

“INTENSIDAD” DE LA INTERVENCIÓN O AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Mijail Mendoza Escalante* **

SUMARIO: I. Introducción; II. La “intensidad de la intervención” (*Eingriffsintensität*) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán; III. Tratamiento teórico; IV. Ámbitos donde aparece esta variable; VI.1 Las intervenciones “fácticas”; VI.2 Concepto absoluto del “contenido esencial” de los derechos fundamentales; VI.3 Variable inmersa en el principio de proporcionalidad; VI. Factores para su determinación; VI.1 Sobre el *acto interviniente*; VI.2 Sobre el *significado o efecto de la intervención*; VII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Un derecho fundamental puede ser restringido o afectado, tanto en el ejercicio o el goce del mismo, por un acto u omisión del poder públicos o de particulares. El factor común de estos supuestos es que se tratan de sendas incidencias en el ámbito de protección o contenido de los derechos fundamentales o, si se prefiere, de alteraciones negativas de los mismos. La “alteración negativa” del ámbito de protección del derecho fundamental es justamente lo que la dogmática alemana del derecho público denomina como “intervención” (*Eingriff*).

Ahora bien, parece consustancial a todo acto que “interviene” en el ámbito de protección de los derechos fundamentales que tal “intervención” puede revestir un mayor o menor grado de gravedad, puede incidir en los derechos en mayor o menor medida. Los criterios o factores que subyacen a juicios de esta naturaleza pueden ser diversos; sin embargo, puede afirmarse, por ejemplo, que una restricción de la libertad de trabajo es mayor cuando se prohíbe *toda* actividad comercial en la zona histórica de una ciudad que cuando se prohíbe *sólo* las de determinados rubros. La afectación del derecho a la vida privada puede considerarse *leve* cuando un programa televisivo difunde el deficiente desempeño laboral de una persona, por el contrario, la afectación de la vida privada donde se difunde los hábitos o conductas sexuales de una persona podrá ser considerada como *grave*, dado que se trata del ámbito más estricto de la intimidad de una persona.

* Doctor en Derecho por la *Universidad Complutense de Madrid*, Diplomado como Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España*, Consultor en Derecho Constitucional.

** El presente trabajo constituye una adaptación a la forma de artículo, de una parte libro del autor: “Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor”, 1ª ed., Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 64-82.

Como se advierte, las gradaciones de las intervenciones en los derechos fundamentales son inherentes a ellas y subyacen a la argumentación jurídica. Hay por ello, en definitiva, una “intensidad de la intervención” como variable consustancial a ésta. La dogmática alemana y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán designan a esta variable como *Eingriffsintensität*, es decir, “intensidad de la intervención”.

En el presente trabajo se aborda el tratamiento de esta variable en la teoría de los derechos fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y, en base a ello, se sugiere la existencia de esta variable, como elemento propio de toda intervención y que ella constituye un componente –ya la vez, presupuesto- del análisis de necesidad y ponderación, en tanto elementos del principio de proporcionalidad.

II. LA “INTENSIDAD DE LA INTERVENCIÓN” (*EINGRIFFSINTENSITÄT*) EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

El concepto “intensidad de intervención” (*Eingriffsintensität*) es ciertamente aplicado para examinar las intervenciones legislativas, esto es, ante normas que limitan derechos fundamentales. A título de ejemplo, puede citarse una reciente sentencia del Tribunal Constitucional alemán donde, con motivo de evaluar la vigilancia acústica de las viviendas habilitada por la propia Constitución (Art. 13.3 LF) y una ley, considera que tal supuesto representa una “intervención iusfundamental *particularmente grave*”¹ o de “elevada intensidad”². Este concepto lo ha proyectado también para examinar el grado de la intervención en derechos fundamentales originadas por resoluciones judiciales³. Su aplicación tiene lugar aquí en los recursos de amparo y, excepción hecha de algunos casos de su proyección a otros ámbitos, ha sido la revisión de resoluciones judiciales en materia civil donde ha encontrado aplicación y, concretamente, casos relativos a conflictos entre libertad de expresión e información y el derecho al honor. El objeto de este concepto es examinar el *grado* de la intervención ocasionada por la sentencia dictada por la jurisdicción ordinaria y que, justamente, es impugnada a través del recurso de amparo. Se trata, por ejemplo, de supuestos donde se ha condenado al pago de indemnización por lesión del derecho al honor o se ha condenado penalmente, los cuales representarían casos de “intervención” en la libertad de expresión e información. Esta constatación de tipo material respecto a la intensidad de la intervención tiene una consecuencia en la determinación del alcance del control que el Tribunal Constitucional ha de efectuar sobre la sentencia impugnada⁴.

