenido de validez del derecho, el cual ha de ser precisado mediante la fijación objetiva de su *ámbito normativo*, teniendo en cuenta el *programa normativo* del precepto correspondiente, esto es, su literalidad, así como su génesis e inserción sistemática. El contenido de validez admite además ajustes resultantes de eventuales colisiones constitucionales, a veces sólo aparentes, que han de resolverse mediante una interpretación constitucional sistemática y acudiendo a la concordancia práctica, sin necesidad de regulación legislativa (22). Müller también introduce los criterios de la especificidad y de la tipicidad para adscribir conductas a la garantía ofrecida por un derecho fundamental (23). Esta y otras posiciones globalmente reductoras, como la basada en el concepto de leyes generales —proveniente de la formulación constitucional de los límites de la libertad de expresión—, que niega la protección iusfundamental a las conductas sujetas a tal clase de leyes, han sido extensamente examinadas por la doctrina (24) y han tenido escasa trascendencia en la jurisprudencia, por lo que centraremos nuestra atención en otras más recientes que se inscriben en los restantes grupos señalados.

#### A) *Posturas que introducen determinados criterios de exclusión*

En una dirección semejante a la de las antes mencionadas, aunque con un menor alcance reductor o delimitador, se sitúan las teorías que al definir el supuesto de hecho introducen algún criterio de exclusión no previsto en las disposiciones constitucionales correspondientes, dentro de las cuales sobresalen las de Starck e Isensee. Así, Starck, apoyándose en algunos elementos de la tesis de Müller y de la tesis de la delimitación del supuesto de hecho con base en la

---

(22) MÜLLER, F., *Die Positivität der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1969, págs. 46 y sigs.

(23) *Idem*, págs. 92 y sigs.

(24) *Vid.*, entre otros, ALEXY, *op. cit.*, págs. 300 y sigs.; MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, págs. 54 y sigs.; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, págs. 445 y sigs.

noción de leyes generales, afirma que deben quedar fuera del supuesto de hecho las actividades humanas que, de llevarse a cabo una ponderación abstracta respecto de otro bien jurídico, bajo ningún punto de vista concebible podrían tener preferencia. Al sustraerse del supuesto de hecho sólo aquello que nunca podría prevalecer frente a otro bien jurídico, quedaría descartada la manipulación del supuesto de hecho que se produciría cuando se introducen en este escalón de análisis consideraciones pertenecientes al plano de la restricción. Acciones como el homicidio, el robo, el encubrimiento, las coacciones, la falsificación de dinero, y otras conductas usualmente punibles a todas luces socialmente dañinas, bajo ningún punto de vista estarían cubiertas por un derecho fundamental. De esta manera se evitaría la presentación, grotesca y contraria a la conciencia jurídica, del homicidio o el robo como ejercicio de un derecho fundamental, lo cual tendría relevancia sobre todo en relación con el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, que ampara la libertad general de acción, pero también respecto de otros derechos fundamentales. En las circunstancias especiales en que una acción así pueda admitirse —legítima defensa, p. ej.— no sería preciso acudir a los derechos fundamentales para sustentarla. Si existen dudas sobre la preponderancia de otros bienes jurídicos respecto de la acción considerada, el supuesto de hecho resultaría aplicable y se pasaría al examen habitual de la justificación de una intervención (25).

La posición de Starck tiene la virtud de desmarcarse de los intentos de reducir el supuesto de hecho iusfundamental mediante criterios interpretativos o ponderativos globales, que restan racionalidad y transparencia al examen de licitud de las injerencias en los derechos fundamentales. Además, si es impensable que una acción merezca, desde cualquier punto de vista, protección iusfundamental definitiva, pareciera lógico que no esté comprendida en el ámbito protegido del derecho fundamental, al ser superfluo y, en la concepción del autor, contrario a la conciencia jurídica, subsumirla en el supuesto de hecho y someterla después a un completo examen de licitud de la intervención estatal. El problema radica, sin embargo, en que, como se colige de lo dicho, esta tesis implica introducir en la definición del supuesto de hecho una ponderación que en rigor le resulta extraña. Una ponderación respaldada ciertamente por la evidencia, que a menudo coincidirá con la de otros observadores, pero que en algunos casos pudiera suscitar serias discrepancias (26), como lo pondrán de manifiesto los comentarios a la tesis de la reserva de pacificidad que formularemos.

---

(25) STARCK, en MANGOLDT, KLEIN y STARCK, *op. cit.*, págs. 160-162.

(26) En la teoría amplia del supuesto de hecho sostenida por ALEXY, los casos en que indudablemente el principio que protege (*prima facie*) una conducta va a ser desplazado en virtud

El carácter abstracto de la ponderación, propugnado por el autor, no simplifica las cosas, pues las circunstancias particulares de un caso pueden frecuentemente alterar el resultado de aquélla en un sentido favorable a la protección iusfundamental, que ya no sería posible a causa de la exclusión apriorística de la situación planteada. Además, esta ponderación presupone la incorporación, así sea provisionalmente, de la conducta evaluada al supuesto de hecho correspondiente, del cual luego es sustraída. De ahí que Lindner, al concordar parcialmente con la concepción de Starck, haya apuntado que, en términos argumentativos, al menos por un «segundo jurídico» esa conducta ha debido estar incluida en el supuesto de hecho (27). Por otro lado, la alusión a la naturaleza punible o delictiva de una conducta como factor o indicador para una reducción, que es frecuente en las teorías estrechas del supuesto de hecho, hace aconsejable recordar que el Derecho Penal y, en concreto, las leyes penales no pueden ser invocadas para expulsar conductas del ámbito protegido por los derechos fundamentales, pues la validez de estas leyes tiene que ser determinada con apoyo en estos derechos y no a la inversa. La quema de la bandera o las ofensas a altos funcionarios pueden estar específicamente previstas como delito, lo que no impide efectuar un examen de su licitud desde la óptica de la libertad de expresión.

La fragilidad de una postura que exija la compatibilidad con la conciencia jurídica de la adscripción de una conducta al ámbito protegido de un derecho fundamental se pone de relieve trayendo a colación, a título de ejemplo, el criterio jurisprudencial según el cual la difusión de información ilícitamente obtenida está cubierta por el ámbito protegido de la libertad de prensa. Alguien pudiera sostener que la inclusión de la divulgación de una información conseguida *ilícitamente* en el ámbito protegido de un derecho fundamental sería contraria a la conciencia jurídica, pero la jurisprudencia constitucional ha sostenido que su exclusión apriorística impediría amparar tal difusión aun en los casos en que llegue a estar justificada, lo cual no puede ser descartado de antemano, siendo más bien necesario sopesar, en el marco de las eventuales restricciones, circunstancias como la relevancia de la información para el esclarecimiento de un grave crimen, la forma y propósito de su obtención y la posibilidad de conocer anticipadamente su ilícita procedencia, entre otras (28).

---

de una ponderación son casos potenciales de derechos fundamentales; ALEXU, *op. cit.*, págs. 316 y sigs.

(27) LINDNER, J., *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2005, págs. 242 y sigs.

(28) BVerfGE 66, 116 (137-138).

Una orientación semejante a la de Starck, pero de mayores implicaciones, se observa en la tesis de Isensee (29) sobre la reserva de pacificidad de los derechos fundamentales, que ha despertado un renovado interés. El planeamiento esencial del autor es que el carácter pacífico de la conducta desplegada sería una precondition para su protección iusfundamental, porque los derechos fundamentales presupondrían la existencia del Estado como entidad encargada de garantizarlos, investida de un monopolio de la violencia fundado en las bases estructurales del Estado moderno. Los derechos fundamentales no serían simples libertades naturales, sino libertades incrustadas en el Estado, el Derecho, la sociedad. Los derechos constitucionalmente amparados serían los que caben en el Estado moderno, el cual se reserva la fuerza o la coacción para asegurar el disfrute pacífico de los derechos de todos. En consonancia con el mandato de no hacer daño a nadie (*neminem laedere*), aunque circunscribiéndolo a las acciones lesivas acompañadas de fuerza corporal, sería por definición extraño a cualquier derecho el empleo de la violencia. El uso individual de la violencia, con fines de autodefensa, sería excepcionalmente admisible cuando los órganos competentes del poder público no han sido capaces de preservar, en una situación específica, la vida u otros bienes de los ciudadanos.

