

El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales

Manuel Medina Guerrero
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. ¿ES ADECUADO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA PROTEGER A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL LEGISLADOR?—2. ¿NO EXISTE NINGUNA OTRA TÉCNICA MENOS RIGUROSA, PERO IGUALMENTE EFICAZ, PARA CONTROLAR AL LEGISLADOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?—3. ¿LA VINCULACIÓN EFECTIVA DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, QUE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PROPICIA, SE HALLA EN RELACIÓN RAZONABLE CON EL POTENCIAL RIESGO DE MERMAR SU LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN POLÍTICA INHERENTE A DICHA TÉCNICA?

1. ¿ES ADECUADO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA PROTEGER A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL LEGISLADOR?

Como es sabido, a diferencia de la experiencia estadounidense, en el Continente europeo durante el siglo pasado y buena parte del actual, por razones muy diversas cuya explicitación nos llevaría demasiado lejos¹, los derechos operaron como meras directrices que precisaban para su eficacia la previa modelación por el legislador, de tal modo que éstos sólo existían en y a través del proceso político². Y, carente el legislador de atadura alguna en su configuración, los derechos no devinieron sino en simple expre-

¹ Respecto de los motivos que explican la diferente evolución del régimen de protección de los derechos, *vid.* Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil* (trad.: Marina Gascón), Trotta, Madrid, 1995, págs. 47 y ss.

² Rainer WAHL, «Der Vorrang der Verfassung», *Der Staat*, 4/1981, pág. 405.

sión del principio de legalidad de la Administración, razón por la cual en esta etapa, lejos de reconocerse la vinculación del legislador a los derechos, únicamente cabía hablar de plena sujeción de los derechos a la ley.

No es de extrañar, por tanto, a la vista de estos antecedentes, que la Constitución que más claramente ejemplifica las vicisitudes de los derechos fundamentales en la Europa del siglo XX³, la Ley Fundamental de Bonn, insista de modo explícito en la subordinación efectiva de la ley a los derechos⁴, reconociendo abiertamente su carácter directamente vinculante frente al legislador (art. 1.3) e imponiendo a éste determinados condicionantes de entre los cuales descuella sin duda la exigencia de que, en ningún caso, pueda afectar su contenido esencial (art. 19.2). Vinculación inmediata y garantía del contenido esencial que, en fin, también son asumidos expresamente en nuestro texto constitucional (art. 53.1).

Pues bien, a partir de su consagración en el constitucionalismo de la segunda posguerra, en Alemania tiende a reconocerse que la principal evolución experimentada desde entonces por los derechos fundamentales en su tradicional vertiente de derechos de defensa ha radicado, precisamente, en la intensificación de su vigencia frente al legislador, y, asimismo, suele coincidir en señalar que en la misma ha sido determinante el «descubrimiento»⁵ del principio de proporcionalidad como técnica de control del legislador limitador de los derechos fundamentales⁶. Extensión del principio al ámbito de la ley que, debe subrayarse, se ha ido paulatinamente asumiendo con relativa naturalidad por la generalidad de los países europeos, hasta el punto de llegarse a consagrar constitucionalmente de forma expresa⁷. En este contexto, no debe ser motivo de sorpresa que, aun careciendo de ese anclaje explícito, la naciente jurisprudencia constitucional de algunos países del antiguo bloque del Este se haya apresurado a aplicar al legislador el principio de proporcionalidad, derivándolo de la cláusula del Estado de Derecho⁸.

En definitiva, en la órbita jurídica donde nos insertamos se admite generalizadamente que el control de proporcionalidad de la acción del Esta-

³ P. CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *REDC*, núm. 24, pág. 54.

⁴ De hecho, esta subordinación efectiva del legislador constituye la «marca» o signo distintivo de los derechos fundamentales. Como ha escrito P. CRUZ VILLALÓN: «La capacidad de vincular al legislador es lo que hace de un derecho un derecho fundamental» [«El legislador de los derechos fundamentales», en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales* (dir.: A. LÓPEZ PINA), Civitas, Madrid, 1991, pág. 127].

⁵ Hasso HOFMANN, «Die Grundrechte 1789-1949-1989», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 50, 1989, pág. 3185.

⁶ Véase Konrad HESSE, «Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel», *Juristen Zeitung*, 1995, pág. 266.

⁷ En efecto, el art. 18.2 de la Constitución portuguesa impone explícitamente al legislador que respete este principio al limitar los derechos fundamentales, y, de hecho, el Tribunal Constitucional ha utilizado con mayor frecuencia el principio en relación con el legislador que respecto de los otros poderes públicos [vid. M. L. AMARAL y J. POLAKIEWICZ, «Rechtsstaatlichkeit in Portugal», *Rechtsstaatlichkeit in Europa* (Hofmann/Marko/Merli/Wiederin, Hrsg.), C. F. Müller, Heidelberg, 1996, páginas 152 y 153].

⁸ Irena LIPOWICZ, «Rechtsstaatlichkeit in Polen», *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, pág. 212.

do (incluyendo al legislador) constituye un elemento integrante de la concepción actual de la cláusula del Estado de Derecho⁹. En el marco de esta contemporánea comprensión de la mencionada cláusula, la reserva de ley de los derechos, característica del Estado de Derecho liberal, ha cedido el paso a una «reserva de ley proporcional».

2. ¿NO EXISTE NINGUNA OTRA TÉCNICA MENOS RIGUROSA, PERO IGUALMENTE EFICAZ, PARA CONTROLAR AL LEGISLADOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

En consonancia con la práctica general seguida por el Tribunal en la aplicación del principio de proporcionalidad respecto de las resoluciones administrativas y judiciales, también su uso fue durante largo tiempo irregular, en cuanto fragmentario y asistemático, al proyectarlo sobre el legislador. Así, el punto de inflexión que supuso en el ámbito del recurso de amparo la STC 66/1995 (Ponente: Viver i Pi Sunyer)¹⁰ tuvo de inmediato su continuación en la esfera del control de constitucionalidad de las leyes en la STC 55/1996, a la cual, dada su condición de verdadero *leading case* en la materia que nos ocupa, habremos de hacer recurrentes referencias en las páginas que siguen. Con todo, aun reconociendo que la jurisprudencia anterior a esos años adolecía de una utilización imprecisa del principio de proporcionalidad y que, de otro lado, en buena medida se concentraba en el *test* elaborado a propósito del art. 14 CE¹¹ y en la esfera del derecho a la tutela judicial efectiva¹², no es por ello imposible inferir

⁹ Rainer HOFMANN, «Die Bindung staatlicher Macht», *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, pág. 15.

¹⁰ Que hasta entonces la jurisprudencia constitucional no había operado con una exacta concepción del principio de proporcionalidad es una apreciación ampliamente extendida. Así, por ejemplo, J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, «Rechtsstaatlichkeit in Spanien», en *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, cit., pág. 191.

¹¹ En este artículo soslayaremos toda referencia a la «proporcionalidad» en cuanto elemento integrante del *test* del singular derecho a la no discriminación, pues su alcance difiere del principio de proporcionalidad en sentido amplio que opera como *límite de los límites* de la generalidad de los derechos fundamentales. En el marco del art. 14 CE, el principio de proporcionalidad queda reducido las más de las veces al de proporcionalidad en sentido estricto (*vid.* M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 122-127).

¹² Dicho esto, resulta superfluo señalar que, tanto en sede doctrinal como jurisprudencial, se ha asumido con entera naturalidad la aplicación del principio de proporcionalidad, y en general todo el sistema de límites de nuestros derechos fundamentales, a los derechos de configuración legal; y ello se ha hecho prácticamente sin introducir matización alguna en relación con los derechos fundamentales —por así llamarlos— «ordinarios» (sobre el diverso papel que juega el legislador en uno y otro supuesto, véase J. L. REQUEJO PAGÉS, «Derechos de configuración legal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 2385). De hecho, a menudo el Tribunal Constitucional recuerda expresamente a propósito del art. 24.1 C.E. que, por la sola circunstancia de derivarse del mismo derechos de configuración legal, no cabe eludir la aplicación del principio (baste citar: SSTC 125/1994, FJ 2.º; 48/1995, FJ 2.º A; 76/1996, FJ 2.º). Pues bien, con independencia de que, en efecto, parezca razonable sostener tal aplicación, no por ello deja de echarse de menos una mínima reflexión doctrinal acerca de las peculiaridades que podría tener el principio al proyectarse sobre los derechos de configuración legal. Pues, siquiera intuitivamente, a poco que se reflexione se suscitan dudas

de la misma una directriz o tendencia que, siquiera de forma velada e, incluso, tal vez inadvertida en esos momentos, afloraría abiertamente en la ya citada STC 55/1996 con la ineludible consecuencia de refrenarla y encauzarla, a saber: la actitud cautelosa en extremo, cuando no abiertamente contraria, en punto a la aceptación de la virtualidad del principio de proporcionalidad como técnica de control del legislador. Algunos ejemplos servirán para ilustrarlo.

