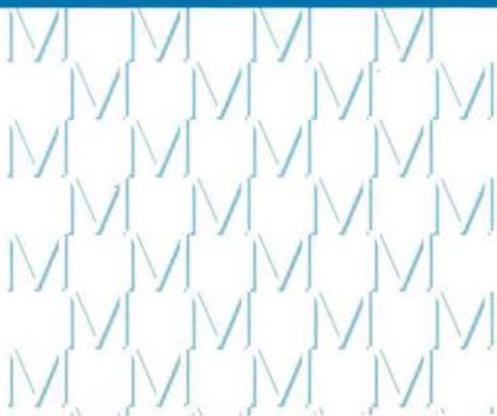


Francisco Javier Matia Portilla

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio



Monografía



FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

Profesor de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

Prólogo de
Paloma Biglino Campos
Catedrática de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid

Monografía



Madrid, 1997

McGraw-Hill

MADRID • BUENOS AIRES • CARACAS • GUATEMALA • LISBOA • MÉXICO
NUEVA YORK • PANAMÁ • SAN JUAN • SANTAFÉ DE BOGOTÁ • SANTIAGO • SÃO PAULO
AUCKLAND • HAMBURGO • LONDRES • MILÁN • MONTREAL • NUEVA DELHI • PARÍS
SAN FRANCISCO • SIDNEY • SINGAPUR • ST. LOUIS • TOKIO • TORONTO

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

DERECHOS RESERVADOS © 1997, respecto a la primera edición en español por
McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S. A. U.
Edificio Valrealty, 1.ª planta
Basauri, 17
28023 Aravaca (Madrid)

ISBN: 84-481-1126-5

Depósito legal: M. 20.242-1997

Editora: Elena Argüello

Diseño de cubierta: Estudio F. Piñuela, S. L.

Compuesto en: Fernández Ciudad, S. L.

Impreso en: Cobra, S. L.

IMPRESO EN ESPAÑA - PRINTED IN SPAIN

PARTE SEGUNDA

**LA VERTIENTE DINÁMICA
DEL DERECHO FUNDAMENTAL**

EL ORDEN PÚBLICO COMO CRITERIO DELIMITADOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO

En otro lugar de este trabajo se señalaba que los derechos fundamentales son, por definición, derechos limitados¹. El Tribunal Constitucional ha reconocido este principio en varias ocasiones. Así, por ejemplo, en el Auto 257/1985/2, el Tribunal señala que aunque «el derecho de intimidad acogiera a las personas jurídicas, estaría como el resto de los derechos fundamentales limitado en su total dimensión»². Y esto aunque el tenor literal de algunos de ellos regule un derecho ilimitado (como ocurre, por ejemplo, en relación con la inviolabilidad del domicilio). En efecto, tras señalar que el domicilio es inviolable, la propia Constitución española (y, en idéntica medida, otras de nuestro entorno)

¹ OTTO, I. DE: *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, 1988, pág. 108 y MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, pág. 47. ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR entiende, sin embargo, que algunos derechos son ilimitados. Éste es el caso, por ejemplo, del derecho fundamental de no declarar contra uno mismo o de no declararse culpable [en *El secreto profesional de los informadores*. Madrid, 1990, págs. 100-101 y «El secreto profesional de los periodistas», en *Cuadernos Lucas Mallada* 1 (1995), pág. 72]. Lo mismo ocurre con el artículo 417 LECr, cuando establece que los sacerdotes o ministros de otras confesiones no están obligados a testificar en causa criminal de los secretos conocidos en el ejercicio de su ministerio (en la última obra citada, pág. 73).

² Sobre el carácter limitado del derecho a la intimidad, *vid.*, también, las Sentencias TC 37/1989/7 y 129/1996/5, de 9 de julio. *Vid.* la afirmación realizada con carácter general en la Sentencia TC 20/1990/3, de 15 de febrero. En el plano doctrinal debe recordarse, con KLAUS STERN, que las limitaciones de los derechos individuales tienen su origen inmediato en la convivencia humana, convivencia que presupone el propio Estado [en «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», *RCEC*, 1 (1988), págs. 272].

establece algunos supuestos que justifican la realización de entradas domiciliarias. De la existencia de tales hipótesis se deduce que el domicilio puede ser, en ocasiones, legítimamente invadido³.

No existen, pues, derechos ilimitados. Esta afirmación no es contradictoria con otra, también realizada en la presente investigación, que aludía a que, al menos, algunos derechos fundamentales eran absolutos⁴. Con aquella afirmación se aludía al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*), señalando que en lo que al derecho a la inviolabilidad del domicilio atañe, existe una vinculación de los particulares, que se concreta en la tipificación penal del delito de allanamiento de morada.

Ahora se insiste en otra idea diferente: la inviolabilidad del domicilio es un derecho limitado; con ello quiere significarse que el derecho no debe prevalecer (ya sea frente al Estado, ya frente a los particulares) en todo caso y en cualquier circunstancia. Al contrario, es posible que este derecho se vea limitado en favor de otro interés o derecho que deba prevalecer en un determinado supuesto.

Esta idea ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, aunque de forma especialmente clarificadora en la Sentencia 22/1984/4. En la misma, y en referencia, precisamente, a la inviolabilidad del domicilio, el Tribunal señala que «existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales». Estos fines sociales deben constituir, a juicio del Tribunal Constitucional, valores constitucionales en sí mismos y su prioridad en relación con los derechos fundamentales debe resultar de la misma Constitución.

Es evidente que el constituyente puede prever en la misma conformación constitucional de los derechos esos posibles conflictos, y optar por soluciones concretas, como son, por ejemplo, la exigencia de que las libertades de expresión e información respeten el derecho al honor o a la intimidad (artículo 20.4 CE) o que la inviolabilidad del domicilio ceda en caso de flagrante delito (artículo 18.2 CE), entre otros muchos. No obstante, la formalización global de un determinado derecho fundamental (que debe conectarse, necesariamente, con el resto de los derechos fundamentales o con el ejercicio del mismo y de otros derechos por parte de los demás) hace pensar, en principio, en la posibilidad de un criterio de delimitación de los derechos.

³ *Vid.*, en este punto, MAUNZ, T.: *Artikel...*, pág. 13-4.

⁴ En algunos pasajes, como el contenido en la Sentencia TC 20/1990/3, el Tribunal equipara el adjetivo absoluto (esto es, *erga omnes*) al de ilimitado (es decir, en este trabajo, que deba prevalecer en todo caso).

