



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Público General

Derecho constitucional

Curso 2019/2020

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Nombre del/la estudiante: María Trujillano Refojos

Tutor: Augusto Martín de la Vega

Junio 2020

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Público General

Derecho constitucional

**EL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD Y LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

**THE PRINCIPLE OF
PROPORTIONALITY AND
FUNDAMENTAL RIGHTS**

Nombre del/la estudiante: María Trujillano Refojos
e-mail del/a estudiante: mariatrujillano@usal.es

Tutor/a: Augusto Martín de la Vega

RESUMEN

El principio de proporcionalidad nace como un criterio delimitador de las medidas aprobadas por los distintos poderes públicos, en relación con la afectación de las mismas a los derechos fundamentales. Como tal, y pese a la problemática en cuanto a su consideración, se trata de un instrumento de carácter estructural, cuya función radica en estimar como aceptable o no la restricción o limitación de los derechos fundamentales afectados en la medida promulgada por los distintos operadores jurídicos, mayoritariamente, el legislador. Actualmente, se considera como uno de los principios que argumentan las decisiones del Tribunal Constitucional, siendo considerado como su principal criterio de decisión. Además, su diferente utilización a lo largo de los años ha supuesto su formalización, variando las tendencias en su aplicación. De esto último, destaca su uso excesivamente genérico de los últimos años. Sin embargo, pese a su concepción unitaria como un único principio, la proporcionalidad debe ser analizada mediante tres parámetros: el subprincipio de idoneidad, el subprincipio de necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Solo así, analizadas la idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, podrá el Tribunal conocer la proporcionalidad o no de la medida impugnada.

PALABRAS CLAVE:

Derechos fundamentales, legislador, limitación, proporcionalidad

ABSTRACT

The principle of proportionality was born as a limited standard of the measures approved by de different public powers, related with the impact on fundamental rights. Like that, there have been many doctrinal problems about its consideration. However, is considered to be a structural instrument which function is to estimate as acceptable or not the limitation of the fundamental rights contained in the measures approved, mostly the ones approved by the legislator. Actually, it is considered one of the principles that argument the decisions taken by the Constitutional Tribunal, being considered it principal decision criteria. What's more, its different use beyond years has produced its formalization, creating different varieties in its application. In the latest years, it should be pointed out it excessive generic use. Nevertheless, it is considered as an unique principle, but proportionality must be analyzed by three factors: the subprinciple of suitability, the subprinciple of necessity and proportionality in a strict sense. In conclusion, only analyzing the three of them would the Tribunal value the proportionality or not of the refuted measure.

KEYWORDS:

Fundamental rights, legislator, limitation, proportionality

ÍNDICE

PÁG

1. INTRODUCCIÓN	5
2. PRECISIÓN CONCEPTUAL	6
3. FUNCIÓN	7
4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES	11
1) Fundamentación y motivación	14
2) El principio de proporcionalidad como criterio de concreción	16
5. ÁMBITO DE APLICACIÓN	18
6. CONTENIDO NORMATIVO	19
1) FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	19
A. Principio general del derecho	21
B. Límite de los límites	23
C. Instrumento metodológico	24
2) DESTINATARIOS	24
3) CARACTERIZACIÓN	25
7. UTILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	26
8. SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD	27
1) Subprincipio de idoneidad	28
2) Suprincipio de necesidad	29
3) La proporcionalidad en sentido estricto	30
9. OBJECIONES EN SU APLICACIÓN	32
1) Concepción material	34
2) Concepción funcional	35
10. CONCLUSIONES	37
11. BIBLIOGRAFÍA	39

1. INTRODUCCIÓN

La importancia dada a los derechos fundamentales en el desarrollo del ordenamiento jurídico supone que estos sean concebidos como elementos clave en la aprobación e interpretación de leyes y normas de rango inferior, y en la aplicación del ordenamiento.

Así, las medidas aprobadas por los distintos poderes públicos en su afán integrador y en ejercicio de sus competencias han de someterse a los principios de legalidad y primacía del texto constitucional, lo que supone considerar a la Constitución como la principal norma del sistema.

Pese a ello, las medidas aprobadas por los distintos poderes públicos han de ser controladas en aras de cumplir la jerarquía exigida y el respeto íntegro a la totalidad de los derechos, sobre todo en lo referente a los fundamentales.

Es en esta tarea de control y ponderación de la intromisión de las distintas medidas en la esfera de actuación de los derechos, en donde entra en consideración, y presenta una especial problemática, el principio de proporcionalidad como criterio limitador de las actuaciones legislativas de los distintos poderes públicos.

En este sentido, la medida que restrinja el ámbito de actuación de cualquier derecho fundamental habrá de ser sometida al control de proporcionalidad. Esto significa que toda medida que incida en los derechos fundamentales habrá de ser declarada como inconstitucional si la restricción de derechos supera las ventajas de la medida en cuestión, o constitucional si la restricción supone mayores ventajas en aras del interés social y colectivo.

Debido a ello, el principio se posiciona como el principal método de argumentación de las cuestiones de constitucionalidad planteadas al Tribunal Constitucional, que ha establecido el mismo como su principio rector por antonomasia.

Es por ello que el control de proporcionalidad se formaliza como un criterio estructural basado en la limitación de toda competencia pública, y especialmente la legislativa, con el fin de salvaguardar los derechos de los ciudadanos y preservar su supremacía.

2. PRECISIÓN CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que fundamenta las argumentaciones y motivaciones del Tribunal Constitucional, en lo relativo al control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos que intervienen en materia de derechos fundamentales. De esta forma se consagra como un instrumento básico a la hora de determinar la constitucionalidad de las medidas legales que limiten un derecho fundamental.

En la mayor parte de la doctrina, y en su uso jurisprudencial, se reconoce como un principio conformado por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En función de la idoneidad, la intervención realizada a los derechos fundamentales ha de ser adecuada para obtener un fin constitucionalmente legítimo.

La necesidad regula que toda medida que intervenga los derechos fundamentales sea la más benévola con el derecho intervenido, entre aquellas que posean igual o semejante idoneidad para lograr su fin.

Y, conforme a la proporcionalidad en sentido estricto, las ventajas obtenidas en la intervención del derecho fundamental deben superar las desventajas que implica para sus titulares su restricción o privación, así como para la sociedad en general.

Pese a su composición, el principio de proporcionalidad es concebido como un principio unitario, muy utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Si la medida adoptada por los poderes públicos no cumple los tres mencionados subprincipios, vulnera el derecho fundamental que ha intervenido o limitado, y en consecuencia, habrá de ser declarada como inconstitucional.

La Constitución no se refiere expresamente al principio de proporcionalidad como un límite a los poderes públicos, sino que regula el mismo de forma implícita al poder ser inferido de distintas disposiciones constitucionales.

La STC 26/1981 lo denomina como “regla de proporcionalidad de los sacrificios”¹ para considerar si los servicios mínimos decretados en el caso son o no abusivos. Dicha alusión constituye una referencia implícita a la proporcionalidad, en función del art. 17 CE, que limita la detención preventiva, y el art.28 CE en lo referente al mantenimiento de los servicios esenciales.