En lo concerniente al primero de los subprincipios que, estructuralmente, entran en juego al aplicar el principio de proporcionalidad en sentido amplio, esto es, el *juicio de adecuación*¹³, lo cierto es que en ocasiones ni siquiera se hizo un uso expreso del mismo, limitándose el Tribunal Constitucional a identificar el derecho o bien de naturaleza constitucional que amparaba la limitación del derecho fundamental en liza¹⁴ para, acto seguido, pasar sin más a aplicar el resto de los juicios integrantes del de proporcionalidad. En cierta forma, pues, la identificación del fin constitucionalmente legítimo justificador del establecimiento de la restricción, que constituye desde luego una tarea previa a la aplicación del principio de proporcionalidad (SSTC 55/1996, FJ 7.º, y 161/1997, FJ 10.º), parece absorber en estos casos el juicio de adecuación, especialmente cuando cabe apreciar con claridad, sin necesidad de ningún esfuerzo argumentativo, que la medida es idónea para la consecución del reiterado fin¹⁵. En alguna otra ocasión, en concreto en la STC 19/1988, en donde se enjuició la constitucionalidad del art. 91 del Código Penal, que contemplaba el arresto sustitutorio en caso de impago de multa, la renuencia a aplicar el

sobre si es posible reconducir al mismo sistema de límites, sin variación posible, tanto aquellas actuaciones del legislador destinadas a restringir el ámbito de los derechos inicialmente protegido ya *ope Constitutionis* con el objeto, precisamente, de salvaguardar otros derechos o bienes constitucionales, como aquellas otras —cualitativamente distintas— en que el propio legislador coadyuva a la delimitación del derecho fundamental concretizando las específicas facultades, garantías, posiciones jurídicas y posibilidades de actuación integrantes de su contenido constitucionalmente protegido. En este último supuesto, característico de los derechos de configuración legal, y más allá del puramente subjetivo recurso al *self-restraint*, podría tal vez indagarse acerca de un eventual alcance diferente del principio de proporcionalidad, especialmente en lo concerniente a la intensidad del control que al juez constitucional atañe efectuar.

¹³ Sobre la estructura del principio de proporcionalidad, véase J. BARNÉS VÁZQUEZ, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», *RAP*, núm. 135, 1994, pág. 495 y ss.; J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo (La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn)*, CEC, Madrid, 1994, pág. 295 y ss.; M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, págs. 127-136.

¹⁴ Puesto que, como de forma insistente afirma el Tribunal, lo que justifica el establecimiento de límites a los derechos fundamentales es la finalidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos (baste citar, a título de ejemplo, las SSTC 11/1981, FJ 7.º; 22/1981, FJ 9.º; 46/1983, FJ 7.º, y 66/1991, FJ 2.º).

¹⁵ Así, en la STC 141/1988, que resolvió la denunciada inconstitucionalidad de un precepto legal que disponía que no surtiría efecto ante los Tribunales los documentos respecto de los cuales no se pudiera justificar el pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, una vez que la limitación de los derechos concernidos se justificó constitucionalmente en el deber fundamental contenido en el art. 31.1 CE, se prosiguió analizando si dicha medida superaba el juicio de necesidad sin articular explícitamente, con carácter previo, el juicio de adecuación (FF.JJ. 6.º, 7.º y 8.º).

juicio de adecuación —así como los restantes integrantes del principio de proporcionalidad— se fundamentó en las peculiaridades de la norma en cuestión, lo que permitió ratificar su constitucionalidad con la sola constatación de la existencia de un anclaje constitucional justificador de la medida restrictiva del derecho a la libertad: «En el presente caso... —se dice en el FJ 8.º— no estamos enjuiciando la previsión normativa de una medida que se oriente como tal a un fin singular respecto del cual pudiera medirse, a través de un criterio de adecuación, la proporcionalidad de la medida misma. Estamos considerando la constitucionalidad de una responsabilidad personal dispuesta por la ley penal, que tiene, por tanto, su fundamento material en la reacción prevista por el ordenamiento frente a su contravención, sin perjuicio de que la medida en cuestión venga a sustituir, con un común fundamento sancionador, a la pena de multa inenajetable, procurando así la ley —y éste es, desde luego, un fin constitucionalmente inobjetable— que no queden sin sanción delitos o faltas por la circunstancia de que la pena establecida pueda resultar inefectiva sobre algunos de los responsables del ilícito».

La escasa elaboración doctrinal del juicio de adecuación durante los primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional se pone, por ejemplo, de relieve en la STC 48/1995¹⁶, que vino a resolver una autocuestión de inconstitucionalidad que elevó al Pleno la Sala Primera tras otorgar el amparo (STC 125/1994) interpuesto contra una resolución judicial que, con base en el art. 45.1 LPL, había declarado la caducidad de una acción por no haberse hecho constar ante el Juzgado de lo Social su presentación el último día del plazo en el Juzgado de Guardia. A juicio de la Sala dicha resolución entrañó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, habida cuenta de que la finalidad que justificaba dicha exigencia, a saber, tutelar la celeridad del proceso y la seguridad jurídica, sólo tenía sentido en una etapa en que la jurisdicción social estaba formalmente separada de la ordinaria, por lo que había perdido buena parte de su virtualidad desde que, a raíz de la consagración del principio de unidad jurisdiccional en el art. 117.5 CE, «se inicia con la LOPJ un proceso legislativo tendente a materializarlo, que culmina con la Ley 38/1988, de Demarcación y Planta Judicial» (STC 125/1994, FJ 4.º). En suma, para la Sala, esencialmente residía en la «escasa justificación» de la medida restrictiva del derecho *ex* art. 24.1 CE la razón fundamental del otorgamiento del amparo. De este modo, se trasladaba al Pleno la resolución de un asunto claramente protagonizado por el principio de adecuación, el cual, por lo demás, y a pesar de que la norma en cuestión formaba parte de un texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo de 27 de abril de 1990, parecía muy a propósito para abordar uno de los más sensibles interrogantes que plantea este específico *test*, cual es el de determinar hasta

¹⁶ Un comentario de esta STC 48/1995 ofrecen J. L. REQUEJO y F. CAAMAÑO en *La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, págs. 135 y ss.

dónde pueden alcanzar las facultades revisoras del Tribunal Constitucional cuando, en puridad, el objeto de control no es sino una predicción del legislador¹⁷, de tal modo que las circunstancias cambiantes con el transcurso del tiempo pueden afectar a la inicial idoneidad de un límite para alcanzar la finalidad perseguida con la restricción del derecho fundamental. Y, en efecto, no resultó enteramente ajeno al Pleno el «peso» del tiempo al abordar la elucidación del caso, pero esto no se tradujo, en absoluto, en una profundización dogmática en torno a los *límites jurídico-funcionales* que, en estos supuestos, deben alzarse frente a la acción revisora que el juez constitucional ejerce con base en el principio de adecuación. Como se afirmó en el fundamento jurídico 3.º de la STC 48/1995: «Aunque pudiera considerarse anacrónica la norma, a partir de la unidad jurisdiccional, e incluso discutirse la conveniencia o no del mantenimiento de esta exigencia que desplaza sobre la parte cargas y obligaciones para prevenir las consecuencias de retrasos en el funcionamiento de la oficina judicial, ello no implica que la exigencia que impone el precepto sea contraria a la Constitución». Así pues, la STC 48/1995 rehúsa declarar inconstitucional el precepto, mas esta conclusión no se erige sobre una previa delimitación de la función que la jurisdicción constitucional ha de desempeñar a propósito del juicio de adecuación, sino sobre el enérgico expediente de soslayar por entero la aplicación del mismo: «... la libertad del legislador a la hora de determinar las modalidades procesales y los requisitos formales que han de presidir la relación de los ciudadanos con los órganos jurisdiccionales, no puede cuestionarse, salvo cuando la opción legislativa suponga, por la propia naturaleza de las exigencias que impone al ciudadano, erigir un obstáculo real y efectivo para el acceso a la tutela judicial sin una justificación discernible y legítima a la luz de los derechos y valores a los que sirve. Sólo de esta evaluación de la carga impuesta al ciudadano puede deducirse la hipotética transgresión del art. 24 CE, sin que incumba a este Tribunal valorar la mayor o menor adecuación, conveniencia o actualidad de la norma, pues son éstos rasgos que, salvados los límites que se acaban de exponer, sólo al legislador incumbe apreciar» (FJ 3.º). Y, en fin, dirá más adelante: «Si el requisito es constitucionalmente legítimo, según se ha

¹⁷ Naturalmente, el hecho de que toda decisión sobre la adecuación de un medio para la consecución de un fin presuponga necesariamente una prognosis no puede dejar de afectar intensamente a la revisión por parte del juez constitucional de dicha predicción efectuada por el legislador. La problemática que esto encierra excede con mucho el objetivo de estas líneas. Sobre el particular puede consultarse GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, pág. 303; Eberhard GRABITZ, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *AöR*, 98, Heft 4, 1973, págs. 571-573; Lothar HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981, pág. 52 y ss.; Fritz OSSENBUHL, «Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, págs. 460 y ss.; Georg RESS, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in deutschen Recht», en *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, C. F. Müller, Heidelberg, 1985, págs. 17 y ss.; Hans SCHNEIDER, «Zur Verhältnismässigkeit-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit., vol. II, págs. 397 y ss.

afirmado, lo serán también las consecuencias que legalmente se deriven de su incumplimiento» (FJ 4.º).