El ámbito de proyección del concepto “intensidad de la intervención” no se agota a los antes mencionados. También es aplicado a las intervenciones o afectaciones ocasionadas por el ejercicio de derechos fundamentales y, en particular, por la libertad de expresión e información con respecto al derecho al honor. La apreciación de esta variable puede verse, a título de ejemplo, en los siguientes casos. En el conocido caso de

¹ BVerfGE 109, 279 (p. 353), cursiva nuestra; refiere asimismo a la “especial intensidad de la intervención” (pp. 354 y 357).

² BVerfGE 109, 279 (p. 371): “elevada intensidad de la intervención”.

³ V. Scherzberg, Arno *Grundrechtsschutz und ‘Eingriffsintensität’*. *Das Ausmaß individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pp. 17 y ss., 41 y ss.

⁴ Esto significa que en cuanto mayor sea la intensidad de la intervención tanto mayor será el escrutinio sobre el objeto de la controversia ordinaria a la luz o bajo el parámetro de los derechos fundamentales. BVerfGE 42, 143 (p. 149).

la sentencia Lebach⁵, el Tribunal Constitucional alemán advierte que la difusión de un reportaje televisivo sobre un hecho delictivo en el que se menciona el nombre de una persona significa por lo general una “*intervención más fuerte en la esfera privada*”⁶ (*stärkeren Eingriff*) que una información difundida en radio o prensa, se trata, de “una intervención grave” (*schweren Eingriff*)⁷, “una intervención de elevada *intensidad*” (*Eingriff von hoher Intensität*)⁸. Del mismo modo, en el caso de la sentencia Mephisto⁹, el Tribunal se plantea el problema en términos de determinar si una publicación literaria amparada por la libertad de arte representa o no una “intervención grave” (*schwerer Eingriff*) en los derechos de la personalidad del personaje representado. En la sentencia del caso Titanic, considera que el calificativo de “tullido” del que una persona parapléjica había sido objeto lesiona “gravemente” (*schwer*) los derechos de personalidad de ésta¹⁰. En reciente sentencia ha afirmado que una “lesión considerablemente grave” de los derechos de la personalidad depende del “*significado y alcance de la intervención*”, precisando luego que la “particular gravedad de la lesión” se determina según que la expresión haya observado la pretensión de respeto (*Achtungsanspruch*) que deriva de la dignidad de la persona o sí, por el contrario, se trata sólo de una afectación de “menor intensidad” (*geringerer Intensität*)¹¹. Adviértase que los casos citados, con excepción del primero, son supuestos de intervenciones en el derecho al honor –que en el derecho alemán se considera como componente de los derechos de la personalidad- originadas por el ejercicio de la libertad de expresión e información o de la libertad artística.

III. TRATAMIENTO TEÓRICO

El que la intervención en derechos fundamentales revista diversa intensidad ha sido seriamente postulado en diversos sectores de la doctrina. Se ha afirmado en tal sentido que: “La existencia de una intervención ya no depende más de una cuestión que habría de responderse concluyentemente con un ‘sí’ o con un ‘no’, sino que debería serlo con una indicación en relación al ‘cuanto’, por tanto, en relación a la intensidad de la afectación”¹².

La introducción de la variable intensidad de la intervención es abordada desde diversas consideraciones. En concepto de Stern su aparición en escena se da concretamente con motivo del problema de si existe un “‘límite de relevancia’ general” que excluya del carácter de afectación de derechos fundamentales a aquellos “efectos insignificantes” sobre los mismos¹³. Considera que el sentido de esta variable reside en excluir del ámbito de protección de cada uno de los derechos fundamentales aquellos supuestos de

⁵ BVerfGE 35, 202 (Lebach-Entscheidung).

⁶ BVerfGE 35, 202 (pp. 226-227), cursiva nuestra.

⁷ BVerfGE 35, 202 (p. 230 y 240).

⁸ BVerfGE 35, 202 (p. 239), cursiva nuestra.

⁹ BVerfGE 30, 173 (p. 195).

¹⁰ BVerfGE 86, 1 (p. 13).

