

LA PROPORCIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO:
PRESUPUESTOS E IMPLICACIONES DE UN DEBATE
CONSTITUCIONAL

JORGE ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES (*)

SUMARIO: I. PRESUPUESTOS DEL DEBATE. SOBRE LA NOCIÓN DE PROPORCIONALIDAD. II. LA PROPORCIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO. III. LA INTENSIDAD EN EL USO DE LA PROPORCIONALIDAD. IV. RECAPITULACIÓN.

(*) Profesor Contratado Doctor. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

En los últimos años se ha desarrollado un debate en Alemania sobre la conveniencia de diferenciar objeto (*Sach- und Lebensbereich*) y contenido (*Gewährleistungsgehalt*) del derecho fundamental. La orientación de este debate abocaba a una comprensión reductiva del contenido esencial de los derechos y a otorgar al legislador una amplia capacidad de configuración de los mismos. En cualquier caso, podían entresacarse de la polémica discrepancias sobre la interpretación amplia o restrictiva de los derechos fundamentales, con un evidente alcance sobre el principio de proporcionalidad (1).

El uso de este principio ha sido también objeto de polémica en España. En primer lugar, se ha cuestionado la propia utilización del principio en el ámbito del Derecho constitucional; se ha denunciado la posible incompatibilidad del principio con el postulado democrático. Pero además se ha discutido sobre las diferentes intensidades en su aplicación, más moderada mostrando una cierta deferencia hacia el legislador o más intensa, evidenciando una mayor preocupación

(1) Cfr. BÖCKENFÖRDE, E. W., «Schutzbereich, Eingriff, verfassungsinmanente Schranke. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik», *Der Staat*, 2003, HOFFMANN-RIEM, W., «Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte??», BAUERLE (ed), *Haben wir Recht?*, 2003, KAHL, W., «Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt», *Der Staat* n° 2004, HOFFMANN-RIEM, W., «Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neuen Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik», *Der Staat*, 2005. Un resumen de este debate puede encontrarse en ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., «Objeto y contenido de los derechos fundamentales: presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática», *Teoría y Realidad Constitucional* n° 18, 1 semestre de 2007.

por asegurar la normatividad de los derechos fundamentales. Las consecuencias que cabe derivar de estos debates son interesantes. Alertábamos al dar cuenta del debate en Alemania de cómo no puede olvidarse que el legislador de los derechos debe estar, al menos parcialmente, determinado por la Constitución. El Tribunal Constitucional podría entonces desempeñar un papel importante, articulando procedimientos para imponer la normatividad de los derechos fundamentales, también frente al legislador limitador de los derechos. Y la realización de tal tarea puede depender del uso más o menos extenso que haga del principio de proporcionalidad. De nuevo, la tensión básica del constitucionalismo, derechos-ley, vuelve a estar en el centro de la discusión; sólo que ahora articulada a través del uso del principio de proporcionalidad.

I. PRESUPUESTOS DEL DEBATE. SOBRE LA NOCIÓN DE PROPORCIONALIDAD

La noción de proporcionalidad ha estado presente a lo largo de toda la historia del pensamiento no sólo jurídico, sino moral (el fin no justifica los medios) y filosófico. Ya en el Derecho Romano y en las reflexiones de la filosofía práctica griega se hacía referencia a la necesidad de lograr un equilibrio de intereses. Está considerado el control más antiguo de la intervención estatal y combina elementos de la justicia del caso concreto, de la lógica en la moderación del poder y de la carga o deber de motivar que incumbe al Estado (2).

Esta tradición llega al Estado liberal, que emplea la proporcionalidad como técnica de control del poder; la usa a modo de garantía de la libertad frente a los poderes públicos. El nuevo Estado liberal asume como función básica la conservación de la paz y de la seguridad interna y externa. En este contexto, la jurisprudencia contribuye a crear un Derecho administrativo llamado a disciplinar en clave jurídica la intervención pública. Se trata de una técnica nacida en el Derecho Administrativo, en materia de policía en Alemania; es obra, en concreto, de

(2) BARNÉS, J., «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público* n° 5, 1998.

la jurisprudencia contencioso-administrativa de la Prusia del siglo XIX. Al controlar la intervención policial sobre los individuos se diferencia entre la posibilidad de realizar tal intervención y la intensidad de la misma; esto es, entre el *si* y el *cómo* de la intervención (*ob* y *wie*). El principio de proporcionalidad se emplea para medir la intensidad de la intervención, esto es, el *cómo* (*wie*) (3). A fines de siglo XVIII aparece por primera vez el término de proporcionalidad en un Tratado de Derecho de Policía: el *Policeyrecht* de Berg (4). En cualquier caso, es la obra de Otto Mayer la que introduce de manera definitiva el principio. El ejercicio de los derechos, reconocidos ya desde el primer constitucionalismo, puede generar supuestos de conflicto. Debe encontrarse entonces una relación condicionada de preeminencia; se trata de alcanzar la compatibilidad de derechos o principios contradictorios y para ello se requiere del empleo de una proporcionalidad-adecuación.