Ahora bien, si el juicio de adecuación fue a menudo ignorado¹⁸, ocasionalmente jugó un papel protagonista hasta el punto de concentrarse en él el entero *test* de proporcionalidad. Así sucedió en la STC 178/1989, en donde estaba en juego, no estrictamente un derecho fundamental, sino el derecho al trabajo (art. 35 CE), lo que, muy probablemente, influyó en la laxitud del control que el Tribunal Constitucional tuvo a bien ejercitar. En efecto, frente a la pretensión de que el legislador debió haber optado por una alternativa menos gravosa para el derecho que el concreto régimen de incompatibilidades que fijó para los empleados públicos, se limitó a argüir el Tribunal: «Más que de proporcionalidad o racionalidad de las medidas en cuestión tal y como lo entienden los recurrentes, cabe hablar de adecuación entre fines y medios, adecuación que, al margen de valoraciones que no compete realizar a este Tribunal, está, sin duda, presente en la Ley 53/1984, a cuyos fines de racionalización y eficacia de la organización administrativa dispone un régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas con la debida dedicación profesional, que no puede considerarse desproporcionado ni mucho menos incongruente con las finalidades que dicha Ley dice perseguir» (FJ 5.º).

Dispar ha sido igualmente la aplicación del *principio de necesidad* por parte del Tribunal Constitucional. Junto a las ya mencionadas SSTC 19/1988 y 178/1989 en donde el Tribunal Constitucional, lisa y llanamente, evitó contestar a la alegación de que eran posibles otras restricciones menos rigurosas de los derechos en juego e igualmente eficaces¹⁹, coexisten otras decisiones en las que se aplica dicho principio²⁰, llegándose en ocasiones a declarar la inconstitucionalidad del precepto legal cuestio-

¹⁸ Por el contrario, en la STC 142/1993 —que, entre otros extremos, abordó la pretendida vulneración del derecho a la intimidad cometida por la norma que obliga a los empresarios a entregar a la representación legal de los trabajadores una «copia básica» de los contratos de trabajo— se efectúa el juicio de adecuación (FJ 10.º) por más que los recurrentes no cuestionasen que se trataba de una medida adecuada para conseguir la finalidad perseguida por legislador (FJ 6.º).

¹⁹ Así, en el fundamento jurídico 8.º de la STC 19/1988, tras hallar una finalidad constitucional justificadora del art. 91 del Código Penal, proseguiría del siguiente modo el Tribunal Constitucional: «Fundamentada de este modo la privación de libertad, que no es instrumento para la consecución de ninguna finalidad exterior a la norma, el juicio de proporcionalidad que se nos plantea se ha de detener aquí, sin que nos sea posible... proceder a ulteriores indagaciones sobre la corrección de la opción concreta incorporada a la norma ni, por lo mismo, hacer declaración alguna en orden a hipotéticas formulaciones del precepto distintas de la actual y que, expresando una decisión igualmente legítima, acaso mitigasen o matizasen —cabe añadir ahora— la gravedad de la responsabilidad penal cuya validez se cuestiona».

²⁰ Así, en el fundamento 5.º B) de la STC 215/1994, y en relación con la autorización para la esterilización de los declarados incapaces mediando el consentimiento de sus representantes legales, se rechazó que pudieran considerarse menos drásticas e igualmente eficaces otras medidas alternativas como «la normal vigilancia de los guardadores de la incapaz en orden a prevenir su gravedad y, en último término, el recurso al aborto». Un comentario de esta decisión ofrecen M. GARCÍA ARÁN, «Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 1995, págs. 99 y ss., y F. MUÑOZ CONDE, «La esterilización de deficientes psíquicos: comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2, 1995, págs. 185 y ss.

nado utilizándose precisamente como principal *ratio decidendi* la conculcación del principio de necesidad. Tal es el caso de la STC 141/1988, relativa al art. 57.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en cuya virtud no surtiría efecto ante los Tribunales ningún documento respecto del cual no se pudiera justificar el pago, la exención o la no sujeción a dicho impuesto. Restricción del derecho a la tutela judicial efectiva que fue, por lo tanto, calificada de desproporcionada, toda vez que el objetivo perseguido por la norma —la recaudación del impuesto— «podría lograrse por otros medios, entre los que cabría incluir la simple obligación por parte del juez de comunicar a la Administración tributaria la existencia del documento sin liquidar» (FJ 7.º); razón por la cual sería la disposición también considerada lesiva de los derechos a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba, ya que, aun cuando las consecuencias a este respecto no eran tan graves como en relación con el derecho a la acción, resultaba, asimismo, «una limitación innecesaria al ejercicio de derechos reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución, pues, como hemos señalado, la finalidad de la medida puede conseguirse sin afectar a los mencionados derechos» (FJ 8.º). En esta línea, también jugó un papel relevante el juicio de necesidad en la STC 113/1989 en la declaración de inconstitucionalidad del art. 22 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, ya que prohibía el embargo de las prestaciones de forma incondicionada, y no en la cuantía imprescindible para asegurar el mínimo económico vital de los embargados (FJ 3.º); cuantía que era la restricción menos gravosa susceptible de limitar lícitamente el derecho a la tutela judicial efectiva. Y, en fin, el principio de necesidad también influyó en el fallo de la STC 178/1985, toda vez que el Pleno optó por dar una interpretación conforme a la Constitución de diversos preceptos de la LEC reguladores del arresto del quebrado al objeto de garantizar que el mismo sólo se dilatase durante el tiempo indispensable (FFJJ. 3.º y 4.º).

Por lo que concierne al *principio de proporcionalidad en sentido estricto*, y en consonancia con los contornos más difusos que definen a este tercer integrante del principio de proporcionalidad en sentido amplio, cabe detectar su relativamente frecuente uso como instrumento de control del legislador. Ya en la STC 196/1987, en la que se ventiló la posible inconstitucionalidad de la norma que impide al detenido o preso incomunicado nombrar libremente abogado, se recogió el mismo de acuerdo con su formulación clásica. En efecto, una vez que se concluyó que la aludida restricción hallaba justificación en la salvaguarda de bienes constitucionalmente protegidos, tales como la defensa de la paz social y de la seguridad ciudadana (arts. 10.1 y 104.1 CE), prosiguió el Tribunal: «... la limitación temporal del detenido incomunicado en el ejercicio de su derecho de libre designación de abogado, que no le impide proceder a ella una vez haya cesado la incomunicación, no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada, sino de conciliación ponderada del derecho de

asistencia letrada —cuya efectividad no se perjudica— con los valores constitucionales citados, pues la limitación que le impone a ese derecho fundamental se encuentra en relación razonable con el resultado perseguido, ajustándose a la exigencia de proporcionalidad de las leyes» (FJ 7.º). Control de la existencia de una «relación razonable» entre el fin perseguido por el legislador y la limitación que sufre el derecho que, como se ha adelantado, con diversa formulación y diferente alcance, se ha ejercitado a menudo por el Tribunal Constitucional en los procesos de control de constitucionalidad de las Leyes²¹, sirviendo en ocasiones como principal o único argumento para declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas²². En este sentido, la STC 199/1987 se vale del principio que nos ocupa para considerar contrario a la Constitución el art. 21.1 de la Ley Orgánica 9/1984, relativo a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, por cuanto el mismo obligaba al órgano judicial a ordenar el cierre provisional del medio de difusión en caso de que admitiese la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal. A juicio del Tribunal Constitucional, dicha restricción resultaba «evidentemente desproporcionada al mero hecho de la admisión de una querrela criminal», toda vez que el precepto «no permite una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego, mantenimiento de la seguridad pública y libertades de expresión e información, pues una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades, las cuales, además, tienen efectos

²¹ Así, por ejemplo, además de las citadas en el texto, las SSTC 142/1993 (FJ 10.º), 158/1993 (FJ 5.º), 215/1994 (FJ 4.º b) y 48/1995 (FF.JJ. 3.º y 4.º).