De esta forma, pese a su escasa regulación conceptual al carecer de normativa que lo recoja y regule, supone uno de los principales principios de interpretación de las argumentaciones del Tribunal Constitucional, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3. FUNCIÓN

Su función es estructurar el procedimiento interpretativo de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para las decisiones de constitucionalidad de las leyes. Por ello, opera como un criterio metodológico, por el cual se pretenden establecer los deberes jurídicos que se imponen al legislador por parte de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.

En este sentido, se configura como una de las nociones más controvertidas y complejas de la doctrina constitucional europea, siendo definido como un criterio para determinar la constitucionalidad de las medidas que afecten a un derecho fundamental en sentido lato utilizado por Robert Alexy.

En función de esta concepción, todo derecho fundamental se estructura como un haz de normas y posiciones² vinculadas a un derecho fundamental.

Como tal, las disposiciones de derecho fundamental son aquellas que conforman el Capítulo II del Título I de la Constitución, y que enuncian la totalidad de derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico español.

¹ STC 26/1981 de 17 de julio

² MEDINA GUERRERO M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 11

Las normas de derecho fundamental son la totalidad de significados prescriptivos de una disposición que regula un derecho fundamental. Por ello, estas normas son una variedad de disposiciones que prescriben el deber ser establecido por los derechos del Título I y por tanto, poseen un contenido prescriptivo resultado de una interpretación de derecho objetivo, que regula las relaciones jurídicas establecidas entre los individuos y el Estado.

Estas posiciones de derecho fundamental presentan una estructura basada en un sujeto activo, uno pasivo y un objeto, siendo este una acción u omisión prescrita por una norma concreta que el sujeto pasivo ha de realizar o no en beneficio del activo, que posee sobre ello un derecho determinado.

De esta manera, los derechos de defensa, por utilizar el tipo más clásico, tienen como objeto la abstención, una omisión que el sujeto activo, como particular, tiene derecho a exigir del Estado.

Entre las posiciones de derecho fundamental y las normas existe un nexo, basado en la existencia de una norma que garantice la vigencia del derecho³, lo cual supone que la conducta esté admitida, prohibida o permitida por la norma del derecho fundamental. Es ahí donde entra a valorarse el principio de proporcionalidad en función del alcance de la medida propuesta y su afectación al derecho fundamental.

En función del contenido material del propio principio, es evidente que su utilización ha de partir de la delimitación del derecho fundamental, así como de la decisión de si la medida impugnada incide o no en el ámbito del derecho fundamental.

Sin embargo, dicha limitación no es siempre obra de la Constitución, sino que puede derivar del propio legislador.⁴

Debido a su carácter relativo no absoluto, en cuanto a la valoración de la proporcionalidad en función del caso particular, la doctrina alemana lo ha denominado como un límite de los límites. A esto último se le añade la exigencia de respeto del contenido esencial de los derechos por parte de la medida que los pretenda intervenir. Esto es, una medida legislativa será constitucional si además de respetar el principio de proporcionalidad, no vulnera el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión.

³ ALEXY R., “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional”, *Derechos y libertades*, nº 8, *Revista del Instituto Bartolomé de Casas*, 2000, p. 12 y ss

⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p 39 y ss

En este sentido, si el principio de proporcionalidad cumple su función como límite de los límites, cabe hablar de la relación existente entre el principio de proporcionalidad y el de igualdad, diferenciándose, entre otros, de los derechos de carácter prestacional.

Sin embargo, la Constitución española en el Capítulo II del Título I no diferencia jerárquicamente entre los derechos democráticos y las libertades, pues esto supondría la rotura del principio de unidad constitucional.

Además, la primacía de determinados tipos de derechos, como los democráticos, supondría su imposición sobre las libertades, viéndose reducidas estas últimas, en contraposición con lo defendido por el principio democrático.

Por ello, se ha de buscar entre derechos democráticos y libertades una complementación, un equilibrio en su convivencia.

Así, se establece que la restricción de los derechos fundamentales puede estar justificada por razones necesarias basadas en el interés común y colectivo, pero nunca por el interés personal.

Los derechos fundamentales tienen pues un idéntico valor y jerarquía en la Constitución, por lo que cuando entran en conflicto en lo relativo a una restricción sobre su ámbito de aplicación, el juez ha de ponderar la misma mediante el principio de proporcionalidad, en función de las circunstancias particulares de la restricción.

Como medida valorativa de la restricción, el principio de proporcionalidad ha sido empleado para dar respuesta a diversidad de problemas basados en la limitación de los derechos fundamentales, siendo relevantes multitud de sentencias que han contribuido a fundamentar su argumentación.⁵

En la STC 8/2015 se ponen de manifiesto las últimas tendencias del Tribunal Constitucional, basadas en la relajación en la utilización del principio, al hacerse un control de la proporcionalidad excesivamente genérico.

⁵ STC 136/1999 de 20 de julio, STC 186/2000 de 10 de julio, STC 14/2003 de 28 de enero

Esta “desconstitucionalización”⁶ del principio de proporcionalidad supone el siempre presente peligro de que el control en la aplicación del principio se aleje de los parámetros constitucionales, acercándose a una interpretación voluntarista⁷ de la legalidad

Además, la utilización del principio de proporcionalidad puede contribuir a través de la interpretación, a la creación de normas subconstitucionales, que desarrollan preceptos constitucionales.

Así, en casos tales la STC 7/1994 y STC 120/1990, la existencia de una medida restrictiva de un derecho fundamental, cuya ausencia de regulación en ese ámbito concreto impide la aplicación de algún precepto constitucional, deriva en la aplicación de normas subconstitucionales que vinculan a todos los poderes públicos.

En el primero de los casos, se presenta recurso de amparo contra una sentencia del Tribunal Supremo, la cual desestima la demanda de paternidad presentada por la parte demandante. Por ello, se solicita la declaración de inconstitucionalidad de la sentencia de casación y el reconocimiento de la filiación extramatrimonial de la hija de la demandante.

El núcleo de la controversia lo supone la negativa del supuesto progenitor a someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, debido al atentado que alega que esta supone contra el derecho a su intimidad. Mas, como se afirma en la propia sentencia, dicha vulneración no se legitima en el caso de deberes jurídicos regulados por el ordenamiento jurídico, como es una investigación de paternidad en un juicio de filiación. Por tanto, finalmente se reconoce el derecho de amparo así como la filiación extramatrimonial.

El segundo de los casos concierne a la demanda de amparo presentada ante el Tribunal Constitucional con el fin de garantizar el derecho de autodeterminación y libertad de decisión de varios reclusos de los Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre («GRAPO»), en su decisión de iniciar una huelga de hambre.

⁶ GONZÁLEZ BEILFIUSS, M. , *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi SA, Navarra, 2015, p. 69

⁷ STC 8/2015 de 22 de enero

Debido a ello, se autoriza su alimentación forzosa como vía necesaria para salvaguardar su vida y su salud, por lo que los perjudicados solicitan amparo ante el Tribunal Constitucional, con el fin de hacer primar su decisión de no alimentarse y denunciar lo que consideran un trato degradante.

Finalmente, el Constitucional considera la asistencia médica autorizada como necesaria, pues considera que no vulnera los derechos fundamentales, sino que únicamente los limita en aras de salvar la vida de los afectados. Y por tanto, desestima el recurso de amparo planteado.

Por ello, ante la inexistencia de un marco legal que dé cobertura a la limitación de un derecho, el Tribunal Constitucional deriva las condiciones de la restricción a lo definido en el texto constitucional.