¹¹ BVerfG, 1 BvR 2098/01 vom 4.3.2004, Absatz-Nr. (1-28), concretamente, en el § 15 de dicha sentencia, en: http://www.bverf.de/entscheidungen/rk20040304_1bvr209801.html (la cursiva es nuestra).

¹² Eckhoff, Rolf *Der Grundrechtseingriff*, Carl Heymann Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1992, p. 253.

¹³ Stern, Klaus Stern, Klaus *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Band III/2, Allgemeine Lehren der Grundrechte, C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München, 1994, p. 204.

bagatela, trivialidades o banalidades¹⁴. Adviene en este contexto, como un punto de vista valorativo acerca del ámbito de protección de un derecho fundamental que puede contribuir a no desbordarlo ligeramente¹⁵.

No es posible establecer un límite general de insignificancia de la afectación de derechos fundamentales. Según Stern la Ley Fundamental no permite inferir que la vinculación del Estado a los derechos fundamentales no sea en toda su extensión, sino sólo casi totalmente. Desde tal perspectiva, toda incidencia en el ámbito de protección de los derechos carente de justificación habrá de ser considerada como una afectación del derecho¹⁶. El establecimiento de un límite de tal naturaleza podría relativizar el ámbito de protección de los derechos fundamentales. Aun cuando la opción de establecer un límite general no sería viable, sí lo sería el determinar los objetos de protección de cada derecho individualmente de modo que los supuestos de bagatela, trivialidades o banalidades resulten excluidos de sus respectivos ámbitos de protección¹⁷. Se trataría de un “criterio auxiliar” en la delimitación de los respectivos objetos de protección de los derechos fundamentales, tal sería el núcleo acertado de los postulados acerca de la intensidad¹⁸. Análoga es la posición de Lübbe-Wolff con respecto al criterio de “gravedad e insoportabilidad” (*Schwere und Unerträglichkeit*) de las afectaciones en el derecho de propiedad. Él se referiría a un problema de determinación del ámbito de protección del derecho de propiedad¹⁹.

Weber-Dürler postula la variable “intensidad de la afectación” como un elemento de un concepto ampliado de intervención. Este concepto desempeñaría un rol en la delimitación del ámbito de protección de los derechos²⁰ y se trataría de una variable central el examen de proporcionalidad, mas no en medida absoluta, sino vinculada a intereses públicos perseguidos. Desde esta perspectiva, incluso afectaciones insignificantes son inconstitucionales si no están exigidas por interés público alguno²¹.

Finalmente, la contribución más esclarecedora de esta variable ha partido de Robert Alexy, en su propósito de esclarecimiento y racionalización de la ponderación, en el marco de su teoría de los derechos fundamentales. Alexy propone, de mano de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, la posibilidad de apreciar las intensidades de la intervención. Esto se basa en la plausibilidad de la formulación de “juicios racionales” acerca del grado de esta variable. La escala triádica que plantea es proyectada, en general, a intervenciones en derechos fundamentales²² de modo que,

¹⁴ Stern, Klaus *Das Staatsrecht der Bundesrepublik...*, cit., p. 207.

¹⁵ Stern, Klaus *Das Staatsrecht der Bundesrepublik...*, cit., p. 207.

¹⁶ Stern, Klaus *Das Staatsrecht der Bundesrepublik...*, cit., p. 206.

¹⁷ Stern, Klaus *Das Staatsrecht der Bundesrepublik...*, cit., p. 207.

¹⁸ Stern, Klaus *Das Staatsrecht der Bundesrepublik...*, cit., p. 209.

¹⁹ Lübbe-Wolff, Gertrude *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, pp. 192 y 193.

²⁰ Weber-Dürler, Beatrice “Der Grundrechtseingriff”, cit., pp. 83 y ss, 87.

²¹ Weber-Dürler, Beatrice “Der Grundrechtseingriff”, cit., p. 87.