El monopolio estatal de la violencia y la correlativa obligación ciudadana de pacificidad precederían a los derechos fundamentales y al Estado constitucional (30). De ahí que la exclusión de la violencia de las posibilidades de ejercicio de estos derechos no representaría una injerencia en los mismos, sujeta por tanto a una especial justificación, sino una consecuencia de su inserción en el orden estatal. Esta tesis se dirige explícitamente a expulsar del ámbito protegido por estos derechos las acciones que impliquen violencia física, por considerar artificioso e inconveniente aplicar, con apoyo en una teoría amplia del supuesto de hecho, el esquema de la intervención y la restricción, que conduciría a un incremento de colisiones y de ponderaciones cargadas de prejuicios e intuición (31). Así, el caso del homicidio como parte de un ritual no quedaría comprendido en la libertad religiosa o de culto. En lugar de la ponderación, propia del nivel de la justificación/restricción, se propone la interpretación como

---

(29) ISENSEE, «Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte», en *Bürger- Richter-Recht, Festschrift für Horst Sandler zum Abschied aus seinem Amt*, Munich, Beck, 1991, págs. 39 y sigs.; respecto de la concepción general del autor sobre el supuesto de hecho o ámbito protegido del derecho fundamental y su inclinación por una teoría estrecha *vid.* ISENSEE, «Das Grundrecht als...», en ISENSEE y KIRCHHOF, *op. cit.*, págs. 172-173, 195-199, 234 y sigs.

(30) *Idem*, «Das staatliche Gewaltmonopol... », p. 50.

(31) *Idem*, págs. 56-57.

modo objetivo para deslindar las posibles actuaciones violentas del supuesto de hecho, lo cual permitiría fijar reglas de validez general y no simples soluciones móviles u ocasionales. La prohibición de la violencia sería un «límite inmanente» del ámbito protegido por los derechos fundamentales (32). La sustracción de actuaciones violentas del supuesto de hecho iusfundamental sería la faceta negativa de la afirmación de la autodeterminación del titular del derecho como principio protegido por los derechos de libertad: «éstos no autorizan a invasiones en la esfera jurídica de los demás» (33).

La tesis de la reserva de pacificidad proporciona un criterio útil para el reconocimiento de la esfera de ejercicio lícito de los derechos fundamentales, que, sin embargo, no posee carácter absoluto y no es apropiado introducir en la delimitación del ámbito protegido por estos derechos. Normalmente la acción violenta quedará fuera de la garantía final brindada por alguno de estos derechos, pero no siempre será así, a lo cual hay que agregar las posibles diferencias interpretativas sobre la noción de violencia (física). Esto lo podemos ilustrar con algunos de los supuestos y criterios mencionados por Isensee: el bloqueo de calles u otras vías de circulación por manifestantes implicaría el uso de fuerza corporal y, con ello, sería una actuación contraria a la reserva de pacificidad; el artista que pinta grafitos en paredes de casas ajenas no gozaría de protección iusfundamental, pues habría ejercido violencia contra cosas; si se trata de la perturbación de formas verbales de ejercicio de derechos fundamentales (sesiones de una asociación, lecciones universitarias, servicios religiosos), bastaría con que el ruido ocasionado por los intrusos impida el desarrollo de la actividad para que pueda hablarse de violencia.

En cuando al bloqueo por manifestantes de vías de circulación, los inconvenientes que esta actuación genera son innegables, como también los daños personales que de éstos pueden derivarse, pero ello no debe conducir a descartar de plano la aplicabilidad del supuesto de hecho de algún derecho fundamental, en particular del derecho de reunión o manifestación. Las manifestaciones procuran llamar la atención de la colectividad en torno a determinados problemas, reclamos o posiciones, y comportan regularmente una perturbación del tránsito, por lo que la obstaculización temporal de vías abiertas al tránsito no es del todo ajena al modo de ejercicio del derecho, dentro de ciertos límites. En este sentido, la jurisprudencia constitucional alemana, que ha considerado el carácter pacífico de las reuniones como componente del supuesto de hecho del derecho respectivo, por establecerlo así la Constitución expresamente

---

(32) *Idem*, pág. 59.

(33) *Idem*, pág. 58.

(art. 8 LF), se inclina por abrigar ciertas acciones de bloqueo (34) dentro del ámbito protegido por este derecho —aunque luego pueda considerarse justificada la intervención estatal restrictiva—, siempre que no se haya ido más allá de una «protesta pasiva» y dependiendo de la finalidad de la protesta y de otras circunstancias (35). Más aún, el artículo 8 de la Ley Fundamental en principio protegería acciones en las que ciertas formas de bloqueo hayan sido escogidas por los manifestantes para hacer pública su posición. Así, el encadenamiento de manifestantes en la vía de acceso a una planta en construcción, pese a representar un «despliegue de fuerza corporal» y no simplemente una presión psíquica, quedó cubierto por la libertad de reunión. La jurisprudencia revela que tras estos términos pueden hallarse situaciones muy diversas, que con frecuencia han de analizarse en el nivel de la intervención y la justificación en lugar de ser desechadas *a priori*; enseña, además, que al delimitar el ámbito protegido por el citado artículo 8 lo determinante es el concepto constitucional de no pacificidad y no el concepto penal, más comprensivo, de coacción o violencia. Por tanto, allí donde la tesis de la reserva de pacificidad podía ser más concluyente, por existir texto constitucional expreso, se hace patente su fragilidad.

El caso del artista que dibuja grafitos en casas ajenas, que fue resuelto por el Tribunal Constitucional Federal en sentido negativo a la aplicación del supuesto de hecho de la libertad artística pero sin acudir a la noción de violencia (36), denota un empleo bastante laxo de este término, que podría repercutir en otros derechos (37). Así, alguien podría sostener que la presencia o reunión de trabajadores huelguistas en locales de la empresa, destinada a respaldar la huelga en curso, sería una actuación violenta excluida de plano de la protección iusfundamental, contrariando así los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en la materia (38); igualmente, la colocación de pancartas o carteles apoyados en bienes ajenos —de otros particulares o de entidades públicas—, dirigida a difundir determinados mensajes con motivo de una protesta, implicaría uso de la violencia, con las consecuencias ya conocidas.

---

(34) Usualmente denominadas *Sitzblockaden*, en las que el bloqueo es producido por manifestantes que se sientan en vías públicas.

(35) *Vid.*, entre otras, BVerfGE 104, 92 (106).

(36) BVerfG, *NJW*, 1984, págs. 1293 y sigs.

(37) *Vid.* igualmente las críticas de SACHS, «Die Verfassungsunmittelbaren Begrenzungen», en STERN, *op. cit.*, págs. 537 y sigs.

(38) *Vid.* HÖFLING, W., en SACHS, *Grundgesetz*, Munich, Beck, 2003, págs. 486 y sigs.; PIEROTH y SCHLINK, *op. cit.*, págs. 189 y sigs.; al respecto es de especial importancia la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español en la STC 11/1981 (FJ 17).

En lo concerniente a las actuaciones violentas contra el ejercicio verbal de ciertos derechos, la exclusión global resulta mucho menos sostenible, pues algunos derechos fundamentales, como la libertad de expresión en conjunción con el derecho de reunión o manifestación, pueden justificar el ruido que dificulte seriamente o impida la realización de una actividad cubierta por otro derecho, lo cual ha de resolverse igual que otras colisiones entre derechos y no mediante la sustracción anticipada de las conductas consideradas violentas del supuesto o supuestos de hecho.

Adicionalmente, la concepción comentada no deja de representar riesgos de mayor alcance para la garantía de los derechos fundamentales. Si la paz interior y su mantenimiento son un presupuesto del Estado constitucional y de los derechos fundamentales, a partir del cual habría que reinterpretar el contenido más valioso de la Constitución, es decir, estos mismos derechos, estaríamos a un paso de la generalización de este postulado, que conduciría a subordinar el orden constitucional a la garantía de la seguridad del Estado o de la seguridad pública como bien supremo. Algunos autores, con base en premisas similares a las de Isensee, sostienen que habría una limitación inmediatamente constitucional, no supeditada a previsión legislativa, de las actuaciones o intereses que menoscaben la existencia y capacidad de funcionamiento del Estado o de sus órganos o instituciones, como instancias encargadas de asumir el monopolio de la violencia y la convivencia pacífica, siempre que, en concordancia con lo señalado por Starck, en una ponderación abstracta aquéllos nunca prevalecerían respecto de los intereses estatales comprometidos (39). El sobredimensionamiento de la razón de Estado y de la seguridad pública que esta concepción puede comportar salta a la vista.