²² En algún supuesto, aun tratándose de sentencias recaídas en vía de amparo, la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto puede operar, siquiera mediatamente, como una técnica susceptible de reducir enérgicamente la libertad de configuración política que al legislador atañe. Así, en la STC 111/1993, se otorgó el amparo al considerarse que un Tribunal ordinario, al efectuar una interpretación extensiva del art. 321.1 del Código Penal, había vulnerado el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). Pues bien, en el fundamento jurídico 5.º se sostuvo, en relación con la identificación del «título» cuya carencia sirve para tipificar el delito de intrusismo, que el mismo debía referirse a un «título oficial», con lo que quedaría reservado el ámbito de dicho precepto a aquellas profesiones que inciden en bienes jurídicos de la máxima relevancia —vida, integridad corporal, libertad y seguridad—. En este mismo fundamento proseguiría el Tribunal: «En tanto que la protección y control de aquellas profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor entidad —cual es, sin duda, el caso del patrimonio inmobiliario— quedarían, respectivamente, satisfechas, en su caso, mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial para su ejercicio, y con la mera imposición, en su caso, de una sanción administrativa a quienes realizaren «actos propios» de las mismas sin estar en posesión de dicha capacitación. Ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario que no responda sino a intereses privados o colegiales, legítimos y respetables, pero insuficientes por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal como la aquí aplicada. Incurriendo, así, en una vulneración del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena que es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución configura (art. 1.1 CE)». Huelga insistir en que, al menos con base en los términos empleados por la Sala, la imposibilidad de penalizar dicho supuesto, lejos de circunscribirse a los Tribunales ordinarios en relación con el concreto art. 321.1 del Código Penal aplicado, parece extenderse al propio legislador en virtud del principio de proporcionalidad, al contar éste con un anclaje constitucional directo en la cláusula del Estado de Derecho, el cual operaría, además, de forma autónoma, esto es, sin necesidad de ponerlo en conexión con algún derecho constitucionalmente consagrado.

que trascienden al presunto imputado, y afectan a personas sin conexión alguna con el hecho presuntamente delictivo, existiendo medios adecuados en el ordenamiento para asegurar medidas cautelares que no supongan esa limitación de las libertades de expresión e información» (FJ 12.º). Se trata, en definitiva, con este principio, tal y como se encargaría de precisar la STC 76/1996 al extender al legislador la doctrina vertida inicialmente en la STC 66/1995, de determinar si la medida legislativa es proporcionada «por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (FJ 2.º)²³.

* * *

Esta rápida incursión por la jurisprudencia constitucional recaída con anterioridad a la STC 55/1996 pone de manifiesto, tal y como habíamos adelantado, una escasamente sistemática utilización del principio de proporcionalidad al enjuiciar la actividad del legislador. Empleo del principio que, por lo demás, generó frecuentes disensiones en el Pleno²⁴, lo cual, tal vez —puede especularse—, lejos de ser una circunstancia puramente azarosa, no sea sino reflejo de una de las principales debilidades que suele imputarse a esta técnica de control, a saber: dejar un excesivamente amplio margen de maniobra a disposición del intérprete, lo que, evidentemente, resulta tanto más delicado cuando se emplea frente al legislador. En efecto, tradicionalmente se ha puesto el acento en las dificultades que encierra llevar a cabo un control de la proporcionalidad de las leyes y, al tiempo, elidir el riesgo de que el juez constitucional se interfiera en el ámbito funcional que corresponde al poder legislativo. De hecho, desde los primeros momentos en que la jurisprudencia extendió al legislador la subordinación al principio de proporcionalidad, se alzaron voces críticas al respecto sobre la base de la imposible permutabilidad de los conceptos jurídico-constitucionales y administrativos entre sí. Desde este prisma, trasladar al legislador una técnica nacida en el Derecho Administrativo, especialmente en materia de policía, supondría partir de una concepción capitidismínuida de éste según la cual se limita a ser un mejor ejecutor de la Constitución, con lo cual, *pari passu*, se estarían ignorando su verdadera naturaleza y su genuina función en la estructura de poderes diseñada por el texto constitucional, en cuanto órgano dotado

²³ En esta STC 76/1996 se trataba de enjuiciar si vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva el art. 110.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual: «La interposición de recurso contencioso-administrativo contra actos que ponen fin a la vía administrativa requerirá comunicación previa al órgano que dictó el acto impugnado». El interrogante sería resuelto por el Tribunal Constitucional inclinándose por una sentencia interpretativa, en cuya virtud el precepto podía considerarse constitucional si se interpretaba a la luz del principio de proporcionalidad en sentido estricto y, en consecuencia, se entendía que la omisión de la comunicación previa era un defecto subsanable.

²⁴ Ciertamente, se formularon votos particulares a un porcentaje bastante elevado de las sentencias analizadas de ese período: SSTC 196/1987, 142/1993, 158/1993, 215/1994 y 48/1995.

de una libertad de configuración política que no puede ser usurpada por el juez constitucional²⁵.

Pero las objeciones que se han dirigido contra su utilización frente al legislador afectan, muy especialmente, al tercero de sus componentes, el principio de proporcionalidad en sentido estricto. En este sentido, se ha afirmado que, mientras los principios de adecuación y necesidad son metodológicamente correctos, al permitir que los límites sean controlables racionalmente de acuerdo con unos criterios generalizables, la ponderación de los intereses públicos y privados inherente al principio de proporcionalidad en sentido estricto es, por naturaleza, difícilmente controlable jurídicamente, por lo que dicha tarea debe confiarse por entero al proceso político²⁶. Carencia de unas pautas firmes y estables que permitan una cierta previsibilidad en la utilización de este subprincipio que, desde diversas perspectivas, ha sido frecuentemente destacada por la doctrina, hasta el punto de llegar a considerarla una «fórmula vacía» que requiere, consiguientemente, ser provista de contenido por el órgano que procede a su aplicación²⁷. Así, en la distinción conceptual formulada por Karl LARENZ, mientras que los principios de adecuación y necesidad pueden encuadrarse entre los «principios con forma de preceptos» (*rechtssatzförmige Prinzipien*), el principio de proporcionalidad en sentido estricto habría de englobarse en la categoría, tanto más usual, de los «principios abiertos» (*offene Prinzipien*)²⁸; siendo así que estos últimos, carentes de carácter normativo, se conciben como ideas directrices de las que no es dable extraer inmediatamente decisiones para resolver los casos concretos, pues éstas requieren su concretización en la ley o por la jurisprudencia, en tanto que los integrantes de la primera categoría citada condensarían reglas aplicables directamente, de tal modo que los mismos no serían tan sólo *ratio legis*, sino *lex misma*²⁹.

Esta conceptualización del principio de proporcionalidad en sentido estricto como «principio abierto», u otras similares³⁰, revela con claridad la

²⁵ En esta línea, la bien urdida crítica de Ernst FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial* (trad.: López Guerra y Nicolás Muñiz), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 231-247.

²⁶ Bernhard SCHLINK, «Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion», *EuGRZ*, 1984, pág. 462.

²⁷ De ahí que, para GAVARA DE CARA, deba «ser entendido como un principio formal a partir del cual no se deriva ningún contenido material para el control de constitucionalidad» (*Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, pág. 310).

²⁸ *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer-Verlag, Berlin, 1983, pág. 462.

²⁹ Sin embargo, las fronteras que deslindan ambas categorías de principios no pueden trazarse diáfananamente, caracterizándose, antes bien, por su carácter difuso, toda vez que no se puede determinar con precisión cuál es el punto a partir del cual un principio ha de entenderse lo suficientemente concretizado como para considerarlo un «principio con forma de precepto» (idem, pág. 461).

³⁰ Así, por ejemplo, podría relacionarse con los que Josef ESSER califica de «principios inmanentes o informativos». Éstos, a diferencia de los «principios necesarios o normativos», no constituyen Derecho material respecto de los particulares, ya que, para ello, precisan de su ulterior positivación, sino que actúan como *guides (sic)*; pueden, en consecuencia, obligar al legislador operando como directivas e, igualmente, son susceptibles de obligar a los jueces a crear, a partir del principio constitucional, Derecho material inmediatamente aplicable (*Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1990, págs. 69 y ss., en especial pág. 75).

tensión entre el legislador y el juez constitucional que es susceptible de llevar aparejado el control de la proporcionalidad de las leyes limitadoras de los derechos fundamentales. Pues, ciertamente, cuando el juez constitucional procede a analizar si se encuentran en una «relación razonable» el límite del derecho y el objetivo perseguido con su establecimiento por el legislador, y dada la ausencia de criterios materiales preestablecidos encauzadores de dicha tarea, la misma se acomete mediante la formulación de diferentes puntos de vista, consideraciones, etc., que sirven de pautas orientadoras de la decisión, y en cuya selección el intérprete dispone de un elevado margen de libertad. Desde esta perspectiva, el principio que nos ocupa se configura como una «argumentación abierta»³¹, o para decirlo con los términos empleados por Eberhard GRABITZ, si los principios de adecuación y necesidad son «reglas de decisión», los puntos de vista que el juez constitucional utiliza al desempeñar el control del tercer integrante del principio de proporcionalidad no constituyen sino «reglas de procedimiento» (*Verfahrensregeln*)³². En definitiva, pueden sintetizarse del siguiente modo los rasgos peculiares del reiterado subprincipio que intensifican la potencial porosidad de las fronteras que separan las funciones del legislador y del juez constitucional: el hecho de tratarse de una cláusula general dotada de contornos difusos; la circunstancia de constituir un principio de carácter formal, en cuanto no es portador de ningún criterio acerca de su contenido que permita llegar a una predecible decisión; y, de resultas de lo anterior, el dato de que, en la práctica, el *test* puede resolverse en una ponderación de los diversos *topoi* que el aplicador del Derecho tenga a bien tomar en consideración para la elucidación del caso³³.