²² Así, ilustra su tesis citando la sentencia sobre el deber de colocar advertencia en los productos derivados del tabaco acerca del peligro para la salud establecido *por un reglamento* como un supuesto de “intervención leve” en la libertad de trabajo, V. BVerfGE 95, 173. Asimismo, menciona la ya citada sentencia del caso Titanic, donde refiere como ejemplo de “intervención grave” en el derecho al honor, el adjetivo de “tullido” del que había sido objeto una persona parapléjica en la revista Titanic y, a la vez, como supuesto de “intervención grave” en la libertad de expresión, la condena al pago de una indemnización ordenada por la sentencia civil debido al calificativo de “asesinato nato” que en otra edición dicha revista había proferido a la misma persona. V. BVerfGE 86, 1. En la sentencia Titanic Alexy constata dos intervenciones, la ocasionada en el derecho al honor *por la libertad de expresión* y la causada en detrimento de la libertad de expresión *por la sentencia* de condena al pago de

habría que inferir, cualquiera que fuera el acto que la origine –ley, reglamento, acto administrativo, sentencia- es posible valorar la magnitud de dichas intervenciones. Sobre esta base y siguiendo la orientación analítica de Alexy se tiene las contribuciones de Clérico²³ y Bernal²⁴, quienes partiendo de la teoría de los derechos fundamentales de aquel autor y con el propósito de precisar la ponderación en el marco de la misma, han esclarecido los factores que deben ser considerados en la determinación de la variable bajo estudio.

IV. ÁMBITOS DONDE APARECE ESTA VARIABLE

La variable de intensidad de la afectación o de la intervención puede detectarse en tres ámbitos. El primero es el de las denominadas “intervenciones fácticas”, el segundo corresponde al de la delimitación de los ámbitos de protección de los derechos fundamentales y, finalmente, el tercero, es el del principio de proporcionalidad, aunque de manera muy secundaria, sin adquirir relevancia en la estructura de tal principio.

IV.1 LAS INTERVENCIONES “FÁCTICAS”

En el primer caso, se constata que en las intervenciones *fácticas* o *mediatas* en los derechos fundamentales por parte del Poder Público y, concretamente, por la administración, el criterio que se emplea para determinar si ellas lesionan o no un derecho es la “gravedad e insoportabilidad (intolerabilidad)” de la afectación.

Las afectaciones indirectas son aquellas que no tienen como origen directo un acto administrativo, sino se trata de consecuencias colaterales en derechos de personas que no son destinatarias específicas de un acto del poder público. Aquí, la intervención no reside en el mandato o prohibición del poder público, sino en las consecuencias de aquéllos o se trata simplemente de una afectación en simple vía de hecho. Tal es el caso, por ejemplo²⁵, del extranjero expulsado que alega la afectación de su libertad religiosa debido a que en su país de origen le es imposible el ejercicio de tal libertad sin perturbaciones, el propietario de inmueble frente a la concesión de una licencia a una empresa para ejecutar una edificación cercana a su propiedad, el de una empresa frente a la concesión de una subvención o una autorización especial de uso hacia otra, o finalmente, la actuación del poder público en simple vía de hecho (v.gr. las inmisiones molestas con motivo de la construcción o pavimento de calles, la modificación del nivel de las calles). Desde esta perspectiva, sólo adquieren la condición de “lesiones” de

indemnización. V. Alexy, R. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, Núm. 66, 2002, pp. 33-37; Id., “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, en *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, [Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 2001], Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 61, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2002, pp. 20-21; Id., “Die Gewichtsformel”, en Jickeli, J., Kreuzt, P. y Reuter, D. (editores) *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Walter de Gruyter, Berlin, 2003, pp. 773-776; Id., “On Balancing and Subsumtion. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris*, Vol. 16, N° 4, December, 2003, pp. 437-439.

²³ Clérico, Laura *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF), Band 34, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, pp. 182 y ss.

²⁴ Bernal Pulido, Carlos *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, pp. 763 y ss.

²⁵ Los ejemplos los tomamos de: Ramsauer, Ulrich “Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck”, en *Verwaltungs-Archiv*, 72. Band, Heft 2, 1981, pp. 89 y sgte.

derechos las consecuencias “graves e insoportables” en el ejercicio o goce del derecho, mas no aquellas de escasa intensidad o significado²⁶.

IV.2 CONCEPTO ABSOLUTO DEL “CONTENIDO ESENCIAL” DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el segundo caso, un punto de partida importante para el desarrollo de la variable intensidad de la intervención ha sido el denominado concepto absoluto o teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales. Al margen del propósito específico que ha originado su elaboración –la determinación del contenido esencial inalterable frente a las intervenciones legislativas motivada en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana-, de ella se destaca la constatación analítica de la composición compleja del contenido o ámbito de protección de un derecho fundamental, a partir de lo cual se infiere una diferente valoración de la importancia o valor de los diversos contenidos que hacen parte de un derecho fundamental²⁷. Si los derechos detentan diversas áreas en su ámbito de protección, la *intensidad de la intervención* dependerá del área de mayor o menor importancia donde haya tenido lugar la intervención.