B) *Posturas que defienden una interpretación lo más exacta posible de cada supuesto de hecho*

Como posturas estrechas del supuesto de hecho pueden calificarse las que han procurado, sobre todo en los últimos años, superar mediante un replanteamiento interpretativo los problemas dogmáticos que a su entender ha generado, entre otras causas, una visión demasiado amplia del supuesto de hecho de los derechos fundamentales. Autores de la talla de Böckenförde (40) y Hoff-

---

(39) LINDNER, *op. cit.*, págs. 246-247.

(40) BÖCKENFÖRDE, E.-W., «Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik», *Der Staat*, núm. 42, 2003, págs. 165 y sigs.



mann-Riem (41) —este último actual Magistrado del Tribunal Constitucional Federal—, entre otros (42), coinciden en la necesidad de distinguir el ámbito material y vital (*Sach- und Lebensbereich*) de un derecho fundamental del contenido de su garantía jurídica o contenido garantizado (*Gewährleistungsinhalt/Gewährleistungsgehalt*). Consideran que la confusión entre ambos planos bajo el manto del ámbito protegido (43), y otras connotaciones de este concepto (44), han conducido a equívocos en la dogmática de los derechos fundamentales, al favorecer una interpretación muy amplia del supuesto de hecho que habría multiplicado los casos de colisión entre bienes jurídicos, particularmente en el orden constitucional, y habría obligado a extender artificiosamente también las razones para la justificación de restricciones, incluyendo el incremento de la correspondiente regulación legislativa y, sobre todo, de ponderaciones del caso concreto (45) secundadas por un principio de proporcionalidad desprovisto de parámetros objetivos (46).

La expansión del ámbito protegido de los derechos, animada por la idea de asegurar una protección iusfundamental omnicompreensiva y carente de lagunas, habría provocado, junto a otros factores, las complicaciones dogmáticas enunciadas, que deberían ser contrarrestadas mediante una interpretación cabal o estricta del contenido garantizado por cada derecho fundamental, lo cual estaría en concordancia con el entendimiento de la Constitución como ordenamiento marco y con la función que corresponde a cada rama del poder público en una democracia. El ámbito vital o material del derecho fundamental, cuya función sería simplemente descriptiva, sería la materia a la que el derecho se refiere: el ejercicio de la religión, el arte y la ciencia, el matrimonio y la familia, la constitución de asociaciones, la elección y ejercicio de la profesión. Mientras que el contenido garantizado, de naturaleza normativa, determinaría lo que está jurídicamente amparado y con qué alcance, respecto de ese ámbito vital. Lo habitual hasta el presente habría sido adscribir una conducta al ámbito material

---

(41) HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, págs. 203 y sigs.

(42) WAHL, R., «Freiheit der Wissenschaft als Rechtsproblem», *Freiburger Universitätsblätter*, núm. 95, 1987, págs. 19 y sigs. (citado por BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, pág. 174); HERDEGEN, en MAUNZ y DÜRIG, *op. cit.*, págs. 19 y sigs.

(43) BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, págs. 167 y sigs.

(44) HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, págs. 215, 226 y sigs.

(45) *Idem*, p. 229.

(46) BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 190. Aunque sin adoptar la distinción mencionada, en una orientación crítica similar hacia la ponderación se inscribe el pensamiento de HABERMAS, quien parcialmente se apoya en la teoría de la norma adecuada de GÜNTHER, al respecto *vid.* HABERLAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, págs. 327 y sigs.; y el análisis de BERNAL PULIDO, *op. cit.*, págs. 455 y sigs.

de un derecho, para luego reconocer al titular la posibilidad de actuar a voluntad dentro de esta esfera, lo cual iría acompañado de numerosos problemas de intervención y restricción que vendrían siendo atajados mediante un arsenal de límites directamente constitucionales (inmanentes) sobre estos derechos. Este proceder escolástico tendría que ser abandonado (47).

La principal preocupación de Böckenförde recae sobre el laxo tratamiento dado a los derechos consagrados sin reserva, en virtud de la visión extensiva de su ámbito protegido que habría conducido a la aceptación de límites inmanentes inferidos generosamente por la jurisprudencia de otros valores o bienes constitucionales, proceder que de manera latente amenazaría al conjunto de los derechos fundamentales, pues si la Constitución impone la observancia de tales límites éstos también valdrían para los derechos previstos con reserva de ley simple o calificada, sólo que a causa de tal reserva podrían sufrir restricciones adicionales (48). La reducción de los ámbitos protegidos hasta ahora demarcados con amplitud, que, admite el autor, podría derivarse de la nueva orientación, quedaría compensada por la recuperación del rigor metodológico, de la profundidad de la dogmática de los derechos fundamentales y por la disminución de las razones constitucionales justificadoras de una limitación (49). Como garantía residual para las conductas que ya no gocen de la protección de derechos específicos se mantendría abierta la invocación del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 2.1 LF) (50).

Para Hoffmann-Riem es primordial prestar atención a la generalización de relaciones iusfundamentales multipolares y multidimensionales en las que frente a la faceta subjetiva de un derecho, aducida por su titular, se encuentra la faceta objetiva de este u otro derecho, invocable por otro sujeto o sujetos (51), las cuales podrían manejarse mejor tras la identificación «específica y llegado el caso selectiva» del contenido del derecho (52). Además, pone en duda que la tradicional interpretación amplia del supuesto de hecho se haya traducido en una ganancia de libertad o de racionalidad, dado que habría provocado la búsqueda de nuevas razones justificadoras de la intervención estatal y el

---

(47) BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, págs. 166-169, 174 y sigs.

(48) *Idem*, pág. 170.

(49) Aunque el autor admite, sin mayor fundamentación, las restricciones derivadas de la prohibición de perturbación de derechos ajenos (*Nichtstörungsschranken*), equiparable al mandato de no hacer daño a nadie (*neminem laedere*); *idem*, pág. 190.

(50) *Idem*, págs. 190-191.

(51) HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, págs. 210, 226, 228 y sigs.

(52) *Idem*, pág. 229.

desplazamiento de casi todas las decisiones a la ponderación del caso concreto (53).

El contenido garantizado (54) de cada derecho habría de determinarse de manera interpretativa y abstracta a partir de la norma constitucional y de su gestación histórica, lo cual permitiría precisar qué y contra qué protege un derecho fundamental (55). En este sentido, la libertad religiosa (art. 4.1 y 2 LF) comprendería el derecho a profesar o no una confesión religiosa (o una visión del mundo), y a manifestar, difundir y practicar la propia fe o las propias creencias. Sin embargo, una interpretación histórica de esta libertad revelaría que no protege, a diferencia de lo que cabría deducir de la jurisprudencia constitucional, cualquier conducta del orden profano que tenga una motivación religiosa. Asimismo, la libertad de investigación científica (art. 5.3 LF), también prevista sin reserva de restricción, no podría ser entendida como el derecho a desarrollar en cualquier institución toda actividad de investigación y a realizarla sin cortapisas de ninguna clase. La finalidad del contenido garantizado de esta libertad sería la libertad en el planteamiento de los interrogantes científicos y en la elección del método de trabajo. Fuera de su alcance estaría, en cambio, el aprovechamiento de los objetos o bienes necesarios para la ejecución de la investigación, que deberían obtenerse conforme a las exigencias generales del ordenamiento jurídico, a menos que éste limite severamente el acceso a los mismos, afectando así la libertad de investigación (56).

Un caso considerado modélico dentro de esta orientación es el ya citado del artista que pinta grafitos sobre paredes de casas ajenas. La «garantía» constitucional de la libertad artística, prevista sin reserva de restricción (art. 5.3 LF), no comprende (de entrada), según la decisión del Tribunal Constitucional Federal, el aprovechamiento de una propiedad ajena con fines del desarrollo artístico. Aquí se habría evitado una errónea aplicación del supuesto de hecho, y el inconveniente recurso a límites (inmanentes) fruto de colisiones con la tutela de la propiedad para justificar una intervención (57).

También se menciona la decisión que se pronunció sobre la posible incompatibilidad entre la prohibición constitucional de la imposición de un trabajo

---

(53) *Ibidem*.