La evolución del principio de proporcionalidad, en cualquier caso, sufre un punto de inflexión con el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Como es conocido, la configuración de la Constitución como normativa exige una instancia que asegure la vinculación de todos los poderes públicos a las normas, valores y principios constitucionales. Tal tarea resultó particularmente difícil en el supuesto del control al legislador democrático. De transición decisiva en el constitucionalismo es calificada por la doctrina alemana. Observa en este sentido Hirschberg cómo en la República de Weimar existe la pretensión de controlar al legislador mediante el uso de la proporcionalidad; pero falta el requisito imprescindible para ello, la normatividad de la Constitución (5). El Derecho Constitucional precisa entonces de

(3) Así se expresa, a modo de ejemplo, WITTIG, «Zum Standort des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes», *Die Öffentliche Verwaltung* 1968, p. 821.

(4) GH BERG, G. H., *Handbuch des Teutschen Policeyrecht* Erster Teil, Hannover: im Berlag Hahnichen Buchhandlung, 1799, p. 157. La policía puede limitar la libertad del ciudadano pero sólo en tanto que la finalidad perseguida lo haga necesario

(5) HIRSCHBERG, L., *Der Grunsatz der Verhältnismässigkeit*, op. cit, pp. 6, 7 y 8. Ello impone a su vez la presencia del Derecho Constitucional en todo el orden jurídico, WAHL, R., «Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich», MERTEN, PAPIER (eds), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I. Entwicklung und Grundlagen*, CF Müller, p. 753. Sobre la normatividad de la Constitución, en cualquier caso, conviene destacar que ciertamente no se alcanza plenamente y con toda intensidad hasta el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, no cabe afirmar

nuevas técnicas que permitan la realización de la nueva tarea. Y entonces no es sólo así, como observa García-Pelayo, que la jurisdicción administrativa deba ser completada por la jurisdicción constitucional (6); es que el Derecho Constitucional necesita apropiarse de conceptos y técnicas propias del Derecho Administrativo. Justo por ello, y a partir de 1950, la doctrina alemana intenta reconocer el postulado de la proporcionalidad como un principio de rango constitucional.

Como observa Schlink, el desarrollo que experimenta el principio, su extensión a prácticamente todos los ámbitos del Derecho y, en definitiva, su configuración como un instrumento decisivo en el control del poder público y privado, se debe a la actuación del *Bundesverfassungsgericht* (7). Reconoció expresamente que la prohibición de exceso de intervención (*Übermassverbot*), la prohibición de defecto de protección (*Untermassverbot*) y el principio de proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) son reglas aplicables en todos los ámbitos del Derecho (8); el rango constitucional deriva del principio del Estado de Derecho (artículo 20 LF) (9). Se afirma así por primera vez el principio de proporcionalidad frente al legislador democrático (10). Quizá la resolución sobre las farmacias del *Bundesverfassungsgericht* (*Apothekenurteil*) del 11 de junio de 1958 (11) sea la primera sentencia

por ello que las constituciones decimonónicas carezcan, al menos por entero, de tal cualidad. Cfr. Al repecto, SANTAOLALLA, F. «Consideraciones sobre la normatividad y superioridad de la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 7, 2001, págs. 187 ss.

(6) GARCÍA-PELAYO, M., «El status del Tribunal Constitucional», *Obras completas*, Tomo III, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 2903.

(7) SCHLINK, B., «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit», BADURA, P.; DREIER, H. (eds), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, p. 445.

(8) De decisiva es calificada por Langheineken la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* para conocer el significado y las posibilidades de aplicación de este principio, LANGHEINEKEN, U., *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 1972, p. 2.

(9) BverfG 23, 1227 (133).

(10) González Beilfuss observa así cómo los orígenes del principio de proporcionalidad se remontan a la filosofía clásica, se afirma paulatinamente en el mundo del Derecho (primero en el Derecho penal de la Ilustración y, poco después, en el Derecho de policía alemán) para acabar con su afirmación frente al legislador democrático después de la segunda guerra mundial, GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Thomson. Aranzadi, 2003, p. 18.

