

# Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán

Prof. Dr. Winfried Kluth

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA «PROHIBICIÓN DE EXCESO»: 1. *Evolución histórica*. 2. *Fundamentos en el orden jurídico vigente*: a) Deducción de los derechos fundamentales y del principio de Estado de Derecho. b) Manifestaciones en el terreno de las leyes ordinarias.—III. EL CONTENIDO NORMATIVO DE LA «PROHIBICIÓN DE EXCESO»: 1. *Los destinatarios de la «prohibición de exceso»*. 2. *La estructura de la «prohibición de exceso»*: a) Advertencia inicial. b) Idoneidad de las medidas estatales para la realización del fin. c) Necesidad de las medidas estatales para la realización del fin. d) Proporcionalidad en sentido estricto - teoría de la ponderación o equilibrio. e) Configuración especial en esferas concretas. 3. *Vinculación del legislador*. 4. *Vinculación del poder ejecutivo*. 5. *Vinculación del poder judicial*. 6. *Problemas y crítica*.—IV. CUESTIONES PARTICULARES: 1. *Validez en la esfera del Derecho de la Organización del Estado (Staatsorganisationsrechts)*. 2. *Aplicaciones en la esfera del Derecho Privado*.—V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional alemán reconoció expresamente en 1968 que la «prohibición de exceso» (*Übermaßverbot*) y el «principio de proporcionalidad» (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*)<sup>1</sup> son reglas generales aplicables

---

Traducido por Enrique ORTIZ CALLE, Doctor en Derecho, Profesor Titular (int.) de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>1</sup> Es oportuno señalar, para evitar confusiones terminológicas, que el Tribunal Constitucional y buena parte de la doctrina aluden normalmente al «principio de prohibición de exceso» (*Übermaßverbot*) y muy raramente al «principio de proporcionalidad» (*Verhältnismäßigkeit*). Ello es debido a que generalmente se entiende que el «principio de la prohibición de exceso» tiene un contenido más amplio, del que formaría parte el «principio de proporcionalidad». En ocasiones, para aclarar el sentido de la expresión, se habla también de «principio de proporcionalidad en sentido amplio» para aludir

en todos los ámbitos de la actividad estatal, cuyo rango constitucional deriva del principio constitucional de Estado de Derecho, del que aquellas reglas se deducen<sup>2</sup>. Con este reconocimiento se ponía fin a una discusión desarrollada en Alemania durante más de cien años.

Durante este período de evolución científica el «principio de proporcionalidad» fue inicialmente integrado en el ámbito del Derecho Administrativo, lo que parecía entonces justificado por su clara vinculación con la teoría de los fines del Estado. Posteriormente, tras la aprobación de la Ley Fundamental, algunos autores defendieron la necesidad de reconocer rango constitucional a dicho principio, como finalmente sucedió. La relevancia de esta evolución y de las aportaciones científicas realizadas durante el mismo han llevado a afirmar que este proceso constituye «*la mayor contribución al Derecho Público que ha tenido lugar después de 1945*»<sup>3</sup>.

Por ello entendemos que es posible considerar a Alemania y al Derecho Público alemán, también desde una perspectiva internacional, como el lugar de nacimiento del «principio de proporcionalidad». La veracidad de esta afirmación creemos que se puede advertir con más nitidez en el epígrafe siguiente, en el que expondremos con más detalle la evolución histórica de dicho principio. Posteriormente, en el epígrafe III, describiremos el contenido jurídico del principio en las diferentes relaciones jurídicas y, finalmente, en el epígrafe IV, comentaremos algunas cuestiones particulares derivadas de la aplicación concreta de este principio.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA «PROHIBICIÓN DE EXCESO»

### 1. *Evolución histórica*

Los orígenes más remotos de la «prohibición de exceso» se pueden encontrar en el Derecho romano y, también, en las reflexiones sobre la justicia de la filosofía práctica griega, como ha puesto de manifiesto Franz WIEACKER en un documentado análisis histórico sobre la «prohibición de exceso»<sup>4</sup>. En un intento de sistematizar la ingente cantidad de datos disponibles, este autor distingue en su trabajo tres fuentes principales: en primer lugar y dentro del ámbito del Derecho Penal, la justicia de la retribución o compensación, en el sentido de determinar la pena que resultaría

---

al principio de «prohibición de exceso», y de «proporcionalidad en sentido estricto», cuando se alude al principio de ponderación. Por nuestra parte, y con el fin de evitar mayores confusiones, seguiremos la terminología acuñada por el Tribunal Constitucional alemán, y aludiremos al «principio de proporcionalidad» como un criterio de ponderación o equilibrio, y consideraremos el «principio de prohibición de exceso» como un principio general, de más amplio contenido, en el que se encontraría incluido el anterior.

<sup>2</sup> BVerfGE 23, 127 (133).

<sup>3</sup> WAHL, *Die Verwaltung* 13 (1980), pág. 273 (279).

<sup>4</sup> WIEACKER, en *FS R. Fischer*, 1979, págs. 867 y ss.

proporcional al daño producido; en segundo lugar, la justicia distributiva; en tercer lugar, la idea de que el Derecho debe servir a los intereses de los particulares y de la sociedad simultáneamente, de donde resulta la necesidad de establecer límites a la utilización de los medios jurídicos a través del examen de la oportunidad de los mismos y de la existencia de una relación proporcional entre fines y medios<sup>5</sup>. Estas ideas, desarrolladas durante la Edad Antigua y la Edad Media, fueron generalizadas por las teorías de los fines del Estado basadas en el Derecho Natural<sup>6</sup>, desde donde se desarrolló un criterio de control sobre la actuación del Estado partiendo de su legitimación exclusivamente finalista. La formulación más general de ese criterio es la siguiente: los medios de actuación del Estado deben ser proporcionales a sus fines<sup>7</sup>.

Estas ideas han sido trasladadas a diversos ámbitos del Derecho, aunque puede decirse que ha sido en el ámbito del Derecho de Policía donde su reconocimiento jurídico-positivo ha sido más importante. Así, vemos que ya en el año 1791, C. G. SUÁREZ defendió, como primer principio del Derecho Público, que «*el Estado sólo está legitimado para limitar la libertad individual en la medida en que es necesario para asegurar la libertad y seguridad de todos*». Esta máxima ha constituido asimismo el primer principio del Derecho de Policía, de la que se deduce una segunda idea sobre la legitimación de la intervención: «*los daños evitables mediante una restricción de la libertad deben ser considerablemente superiores a los perjuicios que una medida de esta naturaleza ocasiona en el individuo y en la colectividad*»<sup>8</sup>.