(54) La expresión «contenido garantizado» (*Gewährleistungsinhalt/Gewährleistungsgehalt*) no es nueva en la doctrina alemana, pues ya había sido empleada por SACHS, por ejemplo («Die Gewährleistungsgehalt...», en STERN, *op. cit.*, págs. 3 y sigs.). La novedad estriba en el significado que adquiere en la concepción que se está examinando.

(55) BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, págs. 174 y sigs.

(56) *Idem*, págs. 178 y sigs.

(57) *Idem*, pág. 175.

(art. 12.2 LF), o del trabajo forzado (art. 12.3 LF), y el precepto legal que faculta al juez competente para exigir a un joven penalmente responsable la realización de un trabajo con fines educativos (58). El Tribunal Constitucional Federal declaró que el alcance de la prohibición no podía determinarse solamente con arreglo a la literalidad de la disposición constitucional, la cual sólo admite excepciones en caso de cumplimiento de obligaciones generales (art. 12.2 LF) o de pena privativa de libertad (art. 12.3 LF), sino atendiendo a su proceso de gestación y precisando su finalidad, lo que le llevó a descartar que el precepto legal afectara el ámbito protegido por la norma. El polémico caso *Glykol*, sobre el que luego volveremos, es también valorado positivamente, dado que la publicación por un despacho ministerial de la lista de los productores del vino mezclado con aquella sustancia no podía ser tratada, según el pronunciamiento judicial, como una intervención o injerencia en la libertad de profesión (art. 12.1 LF), en su proyección a la libre competencia, pues ésta no protegería frente a la difusión de informaciones ciertas y objetivas de interés para el comportamiento de los agentes del mercado, aun cuando su contenido pueda repercutir negativamente sobre algunos competidores (59).

A estos casos se suman otros que han sido señalados por Kahl en su crítica a las anteriores posiciones doctrinales y a la tendencia restrictiva del ámbito protegido de los derechos fundamentales que se apreciaría en la jurisprudencia constitucional (60). Entre los muchos planteamientos del autor sobresale, en primer lugar, su observación acerca de la falta de claridad en la jurisprudencia constitucional sobre la aplicabilidad subsidiaria del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad en los supuestos en que es afirmada la correspondencia de una conducta con la esfera vital, o el ámbito material, de un derecho pero negada su pertenencia al ámbito protegido, o contenido garantizado. Además, desde una óptica metodológica su objeción central recae sobre la pérdida en racionalidad y transparencia que se derivaría de una reducción del ámbito protegido «por la mano del juez» (61), que sustraería, con escasa argumentación, una situación del ámbito protegido del derecho, aun cuando ésta conceptualmente envuelva colisiones entre bienes jurídicos que deban ser tratadas en los niveles de la intervención y de la justificación. En suma, «el decisionismo interpretativo general-abstracto en el nivel del ámbito protegido es un mal aún

---

(58) BVerfGE 74, 102.

(59) BVerfGE 105, 252; BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, pág. 178; HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, págs. 217-219.

(60) KAHL, W., «Von Weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik», *Der Staat*, núm. 43, 2004, págs. 167 y sigs.

(61) *Idem*, págs. 185 y 190.

mayor al decisionismo concreto-individual de la ponderación en el nivel de la justificación» (62). Al abrigo del propósito de determinar con precisión el ámbito protegido se estarían realizando valoraciones y restricciones anticipadas y poco controlables racionalmente. La evolución hacia un Estado judicial que las opiniones cuestionadas querrían evitar terminaría fortaleciéndose (63).

En los planteamientos de Böckenförde y Hoffmann-Riem es reconocible el aporte metodológico de enfatizar la importancia de desentrañar adecuadamente el contenido de cada derecho fundamental, para determinar si ampara una situación o conducta, tarea que no deja de ser relevante por la existencia de un derecho residual o subsidiario como lo es en el ordenamiento alemán el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, ya que la gran extensión de su ámbito protegido se ve reflejada en el plano del examen de la justificación material de la intervención y en la amplitud de su cláusula restrictiva, que comprende los derechos de los demás y (todo) el ordenamiento (jurídico) conforme con la Constitución (art. 2.1). Naturalmente, el problema adquiere una importancia crucial si tras la demarcación del contenido garantizado por un derecho específico una conducta excluida tampoco es abarcada por la red de fondo de ese derecho genérico, o en sistemas jurídicos que carezcan de ese derecho omnicompreensivo, más aún si allí la base legal de la acción estatal no estuviese garantizada fuera de las reservas legales de los derechos fundamentales.

Que la aplicación del supuesto de hecho de un derecho fundamental pueda comportar dificultades interpretativas que deban ser resueltas conforme a los métodos clásicos —aunque sin conferir al método subjetivo un valor tan alto como el que se le pretende atribuir—, con los matices propios de la interpretación de una norma incompleta o abierta como lo es la Constitución, también resulta sensato. La interpretación de la prohibición constitucional de la imposición de un trabajo o de los trabajos forzados, antes reseñada, es reveladora del rigor dogmático y utilidad de esta aproximación, al igual que la explicación sobre el verdadero alcance de la libertad de investigación científica. Pero otros aspectos de las tesis comentadas son muy discutibles.

La propia distinción entre el ámbito material y el contenido garantizado, asumida como plataforma metodológica alternativa, es cuestionable, pues coloca al operador jurídico, de entrada, ante la necesidad de distinguir lo que no siempre merecerá tal distinción. El ámbito material o vital de un derecho puede no coincidir en algún supuesto con el alcance de su garantía jurídica *prima facie*, pero con frecuencia es así, por lo que la introducción de esta bipartición

---

(62) *Idem*, pág. 192.

(63) *Idem*, pág. 196.

terminológica en el nivel del ámbito protegido sólo tendría sentido si se pensara que generalmente o a menudo el intérprete deberá jugar un papel incisivo o reductor frente a la materia prima iusfundamental que recibe. Si bien es cierto que en la Ley Fundamental —textualmente entendida— no se encuentra una decisión de principio a favor de una concepción amplia o estrecha del ámbito protegido o del contenido garantizado de los derechos fundamentales (64), lo que sí luce evidente es que nada en ella apunta a favor de una interpretación estrecha, que justifique tal reformulación dogmática, la cual puede desembocar, como observa Kahl, en complicaciones similares a las que quería superar, y en otras nuevas. Sí luce razonable tener presente que al reconocer el ámbito protegido por un derecho no siempre basta con la descripción del sector de la actividad humana nombrado por la Constitución, ya que a veces la interpretación de los términos constitucionalmente empleados, con apoyo en los diversos criterios hermenéuticos, arrojará un contenido técnico menos extenso al que cabría inferir de la significación habitual de tales expresiones.

La distinción mencionada y la orientación reductora que en parte la sustenta pudieran quizás explicarse en el campo de los derechos consagrados en la Ley Fundamental sin reserva de restricción, como Lenz ha afirmado recientemente, en la medida en que esta plasmación constitucional incondicionada del derecho podría abonar una interpretación estricta del ámbito protegido, que evite o disminuya colisiones que difícilmente serían tratadas correctamente en el plano de las limitaciones, o al menos no si representan la regla general. Con apoyo en la tesis de Müller, y a partir de una razonada desconfianza en la ponderación del caso concreto, que debería circunscribirse a los supuestos en que sea estrictamente necesaria, y de una preferencia hacia la interpretación abstracta del supuesto de hecho del derecho fundamental, el autor propugna una determinación precisa del ámbito protegido de los derechos consagrados sin reserva y ofrece criterios a estos efectos, aunque sin adoptar la comentada distinción dogmática entre el ámbito vital o material y el contenido garantizado, en un estudio que ha sido valorado positivamente por Böckenförde (65). El problema sigue siendo, sin embargo, la fundamentación y plausibilidad de los criterios aducidos para tal interpretación estricta.

En todo caso, y dado que la ya referida distinción dogmática ha sido planteada con un alcance general, importa observar los riesgos de una visión res-

---

(64) HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, pág. 229.