(11) BVerfGE 7, 371.

en la que el alto tribunal germano aplica de forma diferenciada y con precisión dogmática los tres subprincipios que componen la proporcionalidad. Conforme la Constitución va imponiendo su normatividad en las diferentes parcelas del Derecho va aumentando la necesidad del empleo de la proporcionalidad. Existe así una íntima conexión entre la pretensión de normatividad de Constitución y el uso de la proporcionalidad. Ciertos autores llegan a entenderlo imprescindible para poder fundamentar una adecuada dogmática de los derechos fundamentales (12); por lo demás, el propio tránsito de un Estado formal de Derecho a un Estado material de Derecho podría exigir su aplicación (13). En otro orden de consideraciones, el control de la actuación administrativa por un principio que deviene constitucional puede ser el mejor ejemplo de cómo la función del Derecho Administrativo es justo la de concretar los preceptos constitucionales; el Derecho Administrativo es Derecho Constitucional aplicado al caso concreto (14).

En España, con la Constitución de 1978 como Constitución normativa, las posibilidades ofrecidas por el uso de la proporcionalidad, efectivamente, no se hicieron esperar; como tampoco las aportaciones realizadas por la doctrina administrativista (15) y constitucionalista (16). En cualquier caso, comienza, de un lado, a cuestionarse su uso; son dignas

(12) BÄMBIN, RIDLER, «Artikel 20», *Alternativ Kommentar zur Grundgesetz*, Band I, 1984, pp. 65, 71, 77.

(13) No extraña así que Wittig, que postula un amplio uso de la proporcionalidad, cuyo fundamento lo encuentra en el reconocimiento de la dignidad humana (artículo 1 LF), postule conjuntamente el necesario tránsito del Estado formal de Derecho al Estado material de Derecho, «Zum Standort des Verhältnismässiggrundsatz im System des Grundgesetzes», *op. cit.*, pp. 817 y ss.

(14) Así se manifiesta, por ejemplo, ZIMMERLI, U., *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Öffentlichen Recht*, Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1978, pp. 11, 27.

(15) BARNÉS, Javier, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público* n° 5, 1998.

(16) MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw Hill. Ciencias Jurídicas, 1996; GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994; NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

de mención las críticas vertidas al principio por Jiménez Campo o Sánchez González. Pero del otro, aun cuando se parta del convencimiento de la mayor racionalidad del principio sobre cualquier otro instrumento de control al legislador limitador de los derechos fundamentales, surgen dudas sobre la mayor o menor intensidad en su empleo; las posiciones de Bernal Pulido (17) y Lopera Mesa (18) son significativas de este último debate.

II. LA PROPORCIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

La subordinación de la ley a la jurisdicción constitucional se encuentra modulada por la esencia democrática de esta fuente del Derecho; ello explica el privilegio de la ley que se concreta en la jurisdicción concentrada para su control y su presunción de legitimidad constitucional (19). La función del Tribunal Constitucional, «que carece del carácter representativo propio del Parlamento, exige que su poder de invalidar las leyes aprobadas por este órgano se circunscriba a los casos en los cuales resulta lesionado aquello que la Constitución inequívocamente protege» (20). El Tribunal Constitucional se ha caracterizado por la prudencia a la hora de juzgar la adecuación de la ley a la Constitución y así se ha evidenciado en la jurisprudencia constitucional (21).

Se alega, en concreto, que el uso de la proporcionalidad sustituye al legislador democrático por el decisionismo judicial; además, se denuncia la falta de seguridad jurídica que produce. Así se pronuncia Jiménez Campo; el Derecho no puede sustituir a la política. Sólo resulta justificado el uso de la proporcionalidad para controlar en ciertos supuestos a la Administración o al juez, pero en ningún caso al legislador. Para Jiménez Campo el legislador goza de un «horizonte amplísimo de fines

(17) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed, 2005.

(18) LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, op. cit.

(19) OTTO y PARDO, I de, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel Derecho, 1997, pp. 144 ss.

(20) OTTO, I. de, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit., p. 148.