Estas máximas o principios fueron asumidos en el Derecho General del Estado de Prusia, en su parágrafo 10 II 17, en donde se establecía que la cláusula general del Derecho de Policía contenida en dicha norma limitaba la actuación del Estado, al permitirle exclusivamente la adopción de las «medidas necesarias». En la doctrina, la primera alusión al «principio de proporcionalidad» como límite a la actuación de la policía la encontramos en G. H. VON BERG<sup>9</sup>. Por su parte, el fundador del moderno Derecho Administrativo alemán, Otto MAYER, constató en 1895 la transición experimentada en el fundamento de la limitación a la actuación estatal desde el Derecho Natural a la restricción jurídico-positiva<sup>10</sup>. De esta forma, la «prohibición de exceso» se convirtió paulatinamente en parte integrante de todo el Derecho Administrativo (incluso de la llamada Administración prestacional —*Leistungsverwaltung*—)<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> WIEACKER, en *FS R. Fischer*, 1979, págs. 867 y ss.

<sup>6</sup> En este sentido, por todos, G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3.ª ed. (7.ª reimpression), 1959, pág. 232.

<sup>7</sup> HAVERKATE, *Rechtsfragen des Leistungsstaates*, 1983, pág. 13.

<sup>8</sup> Vid. CONRAD-LEINHEYER (Hrsg.), *Vorträge über Recht und Staat von C. G. Suárez*, 1960, págs. 486 ss.

<sup>9</sup> G. H. VON BERG, *Handbuch des deutschen Polizeirechts*, 2.ª ed., 1802, págs. 89 y ss.

<sup>10</sup> O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1.ª ed., 1895, pág. 267.

<sup>11</sup> Referencias pueden encontrarse en M. Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1985, págs. 2 y ss.

El siguiente hito en la evolución de este principio tiene lugar en los años cincuenta, cuando se intenta reconocer a la «prohibición de exceso» rango constitucional. El promotor de ese reconocimiento fue Herbert KRÜGER<sup>12</sup>, inmediatamente seguido por Rupprecht von KRAUSS, quien defendió en su tesis doctoral, leída en 1955, la idea de que ese principio debía extraerse del Derecho Administrativo para ser incluido directamente en el ámbito del Derecho Constitucional<sup>13</sup>. Un año más tarde, Günter DÜRIG identificó la «prohibición de exceso» con el contenido del artículo 19.2 de la Ley Fundamental, en un momento en que los Tribunales empezaban a asumir estas nuevas construcciones<sup>14</sup>. Peter LERCHE, en su conocido trabajo de 1961, «Exceso y Derecho Constitucional», demostró que la «prohibición de exceso» tiene su sede natural en el Derecho Constitucional, desplegando su eficacia normativa principalmente en el ámbito de los derechos fundamentales<sup>15</sup>.

Junto a la doctrina, el Tribunal Constitucional alemán ha realizado a través de sus sentencias decisivas aportaciones en el reconocimiento de este principio. Especialmente conocida es la sentencia sobre las farmacias, en la que el Alto Tribunal examina la legitimidad de las limitaciones legales en el ejercicio de esta actividad desde la perspectiva de la «prohibición de exceso»<sup>16</sup>. Así, poco a poco, ha ido creciendo la utilización de la «prohibición de exceso» como criterio de control de la actuación de los poderes públicos, y se ha asentado la concepción de que «en la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango jurídico constitucional. Ese reconocimiento deriva del principio de Estado de Derecho, teniendo como sustrato esencial los derechos fundamentales»<sup>17</sup>. Junto a este reconocimiento expreso del año 1965, el Tribunal continuó delimitando el contenido de los «principios de proporcionalidad» y de «prohibición de exceso», afirmando que constituyen «principios cuya aplicación se extiende a la completa actuación estatal, directamente deducidos del reconocimiento del Estado de Derecho y, por ello, de rango constitucional»<sup>18</sup>. Concepción ésta mantenida hasta la actualidad por la jurisprudencia y la doctrina<sup>19</sup>, sin introducir apenas variaciones en su formulación<sup>20</sup>.

<sup>12</sup> DVBl. 1950, 625 (628).

<sup>13</sup> R. VON KRAUSS, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1985, págs. 2 y ss.

<sup>14</sup> DÜRIG, *AöR* 81 (1956), pág. 117 (146), remitiendo al BGH, DVBl. 1953, 370.

<sup>15</sup> LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht*, 1961, págs. 61 y ss., 134 y ss.

<sup>16</sup> BVerfGE 7, 377 (405, 407 y ss.).

<sup>17</sup> BVerfGE 19, 342 (348 y ss.).

<sup>18</sup> BVerfGE 23, 127 (133).

<sup>19</sup> *Vid.*, sobre todo, LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht*, 1961; SCHLINK., *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976; WENDT, *AöR*, 104 (1979), págs. 414 y ss.; HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981; JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1985; DECHSLING, *Das Verhältnismässigkeitsgebot*, 1989.

<sup>20</sup> Numerosas referencias a la doctrina y a la jurisprudencia pueden encontrarse en STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/2, 1994, 84 I 4 c).

## 2. Fundamentos en el orden jurídico vigente

### a) Deducción de los derechos fundamentales y del principio de Estado de Derecho

Es cierto que, una vez que tiene lugar el reconocimiento generalizado del rango constitucional de la «prohibición de exceso», la cuestión de su fundamento deja de ser el centro de atracción doctrinal. En todo caso creemos que la identificación de su fundamento sigue siendo esencial en orden a determinar mejor el ámbito de aplicación de este principio.

Actualmente, el fundamento de la «prohibición de exceso» se localiza básicamente en los derechos fundamentales<sup>21</sup>. La dogmática general de los derechos fundamentales contempla la «prohibición de exceso» como un límite de límites, lo que ha contribuido decisivamente a preservar la «proporcionalidad» de las leyes<sup>22</sup>. Esta adecuación se basa en que los derechos fundamentales relativos a la libertad sólo pueden ser limitados en la medida en que tal limitación es necesaria para la consecución de un interés público legítimo, que motiva la intervención estatal (el llamado principio de intervención mínima)<sup>23</sup>. De ahí que dentro del ámbito de aplicación de la «prohibición de exceso» se encuentren todas las medidas estatales (leyes y actos administrativos singulares) a través de los cuales pueden los poderes públicos incidir en los derechos fundamentales del ciudadano<sup>24</sup>.

En todo caso es preciso reconocer que el hecho de que el Tribunal Constitucional, a partir del asunto «Elfes-Urteil», haya asumido una concepción muy amplia de la libertad de actuación protegida por el derecho fundamental que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1 de la Ley Fundamental)<sup>25</sup>, ha limitado enormemente la relevancia práctica del fundamento del principio de «prohibición de exceso», pues, a causa de ello, cabe entender que la mayoría de las actuaciones públicas inciden actualmente en ese derecho fundamental. Con todo, es posible recurrir a dicho fundamento cuando la presencia de una injerencia en un derecho fundamental sea dudosa, lo que tiene lugar con especial frecuencia en el ámbito de la Administración prestacional. Por este motivo es posible concluir que la «prohibición de exceso» está presente en todos los ámbitos de las relaciones entre el Estado y el ciudadano.