Tal criterio de delimitación puede ser puesto de manifiesto a través de supuestos concretos, relacionados ya con el derecho fundamental en examen. Así, debe recordarse que los jueces pueden autorizar, en el curso de un proceso o como consecuencia de una petición previa de la Administración, la penetración en los domicilios a efectos constitucionales, aun en contra de la voluntad de su titular. Este hecho condiciona el ejercicio del derecho. Como es sabido, el mismo precepto constitucional contiene una limitación del derecho aún más grave: en el supuesto de delito flagrante se puede entrar directamente (es decir, sin resolución judicial previa) en un domicilio constitucionalmente amparado. No es ni siquiera necesario acudir ante el juez para obtener una autorización judicial que permita realizar dicha entrada.

Aunque la Constitución solamente contiene este supuesto en el que es posible entrar en un domicilio sin resolución judicial previa, no es difícil imaginar otras hipótesis en las que el ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio deba ser, a todas luces, restringido. Alguna norma de nuestro ordenamiento jurídico ha asumido, implícitamente, este principio. En efecto, el viejo artículo 491 CP indicaba que no era aplicable el delito de allanamiento de morada a la persona que entraba en morada ajena (que constituye, como ya se ha indicado en este trabajo, domicilio en su sentido constitucional) para, entre otros extremos, evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero⁵. Si se piensa, por ejemplo, en una entrada domiciliaria

⁵ El precepto penal citado no excluía (ello sería impensable) la vulneración del derecho fundamental (que puede, incluso, traducirse en una responsabilidad civil de la persona que penetra en el domicilio constitucionalmente protegido), sino que, simplemente, eximía de responsabilidad penal al infractor (de esta misma opinión es JESÚS GARCÍA TORRES, en *Voz...*, pág. 2156). Un ejemplo que puede ilustrar esta idea puede ser el siguiente: una persona que, a causa de una riada, rompe una puerta para refugiarse en una morada, no puede ser considerado autor del delito de allanamiento de morada, pero ello no excluye que cargue con el coste de la reparación de la puerta. En todo caso, este precepto ha sido doctrinalmente calificado de «superfluo y perturbador», porque rige, en todo caso, la eximente del artículo 8.7 CP del Código de 1973 (JORGE BARREIRO, *Voz...*, pág. 440), lo que explica que los últimos proyectos de Código Penal (de 1983 y 1992), así como el Código Penal de 1995, lo hayan suprimido.

La jurisprudencia penal relacionada con el viejo artículo 491 CP estima que cuando concurre un estado de necesidad se excluye la antijuridicidad de la acción (Sentencias TS Ar. 1990/1358/1; 1987/8573/1 y 1976/4740/1). En todo caso, la entrada que se justifica en el artículo 491 CP (o en sus precedentes) es, evidentemente, relevante (Sentencias TS Ar. 1989/4986/2 y 1976/4740/1). Esta afirmación matiza el principio general de que la finalidad de la entrada es irrelevante para la aplicación del tipo penal del allanamiento de morada (Sentencias TS Ar. 1965/0241/ún.; Ar. 1933/2325/3 y Rec. 1887/0014/2). *Vid.*, también las Sentencia TS Ar. 1990/7639/2 y, en relación con el artículo 505 del Código Penal reformado de 1870, la Rec. 1877/0143 y, en el plano doctrinal, GARCÍA TORRES, J.: *Voz...*, pág. 2155.

producida por un particular en un domicilio ajeno en llamas que tenga por objeto salvar la vida de unos menores, parecerá lógico⁶ dar por buena, *a priori*, dicha entrada (aunque se haya afectado el derecho reconocido en el artículo 18.2 CE). Lo mismo puede ocurrir en otros casos en los que exista personas indefensas en peligro, o en los que la entrada sea primordial para garantizar la vida de otras personas (por ejemplo, la entrada que tiene por objeto el cerrar la llave del gas en una casa para preservar la seguridad del edificio y de las personas que en él habitan).

La multitud de supuestos planteados que pueden darse exige utilizar alguna noción que pueda englobarlos. Dicha noción puede ser, como se verá en las siguientes líneas, la de *orden público constitucional*.

2. LA NOCIÓN DE *ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL*

El orden público es una de las categorías más utilizadas en el campo del Derecho público. En los últimos ciento cincuenta años gobernantes, leyes y autores han acudido al orden público para explicar o, en su caso, justificar determinadas realidades y posiciones u opiniones, respectivamente.

No se pretende investigar (ni siquiera recordar con cierto detalle) las diversas concepciones doctrinales del orden público que se han dado en este siglo y medio. Tal análisis exigiría, por su extensión y alcance, un trabajo monográfico.

⁶ Por ello no puede compartirse la opinión de JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ [expresada en su magnífico trabajo «Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)», *RCEC*, 5 (1990), pág. 142] de que los allanamientos de morada realizados en tiempos de normalidad institucional en contra de la voluntad del morador y sin que medie flagrante delito constituyen una práctica proscrita, a tenor del artículo 18.2 CE y no pueden, por ello, *gozar de ningún tipo de cobertura constitucional*. De hecho, más adelante, el mismo autor alude a que cabe la actuación policial que pretenda proteger un derecho fundamental (como el de la vida) mediante la limitación de otro (como la inviolabilidad del domicilio), conectando esta hipótesis con el estado de necesidad, «institución que subyace a todo ordenamiento jurídico», que supone «causar el mal menor para salvar el bien jurídicamente más valioso» (pág. 150; el subrayado se debe a este trabajo). Esta afirmación se conecta con la realizada por CHRISTOPHE VIMBERT en relación con el orden público, cuando señala que éste trasciende a toda la pirámide normativa [en «L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», *RDP*, 3 (1994), pág. 714]. También alude al estado de necesidad como supuesto de excepcionalidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, entre otros, GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 201-205.

Baste, por ello, con recordar que el orden público aparece constitucionalmente recogido (como tal categoría), por vez primera, en el artículo 10 DDHC (1789), que reconoce el derecho de opinión, incluso religiosa, «siempre que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley». Desde aquel momento⁷, el orden público se convierte en uno de los elementos sobre los que reposa el modelo liberal de Estado que, como ya se ha indicado en este trabajo, reconoce libertades públicas y no derechos fundamentales en el moderno sentido de este término⁸. En la actualidad, contra lo que pudiera pensarse, el término no sólo no ha caído en desuso, sino que, bien al contrario, goza de buena salud, como muestran los numerosos trabajos que sobre él se realizan⁹.