Así, como señaló Böcklenförde, el principio de proporcionalidad se establece como fuente importante de normas subconstitucionales, como aspectos fundamentales que no pueden ser desconocidos por los distintos operadores jurídicos.

4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

El principio de proporcionalidad trata de establecer si las leyes reguladoras de la totalidad de los derechos son inconstitucionales por no respetar los límites constitucionalmente establecidos para el ejercicio de la potestad legislativa respecto a las normas iusfundamentales.

Desde un punto de vista formal, ⁸serán consideradas como constitucionales si han cumplido las exigencias de competencia y procedimiento prescritas por la Constitución. Y desde un punto de vista material, serán constitucionales si no vulneran el derecho fundamental que regulan.

⁸ STC 14/2003 de 28 de enero

En el análisis de la proporcionalidad, la importancia de los derechos fundamentales como límites a la potestad del legislador, obliga a centrarse en la perspectiva material.

Esta incompatibilidad, entre el contenido de la propia ley y el del derecho fundamental, se trata de una inconstitucionalidad propia de la disposición normativa, así como de un posible conflicto entre normas jurídicas; una norma de derecho fundamental y otra establecida por las disposiciones legales.

Este conflicto entre normas se presenta cuando las mismas no pueden ser cumplidas simultáneamente, pues una prescribe un deber jurídico que la otra prohíbe o designa como incompatible. De esta forma, seguir lo definido por una de las normas en conflicto supone la vulneración de la contraria.⁹

La solución del problema entre las normas de derecho fundamental y las normas legales ha de ser resuelto por el Tribunal Constitucional mediante la declaración de la norma legal como inconstitucional. Esta manera de proceder se deriva del principio de primacía de la Constitución así como de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales en función de los art.9 y 53 CE.

Ello se resume en la idea de que las normas de derecho fundamental gozan de una jerarquía superior a las normas legales al prevalecer siempre y en todo caso dichos derechos, por lo que estas han de prevalecer sobre toda regulación y norma legal en caso de conflicto.

Su ámbito de actuación se centra en el control de constitucionalidad de las leyes, donde despliega todos sus efectos y determina el contenido vinculante de los derechos fundamentales, estableciendo si este ha sido transgredido o no por la previsión legal.

En las sentencias del Tribunal Constitucional desempeña la función de argumento estructural de su fundamentación. Por ello, estructura la interpretación del Constitucional en aquellos casos considerados como difíciles, considerándose como el argumento de fundamentación de la premisa mayor.

⁹ BULLYGIN E. y ALCHOURRÓN C. E. , *Análisis lógico y derecho*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991, p. 291 y ss

El principio de proporcionalidad como método interpretativo de la constitucionalidad, se diferencia de los principios específicos de la interpretación constitucional, que son: la unidad de la Constitución, el efecto integrador, la eficacia, la concordancia, la fuerza normativa y la interpretación leal¹⁰.

Estos principios cumplen la función de complementación, tratando de demostrar las particularidades constitucionales y la jerarquía en la aplicación del texto constitucional, como norma suprema del ordenamiento jurídico español.

En este sentido, la aplicación del principio supone un método por el cual se aplican jurídicamente las normas y posiciones jurídicas reguladas por el derecho fundamental, estableciendo una especie de relación condicionada de precedencia, donde el derecho fundamental tiene carácter definitivo y la medida legislativa excedida habrá de ceder en su favor.

Sin embargo, ha de advertirse que previa aplicación del principio de proporcionalidad, ha de interpretarse primeramente la ley para conocer el nivel de afectación al derecho fundamental concreto.

En esta interpretación, se formula una hipótesis sobre el contenido normativo de la ley y una vez realizada, se establecen los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

De esta forma, previa interpretación normativa, el principio de proporcionalidad funciona como medida de enjuiciamiento de la ley, y en caso de exceso, fundamenta la declaración de inconstitucionalidad de la misma.

Por ello, la finalidad de aplicación de dicho principio se basa en la búsqueda de una concreta interpretación de la ley que sea conforme a la Constitución.¹¹

¹⁰ BERNAL PULIDO C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Este, Bogotá, 2014, p.682 y ss

¹¹ BERNAL PULIDO C. , *El principio...*, op, cit, p.713

1) FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN

Con todo ello, cabe aclarar que las decisiones jurisdiccionales son resultado de una argumentación y fundamentación jurídica, y por lo cual, han de estar motivadas.

De esta forma, las decisiones jurisdiccionales que abogan por la declaración de inconstitucionalidad han de cumplir dos requisitos basados en su fundamentación y motivación.

Dicha fundamentación se caracteriza por dos dimensiones: una interna, basada en el razonamiento por el que se infiere el fallo, y una externa, que supone la determinación de las premisas que componen la fundamentación interna.

Por ello, se suele definir la dimensión interna como el paso de una norma general a una particular, el fallo o decisión, a través de una sucesión de normas particulares. Este “tránsito”¹² posee la estructura propia de un silogismo, basado en la existencia de una premisa mayor, una menor, y una conclusión.

- La premisa mayor es una norma general establecida por una de las tres fuentes del derecho; la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
- La premisa menor supone el cumplimiento de lo contenido en el supuesto de hecho de la premisa mayor
- La conclusión es una norma particular de la que deriva el fallo y decisión

Primeramente, en función de la fundamentación interna, toda norma de derecho fundamental ha de ser expresada de dos maneras distintas, de manera interpretativa o hipotética, así como normativa.

En segundo lugar, en función del principio de supremacía de la Constitución y de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, se ha de considerar al propio legislador como un destinatario expreso o incluso tácito de todas las normas fundamentales.

¹² ALEX Y R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p 214 y ss

En este sentido, aunque el legislador no aparezca mencionado por ninguna norma fundamental, se le impone el deber de no contradecir aquello que esta prescribe.

Por ello, como el legislador está vinculado por los derechos fundamentales, ha de entenderse que esta norma no se dirige solo a los particulares, sino que incluye a los poderes del estado.

Y en tercer lugar, cabe tener en cuenta la existencia de los controles de inconstitucionalidad, regulados en los art 161 y 164 CE, y 39 y 40 LOTC, que declaran a una ley como inconstitucional si vulnera los preceptos constitucionales, sus derechos, su regulación o las formalidades previstas.

En cuanto a la fundamentación externa, esta establece los argumentos prescritos por la norma legal que ha de ser interpretada. Si tras la oportuna interpretación se observa que la norma legal contradice lo dicho por una norma fundamental, el Constitucional ha de subsumir la norma legal en el supuesto de hecho de la fundamental, y hacer primar la norma fundamental sobre la legal, con la consecuente declaración de inconstitucionalidad.

La obligación de motivar le es exigible a los jueces y magistrados, así como a las administraciones públicas, pero no le es exigible al legislador, puesto que este no se encarga de la ejecución de la Constitución. No obstante, a este le es inherente un mandato de aclaración de la finalidad perseguida por la medida legislada.

En este sentido, la idea de motivación garantiza que la proporcionalidad haya sido valorada por su autor, y pueda en consecuencia, ser limitada, controlada y analizada jurisdiccionalmente. Pese a ello, el deber de motivación no deriva del derecho a la tutela judicial efectiva del art.24.1 CE, sino de la exigencia constitucional de una restricción con carácter motivado.