<sup>21</sup> DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, 1989, págs. 83 y ss.; BLECKMANN, *JuS* 1994, 177 (178).

<sup>22</sup> PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 13.ª ed., 1997, Rn. 269 y ss.

<sup>23</sup> STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/2, 1994, 84 II.

<sup>24</sup> Sobre dicha conexión, *vid.* BVerfGE 81, 310 (338). Sobre la no aplicación de la citada prohibición en el campo de la organización estatal, *vid.*, posteriormente, epígrafe III.1. c).

<sup>25</sup> BVerfGE 6, 32 (36), resolución recientemente confirmada por BVerfGE 80, 137 (152 y ss). *Vid.*, sobre ello y en detalle, ERICHSEN, «Allgemeine Handlungsfreiheit», en ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, T. IV, 152 Rn. 13 y ss.

## b) Manifestaciones en el terreno de las leyes ordinarias

A pesar del reconocimiento constitucional de la «prohibición de exceso», es posible encontrar también en diversas leyes ordinarias una proclamación expresa de este principio. Ello puede encontrar su justificación en la misma evolución histórica del principio, pues, originariamente, su reconocimiento constitucional aparecía vinculado a la existencia de leyes ordinarias que lo mencionaran expresamente. En todo caso es preciso señalar que las leyes que recogen este principio no se suelen limitar a realizar una mención abstracta del mismo, sino que, normalmente, realizan una concreción específica por razón de la materia. Por todo ello es conveniente distinguir entre reconocimientos legales de carácter genérico y específico.

Disposiciones de carácter genérico, orientadas a salvaguardar la proporcionalidad, se encuentran, sobre todo, en las leyes de policía. Un ejemplo de esta regulación es el artículo 2 de la Ley de Policía del Estado de Renania del Norte Westfalia, en el que se establece que:

*«(1) La policía, ante diferentes medidas posibles de actuación, debe adoptar aquella que sea idónea y afecte en menor medida a la comunidad.*

*(2) Una medida no debe ocasionar nunca un perjuicio que sea manifiestamente desproporcionado con el fin perseguido.*

*(3) Una medida es legítima mientras sea necesaria para alcanzar unos objetivos, pero pierde su legitimidad cuando éstos han sido alcanzados o se ha demostrado que ya no podrán ser alcanzados.»*

Disposiciones de contenido similar encontramos en las leyes de policía de la Federación y de los demás Estados federados<sup>26</sup>. En ellas se aprecia claramente que la «prohibición de exceso» implica una limitación estricta de los medios de actuación de los poderes públicos. Evidentemente, ésta o cualquier otra actuación pública que incidiera en la libertad de los ciudadanos estaría en todo caso condicionada a la existencia de una habilitación legal a la intervención, justificada por el cumplimiento de unos fines que el ordenamiento jurídico reserva a los poderes públicos.

Como decíamos, junto a estas referencias genéricas a la «prohibición de exceso» es posible encontrar en el ordenamiento jurídico otras referencias de carácter más específico. Así, por ejemplo, en el Derecho de Ejecución de la Administración se regula un procedimiento de intervención progresiva, según el cual las medidas de ejecución tienen que ser previamente determinadas y notificadas al afectado con anterioridad a su ejecución<sup>27</sup>. Con ello se pretende que el ciudadano no sufra directamente la ac-

<sup>26</sup> Referencias sobre los restantes Estados federados pueden encontrarse en LISKEN/DENNINGER, *Handbuch des Polizeirechts*, 2.ª ed., 1996, epígrafe F, Rn. 83 y ss.

<sup>27</sup> *Vid.*, por ejemplo, los párrafos 13 y ss. de la Ley de ejecución administrativa federal.

ción directa de los poderes públicos, sino que tenga una última posibilidad de actuar para impedir esa actuación pública compulsiva.

Una manifestación singular de la «prohibición de exceso» en el Derecho de Policía encontramos en el llamado expediente de intercambio (*Austauschmittel*). El mismo está regulado en diversas leyes federales, como, por ejemplo, en el artículo 3.2 de la Ley de Policía del Estado de Renania del Norte Westfalia<sup>28</sup>, en donde se dispone que:

*«En el caso de que sea posible utilizar diferentes medios para evitar un peligro, será suficiente la aplicación de uno de ellos. El afectado puede solicitar que se aplique otro medio distinto al elegido, siempre que sea de la misma efectividad y no suponga un mayor perjuicio para la colectividad.»*

El reconocimiento expreso de la «prohibición de exceso» en la legislación ordinaria no supone la negación de su rango constitucional, sino el desarrollo lógico de este principio en orden a una mejor adecuación al caso concreto.

### III. EL CONTENIDO NORMATIVO DE LA «PROHIBICIÓN DE EXCESO»

#### 1. *Los destinatarios de la «prohibición de exceso»*

Todos los poderes del Estado están vinculados al principio de «prohibición de exceso». Dado que, como veíamos, este principio encuentra su fundamento en el principio de Estado de Derecho y en los derechos fundamentales, vincula tanto al poder legislativo como al ejecutivo y judicial (art. 1.3 de la Ley Fundamental). Ahora bien, es preciso identificar las particularidades que tiene en cada uno de estos poderes públicos.

Así, en primer lugar, debemos señalar que el legislador parlamentario se encuentra vinculado sólo por la Constitución y dispone por ello de una amplísima libertad de configuración. Además, al gozar el Parlamento de una legitimación democrática directa, le corresponde la capacidad inmediata de interpretar todos los principios constitucionales, incluido el de «prohibición de exceso». Por ello el control jurídico-constitucional del Parlamento está sometidos a límites especiales.

Por el contrario, el poder ejecutivo está fuertemente vinculado a las disposiciones legales, tanto en lo que respecta a la consecución de los fines establecidos como en la selección de los medios a emplear. Además, debe-

<sup>28</sup> Referencias sobre los otros Estados federados, en LISKEN/DENNINGER, *Handbuch des Polizeirechts*, 2.ª ed., 1996, epígrafe F, Rn. 134.

rá atender a la «prohibición de exceso» muy especialmente en el ejercicio de sus facultades discrecionales.

En lo que respecta al poder judicial, es obvio que se encuentra vinculado, tanto a las leyes como a las demás normas del ordenamiento jurídico.

Otras singularidades derivan de la estructura del principio y de las singularidades con que se manifiesta en los tres poderes del Estado, cuestiones éstas a las que nos referimos en los apartados siguientes.

## 2. *La estructura de la «prohibición de exceso»*

### a) Advertencia inicial

La «prohibición de exceso» sirve para controlar la idoneidad de los instrumentos y medios de actuación empleados por el Estado<sup>29</sup>, en tanto establece el deber de los poderes públicos de utilizar aquellos medios e instrumentos que menos limiten la libertad de los ciudadanos. Se trata, obviamente, de lograr la intervención mínima del Estado<sup>30</sup>.