(21) Cfr. PÉREZ ROYO, J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 72 ss.

legítimos» (22) cuando delimita un derecho consagrado en la Constitución, su libertad solo se encuentra limitada por el respeto al contenido esencial. Esta tesis, que en cualquier caso, solo se comprende a partir del particular entendimiento que postula de la noción de contenido esencial (23), le lleva a cuestionar la aplicación del principio de proporcionalidad. El juicio de adecuación, salvo hipótesis de irracionalidad patente, no es justiciable; la proporcionalidad en sentido estricto se reduce al respeto al contenido esencial; el canon del criterio de necesidad lo sustituye satisfactoriamente el principio constitucional de igualdad, «sin que resulte necesario acudir como criterio autónomo a la idea de proporcionalidad». El enjuiciamiento de la ley, en su opinión, «no perdería gran cosa y ganaría alguna certeza si se invocara menos el principio de proporcionalidad» (24).

La posición constitucional del legislador, en definitiva, obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad sea de forma y con intensidad más baja a los aplicados a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes. Solo puede juzgarle en aquellos supuestos de certeza jurídica; en la zona de incertidumbre o penumbra ha de reconocerse al legislador un *amplio margen de apreciación*.

Para Sánchez González, la doctrina que defiende la aplicación de la proporcionalidad desconoce que «el Parlamento y el Gobierno, órganos legítimamente elegidos por el pueblo, ya han realizado aquella función en las fases previas a la dinámica política» (25). El ejercicio de las actividades de gobierno y legislativas son precisamente el resultado de ponderar valores y principios. Entiende que la doctrina de la proporcionalidad se ha introducido sin soporte legal alguno, por la mera vía de hecho.

(22) JIMÉNEZ CAMPO, J., «Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales», ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir), *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Cortes Generales, 1998, p. 462.

(23) Postula un entendimiento temporal del contenido esencial que acaba relativizando la propia noción, JIMÉNEZ CAMPO, J., «Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pp. 481 ss.

(24) JIMÉNEZ CAMPO, J., «Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales», *op. cit.*, p. 488, JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid: Trotta, 1999, p. 79.

(25) SÁNCHEZ, S., «De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional* nº 12-13, p. 378.

Se ha importado, en su opinión, un modo de razonar sin raíces ni vínculos con «nuestro Derecho de la familia del *civil law*» (26). Entiende que la proporcionalidad favorece una creatividad jurisprudencial «a menudo difícilmente controlable» (27).

Bernal Pulido, por el contrario, justifica la aplicación del principio de proporcionalidad; polemiza con los autores que critican su uso por atentar contra la libertad configuradora del legislador y el principio democrático.

Para Bernal Pulido, la proporcionalidad cumple dos cometidos: contribuye a determinar el contenido de los derechos fundamentales que vinculan al legislador; es así un instrumento argumentativo para fundamentar el juicio de las leyes limitadoras de tales derechos (28); ningún otro criterio ofrece unas mayores garantías de racionalidad (29). En cualquier caso, parece claro que «las circunstancias del caso concreto son importantes en todo proceso de interpretación y aplicación de normas jurídicas» (30). El reto consiste en averiguar las razones implícitas y explícitas que llevan al Tribunal Constitucional a aplicar la proporcionalidad. Un uso sistemático de la proporcionalidad redundará en que este concepto adquiera más nitidez (31). Se alega la inseguridad jurídica que su uso puede producir. Pero «la carencia de racionalidad y objetividad absoluta no se presenta sólo cuando se practica la ponderación o de

(26) SÁNCHEZ, S., «De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional», *op. cit.*, p. 352.

(27) SÁNCHEZ, S., «De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional», *op. cit.*, p. 359.

(28) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 63 y ss.

(29) Ésta es precisamente la hipótesis central de la obra de Bernal Pulido, BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, *op. cit.*, p. 66.

(30) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, *op. cit.*, p. 193.

(31) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, *op. cit.*, p. 177.

manera más amplia, cuando se aplica el principio de proporcionalidad, sino siempre que debe llevarse a cabo un razonamiento jurídico mediante el cual deban resolverse cuestiones normativas» (32). El problema, en su opinión, no es así que la proporcionalidad no ofrezca argumentaciones objetivas; ningún principio las puede ofrecer plenamente.