⁷ Sobre la evolución histórica de la noción de orden público, *vid.* MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L.: «Notas para la historia de la noción de orden público», *REDA*, 36 (1983), págs. 19-37. Es importante señalar que en la actualidad no puede conectarse el orden público, como en el pasado, ni con el rey (artículos 170 ó 43 de las Constituciones de 1812 y 1837, entre otras), ni con las estrictas funciones de policía.

⁸ *Vid.* la nota 13 de capítulo dedicado a los titulares del derecho fundamental. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA explica como el orden público aporta al Estado liberal la coacción precisa para conseguir la necesaria efectividad de la Ley (que sirve, precisamente, para regular las exigencias del orden público) y de las sentencias (en su obra, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 4.^a ed. Madrid, 1994, págs. 28-34, especialmente, págs. 28 y 32).

⁹ Entre otros, a simple título de ejemplo, en nuestro país, los siguientes trabajos: MARTÍN REBOLLO, L.: «La introducción de la referencia al orden público en el Reglamento de lo Contencioso-Administrativo», *RAP*, 77 (1975), págs. 53-84 (especialmente, págs. 75-82); DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: «Los fines de interés público como “causa” y como “límite” de la competencia y como “medio” y “medida” de control jurídicos», *RAP*, 85 (1978), págs. 151-221; CARRO, J. L.: «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional», *REDA*, 29 (1981), págs. 287-305 (sobre la noción de policía, págs. 288-296); MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L.: *La cláusula de orden público como límite —impreciso y creciente— del ejercicio de los derechos*. Madrid, 1975, especialmente, págs. 33 y ss.; DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: «La «seguridad pública» como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos», *RAP*, 109 (1986), págs. 321-361 (especialmente, págs. 323-333), así como la bibliografía citada en la pág. 361 del mismo trabajo y en la nota 1 de la página 308 del trabajo de FEDERICO A. CASTILLO BLANCO: «Comentarios de urgencia sobre la polémica Sentencia TC 341/1993, de 18 de noviembre, sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana», *PJ*, 33 (1994); IZU BELOSO, M. J.: «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», *REDA*, 58 (1988), págs. 233-252 y, especialmente, CASTRO, F. de: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», *ADC*, 4 (1982), págs. 1014-1050. *Vid.* también la bibliografía citada por PEDRAZ PENALVA, E.: «Notas sobre publicidad y proceso», *PJ*, número especial XI (1986), página 116, nota 3 (publicado también en *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid, 1990). En relación con el derecho italiano, aluden al orden público un buen número de los trabajos citados por ALESSANDRO PACE en «Il concetto di ordine pubblico

Nuestra propia Constitución sigue acudiendo a la categoría del orden público para configurar la libertad ideológica y religiosa, reconocida en el artículo 16.1 CE¹⁰ y el derecho de reunión en lugar de tránsito público, regulado en el artículo 21 CE¹¹.

El Tribunal Constitucional ha utilizado asimismo la categoría del orden público no sólo para interpretar cuál es el contenido de estos dos derechos fundamentales¹², sino, también, para delimitar otras nociones, como es la de seguridad pública (artículo 149.1.29 CE), a los efectos de resolver conflictos de competencia¹³. En tales pronuncia-

nella Costituzione italiana», AG, 1963, pág. 111 y ss. y, especialmente, en «Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte Costituzionale», GC, 1971, pág. 1777 y ss. y, más recientemente, CORSO, G.: «Ordine pubblico (dir. pubbl.)», ED, vol. XXX. Giuffrè. Varese, 1980, esp. pág. 1084.

¹⁰ En concreto, se señala que la libertad ideológica y religiosa encuentra su límite en el orden público protegido por la ley. La LO 7/1980, de 5 de julio, sobre libertad religiosa señala que «el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática» (artículo 3.1).

¹¹ A tenor de lo dispuesto en el artículo 21.2 CE, tales reuniones podrán ser prohibidas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

¹² En relación con la libertad ideológica, el Tribunal Constitucional ha señalado que la Constitución solamente justifica una limitación del mismo, en aras al mantenimiento del orden público protegido por la ley (Sentencia TC 20/1990/3).

Sobre el derecho de reunión en lugar de tránsito público, el Tribunal recuerda que, en los términos del artículo 21.2 CE, solamente pueden prohibirse tales reuniones «cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes» (Sentencia 59/1990/4 de 29 de marzo). El Tribunal entiende que puede darse cierto peligro físico o moral; es decir, intimidatorio (Sentencia 59/1990/5). Sobre el peligro físico, *vid.* la Sentencia TEDH «Plattform Ärzte für das Leben», de 21 de junio de 1988; sobre el moral, *vid.* la Sentencia TC 2/1982. En su jurisprudencia más reciente, el Tribunal Constitucional ha conectado un eventual colapso circulatorio con el orden público al que alude el artículo 21.2 CE (*vid.* la Sentencia TC 66/1995/3, de 8 de mayo y el lúcido comentario de IGNACIO TORRES MURO, «Limitando el derecho de reunión», REDA, 88 (1995), pág. 589 y ss. en el que se indica que el peligro indirecto no justifica la prohibición de la manifestación, en consonancia con el Voto Particular del Magistrado J. GONZÁLEZ CAMPOS, que acompaña a la Sentencia).

TERESA FREIXES SANJUÁN y JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL estiman que el orden público tiene «como única función constitucional la de servir de límite circunscrito al ejercicio» de los dos citados derechos fundamentales [en «La configuración constitucional de la seguridad ciudadana», REP, 87 (1995), págs. 148-149].

¹³ *Vid.* las Sentencias TC 117/1984, de 5 de diciembre, 4/1981, de 2 de febrero, y 56/1986/3, de 13 de mayo. Sobre la distinción entre orden público y seguridad pública, *vid.* IZU BELLOSO, M. J.: *Los conceptos...*, págs. 233 y 251. La tesis de MIGUEL J. IZU BELLOSO es que *a)* hoy ya no es posible conectar el orden público con los poderes de policía (sino la seguridad pública) y que *b)* no hay una habilitación genérica de tales

mientos, el Tribunal entiende, por lo general, que la noción de orden público es más amplia que la de seguridad pública. Mientras que aquella incluye en sí cuestiones tales como la salubridad¹⁴, ésta no integra sino la seguridad pública (entendida como actividad dirigida a la protección de personas y bienes —seguridad en sentido estricto— y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano)¹⁵.

En otras ocasiones, en fin, el Tribunal Constitucional señala que son normas de orden público aquellas de *ius cogens*, es decir, que se imponen al sujeto, limitando el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC)¹⁶. El Tribunal ha señalado, en esta dirección, que el ejercicio de los derechos fundamentales es, en sí mismo, una componente del orden público¹⁷.