Conviene señalar que desde esta perspectiva el fin perseguido constituye un presupuesto que no es analizado por la «prohibición de exceso», pues el principio considera la existencia de un fin legítimo e incide exclusivamente sobre los medios adecuados para su consecución. La constitucionalidad de los fines perseguidos deberá ser controlada en una instancia anterior<sup>31</sup>, en la que deberá comprobarse primeramente si se trata de un interés público legítimo y, seguidamente, si el órgano estatal que actúa tiene atribuida competencia en la materia.

Para comprender mejor el modo en que opera la «prohibición de exceso» es oportuno recordar los tres elementos que la integran o, siguiendo la terminología utilizada por el Tribunal Constitucional alemán en múltiples sentencias, los tres «subprincipios» que la conforman:

*«De acuerdo con las exigencias de la «prohibición de exceso», la limitación del derecho fundamental que aquí entra en consideración debe ser idónea para la protección eficaz del bien jurídico. Esa limitación debe ser además necesaria, lo que no sucederá cuando existan alternativas de actuación más suaves. Finalmente, la limitación debe ser proporcionada en sentido estricto, lo que significa que se encuentre en una relación razonable con la importancia y el significado del derecho fundamental»<sup>32</sup>.*

<sup>29</sup> Sobre ello, HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, págs. 43 y ss.

<sup>30</sup> ERICHSEN, *DVBl.*, 1967, 269 (270).

<sup>31</sup> Este modo de proceder es claramente visible en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre libertad de elección de profesión u oficio; *vid.* BVerfGE 7, 377 (413 y ss).

<sup>32</sup> BVerfGE 67, 157 (173). En un sentido similar, BVerfGE 30, 292 (316 y ss.); 63, 88 (115); 70, 1 (26); 76, 1 (51); 78, 232 (245); 80, 137 (159 y ss.).

b) Idoneidad de las medidas estatales para la realización del fin

El primer subprincipio derivado de la «prohibición de exceso» exige que la medida estatal sea idónea para alcanzar el fin perseguido. Con ello se postula un mandato de objetividad general que, en sus efectos prácticos, es comparable con la interdicción de arbitrariedad.

Aunque a primera vista pudiera pensarse que el «principio de idoneidad» es banal y carente de contenido positivo, lo cierto es que sí tiene una gran importancia práctica en el control de las leyes. Esa relevancia se aprecia con especial nitidez en las leyes de contenido económico, en las que se pretende influir en el comportamiento de sus destinatarios a medio y largo plazo. Así sucede, por ejemplo, en la discusión sobre la necesidad de regular el ejercicio de determinadas profesiones so pretexto de evitar el peligro que tiene para el interés general el libre acceso a la profesión en el contexto de una competencia cada vez más fuerte<sup>33</sup>.

En relación a los requisitos que debe cumplir una regulación para satisfacer la exigencia de idoneidad es preciso señalar que no son especialmente estrictos. Así, por ejemplo, en el Derecho de Policía se reconoce que el «principio de idoneidad» se tiene por cumplido cuando la medida prevista representa en todo caso un paso en la dirección adecuada y «no pueda considerarse como ineficaz para la evitación del peligro»<sup>34</sup>, lo que pone claramente de manifiesto que el «principio de idoneidad» sólo constituye una restricción en casos extremos.

c) Necesidad de las medidas estatales para la realización del fin

El segundo subprincipio derivado de la «prohibición de exceso» es el de necesidad, en cuya virtud es preciso elegir siempre aquel medio de intervención que menos afecte a los derechos de los ciudadanos<sup>35</sup> (también se habla por ello de la elección del medio menos gravoso)<sup>36</sup>. Para la aplicación de este principio se requiere, en primer término, la identificación de todos los medios posibles de actuación para la consecución del fin. Ello exige una primera actuación de control en sede legislativa, para asegurar que la normativa recoge efectivamente todos los medios posibles para la consecución de los fines<sup>37</sup>. Después, en la intervención del poder ejecutivo, tendrá lugar un segundo control, tendente a asegurar que la Administración ha utilizado el medio menos gravoso de los que ponía a su disposi-

<sup>33</sup> Vid. BVerfGE 11, 30 y ss. para las limitaciones de admisión de los médicos de las cajas de seguros. Un panorama acerca de la discusión actual de esta problemática, en STOBER, *MedR*, 1990, págs. 10 y ss.; HUFEN, *MedR*, 1996, págs. 394 y ss.

<sup>34</sup> HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, pág. 52.

<sup>35</sup> HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, págs. 56 y ss.

<sup>36</sup> HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, pág. 57.

<sup>37</sup> HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, págs. 59 y ss.

ción el legislador<sup>38</sup>. Finalmente, en segundo término, es necesario contrastar la intensidad con la que se han aplicado los medios seleccionados y compararla con otras alternativas<sup>39</sup>.

Pese a que, en abstracto, los criterios señalados pueden parecer claros, lo cierto es que su aplicación práctica resulta con frecuencia muy complicada<sup>40</sup>. Especialmente paradigmático es el supuesto de intervención en materia económica, donde las alternativas posibles son muy variadas y no resulta fácil determinar cuál de ellas es la más idónea<sup>41</sup>. Lo mismo sucede en varios ámbitos del Derecho de Policía, como, por ejemplo, en materia de orden público, donde siempre es cuestionable la idoneidad de detener a un sujeto en concreto de los muchos que se manifiestan como perturbadores<sup>42</sup>. Igualmente difícil es la comparación de los distintos bienes jurídicos en conflicto, que, sin embargo, constituye una exigencia de muchas disposiciones contenidas en leyes de policía para determinar la oportunidad de una intervención<sup>43</sup>.

#### d) Proporcionalidad en sentido estricto - teoría de la ponderación o equilibrio

Acabamos de ver que el medio elegido para la consecución del fin ha de ser idóneo y, también, el menos gravoso de todos los que cumplieran esa primera condición. Pero queda todavía por apreciar una última exigencia del principio considerado, que es la ponderación entre el fin perseguido por la intervención estatal y los medios adoptados para su consecución. Se trata, por tanto, de una verdadera prueba de proporcionalidad, cuya formulación teórica más frecuente es la siguiente: el medio no debe resultar desproporcionado al fin perseguido<sup>44</sup>, o, formulado en términos positivos, el medio debe encontrarse en una relación adecuada (justa o razonable) con el fin al que se aspira<sup>45</sup>.

<sup>38</sup> Un gran margen de apreciación existe, no obstante, en el campo de la Administración discrecional. Sobre ello volveremos posteriormente en el epígrafe III, 4.

<sup>39</sup> HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, págs. 64 y ss.

<sup>40</sup> Sobre ello y en detalle, STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/2, 1994, parágrafo 84 II 3 a).