Pero la proporcionalidad puede aportar una mayor *racionalidad relativa*. Su aplicación puede conducir a un excesivo casuismo, pero las exigencias de la justicia del caso concreto así lo podrían exigir, siempre y cuando el Tribunal Constitucional tuviera que seguir unas reglas procedimentales que pudieran hacer racional y previsible la solución del caso. Los críticos a este principio, sostiene Bernal, «plantan problemas comunes a otras formas de razonamiento práctico y, por tanto, resultan extensivas, incluso en mayor medida, a los criterios alternativos al principio de proporcionalidad»; se limitan a poner «de manifiesto la necesidad de una formulación más precisa y depurada de dicho instrumento, lo que puede lograrse mediante una adecuada reconstrucción dogmática» (33). En cualquier caso, entiende necesario alcanzar un equilibrio entre la garantía de la máxima aplicación de los derechos fundamentales y el obligado respeto al legislador democrático. Para la realización de tal cometido hemos de tener muy en cuenta la nueva condición del legislador no como enemigo de la Constitución, sino como garante de la misma (34). Apunta cómo el elemento central de la ponderación la intensidad con que se ven afectados los objetos normativos. Ofrece una serie de criterios relativos a la intensidad de la intervención del derecho fundamental en el que la conexión del derecho en cuestión con el principio democrático despliega un factor muy importante, y cita como ejemplo la STC 136/1999 (35).

(32) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 167.

(33) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 175.

(34) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 493.

(35) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 773.

Justo estas últimas consideraciones hacen que en tal equilibrio, en opinión de Lopera Mesa, se decante por el legislador y no por la plena eficacia de los derechos fundamentales (36); justifica así un limitado uso del principio que le puede restar fuerza en su labor de control al legislador democrático. Lopera Mesa, por el contrario, entiende necesaria la aplicación de este principio; justo para asegurar lo que defiende Bernal Pulido: un procedimiento argumentativo que legitime la actuación del Tribunal Constitucional. Sólo una configuración más exigente de este control puede, en su opinión, «estimular un debate real y a fondo sobre las decisiones de la mayoría que afecten a derechos fundamentales, y lograr que el juicio de constitucionalidad pueda cumplir con la función que hoy en día constituye su principal justificación, cual es la de asegurar *que no decaiga la práctica constitucional de pedir y dar razones en el espacio público de la democracia*» (37).

III. LA INTENSIDAD EN EL USO DE LA PROPORCIONALIDAD

Bernal Pulido entiende necesario alcanzar un equilibrio entre la garantía de la máxima aplicación de los derechos fundamentales y el obligado respeto al legislador democrático. Para la realización de tal cometido hemos de tener muy en cuenta la nueva condición del legislador no como enemigo de la Constitución. Ésta vale no sólo «en contra de la legislación, sino sobre todo mediante la legislación (38). Apunta cómo el elemento central de la ponderación la intensidad con que se ven afectados los objetos normativos. Ofrece una serie de criterios relativos a la intensidad de la intervención del derecho fundamental en el que la conexión del derecho en cuestión con el principio democrático despliega un factor muy importante.

(36) LOPERA MESA, G., «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 73, p. 393.

(37) LOPERA MESA, G., «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo», *op. cit.*, p. 410.

(38) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 495.

Al exponer el principio de necesidad, distingue entre un fin mediano, que consiste en el principio constitucional de primer o segundo grado que justifica la medida, y un fin inmediato, que especifica el primero: consiste en «un estado de cosas que debe alcanzarse en razón de estar ordenado por un principio constitucional» (39).

Justo estas últimas consideraciones hacen que en tal equilibrio, en opinión de Lopera Mesa, se decante por el legislador y no por la plena eficacia de los derechos fundamentales (40); justifica así un limitado uso del principio que le puede restar fuerza en su labor de control al legislador democrático. Lopera Mesa, por el contrario, entiende necesaria la aplicación de este principio; justo para asegurar lo que defiende Bernal Pulido: un procedimiento argumentativo que legitime la actuación del Tribunal Constitucional. Sólo una configuración más exigente de este control puede, en su opinión, «estimular un debate real y a fondo sobre las decisiones de la mayoría que afecten a derechos fundamentales, y lograr que el juicio de constitucionalidad pueda cumplir con la función que hoy en día constituye su principal justificación, cual es la de asegurar *que no decaiga la práctica constitucional de pedir y dar razones en el espacio público de la democracia*» (41). La crítica de Lopera Mesa a Bernal Pulido se centra en el uso específico que realiza de los tres sub-principios que componen la proporcionalidad en sentido estricto.

La distinción que realiza entre fines mediatos e inmediatos hace que el fin mediano permita dotar a la ley de un «principio justificatorio al que es posible asignar un elevado peso abstracto en la ponderación» (42). Si existe un claro riesgo de invocar como fines mediatos principios constitucionales que guardan una relación bastante remota con la medida legislativa enjuiciada, las capacidades de control del principio de proporcionalidad se ven desde un primer momento seriamente

(39) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 713.

(40) LOPERA MESA, G., «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 73, p. 393.

(41) LOPERA MESA, G., «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo», op. cit., p. 410.