(65) LENZ, S., *Vorbehaltlose Freiheitsrechte*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2006, págs. 203 y sigs.; BÖCKENFÖRDE, «Zerbrecht nicht das Recht! Sebastian Lenz fragt, wie weit sich unsere Verfassung dehnen lässt», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26 de febrero de 2007, S. 37.

trictiva de los derechos solapada bajo el argumento del rigor dogmático. Éstos son puestos de relieve, entre otras, por la decisión del Tribunal Constitucional Federal, citada por Hoffmann-Riem (66), que excluyó del ámbito protegido por el derecho de reunión (y manifestación) los encuentros cuya finalidad sea principalmente el entretenimiento o la exhibición de emociones vitales colectivas (fiestas populares, desfiles, actividades musicales, etc.) (67). Lo relevante es no tanto el tipo de encuentros que quedan excluidos cuanto las razones empleadas para hacerlo: la libertad de reunión adquiriría especial significación constitucional al insertarse en el orden democrático-liberal de la Ley Fundamental, gracias a su conexión con el proceso de formación de la opinión pública. De ahí que el artículo 8 de esta Constitución proteja los actos en que varias personas se congregan para discutir y manifestar en común con el objeto de participar en la formación de la opinión pública, lo cual tiene, según la decisión, mucha importancia funcional en un sistema de democracia parlamentaria representativa con escasos contenidos plebiscitarios o referendarios. Las actividades musicales, de baile o de entretenimiento recibirían el amparo de la libertad de reunión si están adosadas a aquella finalidad principal; en caso de duda sobre cuál es el aspecto preponderante, habría de considerarse aplicable la libertad de reunión. El Tribunal subraya la protección reforzada de que disfruta la libertad de reunión frente a la ofrecida por la libertad general de acción (art. 2.1 LF), y destaca los efectos que el ejercicio de esa libertad suele tener sobre los derechos de terceros (vecinos, conductores, comerciantes), lo cual abonaría una comprensión «estrecha» del concepto de reunión.

Este criterio jurisprudencial ha sido criticado, incluso desde una perspectiva histórica, por la doctrina mayoritaria, según la cual la ausencia de la finalidad indicada puede repercutir en el análisis de la justificación de la intervención, no en la demarcación del ámbito protegido por el derecho (68). Tal posición restrictiva hace patente el riesgo de una concepción que, animada por el sano propósito de identificar el *telos* histórico o la significación sistemática de un derecho fundamental, reduzca la protección iusfundamental a lo que es tal vez sólo su núcleo o área más sensible pero no su contenido total. En la génesis de los derechos fundamentales es posible reconocer un contexto de persecuciones o luchas sociales o políticas que explican la consagración del derecho, lo cual es

---

(66) *Op. cit.*, págs. 212-213.

(67) BVerfG, *NJW*, 2001, págs. 2459 y sigs.; *vid. igualmente* BVerfGE 104, 92 (104).

(68) *Vid.*, por todos, SACHS, «Die Freiheit der Versammlung und der Vereinigung», en STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. IV/1, Munich, Beck, 2006, págs. 1200 y sigs.; PIEROTH y SCHLINK, *op. cit.*, págs. 177-178. No objeto en cambio la restricción HERDEGEN, en MAUNZ y DÜRIG, *op. cit.*, pág. 21.

relevante en el momento interpretativo, sin que ello implique limitar el alcance de los derechos a las circunstancias de su gestación. La utilidad de esta visión histórica o sistemática generalmente estribará en la posibilidad de remarcar las manifestaciones más esenciales de un derecho, que disfrutaran de una protección calificada, como sucede con la libertad de expresión cuando es ejercida respecto de asuntos de singular interés para la formación de la opinión pública en una democracia y como también cabría sostener en relación con el derecho de reunión.

El criterio jurisprudencial de la contribución de una reunión o manifestación a la formación de la opinión pública, vista ésta desde una óptica democrática, puede comportar recortes ulteriores en el alcance de la libertad constitucionalmente reconocida, si, por ejemplo, se dijera que las protestas contra acciones o posiciones de otros particulares que no comprometan al Estado no están cubiertas por este derecho. De momento sólo se excluyen las reuniones o encuentros de puro entretenimiento o aquellos en los que una vinculación con la formación de opinión pública esté claramente en un segundo plano, pero aun así cabe preguntarse si, de aceptarse la tesis jurisprudencial, no debería bastar con la existencia de esta vinculación, aunque sea indirecta o accesorio, para considerar aplicable el derecho de reunión.

A favor de una interpretación amplia de esta libertad milita además, como ya señalamos, la forma en que la Ley Fundamental estableció su reserva de restricción si se trata de reuniones en lugares abiertos, mediante una reserva simple que deja un extenso campo de acción y regulación al legislador. Lo que entra en el ámbito protegido del derecho puede ser luego modulado o graduado por el legislador en atención a las exigencias colectivas o de otros derechos; en esta esfera cabe también la valoración de los fines de la convocatoria a una reunión pública y de su conexión con la formación de la opinión pública. Por otro lado, la reducción de la protección iusfundamental del derecho de reunión a las que tengan tal objetivo no está en consonancia con su propia formulación en la Constitución alemana y en otras Constituciones, en las cuales se amparan tanto las reuniones privadas como las realizadas en espacios públicos, siendo claro que no puede exigirse a las primeras que persigan la formación de opinión pública, por lo que la tesis restrictiva arrojaría una dualidad en el ámbito protegido de un mismo derecho muy difícil de defender.

### 3. *Las teorías amplias del ámbito protegido o supuesto de hecho*

Las teorías amplias procuran incluir en el supuesto de hecho de un derecho fundamental todas las libertades, posiciones o situaciones jurídicas a las que co-



responda, según la disposición constitucional correspondiente, una protección, sin efectuar exclusiones apriorísticas. El criterio distintivo de estas posturas es que reservan al momento del examen de justificación de una intervención o restricción la realización de ponderaciones con eventuales bienes jurídicos contrapuestos, lo que supone que el ámbito protegido puede albergar conductas que en ocasiones resulten inmorales, antisociales o antijurídicas, en el entendido de que normalmente serán contrarrestadas en virtud de una restricción o limitación (69).

Una firme defensa de un supuesto de hecho amplio para los derechos fundamentales proviene de la teoría de los principios, de acuerdo con la cual la definición de estos derechos como mandatos *prima facie* (de optimización), dispuestos a sufrir restricciones con base en ponderaciones, se aviene con una comprensión amplia del supuesto de hecho. Desde esta perspectiva, una teoría amplia del supuesto de hecho «es una teoría que hace caer en el ámbito protegido todo aquello a favor de cuya protección habla el respectivo principio iusfundamental» (70). Esta visión extensa del supuesto de hecho es asumida como una teoría de la construcción, no como una teoría normativa, es decir, propugnarla no implica pronunciarse a favor de un resultado en el que el derecho se despliegue sin restricciones, sino solamente adoptar una postura metodológica o constructiva de la argumentación, que puede sin embargo tener importancia normativa (71).

Conviene precisar qué significa una comprensión amplia del supuesto de hecho iusfundamental. Alexy sostiene que una teoría amplia del supuesto de hecho se traduce en dos reglas básicas de inclusión:

«(1) Todo lo que presenta una propiedad que —considerada asiladamente— basta para una subsunción bajo el supuesto de hecho queda tipificada, cualquiera que sean las otras propiedades... (2) Dentro de los márgenes semánticos de los conceptos del supuesto de hecho hay que llevar a cabo interpretaciones amplias» (72).

---

(69) BLECKMANN, *op. cit.*, págs. 403 y sigs.; ALEXY, *op. cit.*, págs. 311 y sigs.; BOROWSKI, *op. cit.*, págs. 204 y sigs.; SACHS, «Die Gewährleistungsgehalt...», en STERN, *op. cit.*, págs. 58 y sigs.; KAHL, *op. cit.*, págs. 167 y sigs., con más referencias (p. 168); *vid.* también BERNAL PULIDO, *op. cit.*, págs. 460 y sigs., 617 y sigs.; BRAGE CAMAZANO, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, págs. 100 y sigs., 255 y sigs.

(70) ALEXY, *op. cit.*, pág. 311.

(71) *Idem*, pág. 299.

(72) *Idem*, pág. 312.

La segunda regla es clara y explicable desde las coordenadas de la teoría de los principios, o de una lectura *favor libertatis* del catálogo de derechos de una Constitución, mientras que la primera suscita algunas dudas. En particular, no es fácil dilucidar el sentido de la alusión a una «propiedad» que por sí sola bastaría para la subsunción. La formulación de la regla pudiera llevar a pensar que el autor se refiere a una de las condiciones exigidas por el supuesto de hecho para que se desencadene la protección iusfundamental.