Esta consecuencia puede apreciarse, por ejemplo, en el derecho a la vida privada, la libertad de trabajo y en la libertad de arte. El derecho a la vida privada o a la esfera privada (*Privatsphäre*), como se denomina en la literatura y jurisprudencia alemana, detenta un contenido que es representado por una esfera con círculos concéntricos. Se trata de la denominada *teoría de las esferas (Sphärentheorie)*. Según ésta, la vida privada está conformada en “tres esferas de diferente intensidad de protección”²⁸: esfera íntima (*Intimsphäre*), esfera privada (*Privatsphäre*) y la esfera pública o ámbito público (*Öffentlichkeitsbereich*). Si excluimos esta última, dado que, con exactitud, ella ya no pertenece a la vida privada, se tiene que el derecho a la vida privada comprende dos ámbitos que pueden ser representados en dos círculos concéntricos: la esfera de la intimidad propiamente dicha y la esfera privada. La esfera íntima está conformada por aquellos datos que tienen lugar en el ámbito del individuo no comunicado, del individuo aislado, cuyos actos no trascienden al entorno social y, por lo cual, deben permanecer ocultos²⁹. La esfera privada está conformada por la protección del ámbito conyugal y familiar, las relaciones sexuales, los datos de salud, las conversaciones no públicas. Conforme a esto, puede afirmarse que la intervención en la esfera íntima es de mayor intensidad que aquella que tiene lugar en la esfera privada.

Esto mismo se puede plantear con respecto a la libertad de trabajo. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán se considera que este derecho comprende dos aspectos: la libre *elección* de actividad laboral y el libre *ejercicio* de la actividad laboral. La diversa intensidad de la intervención ha de depender del concreto contenido de dicha libertad en cuyo ámbito se produce la intervención. La libertad *de ejercicio* puede restringirse con vistas a la prosecución “consideraciones razonables del bienestar general”. Por el contrario, la libertad *de elección* sólo puede restringirse en cuanto lo

²⁶ Ramsauer, Ulrich “Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten ...”, cit., p. 95.

²⁷ Con esto se advierte que no hay necesariamente oposición entre concepto absoluto y relativo de los derechos fundamentales. La teoría absoluta con sus gradaciones de intervención contribuye a la determinación de una variable que también es parte de la estructura del principio de proporcionalidad, esto es, el denominado concepto relativo del contenido esencial.

²⁸ Rohlf, Dietwalt *Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, p. 76.

²⁹ Hubmann, Heinrich *Das Persönlichkeitsrecht*, 2. Auflage, Böhlau Verlag, Köln, 1967, pp. 269 y sgte, 325 y sgte.

precise obligatoriamente la protección de “bienes colectivos importantes”³⁰. Ahora bien, de este doble contenido se desprende que existen tres “niveles” o “escalones” (*Stufen*) respecto al alcance de la competencia de regulación del legislador: el de las reglas que repercuten sólo en el *ejercicio* del trabajo; el de las que repercuten en la libre *elección* de trabajo, concretamente en los requisitos subjetivos de admisión de trabajo y, finalmente, reglas que repercuten en la libre *elección* de trabajo, pero ahora en las condiciones objetivas para una autorización. De esto se deduce que la intervención en la libertad de elección reviste mayor intensidad que la que tiene lugar en la libertad de ejercicio.

Lo mismo puede plantearse respecto a la libertad de arte. Ésta detenta doble contenido: el *ámbito de la obra* (*Werkbereich*) y el *ámbito de efecto* (*Wirkbereich*)³¹. El *ámbito de la obra* denota la actividad misma de creación de obra artística así como su preparación, esto es, la adquisición o provisión de materiales necesarios para su elaboración e incluso el contar con los lugares adecuados para ello, como por ejemplo un taller o una sala de trabajo, todo ello en cuanto presupuestos del proceso de elaboración de la obra artística. El *ámbito de efecto* denota la facultad de transmisión o difusión de la obra a la sociedad o a otras personas. Tal es el caso de la exposición de pintura, la difusión de un tema musical, de una novela, etc. Bajo este ámbito también se encuentra protegida la publicidad de la obra.