(42) LOPERA MESA, G., «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 73, p. 395.

reducidas. Alega precisamente como ejemplo la STC 136/1999; la «protección de la vida e integridad personal» como fin mediato podría justificar fácilmente la conveniencia de la medida legal (43); por lo demás, la idoneidad se articula a partir de un juicio débil que impone una carga de la prueba desmesurada. La deferencia hacia el legislador se evidencia también, opina Lopera Mesa, en el juicio de necesidad realizado por Bernal, en concreto, en la asimetría entre el examen de idoneidad de la medida legislativa y de los medios alternativos; la idoneidad del medio alternativo debe ser igual o mayor que la medida legislativa; además, otorga preferencia automática al principio de economía de recursos financieros y a la competencia exclusiva del legislador para decidir su distribución. Por último, y por lo que respecta a la proporcionalidad en sentido estricto, Bernal sustituiría en el fondo el principio *in dubio pro libertate* por el *in dubio pro legislatore*. La distinción realizada según las intensidades de control de los derechos fundamentales justificaría al final un ejercicio muy limitado del principio.

Bernal Pulido diferencia tres intensidades de control: un *control leve* o de *evidencia* para intervenciones menores en derechos fundamentales; apenas deben justificarse las razones que sustentan la intervención. Un *control intermedio* o de *justificabilidad*, aplicable a intervenciones en grado medio; la intervención debe estar fundamentada en premisas plausibles. El *control material intensivo* lo reserva para intervenciones graves en derechos fundamentales; las premisas que lo sustentan deben basarse en un alto grado de certeza (44). Observa Lopera Mesa cómo en los subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto opera un control de evidencia; la norma enjuiciada sólo será declarada inidónea o innecesaria cuando concurren premisas seguras. La modulación y el equilibrio deberían venir de la mano de la aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, la modulación en este caso la hace depender no sólo de la intensidad del control, sino también del grado de certeza de las premisas

(43) LOPERA MESA, G., «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 73, p. 395.

(44) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 247, 498.

aportadas; genera así una tensión difícil de resolver (45); el resultado justifica «un control intenso sólo allí donde éste resulta innecesario, precisamente porque la desproporción de la medida se muestra de un modo evidente» (46).

La réplica de Bernal interesa sobre todo por las consideraciones que realiza en torno a la aplicación del último subprincipio; las observaciones sobre la función del legislador y la naturaleza de los derechos fundamentales son de especial relevancia; introducen un nuevo factor en el análisis. Defiende la distinción realizada entre fines mediatos e inmediatos de la norma; es necesaria desde el punto de vista argumentativo (47). El riesgo apuntado por Lopera, en cualquier caso cierto, es común sin embargo a «toda argumentación en la que intervengan derechos fundamentales cuyas disposiciones sean indeterminadas» (48). Dicha dificultad trae causa de la indeterminación de los principios constitucionales. Rechaza la objeción sobre la necesidad de la prueba, sencillamente porque él no mantiene esa tesis; acepta sin embargo que la objeción puede traer causa de la falta de diferenciación entre la idoneidad de la medida y la necesidad (49); por lo demás, entiende necesario diferenciar entre mayores costes de la medida alternativa y costes exorbitantes; sólo esta fundamenta la necesidad de la medida (50).

Para Bernal Pulido, el principio *in dubio pro libertate* defendido «por el primer Alexy y por Lopera, resulta claramente incompatible

(45) LOPERA MESA, G., «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo», *op. cit.*, p. 407.

(46) LOPERA MESA, G., «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo», *op. cit.*, p. 409.

(47) BERNAL PULIDO, C., «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 74, 2005, p. 419.

(48) BERNAL PULIDO, C., «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera», *op. cit.*, p. 422.

(49) BERNAL PULIDO, C., «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera», *op. cit.*, p. 426.

(50) BERNAL PULIDO, C., «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera», *op. cit.*, p. 427.

con los principios de un Estado social y democrático de Derecho como el que instituye la Constitución española» (51). Y ello por dos razones: si el interés general debe gozar al menos de idéntico rango que los derechos individuales, «una regla argumentativa que prescribiera que en el control de constitucionalidad de las leyes los empates en la ponderación debieran dirimirse a favor del derecho fundamental y no a favor de la determinación legislativa de proteger un bien colectivo, vulneraría principios básicos de la democracia representativa» (52). Además, una desproporción tan considerable entre derechos individuales y bienes colectivos llevaría a una reducción de los márgenes de actuación del Parlamento y a un aumento desproporcionado de las competencias del Tribunal Constitucional. Esto atentaría contra el principio democrático, que impone en el supuesto de tensión entre derechos y democracia la presunción de legitimidad del legislador (53). Únicamente se logra con el modelo propuesto, el adecuado equilibrio entre la fuerza normativa de los derechos fundamentales frente al legislador y la limitación de la competencia del Tribunal Constitucional; nunca deberá derivar éste de aquéllos «órdenes, prohibiciones o permisos que sus ámbitos normativos no comprenden» (54).