No es de extrañar, pues, que, ante tales reticencias, el Tribunal Constitucional extremase las prevenciones y cautelas cuando, en la STC 55/1996 (Ponente: Viver i Pi Sunyer), se sumergió, por vez primera frontalmente, en un completo análisis del principio de proporcionalidad como técnica de control del legislador³⁴. La cuestión debatida en esta sentencia se concentraba en la proporcionalidad de las penas; en concreto, de la que el legislador había previsto para el objetor de conciencia que rehusase cumplir la prestación social sustitutoria (art. 2.3 LO 8/1984). Se trataba de una materia que ya había sido abordada en sede constitucional, y respecto de la cual se había tendido a reconocer un generoso margen de maniobra a la Ley. Es más; inicialmente, se titubea incluso acerca de la consagración constitucional del principio de proporcionalidad de la pena,

³¹ Volker NEUMANN, «Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik», *DVBl.*, 112, 1997, núm. 2, pág. 100.

³² «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 98, Heft 4, 1973, pág. 583.

³³ Véase Lothar HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, págs. 75-77, 212, 226-231 y 246-247.

³⁴ Un comentario a esta sentencia ofrece M. MEDINA GUERRERO en *La Sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 318 y ss.

llegándose a la convicción de que la misma no se halla en el art. 25.1 CE, por lo que no existe «un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito» (STC 65/1986, FJ 3.º, *in fine*). Así pues, en este contexto, vino a afirmarse que, en línea de principio, «el juicio sobre la proporcionalidad de la pena... es de competencia del legislador» (*ibidem*)³⁵. A partir de entonces se consolida la tesis de que constituye, esencialmente, una cuestión que queda a disposición de la Ley, salvando unos hipotéticos supuestos extremos: «... el problema de la proporcionalidad entre pena y delito —puede leerse en el fundamento jurídico 6.º de la STC 160/1987— es competencia del legislador en el ámbito de su política penal, lo que no excluye la posibilidad de que en una norma penal exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia y la dignidad de la persona humana...»³⁶.

En suma, a las consideraciones generales expuestas líneas arriba venía a sumarse la concreta doctrina recaída en la materia, caracterizada, como hemos visto, por considerarla básicamente una cuestión de «política criminal» y, por ende, atribuir un amplio margen de maniobra al legislador al respecto. La STC 55/1996 debió, en consecuencia, satisfacer dos objetivos difícilmente conciliables: de una parte, profundizar en la delimitación dogmática del principio de proporcionalidad en consonancia con los parámetros ya ampliamente extendidos entre los países de nuestro entorno; pero, de otro lado, había de preservar el libre ámbito de decisión del legislador frente a un excesivamente penetrante control de proporcionalidad. A tal propósito, la reiterada sentencia vino, en primer lugar, a subrayar la diferente virtualidad que adquiere, con carácter general, el principio de proporcionalidad cuando se utiliza para enjuiciar las leyes, deteniéndose con cierta morosidad en trazar «los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal». Tras declarar que «el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática», y tras recordar el concepto de

³⁵ El hecho de que la STC 65/1986 se dictase en vía de amparo explica que el Tribunal Constitucional se centrara en analizar si la quiebra del principio de proporcionalidad de las penas pudo entrañar la vulneración de algún derecho fundamental. No obstante, en términos inseguros, no dejó de hacer algunas consideraciones acerca de otros eventuales anclajes constitucionales del mismo: «Problema distinto sería examinar si el principio de proporcionalidad de la pena puede considerarse consagrado por otros preceptos constitucionales. Especialmente los que constituyen a España como Estado de Derecho y proclaman la justicia como valor superior de su ordenamiento jurídico (art. 1) y el que establece que la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10) podrían invocarse como argumentos a favor de que nuestra Constitución consagra esa idea de la proporcionalidad de la pena» (FJ 2.º).

³⁶ También en la STC 150/1991 se recoge la idea de que, en principio, la cuestión entra en el ámbito de la «política criminal» (FJ 4.º), que al legislador atañe, lo que se traduce en la práctica en un control muy laxo sobre la alegada desproporción de las penas. Asimismo, en esta línea, la STC 24/1993 (FJ 5.º), aunque referida a la proporcionalidad entre las medidas de seguridad aplicables a los enajenados y las penas que corresponden a quienes no gozan de esta eximente.

Constitución como ordenamiento marco³⁷, con cita de la STC 11/1981, afirmarí­a el Pleno: «La posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de aplicar e interpretar las leyes. Como acabamos de recordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas» (FJ 6.º)³⁸.

Pues bien, esta muestra de autocontención del Tribunal va a ponerse asimismo de manifiesto, de forma específica, en relación con aquellos subprincipios cuya conculcación sostuvieron los órganos judiciales promotores de las diversas cuestiones de inconstitucionalidad que están en el origen de la STC 55/1996. Dado que no se dudó de la idoneidad de la medida, el Tribunal abordaría, en primer término, el juicio de necesidad, procurando mitigar el rigor de esta «regla decisión» que, concebida en sus estrictos términos, conduciría a un control del legislador tan severo³⁹ que llegaría a anular su libertad de conformación política⁴⁰. «Que la realiza-

³⁷ La comprensión de la Constitución como ordenamiento marco constituye, muy probablemente, la principal técnica empleada por el Tribunal Constitucional para deslindar funcionalmente su actividad jurisdiccional frente a la propia del legislador; técnica que es utilizada de forma recurrente desde que hizo su temprana aparición en la STC 4/1981 (sobre el particular, véase J. PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 78 y ss.). La misma permite justificar el reconocimiento de un amplio margen de maniobra en beneficio de aquél en la concretización de las disposiciones constitucionales (respecto del alcance de la función concretizadora de la Constitución que al legislador atañe, puede consultarse P. CRUZ VILLALÓN, «¿Reserva de Constitución?», *REDC*, núm. 9, pág. 202, así como la recensión del libro de BÖCKENFÖRDE hecha por M. MEDINA GUERRERO, *REDC*, núm. 41, págs. 323 y ss.).

³⁸ Ciertamente, no puede concebirse la función del legislador democrático como equiparable a una pura «ejecución» de la Constitución —como si ésta gozara del mismo grado de precisión y certeza que la Ley, y el ámbito de decisión de aquél coincidiese con el de la discrecionalidad administrativa—, pues ello mermaría la libertad de configuración política que por naturaleza le corresponde, la cual, en buena medida, sería hecha suya por el juez constitucional. Pero tampoco puede considerarse que el legislador se limite a «aplicar» la misma, ya que, aun cuando esto entraña reconocer un espacio de libertad más amplio que el definitorio de la «discrecionalidad legislativa» que subyace tras la concepción de la ley como ejecución de la Constitución, ésta seguirá representando un «impulso» material primario que, para decirlo con los términos de José Joaquim GOMES CANOTILHO, justificaría calificar a la actividad legislativa como «una aplicación normativamente vinculada de las determinaciones constitucionales» (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, 1982, pág. 217). La función del legislador, por tanto, en relación con los preceptos abiertos y, consecuentemente, dotados de escasa densidad normativa, es más propiamente la de «conformar» la Constitución, entendiéndose por tal una actividad políticamente creadora, en el sentido de que dispone de un amplio margen de libertad para ponderar, valorar y elegir los fines de tales preceptos constitucionales y adoptar las decisiones pertinentes (J. J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, pág. 218).

³⁹ Pues, de acuerdo con su formulación literal, exclusivamente una sería la medida «necesaria» (en este sentido, Lotha HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, págs. 58 y 246; Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pág. 462).

⁴⁰ De ahí que, partiendo de la opinión de Hans SCHNEIDER según la cual el control debería ceñirse a constatar si la decisión del legislador es manifiestamente errónea («Zur Verhältnismässigkeit-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen», pág. 397), se haya mantenido que, en efecto, de este modo, «conciendo la Constitución como marco fuera del cual se hallarían las opciones claramente desme-

ción del juicio de necesidad compete al legislador —se afirma en el fundamento jurídico 8.º— es una afirmación que ya hemos reiterado y justificado, al igual que la del amplio margen de libertad de que goza y que deriva, no sólo de la abstracción del principio de proporcionalidad... y de la reseñada complejidad de la tarea, sino también y sobre todo de su naturaleza como “representante en cada momento histórico de la soberanía popular” (SSTC 11/1981 y 332/1994)». Por eso, prosigue el Tribunal, «el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza...»; de tal modo que sólo si «resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento».