Además, el Tribunal Constitucional interpreta el principio de proporcionalidad a partir de la existencia de una necesaria relación entre la medida impugnada y su finalidad, exigiéndose que cumpla una serie de requisitos que serán analizados con posterioridad; la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

2) EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE CONCRECIÓN

El principio de proporcionalidad como criterio de concreción hace referencia a su función de definición y fundamentación de derechos fundamentales. Sin embargo, cabe tener en cuenta la indeterminación normativa de las disposiciones de derecho fundamental.

La indeterminación normativa no es un fenómeno exclusivo de los derechos fundamentales, sino una situación generalizada. Esta generalización reside en la idea de que toda indeterminación semántica, en cuanto al significado de las disposiciones jurídicas, supone una indeterminación normativa, lo cual implica la atribución de diversidad de significados normativos.

Es por ello que a toda disposición le es atribuible diversidad de normas. Y por tanto, en casos de indeterminación normativa, no es posible conocer a priori las normas contenidas por la disposición que contenga el derecho fundamental. Estas “normas adscritas”¹³ no pueden afirmarse como parte o no de una disposición fundamental, y por ello, han de ser fundamentadas.

En la destacable función del principio de proporcionalidad como límite a la labor de los poderes públicos, cabe diferenciar entre las disposiciones de derecho fundamental y las normas adscritas. Entre estas normas, la diferencia existente radica en su grado de generalidad, así como en su fundamentación, siendo las normas adscritas más generales que las fundamentales, al carecer de grado de concreción y particularidad.

De esta forma, debido a su alto grado de abstracción y generalidad, las normas adscritas no son aptas para ser insertadas en la premisa mayor de las decisiones de constitucionalidad.

Sin embargo, la singularidad de los problemas planteados al Tribunal Constitucional tiene como consecuencia que este deba concretar normas de forma más específica.

¹³ ALEX Y R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p.70

De esta manera, la concreción se define como el acto jurídico por el cual el Tribunal Constitucional aboga que una norma adscrita es válida dentro de la indeterminación que propicia en lo relativo a la interpretación de la norma fundamental.

En esta concreción, no se ejerce competencia alguna para crear una norma nueva que aclare el significado a interpretar, sino que únicamente, se interpreta como válida la norma adscrita.

Además, tras ser concretadas, las normas adscritas son actualizadas por las fuentes de los derechos fundamentales: los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por España (art. 10.2 CE), los reglamentos y demás actos administrativos, los actos judiciales, y la legislación.

Dentro de la estructura del Estado democrático y de derecho, el legislador se constituye como el órgano más dotado de legitimidad para realizar la actualización.

Sin embargo, en función del principio democrático, para controlar las extralimitaciones de poder se ha de restringir su ejercicio así como promover la libertad individual, por lo que se ha de controlar la intervención del legislador en los derechos fundamentales.

De esta forma, la legislación se transforma en una fuente directa de los derechos fundamentales mediante la actualización realizada por el legislador. No obstante, el Tribunal Constitucional puede despojar de la validez dada a la norma adscrita cuando la actualización realizada sea incompatible con los mandatos fundamentales establecidos como necesarios por la Constitución. Esto es, decisiones indisponibles que la Constitución no establece como opciones políticas posibles.

Finalmente, toda norma adscrita que sea actualizada por el legislador se presume como válida definitivamente, mas esta presunción puede verse alterada por el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, cuya concreción de normas tiene validez definitiva en todo caso, salvo en caso de reforma de la Constitución.

5. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Partiendo de la base de que el principio de proporcionalidad se aplica en aquellos casos en los que es preciso concretar una norma adscrita de derecho fundamental, es preciso indagar en qué supuestos esta norma adscrita ha de ser concretada.

Estos se diferencian en función de la relación entre las normas estatuidas por la fundamental y las normas legislativas, lo que lleva a la diferenciación entre casos fáciles y difíciles de control de constitucionalidad de las leyes.

Los casos fáciles, según Hart, son casos mediante los que se reconoce a primera vista si la situación que presenta se incluye en la norma que ha de aplicarse.¹⁴

De esta forma, un caso fácil es aquel en el que la norma legislativa que es controlada está excluida de la aplicación de la norma fundamental. Y, en conclusión, la norma legislativa regula un caso de manera opuesta a la disposición constitucional.

Por el contrario, los casos difíciles son aquellos que, debido a la indeterminación normativa de la disposición fundamental aplicable, no está claro a priori si la norma controlada es compatible o no con la norma fundamental.

En estos casos, es necesario fundamentar una nueva norma para que ocupe la premisa mayor de la fundamentación de la sentencia. Esto es, la concreción y fundamentación de una norma adscrita de derecho fundamental.

Por ello, cuando una norma legal se considera como un caso regulado en el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, cobra validez prima facie la norma iusfundamental adscrita a la norma legal. Esto se legitima como el criterio metodológico más importante para la adscripción prima facie¹⁵ de este tipo de normas.

La mayoría de casos de normas de derecho fundamental son considerados como difíciles, por lo que siempre que exista duda sobre su dificultad o no, ha de concretarse una norma adscrita de derecho fundamental.

El principio de proporcionalidad se justifica como un criterio estructural de fundamentación correcta y concreción adecuada de toda norma adscrita en un caso difícil.

¹⁴ HART H. L. A. , *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 155 y ss

¹⁵ ALEX Y R., *Teoría de los derechos...* op, cit, p. 298 y ss

6. CONTENIDO NORMATIVO

1) FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

El contenido normativo del principio radica en los requisitos que deben darse para considerar la actividad de un ente público como de carácter proporcionado.

Pese a que la Constitución no dedica disposición alguna a la tipificación del principio de proporcionalidad, la práctica jurídica no pone en duda su constitucionalidad.

De esta forma, posee varias fundamentaciones: el carácter jurídico, la idea de justicia, el principio de Estado de Derecho y el principio de interdicción de la arbitrariedad.

En función de su carácter jurídico, la proporcionalidad ha de considerarse como un concepto relacionado con el carácter jurídico propio de los derechos fundamentales.

Como tal, esta fundamentación del principio tiene su base en el art.53 CE, así como en el art.10.2 CE. En el primero de los artículos, la proporcionalidad ha de entenderse como un carácter jurídico a respetar por toda norma que intervenga en el ámbito fundamental. Y en el segundo de los artículos, este principio es uno de los principales utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para la interpretación y protección de los derechos previstos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Asimismo, el principio de proporcionalidad podría ser considerado un fundamento del orden público y la paz social (art.10.1 CE)

Además, la jurisprudencia ha reconocido de manera reiterada un nexo de unión entre el principio de proporcionalidad y algunos derechos fundamentales. Estos son la libertad personal del art.17 CE, del cual puede inducirse el derecho a la proporcionalidad en las medidas cautelares de un proceso penal, y el derecho de igualdad del art.14 CE

En lo referente al valor de justicia, esta fundamentación liga a la proporcionalidad con el valor de la justicia expuesto en el art.1.1 CE, por lo cual, el principio se concreta como la idea principal de la justicia material, por lo que se opone a todo sacrificio innecesario de la libertad.

De esta forma, relaciona lo excesivo con lo injusto, y soluciona la interpretación de las leyes con una medida de ponderación necesaria.