En definitiva, debe asegurarse el libre despliegue del legislador, configurado en el actual constitucionalismo como garante del interés público. Si éste no debe ser visto como un enemigo de los derechos fundamentales y en general de la Constitución, sino como garante de

(51) BERNAL PULIDO, C., «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera», *op. cit.*, p. 432.

(52) BERNAL PULIDO, C., «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera», *op. cit.*, p. 433.

(53) BERNAL PULIDO, C., «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera», *op. cit.*, p. 434. Por lo demás, los controles de evidencia, y material intensivo no son idénticos: ambos se diferencian entre sí y se distinguen a su vez en el control de plausibilidad. El tipo de control de evidencia exige una certeza al legislador mínima y máxima al Tribunal Constitucional. El control material intensivo postula una certeza máxima al legislador y mínima al Tribunal Constitucional. El control de justificabilidad intermedia exige una certeza media al legislador y superior a la media al Tribunal Constitucional, pp. 438 (cuadro), 442.

(54) BERNAL PULIDO, C., «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera», *op. cit.*, p. 443.

su plena efectividad (55), cabe cuestionar el excesivo recelo a la ley (56). Ciertamente, la fuerza normativa de la Constitución ha de asegurarse principalmente en la sede de los presupuestos políticos. La insistencia en la pérdida de certeza del Derecho, en la centralidad de la ley parlamentaria y en la relativización de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales contribuirían a reducir la aplicación de la proporcionalidad.

IV. RECAPITULACIÓN

La crítica a la proporcionalidad por su radical incompatibilidad con el principio democrático tiene como fundamento, en definitiva, el propio cuestionamiento de la jurisdicción constitucional como controladora de la ley en el orden constitucional. Y ello, que ya se planteó, entre otros sitios, en la famosa polémica Kelsen-Schmitt en la asociación de Profesores de Derecho Público alemana de 1929, fue resuelta a favor de la existencia del máximo intérprete constitucional. Frente a las críticas de Schmitt al órgano constitucional, se tomó conciencia de que el objeto de la Constitución y del Derecho Constitucional es precisamente la política; los conflictos surgidos en el Tribunal Constitucional son conflictos políticos y no se pueden despolitizar (57). La especificidad del planteamiento de tales conflictos ante el Tribunal Constitucional es su juridificación, esto es, la sumisión de los mismos a un procedimiento objetivo y racional (58). Cuanto más objetivo sea este procedimiento,

(55) HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 138, HÄBERLE, «Contenidos significativos y funciones de la Ley parlamentaria», LÓPEZ PINA (ed.), *Democracia representativa y parlamentarismo. Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*, Madrid: Senado, 1994, p. 76.

(56) Este cuestionamiento constituye precisamente la tesis por la que se decanta Bernal Pulido al estudiar el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. En su opinión, el principio de proporcionalidad debe desplegar un control de mínimos al controlar al legislador; debe imperar la presunción de constitucionalidad de las leyes, BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 493.

(57) TRIEPEL, H., «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», HÄBERLE, P. (ed), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, op. cit., pp. 51, 52.

(58) La necesaria juridificación del conflicto político a través de su sumisión a un procedimiento objetivo y racional, en cualquier caso, no debe ocultar la específica diferenciación entre política y Derecho y entre los conflictos existentes en su seno. Mientras que las decisiones políticas son dinámicas e irracionales, el Derecho es estático y racional. El

menor será el riesgo de que el juez se coloque en la posición del gobierno, menor será el peligro de un gobierno judicial (59).

Pretender así la supresión del principio de proporcionalidad podría presentar ciertas incompatibilidades con la defensa de la normatividad de la Constitución. Las observaciones que realiza en ese sentido Bernal Pulido parecen acertadas. El principio de proporcionalidad puede ofrecer al Tribunal Constitucional un procedimiento en orden a justificar racionalmente sus decisiones.