<sup>41</sup> Para un ejemplo en la esfera de la salud pública, STOBER, *MedR*, 1990, 10 (15 y ss.); HUFEN, *MedR*, 1996, 394 (401). En este caso la cuestión se centra en determinar en qué medida el legislador ha empleado en un primer momento instrumentos de ordenación en una economía de libre mercado antes de aprobar medidas dirigistas.

<sup>42</sup> Sobre ello, V.G.H. MANNHEIM, *VBIBW*, 1995, 281 (ninguna prioridad de la responsabilidad del comportamiento sobre la responsabilidad de la situación); PIETZCKER, *DVBL*, 1984, págs. 457 y ss.; SCHWERDTNER, *NVwZ*, 1992, págs. 141 y ss.

<sup>43</sup> Sobre ello, HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, 1981, págs. 66 y ss.

<sup>44</sup> Así, por ejemplo, y entre otras, BVerfGE 7, 377 (407); 13, 97 (118); 28, 364 (374); 67, 157 (173).

<sup>45</sup> BVerfGE 10, 89 (117); 18, 353 (362); 38, 281 (302), entre otras.

Vemos, por tanto, que el fin que justifica la intervención pública es un elemento esencial de este último subprincipio. A diferencia de lo que sucedía en los subprincipios anteriores, en los que el fin sólo constituía un punto de referencia, en el análisis de la ponderación apreciamos que el fin de la intervención constituye un elemento esencial del mismo. En este momento la relevancia del fin perseguido se pondera con la relevancia del perjuicio causado a la libertad, por lo que resulta fundamental determinar la importancia que la Constitución concede a la consecución de dicho fin.

La realización de este análisis exige la ponderación de múltiples valores, por lo que siempre resultará complicada<sup>46</sup>. Ello se puede apreciar con más claridad a través de un ejemplo concreto, como puede ser la doctrina del Tribunal Constitucional alemán en relación a la libertad de elección de profesión u oficio. Este derecho ha sido reconocido por parte del Tribunal Constitucional alemán como un derecho fundamental autónomo, apartándose con ello —en cierto modo— del tenor literal del art. 12.1 de la Ley Fundamental<sup>47</sup>. No obstante, el Alto Tribunal ha diferenciado tres posibles vías de intervención pública sobre este derecho fundamental: (1) Intervenciones en la libertad del ejercicio de la profesión; (2) intervenciones en la libertad para la elección de la profesión a través de requisitos de admisibilidad de carácter subjetivo, y (3) las intervenciones en la libertad para la elección de la profesión a través de requisitos de admisibilidad de carácter objetivo<sup>48</sup>.

Considerada y admitida la posibilidad de legitimar una intervención pública en ese derecho fundamental, el Tribunal Constitucional alemán ha establecido los distintos requisitos en relación a cada una de estas vías de intervención. Así, en primer lugar, han sido justificadas las limitaciones en la libertad para el ejercicio de la profesión derivadas de «*consideraciones razonables basadas en el bien común*»<sup>49</sup>, que comprenden los objetivos establecidos por el legislador en ejercicio de su competencia para concretar el interés general<sup>50</sup>. En segundo lugar, en relación al establecimiento de restricciones subjetivas para el ejercicio de la profesión, el Tribunal Constitucional ha admitido su legitimación en los casos que dichas restricciones persiguen proteger otros valores constitucionalmente reconocidos, o, también, deberes fijados legalmente y que gozan de especial protección, como, por ejemplo, la salud pública<sup>51</sup>. Finalmente, en relación con el establecimiento de restricciones objetivas al libre ejercicio de la profesión, pueden tener una legitimación en la protección de determinados valores

<sup>46</sup> En este sentido, ampliamente, SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976.

<sup>47</sup> Fundamental es la BVerfGE 7, 377 (405 y ss.); en sentido crítico, LÜCKE, *Die Berufsfreiheit*, 1994, págs. 8 y ss.

<sup>48</sup> Fundamental es la BVerfGE 7, 377 (405 y ss.).

<sup>49</sup> BVerfGE 7, 377 (405 y ss.).

<sup>50</sup> BREUER, en ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, T. VI, 1989, parágrafo 148, Rn. 11 y ss.

<sup>51</sup> BVerfGE 13, 97 (107); «Breuer», en ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, T. VI, 1989, parágrafo 148, Rn. 39 y ss.

proclamados en la Ley Fundamental<sup>52</sup>, o que, sin estar incluidos en aquella, sean de especial relevancia<sup>53</sup>.

La clasificación de bienes públicos desarrollada por el Tribunal Constitucional en materia de libertad de profesión y la atribución de un fin a cada uno de esos tres niveles dependen de numerosas valoraciones que sólo parcialmente se encuentran determinadas a través de claras disposiciones constitucionales, por lo que tanto el legislador como el Tribunal Constitucional disponen de un considerable margen de apreciación en sus valoraciones.

En el supuesto en que la ponderación determinara un enfrentamiento entre dos posiciones jurídicas protegidas por sendos derechos fundamentales, habría que buscar una solución específica para cada caso concreto, pues no existe una regla de jerarquía en ese ámbito. En concreto, no es posible defender una prioridad abstracta de los derechos fundamentales políticos frente a los de orden económico o a los intereses públicos<sup>54</sup>. Tampoco cabría acudir a reglas de decisión como el principio *in dubio pro libertate*<sup>55</sup>, puesto que la ponderación debe resolverse atendiendo al caso concreto<sup>56</sup>.

La única regla que puede ayudarnos en este conflicto es el llamado «principio de la concordancia práctica»<sup>57</sup>, según el cual la decisión adoptada nunca debe dejar sin contenido a los diferentes valores enfrentados<sup>58</sup>; esto es, expresado ahora en términos positivos, se exige que se aspire a una ponderación que permita a las posiciones enfrentadas preservar su contenido en la mayor medida posible<sup>59</sup>.

### e) Configuración especial en esferas concretas

El Tribunal Constitucional ha configurado la «prohibición de exceso» en su jurisprudencia utilizando una terminología diferente en función de los distintos derechos fundamentales afectados. Así, por ejemplo, vemos que en relación a la libre elección de profesión u oficio se ha construido la teoría de los niveles o escalones (*Stufenlehre*)<sup>60</sup>; y que en relación a los límites a la libertad de expresión hace referencia a la teoría de los efectos

<sup>52</sup> BVerfGE 7, 377 (408), «Breuer», en ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, T. VI, 1989, parágrafo 148 Rn. 50 y ss.

<sup>53</sup> *Vid.*, sobre ello, BVerfGE 81, 212 (228); 83, 130 (139).

<sup>54</sup> STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. III/2, 1994, parágrafo 84 IV 6 b).

<sup>55</sup> STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. III/2, 1994, parágrafo 84 IV 4.

<sup>56</sup> STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. III/2, 1994, parágrafo 84 IV 4.

<sup>57</sup> HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., 1995, Rn. 72; STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. III/2, 1994, parágrafo 84 IV 7 a).

<sup>58</sup> BVerfGE 39, 1 (43).