Pese a ello, esta fundamentación adolece de la abstracción propia de la justicia, que supone atribuir ambigüedad en la percepción de lo que es considerado como justo y lo que no, por lo que difícilmente, de ella pueden extraerse contenidos tan concretos como la proporcionalidad.¹⁶

El punto de vista más compartido en la fundamentación del principio es su concepción como principio del estado de derecho. De esta forma, la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo califica como un principio inherente al Estado de Derecho, que pasa a no estar formado solo por principios formales, como el catálogo de derechos, sino por principios materiales como el de justicia material y efectiva.

Pese a ello, el principio de estado de derecho es, como el valor de justicia, una noción excesivamente ambigua que necesita de complementación para su interpretación en el marco democrático. Y es por tanto, que su argumentación como un criterio sólido que fundamente la proporcionalidad semeja ser escasa.

Mediante la interdicción de la arbitrariedad, se busca encontrar la fundamentación en el art.9.3 CE, siendo el principio de proporcionalidad una garantía contraria a la posible arbitrariedad de los poderes públicos. Esta idea relaciona la desproporción con el arbitrio, estando el acto desproporcionado prohibido por el art.9.3 CE.

Pese a ello, el Tribunal Constitucional declaró que una ley es arbitraria si carece de explicación racional.¹⁷

Sin embargo, mientras que el principio de proporcionalidad alude a la intervención en un derecho fundamental siempre que exista un fin legítimo y constitucional, el principio de interdicción de la arbitrariedad prescribe las actuaciones irracionales.

Por ello, objetivamente, no toda arbitrariedad es desproporcionada, pues esta puede ser irracional e ilógica. En este sentido, si la ley no supera el juicio de idoneidad será declarada inconstitucional por ser inidónea, desproporcionada, irracional y arbitraria.

¹⁶ PECES- BARBA G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 88 y ss

¹⁷ STC 108/1996 de 13 de junio

Como consecuencia, el art.9.3 CE solo puede considerarse una prohibición de aprobación de medidas desproporcionadas por los poderes públicos en aquellos casos en los que las medidas sean desproporcionadas e irracionales.

No obstante, la STC 55/1996 caracterizó al principio no como un medio de control aislado, sino como una derivación infundada del texto constitucional.

Este carácter no autónomo del principio le concede una vis expansiva ¹⁸ impropia de los principios interpretativos, configurándose como “una pauta general de aplicación de los derechos fundamentales” ¹⁹

Esta vis expansiva le permite aumentar su ámbito de afectación más allá de los derechos fundamentales, siendo considerado como un límite de las normas constitucionales con naturaleza de principios, los llamados mandatos de optimización de Alexy.

En la doctrina constitucional española existen dos tesis sobre el status jurídico del principio de proporcionalidad: su concepción como principio general del derecho o como límite de los límites de los derechos fundamentales. ²⁰

A. COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

Esta concepción no nace con la Constitución, sino que existía anteriormente, pues García de Enterría le había atribuido dicho status en sus trabajos. Además, en el ámbito europeo, el derecho alemán así lo concibe, así como la jurisprudencia comunitaria.

En la jurisprudencia nacional, la STC 62/1982 lo califica como un principio general del derecho y en la STC 85/1992 este fue calificado como un principio inherente al estado de derecho.

En este sentido, cabe mencionar que los principios generales del derecho forman parte del ordenamiento jurídico independientemente de su previsión o no en el derecho positivo

¹⁸ GONZÁLEZ BEILFIUSS, M. , *El principio..., op., cit*, p 77

¹⁹ STC 181/2000 de 29 de junio

²⁰ STC 154/2002 de 18 de julio

vigente. Y como tal, su no consagración por parte de la Constitución no impide que sea considerado como un principio, con el fin de dotar al principio de carácter jurídico.

Además, los principios generales del derecho tienen la función de orientar la interpretación jurídica, siendo esta función, hermenéutica.

Pese a ello, las opiniones de importantes constitucionalistas españoles señalan la gran ambigüedad que rodea la aplicación de estos principios, así como su validez jurídica como criterios de interpretación.

Asimismo, los principios generales del derecho poseen un grado de ambigüedad y abstracción mucho mayor del que presenta el principio de proporcionalidad, y están previstos de un contenido más sustancial; lo que lleva a establecer que el principio de proporcionalidad es un criterio estructural basado en la resolución de tensiones constitucionales, y no un integrante de dichos principios.

Por ello, más que un valor de derecho, el principio de proporcionalidad es un medio de reducción de tensiones constitucionales entre derechos fundamentales que colisionan entre sí.

En paralelo a ello, es relevante mencionar que los principios generales del derecho se configuran como la tercera fuente del derecho en función del art. 1.1 del Código Civil. Por ello, se constituyen como auténticas normas jurídicas vinculantes, y se configuran como un importante recurso para resolver lagunas.

Como tal, el principio de proporcionalidad se asemeja a esta concepción, pues establece una vinculación normativa a todos los poderes públicos para no restringir los derechos fundamentales de modo desproporcionado. Si una reducción del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales no se concibe como idónea, necesaria y proporcional, ha de ser declarada como inconstitucional.

En este sentido, su origen proviene de las disposiciones constitucionales del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), la prohibición de arbitrariedad (art.9.3 CE) y la tutela de derechos y libertades del art.53 CE.

Pese a no contenerse como tal en la Constitución, se puede inferir de la misma, así como los principios generales del derecho. Mas estos, gozan de un mayor grado de generalidad, e impiden, en conclusión, el encasillamiento del principio de proporcionalidad en la tercera de las fuentes del ordenamiento jurídico.

B. COMO LÍMITE DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Esta idea, basada en configurar un límite de los límites a las libertades proviene de autores alemanes precursores del derecho público federal. Por ello, se centran en la idea de que las restricciones individuales de los derechos no pueden extenderse más allá del interés público o colectivo, y, por tanto, toda restricción de estos derechos ha de tener como función fomentar el bien común.

Como tal, el legislador dispone de competencias para configurar los derechos, puede también limitar estos derechos pero estas limitaciones legislativas a los derechos tienen a su vez sus propios límites constitucionales, esto es, hay un límite a la capacidad legislativa para limitar los derechos fundamentales, de ahí la expresión del límite de los límites utilizados por la doctrina e implícitamente por la jurisprudencia constitucional.²¹

Los autores alemanes, siguiendo esta línea, opinan que en el límite de los límites, incluye la proporcionalidad así como la garantía de preservar el contenido esencial del derecho.

Por esta razón, no toda restricción de los derechos es inconstitucional, pues están cubiertas por la presunción de constitucionalidad de las leyes que las impulsan, por lo que se entiende que se mueven dentro de las posibilidades previstas en la Constitución y reconocidas por las decisiones del Parlamento, pero, estas restricciones solo serán declaradas inconstitucionales si exceden dicho marco de posibilidades, si limitan los derechos sin razón alguna, o si esta es considerada como desproporcionada, o si afecta al contenido esencial del derecho constitucional en cuestión.

²¹ STC 113/1989 de 22 de junio, STC 158/1993 de 6 de mayo, STC 157/1997 de 29 de septiembre

C. COMO INSTRUMENTO METODOLÓGICO

Sin embargo, más que un límite de los límites, el principio de proporcionalidad se constituye ante todo como un instrumento metodológico que determina el contenido de la limitación del derecho.

De esta forma, es el propio principio quien garantiza la vigencia de los derechos fundamentales como límites al ejercicio y actuación del poder público.