De esta diversidad de ámbitos de protección ha dado lugar a una “teoría escalonada de restricción de la libertad de arte” (*Stufentheorie der Einschränkung der Kunstfreiheit*)³². La intensidad de la intervención legislativa dependerá de si ha tenido lugar en uno u otro ámbito. El ámbito de la obra debe estar en lo posible fuera de restricciones, por el contrario el ámbito de efecto puede soportar restricciones más fuertes. Conforme a ello, la intervención incide tanto más en el “núcleo de la libertad de arte” cuanto más se proyecta en el ámbito de la obra. Esto significa que la intervención en el *ámbito de la obra* es de *mayor intensidad* frente a aquella que tiene lugar simplemente en el *ámbito de efecto*. Así, una restricción de la libertad de arte que incida en la propia conformación del motivo, características, temática de la obra, etc., será más intensa que aquella otra que restrinja su difusión.

IV.3 VARIABLE INMERSA EN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Finalmente, en el tercer caso, la intensidad de la intervención o de la afectación también aparece como una variable inmersa en los subprincipios de necesidad y de ponderación (proporcionalidad en sentido estricto), aunque de manera muy secundaria, no identificada de modo autónomo, sin adquirir independencia en la estructura del principio de proporcionalidad y, más bien, subordinada a aquellos subprincipios.

³⁰ “Apothekenurteil”: BVerfGE 7, 377 (p. 405).

³¹ V. Starck, Christian “Artikel 5”, en V. Mangoldt, Klein, Starck *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 1999, pp. 704 y sgte.; Wendt, Rudolf “Art. 5”, en Von Munch/Künig (Hrsg.) *Grundgesetz Kommentar*. Band 1 Präambel. Art. 1-19, C.H. Beck’sche Verlagbuchhandlung, München, 2000, pp. 446 y sgte.; Denninger, Erhard “Freiheit der Kunst”, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001, Band VI (Freiheitsrechte), 2. Auflage, pp. 853 y sgte., 861, 875; Müller, Friedrich *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2. erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pp. 114 y ss.

³² V. Starck, Christian “Artikel 5”, cit., pp. 712 y ss.

El examen de *necesidad* constituye una exigencia de intervención menor³³. Para tal efecto, se procede a una comparación entre el medio adoptado por el poder público y los medios hipotéticos alternativos; como consecuencia de ello se está ante la presencia de varios medios que detentan “un diverso grado de intensidad”³⁴. La valoración de la intensidad viene a ser aquí una apreciación sobre “las repercusiones en el afectado”³⁵. En tanto se exige optar por el “instrumento menos interviniendo”, decisivo resultan los criterios en virtud de los cuales se ha de determinar cuál de ellos reviste esa condición. Esto mismo sucede en la *ponderación*. Bajo este principio se efectúa una operación que consiste en una comparación entre dos variables: la intensidad de la intervención en el derecho y la importancia de la razón que la justifica. La ponderación requiere así de esta variable de manera indispensable por ser componente de la misma. Cabe señalar que en las investigaciones recientes del Profesor Robert Alexy³⁶ se propone que la variable opuesta con la cual se compara la intervención, esto es, el peso o importancia del principio que la fundamenta, puede también ser catalogada –desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales– como una “hipotética intervención de no-intervención” y, consiguientemente, darse también la posibilidad de graduarla en términos de “intensidad”³⁷.

Esta íntima vinculación entre la variable “intensidad de la intervención” y el principio de proporcionalidad se demuestra en la investigación de Schlink³⁸. En efecto, este autor tiene como propósito demostrar que la ponderación como procedimiento metodológico para resolver las intervenciones del legislador en los derechos fundamentales no tiene lugar realmente y que, por el contrario, serían los exámenes de idoneidad y de necesidad los que resuelven el problema. La variable “intensidad de la intervención” aparece con motivo de examinar las intervenciones en tres derechos fundamentales: la libertad de trabajo, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el derecho de propiedad. La jurisprudencia de la que se sirve para su análisis es la del Tribunal Constitucional alemán. En definitiva, el factor intensidad de la intervención aparece subyacente o implícito a la estructura del principio de proporcionalidad.

Lo anterior permite apreciar que esta variable se halla presente de manera difusa en distintos ámbitos concernientes a la intervención de los derechos fundamentales, sin haber obtenido aún un lugar autónomo en su tratamiento. Tal ubicuidad fundamenta el que se tenga que adjudicarle autonomía a efectos de una mayor profundización y racionalización en su tratamiento. Ello nos permite sostener lo siguiente: 1) la variable intensidad de la intervención puede ser proyectada a todo tipo de intervención en derechos fundamentales y, 2), ella detenta un lugar específico y autónomo en la estructura del principio de proporcionalidad.