<sup>59</sup> HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., 1995, Rn. 72.

<sup>60</sup> BVerfGE 7, 377 (405 y ss); STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. III/2, 1994, parágrafo 84 III 5 c). Crítico con esta teoría de los niveles o escalones, IPSEN, *JuS 1990*, págs. 634 y ss.

cambiantes (*Wechselwirkungslehre*)<sup>61</sup>. Además, la aplicación de la «prohibición de exceso» juega un papel especial en todo el ámbito de influencia del principio general de igualdad<sup>62</sup>.

### 3. Vinculación del legislador

La vinculación del legislador a la «prohibición de exceso» es una novedad de la Constitución vigente y una consecuencia directa de la inclusión del legislativo en el ámbito de vinculación de los derechos fundamentales, tal y como establece el artículo 1.3 del texto constitucional. En la Constitución de Weimar, por el contrario, no se contenía ninguna referencia al respecto, por lo que «la prohibición de exceso» sólo vinculaba al poder ejecutivo y al poder judicial. De ello se desprende que, en la actualidad, la actuación del legislador puede someterse a un juicio de constitucionalidad basado en el incumplimiento de la «prohibición de exceso», que puede ser promovido por los ciudadanos o por los órganos expresamente habilitados para ello<sup>63</sup>. En todo caso conviene señalar que vinculación funcional provoca una interrelación de las perspectivas competenciales y materiales de actuación, lo que, en términos más directos, significa que la necesidad de garantizar al legislador un mínimo margen de actuación puede chocar con su vinculación a la «prohibición de exceso»<sup>64</sup>, y que ello se trasluzca en la práctica en una atenuación de ese control<sup>65</sup>.

El fundamento jurídico-constitucional de esta relación ha sido descrito por Konrad HESSE con las siguientes palabras:

*«El legislador democrático goza de la presunción de constitucionalidad de su voluntad y de su actuación; a él justamente le ha sido encomendada la configuración jurídica de las relaciones sociales. Al Tribunal Constitucional le está vedado discutir esta supremacía del legislador y con ello producir una alteración de las funciones constitucionalmente atribuidas»*<sup>66</sup>.

En relación a la constitucionalidad de las leyes y, en particular, de su respeto a la «prohibición de exceso», la intensidad de control aplicado por

<sup>61</sup> BVerfGE 12, 113 (124 y ss.); 21, 271 (281); 28, 55 (63); 44, 197 (202); 59, 231 (265); 71, 206 (214); 77, 65 (75), entre otras. *Vid.*, también, STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. III/2, 1994, parágrafo 84 III 5 a).

<sup>62</sup> HUSTER, *JZ*, 1994, págs. 541 y ss.; KIRCHHOF, en *FS Lerche*, 1993, págs. 133 y ss.

<sup>63</sup> En detalle sobre ello STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. III/1, 1988, parágrafos 72 I 4 y 72 IV.

<sup>64</sup> STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. III/1, 1988, parágrafos 72 I a y 72 IV.

<sup>65</sup> Sobre ello, ampliamente, HEUN, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1992; SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, 1989; SCHUPPERT, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsgrenzeninterpretation*, 1980.

<sup>66</sup> HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., 1995, Rn. 83.

el Tribunal Constitucional alemán es directamente proporcional a la intensidad de injerencia de la norma<sup>67</sup>. Y lo mismo sucede cuando el enjuiciamiento no es de normas sino de decisiones de naturaleza administrativa o judicial<sup>68</sup>.

El Tribunal Constitucional en pleno ha descrito esa graduación de intensidad en una sentencia en la que se sintetizaba su doctrina anterior, y ha señalado que en el juicio de constitucionalidad del legislador: «*ha utilizado diferentes criterios en orden a efectuar un control de las leyes. Esos criterios van desde un control de evidencia (por ejemplo, BVerfGE 36, 1, 17; 37, 1, 20; 40, 196, 223), pasando por un control de lo justificable o lo razonable (por ejemplo, BVerfGE 25, 1, 12 y ss.; 30, 250, 223) hasta llegar a un control intensivo en cuanto al contenido (por ejemplo, BVerfGE 7, 377, 415; 11, 30, 45; 17, 269; 276 y ss.; 39, 1, 51 y ss.; 45, 187, 238)*»<sup>69</sup>.

En particular, por lo que se refiere a las medidas de política económica que suponen una injerencia en la libertad del ejercicio de la profesión u oficio, el Tribunal se conforma con aplicar un control de lo «razonablemente admisible» (*Vertretbarkeitskontrolle*)<sup>70</sup>.

Esta jurisprudencia general desarrollada en torno a los derechos fundamentales tiene como consecuencia para la aplicación de la «prohibición de exceso» que sus dos primeros subprincipios (necesidad e idoneidad) tengan una escasa relevancia práctica en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes. El contenido normativo de la «prohibición de exceso» queda reducido, por tanto, al control de la proporcionalidad en sentido estricto, esto es, a la ponderación de si la limitación de la libertad está en una relación justa con la importancia y el significado del fin que legitima esa intervención.

#### 4. Vinculación del poder ejecutivo

En lo que respecta a los efectos de la «prohibición de exceso» en la actuación del poder ejecutivo podemos observar que son sensiblemente distintos a los ya vistos del poder legislativo. De un lado, porque el ejecutivo está sometido a las leyes y no puede elegir libremente los medios de actuación, y el único supuesto en que goza de un cierto margen de libertad de actuación es el de la discrecionalidad que, excepcionalmente, le puede reconocer el ordenamiento jurídico. Por otro lado, el control de la actuación del poder ejecutivo compete a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, por lo que no resultan, desde luego, de aplicación los mismos límites jurídico-funcionales que rigen la relación entre el Parlamento y la Justicia constitucional. Y es que, en definitiva, la actuación del poder eje-

<sup>67</sup> BVerfGE 25, 1 (12, 17); 37, 1 (20); 39, 210 (225 y ss.); 40, 196 (223); 50, 290 (332 y ss.).

<sup>68</sup> BVerfGE 18, 85 (93); 42, 143 (148); 54, 129 (134 y ss.), entre otras.

<sup>69</sup> BVerfGE 50, 290 (332 y ss.).

<sup>70</sup> BVerfGE 25, 1 (12, 17); 37, 1 (20); 39, 210 (225 y ss.); 40, 196 (223), entre otras.

cutivo está sometida —salvo unos pocos casos excepcionales<sup>71</sup>— a un amplio control de índole jurisdiccional<sup>72</sup>.

En aquellos supuestos en que las normas autoricen a la Administración a intervenir en la esfera de los derechos de los ciudadanos y dejen abierto un amplio margen interpretativo será necesario, en caso de conflicto, escoger la interpretación que sea conforme con las exigencias de la «prohibición de exceso». Se habla en estos casos de una interpretación conforme a la Constitución<sup>73</sup>.