2) DESTINATARIOS

El carácter constitucional del principio implica que este sea aplicado a todos los poderes públicos y ciudadanos en función del art.9.1 CE, tanto como criterio de actuación como parámetro de control en lo relativo al análisis de constitucionalidad.

De ahí la diferencia existente entre la proporcionalidad de la ley y la proporcionalidad en la aplicación de la ley, lo que confronta al principio de proporcionalidad con la actuación del legislador, los jueces, o incluso con las administraciones públicas.²²

Sin embargo, cabe tener en cuenta la distinta naturaleza de los procedimientos de control de constitucionalidad de la ley, que condiciona el principio de proporcionalidad en la medida en que afirman el carácter proporcionado o desproporcionado de una norma emanada del poder democrático por excelencia y dotada de la presunción de constitucionalidad.

Por ello el contenido de este principio también depende de quién sea su destinatario, habiéndose diferenciado en consecuencia entre dimensión formal y dimensión material del principio.

²² BARNES J., “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico” *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, p. 335 y ss

Esto es, la dimensión formal como deber de motivación de las limitaciones de los derechos fundamentales, y la material como la distinta posición institucional que ocupan los tribunales ordinarios y el legislador.

3) CARACTERIZACIÓN

Javier Barnes afirmó que la proporcionalidad es un concepto “relacional”²³ no establecido de manera autónoma respecto a un régimen, sino una relación entre una medida planteada y su finalidad.

Sin embargo, esta relación no es tan fuerte como para impedir el análisis separado del medio y el fin, puesto que la proporcionalidad o desproporcionalidad se afirma o se niega respecto a la medida controlada, no respecto al fin o la relación medio-fin.

Además de relacional, tiene carácter relativo, lo que significa que puede variar en función de las circunstancias, siendo proporcional o no en función de su cualidad de temporal, permanente, y las distintas medidas que incorpore. Por ello, es sensible a la concurrencia de determinados factores fácticos así como temporales.

El principio ha de ser entendido, como medio de control de carácter negativo, no siendo necesario que la medida sea proporcionada en su totalidad, sino que no sea, esencialmente, desproporcionada.

Ello se ha puesto de manifiesto con el rechazo por parte del Constitucional a los juicios de oportunidad respecto a la medida impugnada.

Así, el criterio estructural de proporcionalidad supone un análisis de la relación entre una medida planteada y su finalidad, así como de la intromisión en la afectación del derecho fundamental.

²³ BARNES, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, p. 17

7. UTILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Inspirado por el Tribunal de Estrasburgo, la concepción inicial del principio se caracterizó por ser informal e intuitiva, lo que llevó a su relación con el principio de razonabilidad, debido, principalmente, a la indeterminación del concepto de proporcionalidad, su origen filosófico y su inaplicación uniforme.

La introducción del test alemán de proporcionalidad en los años 90 tuvo como consecuencia el análisis de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad del principio, lo que supuso un avance progresivo en su utilización.

Sin embargo, pese a los tres subprincipios, el Constitucional utilizó lo denominado como *prius* lógico de la proporcionalidad, la finalidad de la medida proporcionada. Esto último derivó en la idea de excluir todas aquellas medidas consideradas como contrarias al texto constitucional.

Todo ello, implicó la introducción del test alemán de proporcionalidad, siendo exigible que la medida restrictiva de los derechos supusiera más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros valores en conflicto.²⁴

Tras dicha formalización, el principio de proporcionalidad ha sido empleado para dar respuesta a diversidad de problemas basados en la limitación de los derechos fundamentales, siendo utilizado entre los años 2000 y 2015 en 221 sentencias.

Pese a ello, en los últimos pronunciamientos se pone de manifiesto las tendencias recientes del Tribunal Constitucional, basadas en un uso excesivamente genérico del mismo.

Como tal, la relajación en su aplicación ha supuesto una disminución de la densidad de control del Tribunal Constitucional, reduciéndose la eficacia del principio de proporcionalidad como límite a la actuación del legislador.

²⁴ GONZÁLEZ BEILFIUSS, M. , *El principio...*, op., cit, p. 52

Además, se ha desvinculado la proporcionalidad del desarrollo de normas subconstitucionales, debido a la existencia de una jurisprudencia constitucional cada vez más completa, así como una regulación legal más extensa de los derechos fundamentales, lo que supone la disminución en la proliferación de los vacíos normativos.

8. SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD

El Tribunal Constitucional interpreta el principio de proporcionalidad a partir de la existencia de una necesaria relación entre la medida impugnada y su finalidad, además de la interpretación propia del examen de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto.

La interpretación de la finalidad puede resultar más compleja cuando en su análisis concurren más de una de ellas, lo que ocurre en la mayoría de casos en el ámbito penal, en lo relativo a varios bienes jurídicos en los que ninguno prima sobre los demás.²⁵

Actualmente, la jurisprudencia constitucional está de acuerdo en que la finalidad no precisa necesariamente rango constitucional sino únicamente ser considerada como legítima.

Es evidente que el sistema no concibe la idea de perseguir finalidades contrarias al texto constitucional, tratándose en este caso de una violación de la norma constitucional y no de una vulneración de la proporcionalidad para un sector de la doctrina, para otro, al menos a efectos analíticos, la no inconstitucionalidad de la finalidad se integra en el eslabón de la idoneidad.

Asimismo, los principios componentes de la proporcionalidad son los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales se aplican de manera sucesiva y escalonada.

²⁵ STC 161/1997 de 2 de octubre

1) SUPRINCIPIO DE IDONEIDAD

Conocido también como el supprincipio de adecuación, hace referencia a que la medida que interviene en los derechos fundamentales tenga un fin legítimo, y sea idónea para lograr su objetivo.

En primer lugar, se ha de verificar si la medida del Parlamento y el fin que esta pretende puede ser considerada como legítima desde el punto de vista constitucional. Por tanto, la idoneidad consiste en un análisis entre la relación del medio legislativo y su fin.

Dentro de los fines a lograr por la medida, cabe diferenciar entre fines mediatos e inmediatos. Los inmediatos consisten en alcanzar un estado de las cosas en la medida de mayor grado de cumplimiento posible del derecho fundamental. En cambio, los mediatos, consisten en obtener que el derecho sea restringido de la menor manera posible.

Sin embargo, en el juicio de idoneidad no ha de confundirse el medio con el fin, pues este no puede ser el medio en sí mismo.

De esta forma, la idoneidad se trata de la aptitud o adecuación de la medida controlada para alcanzar la finalidad perseguida²⁶, pero entendiendo como finalidad el fin inmediato.

Dicha interpretación se realiza mediante el análisis de la relación existente entre la medida y la finalidad pretendida. Por ello, en el juicio de idoneidad es relevante la perspectiva conforme a la cual se califica o no el medio como útil para alcanzar el fin.

Su interpretación es relativa, pues no es necesario que sea el instrumento más óptimo para la consecución de la finalidad, sino que contribuya a su realización. Por tanto, la vulneración del requisito de idoneidad debe entenderse referida solo a aquellos casos en los que el sacrificio del derecho limitado sea clara y manifiestamente inadecuado para la consecución del fin pretendido por la medida.