De modo semejante se pronuncia la STC 55/1996 respecto del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Tras recordar que «este juicio corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa», proseguiría el fundamento jurídico 9.º: «Sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional».

«Sacrificio *patentemente* innecesario de derechos»; supuestos en los que «resulta *evidente la manifiesta* suficiencia de un medio alternativo»; «desequilibrio *patente* y excesivo o irrazonable»: al control de la evidencia parece circunscribir su función el juez constitucional al utilizar como parámetro de la constitucionalidad de las leyes los principios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Únicamente la transgresión de ese límite extremo que se condensa en «lo manifiesto» parece justificar la revisión de la producción legislativa. Sin embargo, pese a ser tantas las cautelas, aún cabría preguntarse por la aptitud de estas directrices jurisprudenciales para disipar el riesgo de injerencia en la esfera que debe preservarse al legislador⁴¹. Aunque tal vez sea otro el interrogante: ¿Es verdaderamente indispensable una técnica —potencialmente predispuesta a la creación de zonas de penumbra entre los terrenos del legislador y del juez constitucional— para evitar que aquél, so pretexto de concretizar sus im-

suradas, en cuanto excesivamente onerosas, el legislador no estaría forzado a hallar la única solución indispensable, sino que se movería con cierta libertad entre una diversidad de alternativas todas ellas merecedoras potencialmente de ser consideradas indispensables, adquiriendo definitivamente tal carácter aquella específica elegida por el legislador al concretizar el límite del derecho» (M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, pág. 140).

⁴¹ En opinión de Hans SCHNEIDER, la jurisprudencia sobre el control de constitucionalidad de las leyes sí alcanza un «estándar maduro» con aquellas sentencias que se limitan a controlar si, de un modo evidente, el legislador se ha apartado de las exigencias de la proporcionalidad («Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen», pág. 400).

prescindibles límites, termine vaciando de contenido a los derechos fundamentales?

Pues bien, la asunción de determinadas concepciones doctrinales acerca del contenido de los derechos fundamentales resulta muy difícil de coherente con el reconocimiento de la aplicabilidad general del principio de proporcionalidad como instrumento destinado a asegurar la vinculación efectiva del legislador a aquéllos. Así sucede con las posiciones próximas a la concepción estricta de los derechos fundamentales⁴², como la sustentada por Ignacio DE OTTO, quien no plantea todo el problema de la articulación de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos entre sí en términos de «límites», sino de «delimitación» del contenido del pertinente derecho, puesto que —a su juicio— el contenido de la protección que éste brinda no es tan sólo el que resulta de la norma que lo reconoce, sino el que viene dado por la articulación de esa norma con las restantes de la Constitución de la que forma parte en pie de igualdad y que pueden incidir sobre la porción de realidad a la que el derecho se refiere. Así pues, sólo pueden reputarse verdaderos límites aquellas restricciones de dicho contenido que el legislador instaura operando desde el exterior del derecho con efecto constitutivo, esto es, estableciendo una limitación del derecho que de otro modo no tendría. Por el contrario, al analizar las restricciones de los derechos destinadas a proteger otros derechos o bienes constitucionales, no se está, en realidad, indagando acerca de unos auténticos «límites», sino que, en puridad, se están abordando unos problemas de interpretación unitaria y sistemática de la Constitución, en los que no es precisa ponderación alguna de bienes y de valores, ni, consiguientemente, jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado de cada una de esas normas. Engastados, en suma, esos mal llamados «límites» en el propio «contenido» del derecho, bastará, por tanto, con ahondar en la interpretación de ese «estricto contenido» para excluir ya, de una vez por todas, del «ámbito protegido» del mismo determinadas conductas, sin necesidad de plantear formalmente colisión alguna entre el derecho concernido y otros bienes o derechos de naturaleza constitucional, deviniendo así, *pari passu*, improcedentes buena parte de los instrumentos destinados a la protección de los derechos fundamentales frente a las intromisiones ilegítimas, incluyendo entre ellas —claro está— el principio de proporcionalidad. En suma, en estos supuestos de restricciones incardinadas a la salvaguarda de otros derechos o bienes constitucionales, es únicamente la identificación del contenido esencial del derecho fundamental afectado lo que garantiza la preservación de éste frente al legislador⁴³.

⁴² Sobre la distinción entre concepción estricta y concepción amplia de los derechos puede consultarse Robert ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducido por Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 298 y ss.

⁴³ Ignacio DE OTTO Y PARDO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución», en *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, *passim*, especialmente págs. 125 y ss.

Naturalmente, desde esta perspectiva estricta del contenido de los derechos, o desde otras afines basadas en el rechazo del tópico «de la necesaria fundamentación de todo “límite” legislativo de un derecho fundamental en la causa o fin de proteger otro derecho o bien del mismo rango»⁴⁴, la aceptación generalizada del principio de proporcionalidad prácticamente resulta «inconciliable con la libertad de configuración del legislador»⁴⁵. Más allá de la garantía del contenido esencial, no puede admitirse ninguna constricción innecesaria de su autonomía, ya que, «si así no fuera, la legislación quedaría privada, sin más, de todo contenido político o decisorio; el legislador no sólo tendría que respetar el contenido esencial del derecho, sino, con carácter previo, justificar su ordenación en la positiva defensa o garantía de otro derecho o bien de valor constitucional: la legislación se reduciría a la exégesis de la Constitución. Las cosas no son así, obviamente, y la Constitución no ha venido a sustituir, tampoco en este punto, la política por el reino del Derecho»⁴⁶. Pero si ya la tarea de hallar un fin constitucional justificador del límite viene a desvaír la línea que separa a la política y al Derecho, el enjuiciamiento de la ley con base en el principio de proporcionalidad se desarrolla inmerso en la incertidumbre, toda vez que se opera con unas “pérdidas” y “ganancias” que, en lo jurídico, no son racionalmente mensurables y que apenas dejan margen —esto es lo que importa— a la argumentación y contraargumentación según criterios dotados de alguna objetividad»⁴⁷.

3. ¿LA VINCULACIÓN EFECTIVA DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, QUE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PROPICIA, SE HALLA EN RELACIÓN RAZONABLE CON EL POTENCIAL RIESGO DE MERMAR SU LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN POLÍTICA INHERENTE A DICHA TÉCNICA?

Ciertamente, no puede negarse que las posiciones aludidas identifican acertadamente las debilidades que muestra el principio de proporcionalidad —en especial, el tercero de sus componentes— en cuanto técnica apta para proveer al operador jurídico de unas pautas lo suficientemente predecibles y ciertas, de cuya aplicación casi mecánica cupiera esperar, por ende, el hallazgo de la medida «correcta», con el subsiguiente riesgo de

⁴⁴ J. JIMÉNEZ CAMPO, «Comentario al art. 53 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir.: O. Alzaga), vol. IV, Edersa, Madrid, 1996, pág. 484.

⁴⁵ J. JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, pág. 479.

⁴⁶ J. JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, pág. 485.

⁴⁷ J. JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, pág. 488, en donde prosigue: «Por juiciosa que sea, la conclusión sobre la proporción o desproporción de la ley es sólo una opinión, sustraída, en cuanto tal, a cualquier réplica que no sea la opinión contraria. Las cosas no son exactamente así en el debate argumentado que exige la noción de “contenido esencial”, con la que la Constitución evoca un mundo de cultura jurídica que permite una aproximación, cuando menos, a su reconstrucción objetiva».

sustitución de la decisión del legislador por la del juez constitucional. Aún más: tras ellas subyace una plausible preocupación tanto por reafirmar la centralidad de los derechos fundamentales allá donde se cuestione la constitucionalidad de una injerencia estatal en los mismos, como por profundizar en la depuración dogmática de su contenido. Inquietud que se asienta sobre la constancia de que, cuando se opera con el principio de proporcionalidad, «el juicio acerca de la constitucionalidad de la limitación ha de hacerse *tan sólo a partir de la relación entre ésta y el bien cuya protección se persigue* (juicio de exigibilidad o juicio de proporcionalidad) y no, o no principalmente, a partir del derecho que resulta limitado»⁴⁸. De ahí que, por esta vía, sea poco lo que puede avanzarse en la delimitación dogmática de su ámbito constitucionalmente protegido, toda vez que «el contenido del derecho no desempeña ningún papel material o sustantivo, sino puramente procesal y argumental»; papel meramente argumental que deriva de la circunstancia de que «el fundamento de la constitucionalidad de la limitación no es realmente un juicio acerca del contenido esencial del derecho, sino un juicio acerca del propio límite, sin que el discurso se apoye en el examen del derecho afectado...»⁴⁹.