En todo caso, el ámbito en el que la «prohibición de exceso» tiene mayor importancia es el de la discrecionalidad administrativa<sup>74</sup>. Así, por ejemplo, sólo se podrá prohibir una actuación individual cuando resulte totalmente necesario para asegurar el cumplimiento de las leyes, lo que tiene una gran importancia práctica en el ámbito del Derecho Administrativo Económico<sup>75</sup>. La «prohibición de exceso» provocará con frecuencia una prohibición no total, sino parcial, de la intervención pública, del mismo modo que determina con frecuencia la anulación parcial de los actos administrativos<sup>76</sup>. Desde una perspectiva formal, debemos indicar que el artículo 39.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo alemana exige que el criterio de ponderación asumido por la Administración conste expresamente en la motivación de los actos administrativos discrecionales<sup>77</sup>.

## 5. Vinculación del poder judicial

El único problema que plantea la aplicación de la «prohibición de exceso» al poder judicial deriva de las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la justicia constitucional. Igual que sucede con el control del poder legislativo, también el judicial está limitado por motivos jurídico-funcionales, pues lo contrario vulneraría la autonomía de la jurisdicción ordinaria y convertiría al Tribunal Constitucional en una instancia de revisión extraordinaria<sup>78</sup>. Es cierto que el Tribunal Constitucional alemán ha sido

<sup>71</sup> Se trata de los llamados márgenes de apreciación o prerrogativas de valoración. Sobre ello, BVerfGE 84, 34 y ss.; 84, 59 y ss.; BVerwGE 38, 105 y ss.; 70, 143 y ss.; 77, 75 y ss.; HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 2.ª ed., 1996, parágrafo 25, Rn. 45 y ss.; GERHARDT, en *Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner*, *VwGO Kommentar*, Stand Februar 1998, Vorb., parágrafo 113, Rn. 30 y ss.

<sup>72</sup> GERHARDT, en *SCHICH/SCHMIDT-ASSMANN/PIETZNER*, *VwGO Kommentar*, Stand Februar 1998, Vorb., parágrafo 113, Rn. 18 y ss.

<sup>73</sup> HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., 1995, Rn. 79 y ss.

<sup>74</sup> STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 5.ª ed., 1998, parágrafo 40, Rn. 83.

<sup>75</sup> Sobre esto pueden encontrarse ejemplos en STOBER, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 11.ª ed., 1998, parágrafo 7 IV.

<sup>76</sup> STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 5.ª ed., 1998, parágrafo 48, Rn. 110.

<sup>77</sup> STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 5.ª ed., 1998, parágrafo 39, Rn. 28 y ss.

<sup>78</sup> BVerfGE 18, 85 (92); 79, 372 (376 y ss.); 80, 81 (95), entre otras. Sobre ello, PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3.ª ed., 1991, parágrafo 12, Rn. 14 y ss., y BERKEMANN, DVBl. 1996, págs. 1028 y ss.

consciente de este problema y ha intentado limitar el control de las decisiones judiciales a las vulneraciones específicas del Derecho Constitucional<sup>79</sup>, pero esta fórmula se ha manifestado demasiado imprecisa y no ha resuelto el problema<sup>80</sup>, como demuestra la tendencia —sobre todo en el ámbito de la libertad de opinión— a extender el ámbito del control de las resoluciones judiciales también a la apreciación de los hechos<sup>81</sup>, lo cual ha sido criticado con toda razón<sup>82</sup>.

## 6. Problemas y crítica

Uno de los primeros estudiosos de la «prohibición de exceso», Peter LERCHE, que ya en 1961 publicó el trabajo «Exceso y Derecho Constitucional», constató en 1992 que los conceptos de proporcionalidad y ponderación inherentes a la prohibición de exceso «han corregido el texto constitucional en todas las direcciones posibles, completando alguno de sus preceptos», al tiempo que han otorgado «un nuevo dinamismo» a la aplicación del Derecho y al control judicial<sup>83</sup>. Estas afirmaciones sirven para poner de manifiesto la dinámica con la que la «prohibición de exceso» ha penetrado en el Derecho positivo y, en especial, en el Derecho Administrativo. Hoy en día resulta difícil encontrar una resolución judicial o una argumentación jurídica en la que no se invoque la «prohibición de exceso», y en la mayoría de ellas el núcleo principal de la discusión lo constituye precisamente este principio.

La omnipresencia de este principio jurídico —que en algunos casos llega a ser abusiva e impropia— está motivada por su especial aptitud para lograr la justicia del caso concreto<sup>84</sup>.

Uno de los ámbitos donde más útil se ha manifestado la «prohibición de exceso» ha sido en el control de las decisiones discrecionales de la Administración, pues confiere al juez un abanico de posibilidades de revisión casi ilimitado que puede resultar fundamental en la consecución de la justicia del caso concreto. Ello sin perjuicio de las críticas concretas que es posible hacer ante el uso injustificado de este principio, que ha llevado a algunos autores, como Fritz OSSENBÜHL, a reconocer su utilidad como instrumento de igualación y de flexibilidad y a pedir, asimismo, una mayor ponderación en su aplicación<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> BVerfGE 1, 418 (420); desde entonces, una jurisprudencia constante.

<sup>80</sup> Siguiendo los pensamientos de PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1991, parágrafo 12, Rn. 14 y ss., y BERKEMANN, *DVBL*, 1996, págs. 1028 y ss.

<sup>81</sup> *Vid.*, por ejemplo, BVerfGE 43, 130 (140); 54, 129 (137); 67, 213 (228 y ss.); 93, 266 (295).

<sup>82</sup> Por ejemplo, por ZÖLLNER, *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat*, 1996; TETTINGER, *Die Ehre – ein ungeschütztes Verfassungsgut*, 1995. *Vid.*, también, la opinión disidente en BVerfGE 93, 313 y ss.

<sup>83</sup> LERCHE, en ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. V, 1992, parágrafo 122, Rn. 15.

<sup>84</sup> OSSENBÜHL, en *FS Lerche*, 1993, pág. 151 (156).

<sup>85</sup> OSSENBÜHL, en *FS Lerche*, 1993, pág. 151. *Vid.* también, SCHNAPP, *JuS*, 1983, pág. 850.

Esta crítica refleja acertadamente la utilidad del «principio de proporcionalidad», que está conduciendo a que cualquier intervención pública en los derechos fundamentales sea sometida a un «control» basado en estos criterios, por lo que «*la revisión de los derechos fundamentales se llega a confundir con la revisión de la proporcionalidad*»<sup>86</sup>. De este modo la «prohibición de exceso» se erige en norma de control del Derecho Constitucional situada al mismo nivel que el principio de igualdad, y junto a éste se convierte en el instrumento más frecuente de control de leyes por parte del Tribunal Constitucional, o de control de las actuaciones administrativas por parte de los Tribunales Contencioso-Administrativos. La consecuencia de todo ello es la tendencia a la homogeneización del control jurídico, a lo que hay que añadir una tendencia paralela de asimilación, cuando no directamente de supresión, de las diferencias contenidas en el tenor literal de los textos jurídicos.