No es objeto de este trabajo el análisis dogmático de la categoría del orden público. Ello, como ya se ha indicado, exigiría una mono-

poderes policiales para la defensa del orden público. Este último extremo ha sido también subrayado por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA [en «La significación de las libertades públicas para el Derecho administrativo», *ADH*, 1 (1981), págs. 122-124] y JUAN A. SANTAMARÍA PASTOR (en *Fundamentos...*, pág. 883), entre otros. *Vid.*, también, ALONSO PÉREZ, F.: *Seguridad Ciudadana*. Madrid, 1994, especialmente págs. 13-16.

Vid., en fin, sobre la seguridad ciudadana, el artículo 104 CE y el trabajo de TERESA FREIXES SANJUÁN y JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL: *La configuración...*, especialmente págs. 153-160.

¹⁴ La moralidad puede limitar, en ocasiones, las libertades de expresión e información, en conexión con la protección de la infancia y juventud (artículo 20.4 CE) (Sentencia TC 62/1982/3, de 15 de octubre). *Vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: «La moralidad pública como límite de las libertades públicas», en AA.VV.: *Los Derechos Fundamentales y Libertades públicas*, vol. I. Madrid, 1992, págs. 1003-1021.

¹⁵ *Vid.* la Sentencia TC 33/1982/3, de 8 de junio, que se dicta en relación con un Conflicto positivo de Competencias interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad contra una Comunicación enviada por el Gobernador Civil de Barcelona al Consejo de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad, y reenviada, después, a los Alcaldes y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

¹⁶ Así, por ejemplo, el Tribunal se ha referido frecuentemente a que «el cumplimiento de los requisitos procesales es de orden público y de carácter imperativo y escapa del poder de disposición de las partes y del propio órgano judicial» (Sentencia TC 90/1986/2, de 2 de julio). Sobre el plazo procesal para recurrir en amparo, *vid.* Sentencia TC 120/1986/1, de 22 de octubre. Sobre la compatibilidad de normas procesales con los derechos constitucionalmente reconocidos, Sentencias TC 43/1986, de 15 de abril y 39/1988/1, de 9 de marzo. En el plano doctrinal, y en esta misma línea conceptual, puede consultarse el breve trabajo de JOSÉ I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, «Orden público y orden privado en el ordenamiento jurídico», *RDN*, 1989, pág. 11.

¹⁷ Sentencias TC 59/1990/5 y, especialmente, 19/1985/1, de 13 de febrero. En relación con el artículo 24 CE y Sentencias dictadas en el extranjero, *vid.* Sentencia 199/1987/5, de 16 de diciembre. Sobre estas ideas es indispensable la lectura de ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*. Madrid, 1984, págs. 352 y 353, y tener en cuenta la jurisprudencia y doctrina constitucional que allí se cita. *Vid.*, también, la Sentencia TC 25/1981.

grafía. Se pretende, simplemente, emplear la noción de orden público de forma instrumental, como tópico¹⁸, para resolver problemas concretos que se plantean en nuestro ordenamiento, que posibiliten explicar desde el orden público la delimitación del derecho fundamental en examen.

3. EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

El orden público constitucional puede concebirse en un Estado democrático como el pacífico ejercicio competencial que ciudadanos y poderes constituidos tienen. Como se recordará, los derechos fundamentales son, en acertada expresión de Juan J. Solozábal Echavarría, normas competenciales del ordenamiento jurídico porque establecen en favor de los particulares ámbitos inmunes a los poderes públicos y atribuyen al legislador, en su caso, la actividad normadora necesaria¹⁹. Por contra, los poderes constituidos deben ejercer sus competencias normalmente.

Lo que puede calificarse, en conjunto, como el normal desenvolvimiento del Estado debe realizarse en un clima de orden político y de paz social. Tales expresiones son las recogidas en el artículo 10.1 de nuestra Constitución, donde se afirma que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la

¹⁸ Sobre la tópica, *vid.*, VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia* (traducción de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA). Madrid, 1986; PERELMAN, C.: *La lógica jurídica y la nueva retórica* (traducción de LUIS DÍEZ-PICAZO). Madrid, 1988. Sobre la argumentación jurídica (y su relación con la científica), *vid.* BACHOF, O.: *Jueces...*, especialmente pág. 65. El primer autor citado recuerda que ARISTÓTELES señalaba (en su *Tópica*) como los tópicos «nos pueden ayudar, en relación con cada problema, a obtener conclusiones dialécticas» —Top. VII, 5, 14, en *Tópica...*, pág. 43— (y no, por tanto, apodópticas). *Vid.*, también, su trabajo «Acerca de la tópica, especialmente en el ámbito jurídico, en *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona, 1991, págs. 196-201. CH. PERELMAN señala como la importancia de los lugares específicos del derecho (los tópicos jurídicos) «consiste en que suministran razones que permiten descartar las soluciones que no son equitativas o razonables» (pág. 119); su uso sirve para conciliar razón y justicia (pág. 130).

¹⁹ En *Algunas...*, pág. 88. Sobre el legislador de los derechos fundamentales *vid.*, por todos, JIMÉNEZ CAMPO, J.: «El legislador de los derechos fundamentales», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*. Oviedo, 1993 y CRUZ VILLALÓN, P.: *El legislador...*

personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social»²⁰.

Debe hacerse notar que la propia Constitución vincula (ello es significativo) las ideas de orden político, paz social y derechos inviolables (que deben ser, lógicamente, los fundamentales). Parecen conectarse en términos de equivalencia (de exigencia, si se prefiere) las ideas de orden político y paz social de un lado, y los derechos fundamentales de otro. Se quiere indicar así como solamente en una situación de orden político y paz social pueden ejercerse, en la práctica, los derechos fundamentales.

El orden político y la paz social pueden hacer referencia al orden público (o, si se prefiere, al orden público constitucional). El orden público no podría ya ser considerado en el marco de un Estado democrático²¹, al menos exclusivamente, una cláusula restrictiva de los de-

²⁰ En relación con la paz y el Derecho constitucional, *vid.* SORIANO DÍAZ, R.: «La paz y la Constitución española de 1978», *REP*, 45 (1985), pág. 93 y ss. y RUIZ GIMÉNEZ CORTÉS, J.: *Artículo 10*, en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas*, tomo II. Madrid, 1984, pág. 45 y ss.