Por ello, el juicio de idoneidad ha de realizarse de manera autónoma, de manera diferenciada del juicio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto

²⁶ STC 207/1996 de 16 de diciembre

2) SUPRINCIPIO DE NECESIDAD

La necesidad implica comparar la medida del legislador con otras alternativas posibles. Esto es, valorar si la medida alternativa cumple el objetivo de la primera y si afecta de manera menor a la restricción del derecho fundamental.

Si alguna de las alternativas cumple estos dos requisitos, la medida legislativa sujeta a examen habrá de ser declarada inconstitucional.²⁷

De esta forma, la aplicación del principio de necesidad presupone la existencia de al menos un medio alternativo a la propuesta por el legislador, y es, a diferencia del juicio de idoneidad, una comparación entre medios, y no una relación entre el medio y su finalidad.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principal criterio de selección de los medios alternativos de la medida es que estos sean igualmente idóneos para lograr su objetivo. Es por ello que el fin inmediato se considera una constante²⁸ en el análisis de la necesidad.

El análisis de idoneidad practicado en el subprincipio de necesidad difiere del practicado en el subprincipio de idoneidad como tal, pues este se trata de un análisis hipotético de posibles medidas no virtualizadas en la práctica.

Y, nuevamente, cabe hacer alusión a los casos fáciles y difíciles. En los fáciles el medio alternativo afecta de manera inferior al ámbito del derecho fundamental, por lo que la medida legislativa es considerada como innecesaria. Sin embargo, en los difíciles, la mayor o menor afección al derecho fundamental depende del punto de vista según el cual se analice.

En estos últimos casos, cuando el medio alternativo es más benévolo que la medida legislativa bajo todas las perspectivas, ha de considerarse a la alternativa como necesaria.

²⁷ BERNAL PULIDO C., *El principio de...* op, cit, p. 935

²⁸ BARNES J., “El principio de..” op, cit, p. 25

Además, en el análisis de los medios alternativos han de respetarse el margen de discrecionalidad del legislador, su posición en el desarrollo del ordenamiento constitucional derivado de los valores democráticos, mediante el control de evidencia en el examen de necesidad²⁹.

Es decir, solo si la medida es claramente, esto es evidentemente, innecesaria en el sentido anteriormente expuesto, la ley no pasaría esta fase del análisis del principio de proporcionalidad y sería ya directamente declarada inconstitucional.

El Tribunal Constitucional ha defendido la limitación del control al legislador democrático solo en aquellos supuestos de sacrificio innecesario de los derechos constitucionales, considerando tales casos como un derroche inútil de coacción³⁰.

3) LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

La proporcionalidad en sentido estricto se refiere a que las ventajas obtenidas de la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar las desventajas particulares y sociales que implica dicha restricción.

Por ello, se legitima como una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la realización del fin legislativo.³¹

Como tal, a la proporcionalidad en sentido estricto también se la denomina como ponderación. Y a ella, estarán sometidas aquellas normas legales que hayan superado el análisis de idoneidad y el examen de necesidad.

Los objetos de ponderación son el derecho fundamental restringido y el derecho fundamental o principio constitucional en el que se basa la intervención legislativa. Esto es una ponderación entre la limitación legislativa establecida al derecho fundamental y el fin constitucional que pretende conseguir dicha limitación.

²⁹ STC 55/1996 de 28 de marzo

³⁰ STC 55/1996 de 28 de marzo

³¹ BERNAL PULIDO C., *El principio...*, op, cit, p. 962

Su estructura se divide en tres pasos: en el primero, la doctrina utiliza en su interpretación el término “peso”³², para referirse a la importancia que los objetos normativos poseen en la ponderación.

De esta forma, cuanto mayor sea la importancia de un principio constitucional en la Constitución, mayor peso tendrá en la ponderación. Y cuanto mayor sea la intervención en el derecho fundamental, más peso tendrá el derecho en la ponderación.

En cuanto a la relevancia de su finalidad como segundo paso, la finalidad ha de ser analizada desde el nivel normativo, así como desde el empírico.

En el normativo, la importancia de la intervención o limitación en el derecho fundamental depende de la posición iusfundamental personal y democrática afectada por la intervención legislativa.

En el empírico, la relevancia depende de la eficacia, probabilidad, rapidez y duración de la medida, así como su contribución a la obtención del fin inmediato perseguido por el legislador.

Y finalmente, en el último de los pasos, el subprincipio permite la construcción de una relación de precedencia consistente en establecer una ponderación entre el derecho fundamental intervenido y el principio constitucional que fundamenta dicha intervención. En consecuencia, se establece qué elemento adquiere prioridad en el caso particular.

No obstante, esta precedencia es condicionada³³, pues está ligada a las particularidades del caso concreto. De esta forma, el elemento normativo por el que se opte no adquiere prioridad absoluta como un nivel jerárquico superior en la pirámide normativa, sino que únicamente determina la solución para el caso concreto así como para casos análogos.

Ahora bien, si es el derecho fundamental el que en el caso particular adquiere validez definitiva, la ley habrá de ser declarada como inconstitucional. Si por el contrario, la validez definitiva la adquiere el principio constitucional que fundamenta la medida, ello será respaldado con su declaración de no inconstitucionalidad.

³² ALEX Y R., *Teoría de los derechos...*, op, cit, p. 89

³³ ALEX Y R., *Teoría de los derechos...*, op, cit, p. 90 y ss

Por todo ello, con el fin de determinar la intensidad del análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, debe tenerse en cuenta la seguridad de los argumentos ³⁴ que denoten la desproporción de la ley, además de la relevancia en la protección del derecho fundamental.

A diferencia del juicio de idoneidad, en la proporcionalidad en sentido estricto, la finalidad no se analiza desde un punto de vista fáctico, sino analizando su peso, teniendo en cuenta el alcance de la propia medida objeto de control así como su importancia.

Por ello, de este último requisito no se deriva regla fáctica alguna, sino un mandato de ponderación que obliga a suprimir toda medida excesiva.

Con todo, el principio de proporcionalidad no se define como un principio; sino como un conjunto de tres reglas o subprincipios que deben ser cumplidos.

9. OBJECIONES EN SU APLICACIÓN

Varios autores, mayoritariamente alemanes, critican la excesiva utilización del principio en el control de constitucionalidad de las leyes, lo que supone según los mismos un método irracional y subjetivo.

Esta concepción no tiene su origen en la aplicación del principio a cada caso particular, sino en su concepción teórica como elemento inherente en el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes que afectan a los derechos fundamentales.

Por ello, la crítica se basa en la idea de que el principio constituye un esquema vacío y meramente formal, formulado para establecer valoraciones subjetivas que no pueden ser realmente controladas mediante conceptos jurídicos.

Y en consecuencia afirman que toda aplicación del principio resulta arbitraria e incontrolable, basándose su argumentación en la falta de claridad conceptual, la carencia de un apoyo jurídico, el problema de identificación de los derechos y bienes, y el desencadenamiento de una justicia del caso concreto. ³⁵

³⁴ BERNAL PULIDO C, *El principio de...*, op, cit, p. 1026

³⁵ BERNAL PULIDO C. , *El principio...*, op, cit, p. 204

En este último caso, se hace referencia a que la aplicación del principio en función del caso particular supone la conversión de la práctica interpretativa de los derechos fundamentales en una jurisprudencia ad hoc³⁶, sacrificando por ello la certeza y coherencia de la justicia y el derecho.