Los diversos intentos de atajar la mencionada tendencia a la homogeneización realizada a través de propuestas racionalizadoras<sup>87</sup>, que permitieran diferenciar más nítidamente los diferentes supuestos de hecho, no se han logrado imponer en la práctica. Con todo, es posible apreciar en los últimos años una tendencia generalizada a acentuar la autonomía de cada una de las ramas jurídicas y, en especial, a preservar más claramente las diferencias de sus normas<sup>88</sup>.

#### IV. CUESTIONES PARTICULARES

##### 1. Validez en la esfera del Derecho de la Organización del Estado (*Staatsorganisationsrechts*).

La ubicación de la «prohibición de exceso» en la Constitución y sus vinculaciones con el principio de Estado de Derecho permiten considerar la posibilidad de que su eficacia se extienda también al ámbito del Derecho de la Organización del Estado y, particularmente, a las medidas jurídico-organizativas aplicables en las relaciones entre la Federación (*Bund*) y los Estados federados (*Länder*) y a otras decisiones que afecten a la autonomía local.

La doctrina y la jurisprudencia han planteado en múltiples ocasiones esta posibilidad, especialmente en conflictos en que la autonomía local de las municipios se veía afectada por la intervención de otros poderes públicos<sup>89</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán ha sido claro y ta-

<sup>86</sup> OSSENBÜHL, en *FS Lerche*, 1993, pág. 151 (157).

<sup>87</sup> A destacar es el trabajo de SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976.

<sup>88</sup> Para la esfera de la libertad de profesión, por ejemplo, LÜCKE, *Die Berufsfreiheit. Eine Rückbesinnung auf den Text des Art. 12 Abs. 1 GG*, 1994.

<sup>89</sup> Vid., por ejemplo, BVerfGE 67, 228 (237); v. MUTIUS, *Jura*, 1982, 28 (38 y ss.); PAPIER, *DVBl.*, 1984, 453 (454 y ss.); HINKEL, *NVwZ*, 1985, 225 (229 y ss.).

jante en esta cuestión, rechazando desde el primer momento la posibilidad de que la «prohibición de exceso» fuera aplicable al ámbito del Derecho de la Organización del Estado. El motivo que invocó para rechazar la aplicación de ese principio en las posibles vulneraciones de la autonomía local fue la existencia de criterios de revisión autónomos e independientes al de proporcionalidad, como se aprecia claramente en el asunto conocido como «*Rastede-Entscheidung*»<sup>90</sup>. Del mismo modo se rechazó explícitamente la aplicación del principio de «prohibición de exceso» a las relaciones entre la Federación y los Estados federados, afirmándose para ello que:

*«Los límites que se deducen del principio de Estado de Derecho para las intervenciones del Estado en la esfera jurídica de los particulares no son aplicables a las relaciones competenciales entre la Federación y los Estados federados. Esto es válido en especial para el principio de proporcionalidad»*<sup>91</sup>.

De todo ello se desprende que la «prohibición de exceso» carece de eficacia en el ámbito del llamado «Derecho de la Organización del Estado».

## 2. Aplicaciones en la esfera del Derecho Privado

En el ámbito del Derecho Privado, sin embargo, la «prohibición de exceso» está alcanzando día a día un mayor protagonismo<sup>92</sup>, pues tanto los órganos jurisdiccionales como el propio Tribunal Constitucional utilizan dicho principio para revisar las normas civiles que tienen por objeto la conciliación de los intereses particulares en conflicto. En el supuesto en que los intereses de los particulares estuvieran protegidos por algún derecho fundamental, la ley civil puede manifestarse, bien como una regla de resolución de conflictos de derechos fundamentales, o bien como una expresión del deber genérico de protección que corresponde al Estado<sup>93</sup>, quedando abierta de este modo la posibilidad de aplicar la «prohibición de exceso» en este ámbito. No obstante, conviene señalar que la evolución que conduce a aplicar la «prohibición de exceso» en el ámbito del Derecho Privado ha sido muy criticada por la doctrina, pues posibilita que el Tribunal Constitucional quiebre una larga tradición jurisprudencial elaborada durante muchos años por los órganos jurisdiccionales y, de este modo,

<sup>90</sup> BVerfGE 79, 127 y ss. Sobre ello, SCHOCH, *VerwArch* 81 (1990), págs. 18 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN, en *FS Sandler*, 1991, págs. 121 y ss.; CLEMENS, *NVwZ* 1990, págs. 834 y ss.

<sup>91</sup> BVerfGE 81, 310.

<sup>92</sup> Un panorama, en MEDICUS, *AcP* 92 (1992), págs. 35 y ss.

<sup>93</sup> Sobre deberes de protección, conectados con derechos fundamentales, en el Derecho Civil, *vid.* BVerfGE 81, 242 (256); 89, 214 (232); CANARIS, *AcP* 184 (1984), págs. 201 y ss.; HILLGRUBER, *AcP* 191 (1991), págs. 69 y ss.

se pierda la confianza en el Derecho y se lesione el principio de seguridad jurídica, lo cual tendría gravísimos efectos en el tráfico económico<sup>94</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La «prohibición de exceso» y el «principio de proporcionalidad» son principios constitucionales que tienen en la actualidad una extraordinaria importancia en Alemania, que por su vinculación a los derechos fundamentales y su penetración en diversos ámbitos del Derecho (especialmente en el Derecho Administrativo, Derecho Privado y Derecho Penal) son utilizados cada vez con mayor frecuencia en sede jurisdiccional.

La principal función del principio de «prohibición de exceso» es garantizar la justicia del caso concreto, lo que indirectamente genera un efecto jurídico negativo consistente en la pérdida de eficacia de los mandatos abstractos de las leyes y, consecuentemente, en una progresiva inseguridad jurídica. Este importante efecto negativo generado de forma indirecta por la aplicación del principio de «prohibición de exceso» permite cuestionarse la conveniencia de su aplicación, sin que sea fácil por nuestra parte llegar a conclusiones definitivas. Lo que sí parece claro es que la generalizada aplicación de este principio es altamente nociva, y que por ello deberán establecerse límites a corto plazo para evitar una aplicación abusiva del mismo<sup>95</sup>; la propuesta de moderación formulada por Fritz OSSENBÜHL debería extenderse a todas las ramas del Derecho. El Tribunal Constitucional, por su parte, ya ha manifestado esa tendencia en dos sentencias sobre el Derecho de la Organización del Estado, en las que expresamente ha rechazado la aplicación de la «prohibición de exceso».

---

<sup>94</sup> MEDICUS, *AcP* 192 (1992), pág. 35 (54 y ss.).

<sup>95</sup> En este sentido, también, OSSENBÜHL, en *FS Lerche*, 1991, pág. 151 (158, 161).