²¹ En el Estado liberal de Derecho, como es sabido, con la excepción del caso norteamericano, la Constitución no se considera norma jurídica. De ahí que se considere que la soberanía se predica o bien del parlamento (caso inglés) o de la nación que expresa su voluntad a través de la ley (caso francés). En estos casos, la ley, que es la norma superior del ordenamiento jurídico, puede fijar libremente (esto es, sin control), las normas de orden público que limitan los derechos. De ahí que en el Estado liberal deba conectarse la idea del orden público con el principio de legalidad (que constituye la máxima garantía de los ciudadanos). *Vid.*, sobre estos problemas, y en relación con el caso francés, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución...*, págs. 21-25 y 28-34. La idea de que a través de la ley se expresa el orden público en el modelo liberal se muestra con cierta claridad en el artículo 6 DDHC, que señala: «La libertad es el poder que pertenece al hombre de hacer todo lo que no dañe a los derechos de los demás: tiene como fundamento la naturaleza; como regla, la justicia; como salvaguardia, la Ley; su límite moral está en esta máxima: no hagas a los demás lo que quieras que te hagan a ti» (el subrayado pertenece a este trabajo).

Doctrinalmente, se suele conectar hasta fechas recientes el orden público y el Estado policía o los poderes de policía. Un resumen de los diferentes autores clásicos sobre la noción de policía puede estudiarse en VILLEGAS BASAVILBASO, B.: *Derecho Administrativo V. Limitaciones a la libertad*. Buenos Aires, 1954. Esta obra explica como se concibe la noción de policía (conexa, en este momento, con la de orden público) en la doctrina francesa (BERTHÉLEMY, HAURIU, ROLLAND y WALLINE), italiana (PRESUTTI, D'ALESSIO, RANELLETTI, ROMANO, MANZINI y ZANOBINI), alemana (MAYER, FLEINER y MERKL) y la visión más amplia dominante en Estados Unidos (págs. 17-52). En las páginas 60-73, el autor critica tales concepciones.

GEORGES BURDEAU indica que «así como la reglamentación no se opone al derecho individual, el orden público no se opone a la libertad. Si esto es así es porque los derechos fundamentales (*libertés*) no son absolutos. Desde el momento en que se integran en el ordenamiento jurídico positivo, su definición y garantía se subordinan implícitamente a las condiciones de este orden» (en *Les Libertés publiques*. 2.^a ed. París, 1961, pág. 32).

rechos fundamentales²². Es verdad que el orden público delimita los derechos fundamentales²³, pero es igualmente cierto que el orden público es un elemento esencial y necesario para que los ciudadanos puedan ejercer tales derechos. El orden público es por ello, a la vez, límite y garantía de los derechos fundamentales²⁴.

Esta afirmación no solamente explica cuál es la relación existente entre orden público y derechos fundamentales, sino que justifica también, en buena medida, las limitaciones que éstos deben soportar en ocasiones. En principio sólo puede restringirse el ejercicio de un derecho fundamental cuando con tal limitación se pretenda garantizar *a*) el ejercicio del mismo derecho por otras personas, *b*) el ejercicio de otros derechos por otros, o, en fin, *c*) el orden público (esto es; el orden político y la paz social), necesario para el simultáneo ejercicio de los distintos derechos fundamentales por todos sus titulares²⁵. En palabras

²² El Tribunal Constitucional español ha señalado que «los conceptos de "paz pública" y de "orden político" no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho» (Sentencia 59/1990/4). *Vid.*, asimismo, la Sentencia TC 43/1986/4.

²³ Ésta es la visión más oscura, pero, también, más extendida del orden público. En efecto, el orden público se conecta, con harta frecuencia, con la idea de seguridad pública y, en general, con los poderes de policía. *Vid.*, así, entre otros muchos, CORSO, G.: *L'ordine pubblico*. Bolonia, 1977; LAUBADÈRE, A. de: *Traité de Droit Administratif*, 6.^a ed. París, 1973, págs. 563 y ss.; o MAREAU, F.: *Manuel de Droit Public Français II. Droit Administratif*. París, 1909, págs. 376 y ss.; RIVERO, J.: *Droit Administratif*, 5.^a ed. París, 1971, págs. 386 y 387 o VILLEGAS BASAVILBASO, B.: *Derecho...* Entre nosotros, *vid.* MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L.: *La cláusula...* y, especialmente, DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: *La «seguridad pública»...*, pág. 360 (donde aboga por la existencia de un orden público policial, conectado más con el Estado liberal —esto es, abstencionista— que con un Estado social).

En todo caso, se parte de que orden público y derechos fundamentales son, en sí, términos antagonicos. Esta visión (calificada por É. PICARD de superficial —como recuerda VIMBERT, C. en *L'ordre...*, pág. 717—) olvida que si orden público y derechos fundamentales se exigen, no pueden ser, por ello, antinómicos, puesto que, como ha señalado CH. PERELMAN, «el problema de las antinomias sólo se plantea con toda su agudeza cuando dos normas *incompatibles* son *igualmente válidas* y no existen reglas generales que permitan, en el caso concreto, otorgar prioridad a una o a otra» (en *La lógica...*, pág. 59; el subrayado pertenece a este trabajo).

²⁴ VIMBERT, C.: *L'ordre...*, pág. 720. Por su parte, XAVIER PHILIPPE, en su magnífico trabajo *Le contrôle...* señala que algunos autores ven una evolución entre la Decisión CCF 76-75 DC, que habla de límites, y la Decisión CCF 80-127 DC, de 19-20 de enero de 1981, que alude a la conciliación entre dos bienes (pág. 356). Estas Decisiones pueden consultarse en FAVOREU, L. (ed.): *Recueil...*, págs. 45-46 y 91-99, respectivamente. *Vid.*, también, MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, pág. 90.

²⁵ De hecho, se ha cuestionado en ocasiones si el legislador puede realizar una modificación *in peius* de los derechos fundamentales. En esta línea, se ha señalado en la doctrina francesa que la ley no puede volver a afectar las situaciones existentes en materia de derechos fundamentales (*libertés publiques*), salvo si tales situaciones fueron

del Tribunal Constitucional italiano, el orden público constitucional debe ser asegurado para permitir a todos el goce efectivo de los derechos inviolables del hombre²⁶.