Al respecto Sachs ha sostenido que la regla mencionada adquiere un significado dogmático en el caso de las disposiciones iusfundamentales que exigen más de un elemento para la activación de la consecuencia jurídica, de los cuales sólo uno esté dado. Así, una obligación de prestar el servicio militar contra la propia conciencia caería dentro de la prohibición constitucional de ser compelido a prestar, contra su conciencia, servicio militar con armas (art. 4.3 LF), aunque el servicio no deba realizarse con armas; igualmente, el derecho a informarse sin trabas sobre «fuentes accesibles a todos» (art. 5.3 LF) comprendería el derecho a informarse aunque las fuentes no sean accesibles a todos; el supuesto de hecho del derecho de reunión se llenaría aunque la reunión celebrada sea con armas o no pacífica; y se colmaría el supuesto de hecho del derecho de asilo si existe persecución, aunque ésta no sea política [art. 16.a).1 LF]. El autor critica la falta de sentido de esta construcción y subraya que el supuesto de hecho ha de abarcar condiciones necesarias para la consecuencia jurídica y no sólo una de éstas (73).

Al margen de la pertinencia de los ejemplos citados para la refutación (74), si la interpretación de la regla enunciada es correcta esta objeción resultaría válida, pues el supuesto de hecho sólo debe cubrir aquellas pretensiones que de no producirse una restricción recibirían plena tutela constitucional, lo cual tiene implicaciones formales y materiales. Desde una óptica formal la pretensión subjetiva abrigada por el supuesto de hecho es realizable plenamente, a menos que, en conformidad con la Constitución, una norma legal indique lo contrario o establezca las bases para su obstaculización, y desde una óptica material es plenamente realizable a menos que existan razones en contra de suficiente peso. En suma, la regla general es que si el legislador no prevé, con apoyo en la Constitución, una restricción del derecho amparado o las bases para acordarla, tal derecho puede ejercerse sin cortapisas, por lo que no tendría sentido incluir

---

(73) SACHS, «Die Gewährleistungsgehalt...», en STERN, *op. cit.*, págs. 19-20.

(74) Para ALEXYS, en la mayoría de estos casos la expresión o frase que sería superflua para la subsunción (pacíficamente y sin armas, con armas, fuentes accesibles a todos) no pertenece al supuesto de hecho, sino que operaría como una restricción directamente constitucional; *op. cit.*, págs. 278-279.

en el supuesto de hecho pretensiones que, aisladamente consideradas, carezcan de soporte constitucional iusfundamental.

Sin embargo, los ejemplos citados por Alexy para ilustrar la citada regla (pintar en un cruce de calles o hacer procesión en caso de peligro de epidemia), así como sus comentarios a estos mismos ejemplos al criticar las teorías estrechas del supuesto de hecho, sugieren que la alusión a esas otras propiedades que no serían imprescindibles para considerar cumplido el supuesto de hecho se refiere a las razones para la negación de la protección iusfundamental, que pertenecen al nivel de la justificación/restricción. En este caso, la regla se limitaría a insistir en la separación, ciertamente necesaria, entre el plano de la protección *prima facie* y el de la restricción.

La segunda de las reglas de inclusión enunciadas por Alexy es clara aunque se contraponen a la opinión según la cual no hay, a la luz de la Ley Fundamental, reglas interpretativas especialmente aplicables a la determinación del supuesto de hecho. No cabría aceptar una presunción favorable a la extensión del supuesto de hecho o ámbito protegido sobre la base de máximas como *in dubio pro libertate*; su determinación habría de efectuarse con apoyo en los instrumentos interpretativos habituales (75).

Ante este interrogante sobre una posible regla o una posible presunción de interpretación amplia, la respuesta pudiera estar en partir de la regla formulada por Alexy pero sin asumirla dogmáticamente o en términos absolutos. No siempre habrá de darse a los términos comprendidos en una disposición iusfundamental una interpretación amplia o extensiva. Ésta será la tendencia natural al tratarse de derechos fundamentales, en virtud de la posición que ocupan en el Estado constitucional y democrático, pero puede haber supuestos en los que la valoración conjunta de los resultados que arrojen los criterios interpretativos clásicos (histórico, literal, sistemático y teleológico), aunados a las pautas interpretativas características del Derecho Constitucional (apertura normativa e importancia del contexto funcional), conduzcan a una conclusión distinta, como lo muestra el caso antes mencionado de la prohibición de la imposición de un trabajo o de trabajos forzados (art. 12.2 y 3 LF). Cabría hablar, pues, de una presunción desvirtuable de interpretación amplia o inclusiva, como la que puede inferirse de varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal, conforme a los cuales en caso de duda ha de considerarse colmado el supuesto de hecho iusfundamental (76). En otras palabras, a menos que el proceso inter-

---

(75) SACHS, «Die Gewährleistungsgehalt...», en STERN, *op. cit.*, págs. 63 y sigs.; PIEROTH y SCHLINK, *op. cit.*, pág. 57.

(76) *Cfr.*, entre otras, BVerfGE 32, 54 (71); 51, 97 (110).

pretativo de un precepto constitucional que reconoce un derecho fundamental permita concluir claramente algo distinto, ha de realizarse una interpretación amplia del supuesto de hecho.

Adicionalmente, de la misma jurisprudencia constitucional es posible colegir el criterio de que esta presunción de interpretación amplia se hace más fuerte cuando las opciones del legislador para una regulación moduladora del ejercicio del derecho son mayores, pues entonces lo que ingresa en el ámbito protegido puede ser luego recortado en la fase de la restricción. Por otra parte, la interpretación no ha de ser amplia, sino más bien estricta, cuando se trata de aquellas condiciones del supuesto de hecho de índole negativa o excluyente, que para la jurisprudencia constitucional generalmente pertenecen al supuesto de hecho (77), mediante las cuales la propia Constitución circunscribe el alcance de la protección iusfundamental («pacíficamente y sin armas» en el derecho de reunión, p. ej.) (78).

La presunción indicada cobra mayor justificación en aquellos ordenamientos que, a diferencia del alemán, no cuentan con un derecho general o residual de libertad como el reconocido con apoyo en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental. Gracias a la existencia de este derecho, también calificado de subsidiario, en ese sistema se ha afirmado que la sustracción de una conducta del ámbito protegido de un derecho fundamental especial no nos colocaría ante una disyuntiva crucial entre los polos de «la libertad o la vinculación» del poder público, sino ante la simple cuestión de precisar cuál es el derecho aplicable (79). Al respecto sólo habría que matizar que no siempre la jurisprudencia constitucional deja caer en el telón de fondo de la libertad general de acción las conductas excluidas del ámbito protegido (especial) de un derecho, a veces con razón, como cuando se niega la protección iusfundamental de la libertad de reunión a una manifestación violenta, otras veces sin ella (80). Además, conviene aclarar que la falta de cobertura de un interés subjetivo por los derechos fundamentales no significa que caigan en el terreno de la arbitrariedad estatal.

---

(77) Además de las decisiones ya citadas relativas al derecho de reunión *cfr.*, entre otras, BVerfGE 69, 1 (56); BVerfG, NJW, 1986, p. 1243; *vid.* también HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1993, págs. 131-132.

(78) Para ALEXY estas expresiones constitucionales pertenecen al plano de la restricción; *op. cit.*, págs. 278-279.

(79) SACHS, «Die Gewährleistungsgehalt...», en STERN, *op. cit.*, pág. 66.

(80) *Vid.* las referencias de KAHL, *op. cit.*, págs. 185 y sigs.

#### IV. TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

En la jurisprudencia constitucional ha predominado la interpretación amplia o extensiva del supuesto de hecho, que ha sido aplicada al concepto de vivienda (art. 13.1 LF), para abarcar ciertos locales comerciales o empresariales (81); a la vida (art. 2.2 LF), que existe antes del nacimiento (82); a la prensa (art. 5.1 LF), que se ampara aunque no sea una prensa seria (83); a la libertad de opinión (art. 5.1 LF), que en principio comprende la difusión de informaciones (84); a la libertad de profesión (art. 12.1 LF), que se extiende a múltiples actividades económicas y empresariales (85); a la libertad artística (art. 5.3 LF), que protege la creación artística y su exposición o difusión (86), entre otros. A esta interpretación amplia de ciertos conceptos hay que sumar la interpretación abierta de determinados derechos o de los preceptos que los consagran, que ha permitido reconocer la libertad general de acción y el derecho general de la personalidad, con la diversidad de contenidos iusfundamentales que le han sido adscritos (87).