Más interesante resulta la polémica sobre la intensidad en el uso de la proporcionalidad. Ciertamente, cuando Lopera Mesa aboga por un uso más sistemático de la proporcionalidad no desconoce la carencia de legitimidad democrática del Tribunal Constitucional ni los lógicos problemas que de ello se derivan. Sin embargo, inspirada, como ella misma reconoce, en el nuevo garantismo que ha propugnado entre otros Ferrajoli, parece decantarse en la tensión derechos-ley por los derechos. Algo que podría parecer lógico cuando se descubre el área sobre la que extiende su análisis, el Derecho penal, ámbito del Derecho en el que las posibilidades de infringir derechos fundamentales son mayores. Bernal Pulido, sin embargo, y a pesar de defender el uso de la proporcionalidad, pues es un principio que puede ofrecer un método de control racional al Tribunal Constitucional, aboga por un uso más ponderado de éste. Tal uso no debe eclipsar la función que el legislador tiene encomendada en el vigente constitucionalismo, a saber, ser un garante cualificado de los derechos.

La tensión, que lleva a plantearse en definitiva quién debe ser en la actualidad el principal guardián de los derechos carece de respuesta

conflicto en definitiva entre existencialidad y normatividad, entre naturaleza y razón impone límites a la actuación de la jurisdicción constitucional, LEIBHOLZ, G., «Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 1957, pp. 120-137; también citado en LEIBHOLZ, G., «Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts», HÄBERLE, P (ed), *Verfassungsgerichtbarkeit*, op. cit., pp. 226-235

(59) TRIEPEL, H., «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», HÄBERLE, P. (ed), *Verfassungsgerichtbarkeit*, op. cit., p. 75.

sencilla (60). Porque si como observan López Pina y Gutiérrez, «la pregunta por la garantía y el futuro de los derechos debe ser respondida, en definitiva, desde la más extensa dinámica política», parece que cabe encontrar límites al activismo del Tribunal Constitucional. Como opinan los autores citados, no cabe subestimar una bienintencionada defensa judicial frente a procesos democráticos que eventualmente sean contrarios a derechos fundamentales. Pero lo cierto es que no solo el principio liberal-democrático, sino la propia concepción de la ley como necesario complemento de los derechos lo impide.

Ciertamente, la configuración de la normatividad de la Constitución a partir de la Segunda Guerra Mundial es un progreso indiscutible; y no cabe ocultar que gracias a la emergencia de los Tribunales Constitucionales las Constituciones europeas promulgadas a partir de 1945 pueden ser consideradas sin excepción como auténticas normas jurídicas. No cabe por ello desestimar las posibilidades del Tribunal Constitucional en la defensa del nuevo régimen; y así en el uso que haga de la proporcionalidad. Pero sí parece necesario tomar conciencia de que nuestro sistema europeo de constitucionalidad se ha articulado principalmente no a partir de la custodia jurídica de la Carta Magna, sino de su desarrollo y adaptación por el legislador democrático. No podemos olvidar que el elemento que parece identificar la concepción de los derechos en el vigente constitucionalismo es, como observa Grimm, la articulación de éstos como instrumento de transformación, su concepción como elementos esenciales destinados a configurar el orden jurídico (61). Y si ello es así, parece lógico que la defensa democrática de los derechos a través de la ley se configure

(60) PISARELLO PRADOS, Gerardo; CABO DE LA VEGA, Antonio de, «¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales?», APARICIO, Miguel Ángel (coord), *Derechos constitucionales y fórmulas políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Barcelona: Cedecs, 2001, pp. 219-244.

(61) En definitiva, su concepción no sólo como derechos subjetivos, sino también como principios objetivos del ordenamiento; ya en el orden liberal, por ejemplo en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, tal configuración de los derechos permitía orientarlos a dirigir un «mandato de construcción», GRIMM, D., *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2006, p. 159.

como la más perfecta forma de garantía de la Constitución (62); que el Tribunal Constitucional se reduzca exclusivamente a actuar a modo de correctivo excepcional a su actuación (63).

(62) Así lo reconocen Pisarello y de Cabo después de haber analizado las diferentes formas de garantía de los derechos; éstas dependen en definitiva «de la existencia de una sociedad alerta, conflictiva y movilizada, capaz de hacerlos valer (los derechos)», «¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales?», APARICIO, Miguel Ángel (coord), *Derechos constitucionales y fórmulas políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Barcelona: Cedecs, 2001, pp. 219-244.

(63) Precisamente la emergencia de los Tribunales Constitucionales en Europa se explica frente a la desconfianza a un legislador que había demostrado que puede vulnerar sistemáticamente la Constitución, cfr. PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid: Tecnos, 1988, pp. 39-41.