Esta doble faz del orden público, límite-garantía de los derechos, explica como, en ciertas ocasiones, puede estimarse qué medidas limitadoras de los derechos fundamentales son contrarias a la Constitución por no servir de garantía al ejercicio de los derechos. Christophe Vimbert entiende²⁷ que esto es lo que ocurre, precisamente, en la citada Decisión 76-75 DC, sobre registros en vehículos. En aquella ocasión, el Consejo Constitucional entendió que era incompatible con la libertad individual (reconocida en el artículo 66 CF) la posibilidad de que los oficiales registraran *de forma indiscriminada* los vehículos que se encuentran en la vía pública en presencia de su conductor o propietario. El Consejo hace notar que la norma impugnada no condiciona la realización de tales registros a la existencia de un

legalmente adquiridas o si su revisión es realmente necesaria para permitir la realización de un objetivo constitucional [Decisión CCF 84-181 DC, de 10 y 11 de octubre, Considerando 47 —cfr. FAVOREU, L. (ed.): *Recueil...*, págs. 199-207—] (extraído de DEBASCH, C.; PONTIER, J.-M.; BOURDON, J. y RICCI, J.-C.: *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 2.^a ed. París, 1986, pág. 486. También lo recuerda JEAN RIVERO, en «La jurisprudence et le principe de liberté», en AA.VV.: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*. París, 1990, págs. 286-287). El último autor citado estima, con apoyo en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés [Decisiones 83-165 DC, de 20 de enero de 1984; 84-185 DC, de 18 de enero de 1985 y 86-210 DC, de 29 de julio —cfr. FAVOREU, L. (ed.): *Recueil...*, págs. 171-175, 219-222 y 270-273, respectivamente—]; del Tribunal Constitucional italiano (Sentencia n.º 16, dictada en febrero de 1978) y del Tribunal Supremo americano [Sentencia *Boddie v. Connecticut*, 401 US 371 (1971)], que no es posible que el legislador pueda derogar leyes que contienen garantías de los derechos fundamentales (*ibidem*, págs. 287-289).

Esta jurisprudencia comparada, que suscita cuestiones teóricas que superan con creces las planteadas en este estudio, puede comprenderse partiendo de esa doble función limitadora-garantizadora del orden público constitucional, que debe justificar que la restricción del derecho fundamental es necesaria para la preservación de una componente prevalente del orden público constitucional.

²⁶ Sentencia TCI 168/1971/3, de 5 de julio, que puede consultarse en *G.C.* 1971, págs. 1774 y ss. y que alude a la Sentencia TCI 19/1962. ALESSANDRO PACE, en un comentario jurisprudencial realizado en relación con la primera Sentencia indicada, disiente del parecer del Tribunal Constitucional. Entiende que no debe darse cobertura normativa a la exigencia de una convivencia tolerable, encontrándose ya las limitaciones de los derechos expresamente previstas en la Constitución (en *Ordine...*, págs. 1781-1782 y esp. pág. 1783 *in fine*). Estas ideas ya habían sido mantenidas por ALESSANDRO PACE en su trabajo *Il concetto...*, pág. 111 y ss.; en relación con lo indicado, pág. 114. El autor entiende que orden público y la seguridad pública son los dos lados (objetivo y subjetivo) de una misma realidad y que solamente puede hacerlo respetar la autoridad administrativa previa habilitación legislativa (*ibidem*, pág. 123 y ss.).

²⁷ En *L'ordre...*, págs. 720-721.

atentado al orden público y, por ello, la declara contraria a la Constitución²⁸. Christophe Vimbert justifica tal decisión por entender que la ley impugnada había limitado, pero no garantizado la libertad individual²⁹; es decir, la limitación no tendría como finalidad, necesariamente, la preservación de ese u otro derecho fundamental. El orden público no constituye un enemigo del derecho fundamental, sino que, al contrario, como el mismo autor indica, sirve para determinarlo; es medio de concreción de su contenido y refuerza, finalmente, su efectividad³⁰.

Esta última idea explica porque el legislador puede prever situaciones anormales (incluso no previstas constitucionalmente³¹), en las que el orden público está en juego, y establecer, para ellas, un régimen limitado de los derechos (que puede conllevar, en ocasiones, el sacrificio de un determinado derecho fundamental). Aun en ausencia de una regulación legal que garantice el orden público, es posible que los poderes públicos o los particulares deban limitar el ejercicio de determinados derechos para preservar, con ello, el orden público (necesario para el ejercicio de todos los derechos fundamentales). Puede

²⁸ Considerando 4 de la Decisión.

²⁹ *L'ordre...*, págs. 720-721.

³⁰ *Idem*.

³¹ Por ejemplo, el Consejo Constitucional francés ha entendido que el legislador podía regular un Estado de urgencia (no previsto en la Constitución y limitador de derechos fundamentales), ya que a él le compete realizar la conciliación necesaria entre el respeto de los derechos fundamentales y la salvaguarda del orden público sin la cual el ejercicio de los derechos no podría ser asegurado (Decisión 85-187 DC, de 25 de enero de 1985, Considerando 3). Esta Decisión puede consultarse en FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les grandes...* (1993), págs. 615-616 (con un comentario en págs. 616-625, especialmente, págs. 621-622) o en FAVOREU, L. (ed.): *Recueil...*, págs. 223-224.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha estimado que el artículo 20.2 LOPSC, que regulaba la (denominada) retención policial a efectos de identificación, era constitucional. El Tribunal afirma, aunque sin aludir al orden público, que, en general, «la ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos...» (Fundamento Jurídico 5). Como es sabido, la Decisión del Tribunal Constitucional en este punto es criticada en los complementarios y acertados Votos Particulares de los Magistrados CARLOS DE LA VEGA BENAYAS y JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS. En el segundo Voto Particular citado no sólo se indica la inadecuación material de la figura de la retención en relación con la Constitución, sino la falta de garantías que la acompañan (establecimiento de una duración máxima o el deber de informar a la persona retenida, entre otras). Esta última carencia hubiera debido provocar, por sí sola en opinión del autor de estas líneas, la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal en examen.

En esta misma dirección, THEODOR MAUNZ ha aludido a los límites inmanentes relacionados con la inviolabilidad del domicilio, que no es posible enumerar de forma tasada (en su *Artikel...*, pág. 13-13).

concurrir, en tales supuestos, una ausencia de cobertura legal (pero no constitucional)³².

El criterio que modula la actuación limitadora del derecho fundamental debe ser, en principio, examinada en un procedimiento y resuelta, en su caso, por el juez (que es, desde hace siglos, el garante de los derechos). Sin embargo, cuando existe evidente urgencia, es posible que la intervención limitadora del derecho fundamental se realice al margen de todo procedimiento previo. En efecto, cuando la lesión del orden público no es evidente ni, sobre todo, inmediata, parece lógico residenciar el acto a realizar en el órgano competente (ya sea éste administrativo o judicial). Cuando, por el contrario, cualquiera³³ se encuentra con que solamente una intervención actual en un derecho fundamental puede contribuir al mantenimiento del orden público constitucional, debe restringir aquél en favor de éste.