Se pone, así, el punto de mira en otro de los denunciados flancos abiertos que el principio de proporcionalidad ofrece a la crítica, si bien, como comprobaremos sin dilación, antes que a esta técnica en sí misma considerada, deba imputarse tal deficiencia a una incorrecta aplicación del principio nada infrecuente en la práctica⁵⁰. Se arguye, en efecto, que a menudo se soslaya su carácter de directriz de enjuiciamiento puramente accesoria, en cuanto sólo puede operar en necesaria conexión con unas concretas posiciones jurídicas o facultades constitutivas del derecho y con unas igualmente específicas exigencias de intervención por parte del Estado. Y, de resultas de esta inatención, ante cualquier caso aparente de derechos fundamentales, el operador jurídico puede tender a aplicar inmediatamente el principio de proporcionalidad, sin parar mientes en comprobar previamente, como sería lo pertinente, si la concreta posición afectada se halla protegida por algún derecho fundamental y cuál es el alcance de la protección que éste le brinda. De este modo, se invierten los términos del procedimiento metodológicamente correcto: no se parte de un análisis dogmático del ámbito de cobertura del derecho pretendidamente concernido, para, en su caso, proceder a continuación a la utilización de este «límite de los límites»; se comienza, precisamente, con la aplicación del principio de proporcionalidad al supuesto de hecho para derivar de aquí

⁴⁸ Ignacio DE OTTO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», *op. cit.*, pág. 129 (en cursiva en el original).

⁴⁹ Ignacio DE OTTO, *ídem*, pág. 131.

⁵⁰ Utilización inadecuada, especialmente por parte de la jurisdicción ordinaria, que es síntoma —por así llamarla— de una «crisis de desarrollo» que se experimenta cuando el principio, una vez superadas las iniciales resistencias e incertidumbres, comienza a ser empleado con habitualidad por los operadores jurídicos (sobre el particular, véase Rupert SCHOLZ, «Rechtsfrieden im Rechtsstaat», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 14, 1983, pág. 709).

determinadas posiciones jurídicas que, en cuanto válidas por proporcionales, se consideran ya sin mayor reflexión, por este solo hecho, integrantes del contenido del derecho, por más que este resultado no soporte la luz de una indagación dogmática mínimamente rigurosa acerca de la delimitación del derecho en cuestión⁵¹. El éxito en la implantación de la técnica de control que nos ocupa, si se manifiesta en la frecuente utilización de este heterodoxo *modus operandi* por parte de los operadores jurídicos, puede conllevar, en definitiva, el riesgo de una tendencia a la uniformación de los derechos fundamentales, pues abre la posibilidad de una nivelación de sus peculiares sustancias —que, por lo demás, pueden ser en mayor o menor medida ignoradas en la resolución del caso— a la altura que marque, indiscriminadamente, el principio de proporcionalidad⁵².

Pues bien, aun admitiendo que es dable que la argumentación centrada en el principio de proporcionalidad desemboque, ocasionalmente, en la preterición del propio contenido del derecho fundamental, no parece que esta eventualidad sea razón suficiente para negar su virtualidad como instrumento de control del legislador. Y ello porque, según anticipamos, esta deficiencia no es achacable a la técnica en sí, sino a un inadecuado uso de la misma. En efecto, si se quiere proceder a una correcta articulación del juicio de proporcionalidad, la tarea inicial que debe emprenderse con carácter previo es la de determinar si la concreta facultad o posibilidad de actuación objeto de la restricción se halla bajo el ámbito de cobertura de algún derecho fundamental y, si es así, cuán intensa es la protección que, *ab initio*, el mismo le dispensa. Consiguientemente, y con independencia de si se acomoda o no la práctica a este parámetro, el principio de proporcionalidad no sólo no excluye u obstaculiza el análisis dogmático sobre el alcance del contenido del derecho, sino que, de hecho, presupone la necesidad de comenzar precisamente procediendo a su delimitación⁵³. Y, de nuevo, la STC 55/1996 ha venido muy oportunamente a insistir en que éste es el procedimiento metodológico adecuado, para lo cual ha debido subrayar el carácter estrictamente accesorio de la técnica que desde hace ya algún tiempo nos ocupa: «En primer lugar —puede leerse en su

⁵¹ En este sentido, Rupert SCHOLZ, *idem*, págs. 709 y 710.

⁵² Georg RESS sintetiza la posición sostenida al respecto por la doctrina alemana, deteniéndose especialmente en las opiniones de Bernhard SCHLINK y Jürgen SCHWABE («Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht», *op. cit.*, págs. 7-9).

⁵³ Así, se ha afirmado en esta línea: «Que la primera cuestión dogmática que debe resolverse en toda controversia sobre derechos fundamentales es la determinar hasta dónde alcanza el contenido del derecho y no hasta dónde puede ser limitado, es una aseveración que puede suscribirse sin atisbo de duda. La diferencia a estos efectos entre la concepción estricta del contenido del derecho y la amplia reside fundamentalmente en una cuestión de grado, de intensidad: mientras que la primera, frente a cualquier duda acerca de si una situación se halla o no protegida por el derecho, opta por inquirir en su contenido para declararla de una vez por todas incluida o excluida de la cobertura del mismo; la segunda prefiere interpretar extensivamente el derecho, entendiéndolo así que dicha situación sí se encuentra *a priori* amparada, para, posteriormente, mediante la aplicación de los límites que procedan, pronunciarse definitivamente acerca de si se ha producido una injerencia ilícita o, por el contrario, si la intromisión, en cuanto justificada, no vulnera el derecho en cuestión» (M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, pág. 93).

fundamento jurídico 3.º—, debe advertirse que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales... y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad». Y el Tribunal, tras recordar que es en el ámbito de los derechos fundamentales donde resulta especialmente aplicable, apostillaría que, «en todo caso, como queda dicho, siempre deberá indagarse no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción». Por lo demás, la virtualidad de enfatizar este carácter accesorio del principio al objeto de apuntalar la centralidad del contenido de los derechos en el control de constitucionalidad de los límites hizo sentir de inmediato sus efectos en esta misma sentencia: el solo análisis previo del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad ideológica—dado que concluyó con la consideración de que el mismo no cubría, *ab initio*, el supuesto en cuestión— hizo innecesario, no ya que llegara a articularse el juicio de proporcionalidad, sino que ni tan siquiera se abordase el *prius* lógico consistente en identificar la finalidad perseguida por la norma cuestionada (FJ 5.º).

Pero es que, además, el papel que desempeña el contenido de los derechos fundamentales no tiene por qué terminar necesariamente aquí. El hecho de que, a partir de entonces, entre en juego el *test* de la proporcionalidad no impide que en última instancia opere, como cláusula de cierre del sistema de los «límites de los límites», la garantía del contenido esencial, concebido éste, de acuerdo con la teoría absoluta⁵⁴, como aquella parte nuclear del derecho que resulta plenamente resistente frente a la acción del legislador⁵⁵, por más que éste atine con el diseño de un límite

⁵⁴ Sobre las teorías absoluta y relativa de la garantía del contenido esencial, *vid.* GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, págs. 272-322; A.-L. MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, págs. 19-32.

⁵⁵ Naturalmente, esto implica aceptar que, junto al «contenido esencial» del derecho, caracterizado por su absoluta intangibilidad, coexiste un «contenido no esencial» que, aunque integrante del «contenido total» inicialmente protegido, resulta, no obstante, accesible al límite proporcional (*vid.* STC 196/1987).

proporcional⁵⁶. En definitiva, la argumentación pertinente para resolver los casos de límites de derechos fundamentales, aunque presidida en su fase central por el principio de proporcionalidad, es susceptible de comenzar y terminar, justamente, con la toma en consideración y el subsiguiente análisis aislado del ámbito por ellos protegido⁵⁷.

De otra parte, y entramos ya en otro orden de cosas, no parece que el principio de proporcionalidad entrañe un riesgo tan intenso —hasta el punto de hacerse inaceptable— para el margen de libre conformación política definitorio del legislador. Desde luego, como ya hemos señalado, es innegable que su uso como canon de constitucionalidad es susceptible de convertir en especialmente difusas las fronteras que separan al legislador y al juez constitucional; mas, frente a esta eventualidad, las opciones que se abren ante éste no es la de decidir si debe o no emplearse, sino, más propiamente, la de determinar en qué medida debe ser utilizado. El reiterado riesgo puede, pues, conjurarse o minimizarse mediante la depuración de los contornos del *test* que nos ocupa cuando se proyecta al legislador; o, para decirlo en otros términos, puede avanzarse en la consecución de dicho objetivo si al delimitar el alcance del principio de proporcionalidad el juez constitucional no desatiende la dimensión jurídico funcional que, obviamente, debería presidir toda interpretación de la Constitución⁵⁸. Pero esto ya lo sabe nuestro Tribunal Constitucional, según hemos comprobado al aproximarnos a la STC 55/1996. Es más: difícilmente podrá hallarse en la jurisprudencia un ámbito material en el que el Tribunal haya

⁵⁶ Para Ignacio DE OTTO, sin embargo, «la unidad de estos dos elementos en una teoría de los límites sólo puede producirse mediante una simple yuxtaposición...» en la cual es posible que un límite santificable con un juicio sólo económico sea condenable en el juicio desde el contenido esencial, y también a la inversa. Pero como cada uno de estos modos de razonar es en sí mismo completo —esto es, puede hacerse prescindiendo por entero del otro— la yuxtaposición no puede conducir, en ningún caso, a un juicio unitario sobre el límite: si decidimos que un límite está, económicamente, justificado por la protección de un bien constitucional, negar después la posibilidad del límite a partir del contenido esencial es tanto como admitir el carácter contradictorio de las normas constitucionales en juego y desconocer la que presta protección al bien sacrificando éste al derecho, porque eso es lo que se hace cuando tras reconocer que el límite sirve a la protección del bien se lo rechaza como contrario al contenido esencial del derecho» («La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», *op. cit.*, pág. 134, en cursiva en el original).