³³ Stern, p. 779.

³⁴ Stern, pp. 780-781.

³⁵ Stern, p. 781.

³⁶ Alexy, Robert “Die Gewichtsformel”, en Jickeli, J., Kreutz, P. y Reuter, D. (editores) *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Walter de Gruyter, Berlin, 2003, pp. 780-781; Id., “On Balancing and Subsumtion. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris*, Vol. 16, N° 4, December, 2003, pp. 431.

³⁷ “For this reason *on both sides* the concept of intensity *can be applied*”, esto es, tanto para la “intervención” como respecto al “peso”. V. Alexy, Robert “On Balancing and Subsumtion. A Structural Comparison”, cit., p. 441, cursiva nuestra.

³⁸ V. Schlink, Bernhard *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, pp. 48 y ss.

V. FACTORES PARA SU DETERMINACIÓN

La intervención constituye una alteración o incidencia negativa del ámbito de protección del derecho fundamental ocasionado por una norma, acto del poder público o acto de un particular. Los elementos que aparecen de inmediato son entonces: la incidencia negativa iusfundamental y el acto que la ocasiona. La valoración de la intensidad de la intervención requiere la determinación de estos dos elementos. Esto equivale a decir que esta variable depende, por una parte, de la idoneidad fáctica o aptitud de incidencia negativa mayor o menor, *del acto* que interviene y, por otra, de la valoración *de la incidencia* en sí misma. Tanto el acto intervención y su incidencia requieren una valoración autónoma en cuanto a sus intensidades. Aun cuando cierta doctrina considera que esta variable está referida sólo al efecto o repercusión³⁹, consideramos que su exacta valoración de esta variable no puede prescindir de la mensura del acto intervención.

V.1 SOBRE EL ACTO INTERVINIENTE

La determinación de la primera variable es de naturaleza empírica en tanto significa la formulación de argumentos en relación a la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la intervención⁴⁰. Se está aquí ante premisas fácticas que denotan la mayor o menor aptitud de incidencia negativa de un medio respecto a otro.

V.2 SOBRE EL SIGNIFICADO O EFECTO DE LA INTERVENCIÓN

La valoración de esta variable es, en cambio, de naturaleza analítica y normativa⁴¹. Se trata de establecer la *extensión* y la *intención* o significado de la intervención. La determinación de la *extensión* es de índole analítica y tiene por propósito establecer cuán mayor o menor es la magnitud del *ámbito de protección* que resulta intervenido. Desde esta perspectiva, aparece como una valoración *cuantitativa* de la intervención. Así, la intensidad de ésta dependerá del mayor o menor número de posiciones iusfundamentales afectadas del conjunto de las que conforman el ámbito de protección del derecho fundamental⁴². La determinación de la intención o significado de la

³⁹ Puede verse esto con claridad en la postura de Stern, quien adscribe la variable bajo estudio al aspecto pasivo de la intervención, mas no al aspecto activo –el medio interventor–.

⁴⁰ Bernal Pulido, Carlos *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 763. El autor citado distingue el examen de la intensidad de intervención en el nivel empírico y en el del analítico normativo, pero sin descomponer aquel concepto entre el *acto de intervención* y la *intervención en sí misma* que entendemos puede resultar útil a efectos de determinar las variables que han de ser valoradas. Ciertamente, la valoración de la intensidad de la intervención que proyecta en el nivel empírico es lo que corresponde a la valoración del acto de intervención en el esquema que seguimos

⁴¹ V. Clérico, Laura *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, cit, p. 183; Bernal Pulido, Carlos Ob.cit., pp. 763 y ss. Para la formulación de los elementos analíticos y normativos que se consideran en la valoración de la “intervención en sí” nos hemos servido de la significativa contribución de este autor respecto a los “criterios” para la determinación de la intensidad de la intervención, aunque con una estructura relativamente diferente.