No es preciso que tal situación esté expresamente prevista en el ordenamiento jurídico³⁴. La limitación de un derecho fundamental que sirve al mantenimiento del orden público es, de por sí, un hecho implícitamente previsto en la Constitución, que constituye un todo sistemático³⁵. No es necesario que en nuestra Constitución se indique,

³² Como es sabido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos suele exigir que las restricciones de los derechos sean previstas por la Ley. Sin embargo, debe recordarse como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha defendido una noción amplia de ley, que incluye no sólo el texto escrito, sino también el consuetudinario y, especialmente, el *Common law* (Sentencia Sunday Times, de 26 de abril de 1979, párrafo 47, que puede consultarse en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *25 años...*, pág. 518).

³³ El orden público constitucional puede ser satisfecho por cualquiera. Así, hoy ya no es posible conectar la urgencia que la preservación del orden público exige con una habilitación general en favor de los poderes públicos basada en la necesidad, como ha señalado EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (en *La significación...*, págs. 122-124) y JUAN A. SANTAMARÍA PASTOR (en *Fundamentos...*, pág. 883), entre otros. Sigue siendo cierto que, en ocasiones, la *necessitas facit ius* (o, mejor, expresa la optimización de los valores constitucionalmente reconocidos).

Por otra parte, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ aluden al estado de necesidad como supuesto en el que rige la autotutela privada (en *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 5.ª ed. Madrid, 1989, pág. 497).

³⁴ Vid. STERN, K.: *El sistema...*, pág. 273.

³⁵ En este punto se difiere, en buena medida, de la tesis expuesta por CHRISTOPHE VIMBERT de que el orden público constituye una norma de habilitación que beneficia al legislador (en *L'ordre...*, págs. 720-721). Las exigencias impuestas por el orden público pueden estar legalmente previstas (y ello es, a todas luces, conveniente) pero se imponen aun en ausencia de texto normativo alguno que las contenga (vid. MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, págs. 70 y 89). CHARLES PERELMAN recuerda, en esta misma dirección, que «las nociones de equidad, interés público, urgencia o buenas costumbres constituyen una remisión a criterios o «standards» que el legislador no ha definido. Recurre a estas nociones a causa de su misma indeterminación y, cabalmente, para dejar al juez un poder de apreciación» (en *La lógica...*, pág. 53) y, podría añadirse, en relación

como en la alemana, que «sólo podrán adoptarse intervenciones y limitaciones [en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio] para la prevención de un peligro común o de un peligro de muerte para personas determinadas» (artículo 13.3 LFB); a la misma conclusión se llega a través de un análisis sistemático de los preceptos constitucionales.

Ello explica, en buena medida, que el control en relación con la eventual vulneración de un derecho fundamental deba relativizarse, examinando, en cada caso, el particular supuesto de hecho, y los bienes y valores en juego³⁶. Es, en definitiva, un control variable. El control constitucional se expresa así, necesariamente, como un control de proporcionalidad, en el que ya no se señala que una disposición o un acto son contrarios a la Constitución, sino que, en tanto contienen *suficientes* garantías o, por el contrario, suponen una restricción *excesiva* del derecho fundamental, son o no constitucionales³⁷.

con el ordenamiento constitucional español, al Tribunal Constitucional, para controlar los excesos de la utilización de tal habilitación constitucional. En otro lugar de su excelente trabajo, CH. PERELMAN estima posible la actuación contraria a la letra de la norma, pero no a su espíritu. Así, por ejemplo, considera pertinente que se permita el acceso de una ambulancia a un parque público para la recogida de heridos, aunque el reglamento que regule el acceso a tales recintos prohíba la entrada de vehículos rodados. Justifica el autor esta *derogación* (en el original) de la norma en casos de fuerza mayor o situaciones especiales (pág. 76).

En definitiva, la habilitación a la que en este trabajo se alude es una habilitación *ex constitutione*, que puede exigir la actuación de cualquier persona (ya sea como poder público o como particular), y que se conecta con el universo axiológico (es decir, valorativo) plasmado en la Constitución española. Y es que, como acertadamente ha señalado THEODOR MAUNZ, los límites del derecho a la inviolabilidad del domicilio configuran el propio derecho (en *Artikel...*, pág. 13-13 y, especialmente, págs. 13-25 donde examina la posibilidad de que se impongan límites al derecho fundamental no previstos legalmente). Con carácter general, algunos autores han aludido a la existencia de una jerarquía entre los distintos bienes constitucionales (así, *vid.* por todos, GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien...*, pág. 42). Sobre los límites immanentes, *vid.* OTTO, I. DE: *Derechos...*, pág. 110 y ss. y MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, pág. 46 y ss. TERESA FREIXES SANJUÁN y JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL aluden, en *La configuración...*, págs. 141-162, al principio de interpretación unitaria de la Constitución, citando en su apoyo las Sentencias TC 63/1982, de 20 de octubre y 26/1987 (pág. 143).

³⁶ En el espléndido trabajo de CHRISTOPHE VIMBERT: *L'ordre...*, se afirma que el control que ejerce el Consejo Constitucional es reducido (ya que estima, por lo general, que es al legislador a quién le compete formalizar el régimen de los derechos fundamentales) y variable (según las circunstancias y los valores a proteger en cada caso) (págs. 734 y 737-740, respectivamente).

³⁷ En efecto, no se examina el peso de los bienes en juego, sino más correctamente, la adecuación de la medida limitativa (OTTO, I. DE: *Derechos...*, pág. 123). Respecto de la proporcionalidad y de la inviolabilidad del domicilio, *vid.*, por todos, GONZÁLEZ-TREVUJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 203-204 y GARCÍA MACHO, R.: *La inviolabilidad...*, pág. 860. Sobre la proporcionalidad, en general, *vid.*, entre otros, PEDRAZ PENAL-

Este juicio de proporcionalidad dependerá, por ello, de las circunstancias de cada caso en concreto, y de los valores que se hallen en juego³⁸. Lo que sí parece claro es que las delimitaciones de los derechos fundamentales que pretendan basarse en el orden público deben responder (y éste es un límite de los límites de los derechos) a situaciones en las que peligre efectivamente el orden público, ya que solamente en dicho supuesto éste actúa no sólo como límite, sino también como garantía³⁹.