Pero algunas decisiones apuntan en sentido distinto. Así, la libertad de expresión (o libertad de opinión) no comprende las afirmaciones sobre hechos cuya falsedad se haya comprobado o que se hayan difundido a sabiendas de su falsedad (88); como tampoco abarca, ni siquiera en conjunción con la libertad de prensa, la obtención de información de modo ilícito, aunque sí su difusión (89), ni la libertad de profesión puede cobijar actividades prohibidas (90). A esto hay que agregar los pronunciamientos antes citados sobre el derecho de reunión, la libertad artística y la prohibición de la imposición de un trabajo o de los trabajos forzados. Sin embargo, éstas son más bien excepciones que confirman la regla de una interpretación amplia del supuesto de hecho. Pueden apreciarse algunas

---

(81) BVerfGE 32, 54 (69).

(82) BVerfGE 39, 1 (37); 88, 203 (251).

(83) BVerfGE 34, 269 (283).

(84) BVerfGE 85, 1 (15).

(85) BVerfGE 7, 377 (397); 97, 12 (25).

(86) BVerfGE 30, 173 (189); 77, 240 (250).

(87) *Vid.*, entre otras muchas, BVerfGE 6, 32 (41); 65, 1 (41); 79, 256 (268); 82, 6 (16).

(88) BVerfGE 61, 1 (8); 99, 185 (197).

(89) BVerfGE 66, 116 (137). Ello a pesar de que, según jurisprudencia reiterada, la obtención de información forma parte del ámbito protegido de la libertad de prensa —BVerfGE 50, 234 (240); 77, 346 (354)—, por lo que cabía sostener que en caso de consecución ilícita tal derecho era aplicable, pero se justificaría una restricción; BVerfGE 50, 234 (240).

(90) BVerfGE 7, 377 (397); 81, 70 (85).

señales de una posible inclinación a sustraer conductas de la protección que un derecho fundamental, ampliamente interpretado, ofrecería, pero es difícil hablar, como lo hace Kahl, de un «programa» reconocible en la jurisprudencia constitucional dirigido a reducir el concepto tradicional del ámbito protegido. Las decisiones por él referidas, así como por Böckenförde y Hoffmann-Riem, se ubican además en coordenadas temporales por lo general distintas y están a veces signadas por problemas interpretativos particulares suscitados en relación con determinados derechos, antes que por una orientación sistemática hacia la reducción del ámbito protegido.

Sí es constatable una construcción dogmática muy diferente, que Kahl califica de cambio radical, en las decisiones dictadas en los casos *Glykol* y *Osho* (91), el primero, como ya dijimos, relativo a la libertad de profesión en su faceta de libre competencia, y el segundo, a la libertad religiosa. Un denominador común a estos casos es que se relacionan con el tema, ampliamente debatido en Alemania en la década previa a las citadas decisiones y que ya se encontraba sometido a un tratamiento jurisprudencial en la jurisdicción contencioso-administrativa, de las informaciones, declaraciones o advertencias emanadas de instancias estatales y su posible incidencia sobre los derechos fundamentales. En ambos, además, el perjuicio posiblemente derivado de la acción estatal se refiere a los efectos que la información o declaración de origen estatal haya tenido sobre terceros, o sea, sobre otros particulares que hayan actuado influenciados por tal información o declaración (92).

En el caso *Glykol*, cuyo contexto conceptual es además el de las limitaciones inherentes a la libre competencia que se derivarían de la propia noción de mercado y de competencia, la principal peculiaridad dogmática, en cuanto al tema que nos ocupa, radica en que se admite una forma de intervención en el derecho fundamental que en sí misma es considerada ilícita. La decisión lo dice expresamente, cuando advierte que, si las informaciones difundidas por el gobierno —la lista de los vinos contentivos de la sustancia considerada nociva y de sus productores—, en cumplimiento de su cometido de dirección estatal, se revelan falsas y a pesar de ello se siguen difundiendo o no se corrigen, «con la constatación de la afectación del ámbito protegido se comprueba igualmente la ilicitud, pues una justificación de la posterior difusión de la información cuya falsedad ha sido verificada está vedada» (93). En otras palabras, la afectación

---

(91) BVerfGE 105, 252; 105, 279.

(92) MURSWIEK, D., «Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriff — Zu der Glykol- und der Osho— Entscheidung vom 26.6.2002», *NVwZ*, 2003, págs. 1 y sigs.

(93) BVerfGE 105, 252 (273).

del ámbito protegido de la libertad de profesión —al que la decisión a veces denomina ámbito de garantía—, en su proyección a la libre competencia, implicaría *per se* su violación.

Esta construcción resulta ajena al esquema general de la intervención y la restricción que domina la dogmática alemana de los derechos fundamentales y que se compone, como sabemos, de tres escalones o niveles: el ámbito protegido, la intervención y la justificación constitucional (de una restricción). La intervención es un concepto neutral en lo que a su conformidad con el ordenamiento jurídico respecta. Un esquema en el que la intervención y la violación del derecho se identifiquen es extraño a estos postulados y encajaría, en todo caso, en un modelo alternativo, propuesto por Lübbe-Wolff para pretensiones relacionadas con la igualdad de trato o con el disfrute de derechos originarios a prestaciones o de derechos derivados a prestaciones respaldados por el principio de igualdad, porque el alcance de lo constitucionalmente exigido estaría ya predeterminado y no serían admisibles injerencias o acortamientos ulteriores (94); una intervención comportaría *per se* una violación del derecho.

Sin embargo, un análisis detenido de la decisión revela que ésta no pretende establecer un nuevo paradigma dogmático, sino sólo adaptar el imperante, con mayor o menor acierto, a las peculiaridades de las injerencias mediatas y fácticas del Estado en los derechos fundamentales, concretamente en la libertad de profesión, respecto de la cual la jurisprudencia ya había introducido matices particulares en el tratamiento del concepto de intervención (95), dado el amplio espectro de esta libertad, que sin tales matices se configuraría como una libertad general de acción profesional o económica. La especial vía argumental seguida en el caso *Glykol* puede además explicarse a partir de las especificidades de la libertad de ejercicio de la profesión en el campo del mercado y de la libre competencia, y de la significación que allí ostenta la transparencia informativa, a lo cual la propia decisión se refiere.

De ahí que la objeción a este aspecto de la decisión ha de ubicarse más bien en el plano de la adecuada demarcación del ámbito protegido y de la intervención o injerencia. Hubiera sido posible calificar como injerencia o afectación toda advertencia o consejo dirigido por el Estado a los consumidores, que probablemente tenga efectos desfavorables sobre algunos agentes económicos por incidir en su posición en el mercado, y declarar la existencia de una violación del derecho, por ejemplo, cuando la información se hubiera difundido a con-

---

(94) LÜBBE-WOLFF, *op. cit.*, págs. 87 y sigs.

(95) Al exigir una orientación, subjetiva u objetiva, hacia la regulación de la profesión, en las normas o medidas que incidan en el ejercicio de una actividad profesional, para que sean tratadas como una intervención; BVerfGE 97, 228 (253); PIERROT y SCHLINK, *op. cit.*, pág. 211; SACHS, *Verfassungsrecht II...*, pág. 405.

ciencia de su falsedad (96). Esto hubiera planteado el problema de la ausencia de una base legal para la injerencia, el cual fue soslayado, acaso deliberadamente, mediante el discutible salto dogmático del pronunciamiento.

Mayores singularidades se encuentran en la decisión del caso *Osho*, en el cual las afirmaciones de un ministro federal —incluyendo sus respuestas a preguntas formuladas en comisiones parlamentarias—, relativas a una asociación que profesaba una determinada religión o concepción del mundo, fueron consideradas en parte violatorias de este derecho, ya que tal asociación o movimiento había sido calificado como «destructivo» y «seudorreligioso», cuyos miembros serían «manipulados». Estas aseveraciones rebasaban, según la decisión, lo aceptable en atención al deber de neutralidad del Estado en materia religiosa y vulneraban el derecho de los recurrentes, derivado de su libertad religiosa (art. 4.1 y 2 LF), a ser tratados con neutralidad, al tiempo que resultaban desproporcionadas. Otras expresiones, como denominar a la asociación «secta», no habrían sobrepasado ese umbral y no afectaban el ámbito protegido de la libertad religiosa (97).