⁴² Ciertamente, esto depende del haz de posiciones iusfundamentales que conforman el derecho. Si el ámbito de protección del derecho comprende un haz variado de posiciones (derecho de *contenido complejo*) es probable establecer claramente una cualificación de la magnitud de la intervención en base al *número* de posiciones iusfundamentales que resultan afectadas o en base a la distinta *importancia* de alguna o algunas de las mismas. Empero, si el ámbito de protección comprende sólo

intervención consiste más bien en una apreciación *cualitativa*. Se trata, en este caso, de establecer el valor de la específica posición iusfundamental intervenida. Según esto, se tendrá intervenciones de mayor o menor intensidad según que ellas se hayan proyectado en posiciones iusfundamentales más o menos importantes.

La determinación del *significado* de la posición intervenida se efectúa en base a premisas de naturaleza analítica y normativa. Las *premisas* de naturaleza *analítica* se elaboran en función de: 1) la pertenencia o no de la posición intervenida al contenido nuclear del derecho fundamental, 2) el grado de instrumentalidad o relación de funcionalidad de la posición intervenida con respecto al derecho fundamental, 3) el grado de optimización (realización) de la función (de defensa, participación o de prestación) del derecho al que contribuye la posición intervenida, 4) la incidencia negativa en otras posiciones iusfundamentales propias del derecho fundamental al que está adscrito⁴³ o correspondientes a otro derecho fundamental u otro bien constitucional (podemos denominar esto como *efecto reflejo* o *colateral negativo*). De este modo, en este extremo, la intensidad de la intervención dependerá de que la específica posición intervenida sea componente o no el contenido nuclear iusfundamental, sea instrumental o no al derecho fundamental, contribuya o no a la optimización de su función y origine o no un reflejo colateral negativo en otras posiciones iusfundamentales.

Las *premisas normativas* se elaboran en base a la interpretación sistemática de la posición intervenida y, ciertamente, del derecho intervenido, *según los principios fundamentales* del ordenamiento constitucional. Desde esta perspectiva, se deriva una valoración distinta según que la posición o el derecho fundamental intervenido tenga un mayor o menor grado de conexidad material con principios como dignidad de la persona, soberanía popular, Estado social y democrático de Derecho⁴⁴. Tal, por ejemplo, es la especial valoración del derecho a la intimidad o del derecho al honor debido a su conexidad material con la dignidad de la persona o el caso de las libertades de expresión e información dada su conexidad material con la optimización del principio de soberanía popular.

VI. CONCLUSIÓN

La “intensidad de la intervención” es una variable consustancial a toda intervención de los derechos fundamentales. Su identificación puede observarse tanto a partir de las denominadas “intervenciones fácticas”, de la estructura del contenido de los derechos fundamentales (contenido nuclear y contenidos no nucleares) y a partir de su presencia subyacente en el principio de proporcionalidad y, concretamente, en los subprincipios de idoneidad y de necesidad. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y la teoría de los derechos fundamentales la han desarrollado y empleado en el análisis de las intervenciones en derechos fundamentales.

una posición (derecho de *contenido simple*), una valoración de tal índole no tendría lugar, aunque ello no excluiría seguramente otras valoraciones analíticas (v.gr. el efecto colateral negativo en otras posiciones, así, la típica lesión colateral o subsecuente del derecho al honor originada en una lesión al derecho a la intimidad) o normativas (el derecho a la intimidad con el principio de dignidad, por ejemplo).

⁴³ Clérico, Laura *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, cit., p. 182. Clérico designa esto como “criterio de extensión”, en tanto consiste en una comparación entre una afectación total y un afectación parcial.

⁴⁴ Se está aquí ante un supuesto de interpretación de las normas constitucionales desde los principios fundamentales del ordenamiento constitucional, en cuanto función interpretativa de estos últimos. V. Mendoza Escalante, Mijail *Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano*, Gráfica Bellido S.R.L., Lima-Perú, 2000, pp. 216-221.

La variable intensidad de la intervención debe incorporarse de manera autónoma en la estructura del principio de proporcionalidad y, concretamente, en el análisis del subprincipio de necesidad y en el de ponderación. Ello puede contribuir a una mejor percepción de la estructura del principio de proporcionalidad y a una mejor racionalización de la argumentación constitucional y, en general, a toda argumentación donde se examine intervenciones en derechos fundamentales.

Una consecuencia de entidad es que la variable “intensidad de la intervención” puede resultar de suma utilidad a los jueces en la determinación de las reparaciones patrimoniales de lesiones de derechos fundamentales. Las lesiones que importen una intervención *grave* habrán de exigir un significativo monto indemnizatorio; por el contrario, las intervenciones *leves*, demandarán un monto indemnizatorio menor.