La restricción del derecho fundamental es posible siempre y cuando esté proporcionalmente justificada. Ésta es la posición que el mismo Tribunal Constitucional apunta en una reciente Sentencia, en la que se afirma, en relación con el derecho fundamental recogido en el artículo 23.2 CE, que «el legislador no podrá imponer restricciones a la permanencia en los mismos [cargos o funciones públicas] que, *más allá* de los imperativos del principio de igualdad, y desde la perspectiva constitucional, no se ordenen a un *fin legítimo*, en *términos proporcionados* a dicha finalidad»⁴⁰. Con esta declaración, el Tribunal Constitucional parece optar por una concepción relativa del contenido de los derechos fundamentales, en la que es preciso constatar, caso por caso, que las limitaciones de los derechos fundamentales son necesarias y proporcionadas⁴¹.

VA, E. y ORTEGA BENITO, V.: «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas»; PEDRAZ PENALVA, E.: «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad» (ambos incluidos en su libro *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid, 1990); GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, 1990; LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.: *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*. Sevilla, 1988. *Vid.*, también, ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación...*, y EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La argumentación en la justicia constitucional española*. Oñati, 1987 y MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, pág. 117 y ss. El Tribunal Constitucional ha explicitado con cierto detalle en su Sentencia 55/1996/3, de 28 de marzo, que el principio de proporcionalidad es útil para verificar si el legislador ha desconocido ciertos preceptos constitucionales (en especial, los que recogen los derechos fundamentales).

En relación con el Derecho francés, *vid.*, PHILIPPE, X.: *Le contrôle...* Este último autor señala que el artículo 66 CF se opone, únicamente, a que la libertad individual sea *insuficientemente* garantizada por la ley... (pág. 543; el subrayado pertenece a este trabajo). En el plano jurisprudencial, *vid.* la Sentencia TC 76/1990/9a, de 26 de abril.

³⁸ VIMBERT, C.: *L'ordre...*, págs. 737-740.

³⁹ CHRISTOPHE VIMBERT recuerda como el Consejo Constitucional exige que la norma que restringe un derecho fundamental explicita con suficiente precisión las circunstancias o contenga garantías (en *L'ordre...*, pág. 733). A ello, añade el autor un límite formal, como es la vigilancia de un juez independiente sobre la aplicación de dicha restricción (pág. 732).

⁴⁰ Sentencia TC 71/1994/6, de 3 de marzo. Los subrayados pertenecen a este trabajo.

⁴¹ Esta idea fue expuesta por el profesor FRANCISCO RUBIO LLORENTE en el Seminario celebrado, bajo su dirección y la del profesor MANUEL ARAGÓN REYES, el día 3 de

Esta afirmación es especialmente aplicable a algunos derechos fundamentales, entre los que se encuentra la inviolabilidad del domicilio. Ello es así porque el constituyente ha decidido que esa tarea de ponderación sea realizada, en principio, por un órgano de naturaleza judicial y a través de una determinada forma (resolución judicial)⁴².

Es sin embargo posible que, en ocasiones, puedan realizarse entradas domiciliarias al margen de toda intervención judicial previa. Ello ocurre, en primer lugar, cuando se da una hipótesis de delito flagrante (expresamente prevista en el mismo artículo 18.2 CE). Tampoco es precisa una intervención judicial previa, en segundo lugar, en los supuestos de suspensión general e individual de los derechos fundamentales (que se regulan en el artículo 55 CE). Junto a estos supuestos explícitamente previstos en la Constitución, es conveniente recordar,

junio de 1995 en Sedano (Burgos), acerca de los mínimos y los máximos de los derechos fundamentales. La noción relativa del contenido esencial matiza la existencia de un contenido mínimo, absoluto, garantizado en todo caso, al que se aludió en la importante Sentencia TC 11/1981/8. Este acercamiento del Tribunal a una noción relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales no difiere, en exceso, de la tesis mantenida en este trabajo. Lo que ofrece es, simplemente, otro enfoque (el del contenido esencial relativo) del mismo problema (el carácter limitado de los derechos fundamentales). Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, *vid.*, PAREJO ALFONSO, L.: «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *REDC*, 3 (1981) y, especialmente, MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, pág. 145 y ss. El último autor citado defiende la existencia de una noción absoluta del contenido esencial (pág. 149 y ss.), aunque no es difícil de encajar esta afirmación con otras realizadas en el mismo trabajo (como es entender que tal contenido esencial impuesto en la Constitución no presenta un núcleo petrificado del derecho —pág. 156— o sugerir conectarlo de forma directa con la conciencia jurídica internacional en materia de derechos humanos —págs. 163 ó 171—). En relación con el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, SCHNEIDER, PETER: «Principi costituzionali e problematica delle libertà nella Germania Federale», en AA.VV.: *La libertà personale* (a cura de L. Elia). Turín, 1977, págs. 63-64 y, más recientemente, GAVARA DE CARA, J. C.: *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid, 1994.

Es cierto que la tesis aquí expuesta cuestiona la idea, sustentada por la mejor doctrina (*vid.*, en particular, JIMÉNEZ CAMPO, J.: *El legislador...*, pág. 506 y ss.) de que el contenido esencial juega frente al legislador y la proporcionalidad en relación con los aplicadores del Derecho. Pero no debe olvidarse, de un lado, que el Tribunal Constitucional ha examinado en ocasiones si determinadas normas con fuerza de ley eran materialmente proporcionales con los derechos fundamentales (Sentencia 196/1987/7, de 11 de diciembre), y de otro, que existen normas con fuerza de ley cuya constitucionalidad no se ha cuestionado y que desconocen, de forma muy probable, el contenido esencial del derecho fundamental que desarrollan (*vid.*, por todas, el artículo 21.3 LOPSC), pero que, sin embargo, no deben ser consideradas inconstitucionales.

⁴² *Vid.* el trabajo de quién escribe estas líneas, «Delito flagrante e inviolabilidad del domicilio (Comentario a la Sentencia TC 341/1993)», *REDC*, 42 (1994), pág. 216.

en tercer lugar, y de acuerdo con lo señalado en las anteriores páginas de este mismo capítulo, que cabe imaginar otras hipótesis en las que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio deba ser limitado para preservar, *ex constitutione*, otro bien constitucional preferente.

El objetivo más inmediato es analizar las intromisiones en el derecho fundamental que se fundan en una resolución judicial. Esta idea puede parecer sencilla, pero, como veremos a continuación, no lo es tanto.