⁵⁷ Desde este punto de vista, «el control de la constitucionalidad de los límites debe efectuarse a lo largo de un procedimiento en el cual la superación de cada fase o etapa conduce a la siguiente, hasta agotar las tres que pueden identificarse: en la primera, se trata de desentrañar si la facultad pretendidamente menoscabada por la restricción forma parte o no del contenido total del derecho fundamental tal y como éste es delimitado por la Constitución; en caso afirmativo, habría de analizarse si el límite supera los juicios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto en que se proyecta el principio de proporcionalidad; y, finalmente, aun cuando la restricción sea, en efecto, proporcionada, aún debería resolverse si la misma ha de declararse inconstitucional por afectar, no a una facultad o posibilidad de actuación integrante del contenido normal del derecho, sino constitutiva del absolutamente intangible contenido esencial» (M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, pág. 170).

⁵⁸ Naturalmente, para la superación de los espinosos problemas que encierra la tarea de trazar una línea de separación diáfana entre el legislador y el juez constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales, además de la perspectiva «funcional», pueden utilizarse otras líneas de análisis. Así, Robert ALEXY añade el nivel de argumentación «material» y el nivel «metodológico-epistemológico» (*Teoría de los derechos fundamentales*, págs. 526-529).

afrontado con tanta decisión como en éste la tarea de definir hasta dónde llegan sus *límites jurídico-funcionales*⁵⁹. La necesidad de tomar en consideración estos límites, que encuentran su más inmediato soporte dogmático en el principio de separación de poderes, parte de la certidumbre de que el correcto desarrollo del texto constitucional —especialmente en lo que concierne a su concretización por el legislador— requiere que el juez constitucional se mantenga dentro del marco de las funciones que la Constitución le reconoce, evitándose así que, al socaire del control de la actividad de los restantes órganos del Estado, pueda usurpar las tareas que a éstos corresponde⁶⁰. Pues bien, la STC 161/1997, cuyo ponente fue nuevamente Viver i Pi Sunyer y versó asimismo sobre la proporcionalidad de las penas, ha venido a subrayar esta dimensión jurídico-funcional en la interpretación del principio de proporcionalidad, basándose en la comprensión de la separación de poderes como *principio organizador*, según la cual el reparto de las funciones del Estado entre los diversos órganos constitucionales ha de realizarse de modo tal que las diferentes competencias y tareas se asignen a aquellos que, en virtud de su estructura, de su proceso de toma de decisiones, etc., resulten legitimados y adecuados⁶¹; comprensión del principio que, por lo demás, ya había encontrado algún eco en la jurisprudencia constitucional⁶². Efectivamente, en el fundamento jurídico 11.º de la citada STC 161/1997 se insiste del siguiente modo en lo reducido de la revisión que puede desplegarse en torno a la necesidad del límite: «... ya hemos dicho que el control de este Tribunal Constitucional “tiene un alcance y una intensidad muy limitadas”, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido...»⁶³.

⁵⁹ Ya Horst EHMKE distinguió, junto a los principios jurídico-materiales, unos principios de interpretación jurídico-funcionales que afectan al reparto entre los diversos órganos constitucionales de las tareas de interpretar y desarrollar la Constitución («Prinzipien der Verfassungsinterpretation», *VVDStRL*, núm. 20, 1963, pág. 73).

⁶⁰ Konrad HESSE, «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», *Recht als Prozess und Gefüge*, Verlag Stämpfli & Cie., Bern 1981, pág. 262. Y es, precisamente, la atención a esos límites —señaladamente respecto del legislador— el componente esencial de su «principio de corrección funcional» (*Escritos de Derecho Constitucional*; trad.: P. Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1992, pag. 47; sobre el alcance de este principio hermenéutico, *vid.* V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, CEP, Madrid, 1997, págs. 39-41). Respecto de los límites jurídico-funcionales puede consultarse, además, el trabajo de Dieter GRIMM, «Verfassungsgerichtsbarkeit - Funktion und Funktionsgrenzen im demokratischen Staat», *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Band II, Beck, München, 1977, págs. 83 y ss., así como el libro de Gunnar FOLKE SCHUPPERT, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Athenäum, 1980.

⁶¹ Véase, por todos, Fritz OSSENBUHL, *Verfassungsrechtliche Grundfragen des Ländefinanzausgleich gem. Art. 107 II GG*, Nomos, 1984, pág. 104.

⁶² *Vid.* P. CRUZ VILLALÓN, en colaboración con M. MEDINA GUERRERO, «La Cour Constitutionnelle comme garante du principe de séparation des pouvoirs», *The 10th Conference of the European Constitutional Courts. Third Volume. Separation of Powers Regarding the Jurisdiction of the Constitutional Court*, Budapest, 1997, pag. 508.

⁶³ De otro lado, la STC 161/1997 enfatiza igualmente lo laxo del control en relación con el principio de proporcionalidad en sentido estricto: «... hemos de reiterar que la relación final que guarda la

En cualquier caso, mantenga o no el Tribunal esta línea jurisprudencial respetuosa con el margen de maniobra del legislador, cabría incluso sostener la —en principio paradójica— aseveración de que éste encuentra, en el fondo, una garantía de su libertad de configuración política, precisamente, en el empleo del principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad. Desde este prisma, la virtualidad del reiterado principio estriba no sólo en ser una técnica de control del legislador, sino en servir, asimismo, de instrumento de control del propio juez constitucional. A nadie se le oculta, ciertamente, que cuanto menos formalizado y canalizado está el proceso de aplicación del Derecho Constitucional, tanto mayor es el margen de maniobra del juez constitucional y, *pari passu*, la posibilidad de incidir en ámbitos funcionales ajenos⁶⁴. En este sentido, es evidente que el principio de proporcionalidad añade ciertas pautas, directrices, puntos de referencia, que, con independencia de su mayor o menor grado actual de depuración, coadyuvan a encauzar y predeterminar la argumentación del juez constitucional, que no tiene, así, por qué centrarse en exclusiva en la sola empresa de decidir, de una vez por todas, si una concreta conducta debe protegerse, o no, por integrár, o no, la «esencia» del derecho pretendidamente afectado. En consecuencia, la utilización del principio de proporcionalidad hace más visible —y previsible— la argumentación del juez constitucional a los ojos de la colectividad, facilitándose así que ésta desempeñe una tarea de supervisión que resulta imprescindible en relación con un órgano carente de control institucional⁶⁵.

Sea como fuere, y sobre la base de la incontrovertida máxima de Paracelso de que *dosis facit venenum*⁶⁶, es difícil resistirse a la tentación de poner fin a estas páginas recordando que, frente al legislador, «el principio de proporcionalidad reclama su utilización proporcionada»⁶⁷.

magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena es el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que, por ende, en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado» (FJ 12.º).

⁶⁴ Vid. Gunnar FOLKER SCHUPPERT, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, pág. 5.

⁶⁵ Josef ISENSEE, «Bundesverfassungsgericht - quo vadis?», *Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages*, Band II/1, Teil H, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, pág. 9. A este respecto, Horst EHMKE ya subrayó que la fuerza de persuasión de las construcciones jurídico-constitucionales, antes que del juez constitucional, dependen del consenso de los juristas y, en general, de la entera colectividad («Prinzipien der Verfassungsinterpretation», págs. 71 y 72). En esta línea, y en el marco de su teoría sobre la «sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución», Peter HÄBERLE ha señalado que los comentarios sobre jurisprudencia constitucional constituyen el contrapeso irrenunciable, desde el punto de vista de la separación de poderes y de división del trabajo, al «Derecho Constitucional pretoriano» de la jurisdicción constitucional («Recht aus Rezensionen. Rechtsprechungsrezensionen als Faktoren des Rechtsbildungsprozesses», *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Athenäum, 1979, pág. 12).

⁶⁶ La frase de Paracelso la tomo de Josef ISENSEE, *op. cit.*, págs. 19-20.

⁶⁷ M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, pág. 137.