Lo relevante ahora es que, primeramente, el análisis de la proporcionalidad de la intervención no estuvo acompañado de un examen de la base legal de la actuación estatal o, mejor dicho, la medida estatal fue eximida del mismo, ya que el gobierno podía apoyarse directamente en su cometido de dirección estatal, «sin que se hubiera requerido de una habilitación legal adicional» (98). En este punto de la decisión fue determinante el carácter mediato y fáctico de la injerencia estatal, que restaría fundamento a la exigencia de una base legal (99). Por otra parte, en relación con la temática del ámbito protegido, ha

---

(96) En esta dirección apunta la opinión de MURSWIEK, *op. cit.*, págs. 3 y sigs.

(97) BVerfGE 105, 279 (295 y sigs.).

(98) BVerfGE 105, 279 (301).

(99) No sería pertinente exponer todas las razones que llevaron al Tribunal Constitucional Federal a moderar en este caso la exigencia de la reserva legal. La principal fue la consideración de las peculiaridades que ofrecen las afectaciones fácticas e indirectas en los derechos fundamentales, originadas con ocasión de una actuación estatal que no está plasmada en actos formales y cuyo destinatario no es el titular del derecho. De ahí que en la decisión se haya aseverado que la extensión de la protección iusfundamental a los supuestos de afectación fáctica e indirecta de derechos no necesariamente ha de corresponderse exactamente con la amplitud de la reserva legal. Su alcance frente a esta clase de injerencias habría de determinarse en función de la posible contribución de la regulación a la satisfacción de la finalidad de la reserva legal, vista como emanación del principio del Estado de Derecho y de la democracia, siendo además relevante que la materia sea de por sí susceptible de regulación. En el caso concreto tal contribución no fue confirmada, como tampoco la aptitud de la materia debatida, la actividad informativa del gobierno sobre los más variados temas comprendidos por su esfera de atribuciones, para una tal regulación.

Este criterio soslaya la conexión necesaria entre la protección formal del derecho funda-



sido criticada, con razón, la inclusión de la apreciación del carácter difamante de las afirmaciones, o del quebrantamiento del deber de neutralidad estatal, en la determinación de la afectación del ámbito protegido, cuando en rigor pertenecen al plano de la justificación (100). Este equívoco obedece en buena medida al intento de definir estrictamente, *a priori*, la protección de la libertad de religión frente a declaraciones o informaciones estatales, lo que conduce a introducir tales valoraciones en el escalón del ámbito protegido. De ahí que la decisión sostenga que determinadas aseveraciones afectan el ámbito protegido del derecho y al mismo tiempo las califique de desproporcionadas, con lo cual nuevamente la injerencia o afectación se presenta de modo inmediato, al menos tendencialmente, como vulneración del derecho.

Con prescindencia de la visión que se tenga sobre la magnitud del desvío dogmático apreciable en estas decisiones, lo cierto es que éstas han quedado circunscritas al campo de la actividad informativa o declarativa del Estado, donde han generado más confusión que reorientación conceptual, sin seria repercusión en otras materias (101). El eventual desarrollo de una tendencia clara y sostenida hacia un entendimiento más estricto del ámbito protegido, que no luce reconocible, dependerá de la discusión científica y de las orientaciones jurisprudenciales sobre un tema crucial para el estudio y aplicación de los derechos fundamentales.

## V. REFLEXIONES FINALES

La anterior aproximación a la discusión doctrinal y a las tendencias jurisprudenciales sobre el ámbito protegido por los derechos fundamentales es reve-

---

mental, representada por la reserva legal, y la protección material, centrada en el principio de proporcionalidad, de manera que frente a ciertas acciones estatales, calificadas como injerencias o afectaciones en un derecho fundamental, no se exigiría un respaldo legal adicional a la genérica previsión constitucional del cometido estatal correspondiente, pero sí se examinaría su justificación material, de la mano del principio de proporcionalidad. Esto implica dar cabida a la posibilidad, que hipotéticamente ya había sido considerada por LÜBBE-WOLFF (*op. cit.*, págs. 30 y sigs.), de una relativa disociación o asimetría entre esas dos dimensiones de la protección iusfundamental, que en el esquema clásico de la intervención y la restricción están unidas. La señalada protección formal se extiende, por cierto, a los derechos consagrados sin reserva, como la libertad religiosa, cuando se le imponen limitaciones resultantes de su colisión con otros bienes constitucionales, que el legislador debe concretizar. Otra de las debilidades de la decisión es precisamente la facilidad con que aceptó que el genérico e inferido cometido de «dirección estatal» podía fundamentar la injerencia estatal, sin examinar si existía un bien o precepto constitucional específico que, en la situación analizada, limitase esa libertad (sobre este particular *vid.* MURSWIEK, *op. cit.*, pág. 7).

(100) KAHL, *op. cit.*, págs. 190-191; MURSWIEK, *op. cit.*, pág. 3.

(101) DREIER, H., *Grundgesetz*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004, pág. 120.

ladora de los esfuerzos por lograr una construcción dogmática rigurosa de cada uno de los componentes conceptuales de los derechos fundamentales. Rigor que no ha de estar divorciado de la necesaria consideración de la consonancia de las categorías metodológicas propuestas con los fines de la garantía constitucional de tales derechos. Hace además patente la interrelación entre las distintas piezas de la dogmática de los derechos fundamentales, especialmente entre el ámbito protegido, la noción de intervención y la justificación formal y material, que puede fundamentar una limitación o restricción. Las alteraciones que se introduzcan en cualquiera de ellas repercuten directamente en las otras, sobre todo si se toca la puerta de acceso a la protección iusfundamental, lo cual reclama prudencia en el tratamiento del tema.

Es sumamente discutible que una visión amplia del ámbito protegido sea responsable, en la medida en que algunos lo han sostenido, de los efectos dogmáticos por ellos señalados. Aun de optarse por una interpretación más estricta, aunque no intuitivamente incisiva, del ámbito protegido, se mantendrían en pie los derechos consagrados sin reserva de restricción, así como las colisiones de estos y otros derechos fundamentales entre sí o con los restantes bienes constitucionales. Subsistiría igualmente la necesidad de resolverlas de manera racional u objetiva, la cual ha de ser afrontada, principalmente, en el terreno de la proporcionalidad y demás criterios para la medición de la justificación material de una injerencia estatal, mediante el afinamiento de herramientas conceptuales que los doten de la mayor solidez argumentativa posible. También ha de precisarse mejor el alcance de los deberes de protección del derecho fundamental, en los cuales propende a desembocar, dejando a salvo al efecto de irradiación, la cuestión de la eficacia frente a terceros de tales derechos.

Ni el eventual recurso, fácil pero costoso y a la vez ilusorio, de soslayar tales problemas merced a una reducción compulsiva del ámbito protegido y, por tanto, a una restricción ilegítima de la magnitud constitucional de los derechos fundamentales, ni una eventual tendencia restrictiva motivada, como sugiere Kahl, en la sobrecarga de trabajo que sufre la jurisdicción constitucional a causa de los innumerables procesos de amparo estarían a la altura de la dogmática alemana de los derechos fundamentales (102), que por su calado intelectual ha demostrado ser capaz de responder a ocasionales embates asistemáticos.

---

(102) *Vid.*, sin embargo, las reflexiones de SCHLINK ante las recientes orientaciones de la jurisprudencia constitucional, «Abschied von der Dogmatik, Verfassungsrechtssprechung und Verfassungsrechtswissenschaft in Wandel», *Juristen Zeitung*, núm. 4, 2007, págs. 157 y sigs.

### RESUMEN

Este trabajo intenta examinar las grandes líneas de la discusión suscitada en Alemania en torno al concepto de ámbito protegido o supuesto de hecho del derecho fundamental, como categoría relevante tanto en la dogmática de los derechos fundamentales allí desarrollada como en la indagación teórica general de tales derechos. Se hace énfasis en las posiciones más actuales y se consideran las tendencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, todo lo cual va acompañado del correspondiente análisis crítico.

*PALABRAS CLAVE:* Derechos fundamentales. Ámbito protegido.

### ABSTRACT

This study intends to examine the essential features of the ongoing debate in Germany about the concept of scope of protection of fundamental rights as a relevant category both in the German doctrine of fundamental rights and in the general theoretic research on those rights. The article puts a special emphasis on the most recent contributions on the topic and considers trends in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court, while submitting these to a critical analysis.

*KEY WORDS:* Fundamental rights. Scope of protection.