En definitiva, el principio de proporcionalidad no sería más que una argucia retórica bajo en la que se encubriría el ejercicio de un poder casi discrecional por parte de los tribunales constitucionales para enjuiciar la constitucionalidad de las limitaciones legales a los derechos fundamentales.

A su vez, también se señala que gran parte de los resultados que teóricamente se obtienen utilizando el principio de proporcionalidad, se consiguen igualmente utilizando los métodos clásicos de interpretación jurídica, especialmente en ordenamientos donde ya existe una consolidada jurisprudencia constitucional.

Por otra parte se señala que el principio de proporcionalidad es muchas veces utilizado por los Tribunales Constitucionales como una fórmula vacía o más bien genérica, donde se afirma simplemente que la ley cumple los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto pero sin realizar un análisis argumentativo real del cumplimiento de estos principios.

Se convierte en definitiva según estos autores en un poco más que una mera fórmula retórica que cubre el decisionismo jurisprudencial.

³⁶ BERNAL PULIDO C. , *El principio...*, op, cit, p. 240

1) CONCEPCIÓN MATERIAL

Quienes abogan por una concepción material del principio defienden que los jueces han de tener en cuenta todos los procedimientos de elaboración de la ley a la hora de ejercer el control de constitucionalidad, así como constatar su contenido con el texto constitucional.

Pese a ello, este punto de vista posee un problema interpretativo basado en cuándo ha de considerarse que el juez interpreta correctamente la Constitución.

Y esto supone que nazca la duda doctrinal sobre si existen o no métodos interpretativos más adecuados que otros.

Robert Bork defiende que los jueces deben defender la Constitución de acuerdo con las intenciones de los constituyentes y no desde su propia perspectiva. Dworkin, por el contrario, confía en la capacidad adecuada de todos los jueces para interpretar la Constitución en todos los casos.

Por ello, el autor diferencia al principio de toda conexión política y afirma que los derechos fundamentales se refieren a “principios morales sobre la decencia política y la justicia”³⁷, que no pueden, en definitiva, quedar anclados a decisiones o procedimientos democráticos.

El principio de proporcionalidad, desde el punto de vista material, ofrecería múltiples ventajas frente a otros criterios interpretativos. Su propio carácter relacional, y su vinculación a la decisión del caso concreto tomando en cuenta todas las circunstancias, lo alejan del establecimiento por parte del Tribunal Constitucional de interpretaciones de las normas subconstitucionales con una eficacia general similar a la de la norma legal o incluso a la de la norma propiamente constitucional.

Por otra parte este criterio para determinar la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales parece especialmente indicado si partimos de una concepción de los mismos como mandatos de optimización en el sentido de Alexy.

³⁷ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p.396 y ss

El principio de proporcionalidad permitiría así determinar esa máxima eficacia del derecho fundamental en la situación concreta, es decir determinar qué posición iusfundamental pesa más dadas las circunstancias del caso.

2) CONCEPCIÓN FUNCIONAL

Desde esta perspectiva, la Constitución se entiende como un ordenamiento marco, siendo un marco de coincidencias políticas distintas que no se imponen entre ellas. Por ello, y debido a la diversidad existente, precisa ser concretado y sus límites fijados.

El contenido de las leyes no viene predeterminado por la Constitución, sino que nace del debate político y la actuación parlamentaria. Y, en consecuencia, a veces las leyes desbordan el marco de regulación diseñado para su ámbito de aplicación.

Ahí entra la labor del control de constitucionalidad y la importancia en la aplicación del principio de proporcionalidad.

Francisco Rubio Llorente afirmó que el legislador no ejecuta el texto constitucional, sino que actúa libremente dentro de los límites que esta establece.³⁸

Por ello, es necesario fijar un método y límites por parte del Tribunal Constitucional en la interpretación de los derechos fundamentales, con el fin de evitar la asunción de competencias propias del Parlamento.

Esto último hace referencia a un razonamiento objetivo ajeno a cualquier tipo de vinculación ética o creencia, utilizando su imparcialidad como vehículo para no relacionarse con la política.

De esta forma, la objetividad consiste en aceptar las decisiones racionales emitidas por un órgano jurisdiccional, fundamentándose de manera racional las sentencias emitidas.

³⁸ RUBIO LLORENTE F., “Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p.585

Por tanto, toda decisión jurisdiccional ha de ser considerada como racional, siempre y cuando desarrolle correctamente la justificación, la exposición de la valoración, la lógica argumentativa y la interrelación entre argumentos, así como la observancia de las reglas procesales y la consecuencia.

Desde una concepción funcional el principio de proporcionalidad permitiría ante todo el control por la opinión pública y la ciencia jurídica del razonamiento del Tribunal Constitucional.

En definitiva el principio de proporcionalidad obligaría al tribunal a justificar y razonar los sucesivos pasos en el análisis de la constitucionalidad de las leyes que se refieran a los límites de los derechos fundamentales o que simplemente los afecten, y con ello permitiría controlar el poder que ejerce el Tribunal Constitucional sobre las normas emanadas del Parlamento.

10. CONCLUSIONES

El principio de proporcionalidad se constituye como uno de los principios más recurrentes de toda la jurisprudencia española, siendo su ámbito de actuación la constitucionalidad o no de una concreta limitación de los derechos por parte de los distintos poderes públicos.

De esta forma, se configura como uno de los principales elementos de la teoría de los derechos fundamentales empleada por el Tribunal Constitucional, así como un parámetro de interpretación a nivel global en el mundo democrático.

Su evolución desde la aprobación de la Constitución española ha afectado en mayor medida a la dimensión material, a los requisitos que han de darse para considerar la actuación de un poder público como proporcionada.

Su uso en el examen de la constitucionalidad de las leyes por parte del Tribunal Constitucional ha sido muy importante aunque con diversas fases en cuanto a la densidad material en la aplicación del mismo.

En todo caso puede considerarse hoy, más allá de las polémicas teóricas, un elemento consustancial al control de constitucionalidad de las leyes que afectan a los derechos fundamentales.

Asimismo, la interpretación del principio debe tener muy presente su carácter negativo, en cuanto a la prohibición de medidas consideradas como desproporcionadas.

Además, los requisitos procesales han de ser tenidos en cuenta debido a la pluralidad de destinatarios del principio, destacando la incidencia en el control del legislador.

A pesar de todo, la estructura del principio de proporcionalidad no es la de una regla jurídica, en el sentido de Alexy, sino un principio, pues no viene predeterminado, sino dividido en tres subprincipios que no eliminan su concepción de precepto unitario. Es por ello que debe ser concretado por el juez de la proporcionalidad en función del caso concreto y sin posibilidad de hallar una única solución.

De esta forma, se trata de un instrumento estructural, relacionado con el contenido normativo de la proporcionalidad cuya función como criterio hermenéutico se basa en la restricción aceptable o no de los derechos fundamentales por una medida promulgada por el legislador o los distintos poderes públicos.

Pese a sus inicios como un criterio aplicado de manera informal, su evolución así como expansión a la totalidad del ordenamiento jurídico ha supuesto su progresiva formalización, tendiendo en los últimos años a una excesiva generalización que supone su desconstitucionalización gradual.

Sin embargo, debido a la importancia de su contenido así como del ámbito en el que se aplica, su utilización se considera prioritaria así como indudablemente indispensable para limitar la actuación de los distintos poderes públicos y evitar la extralimitación de las medidas en aras de la protección de los derechos individuales.

En definitiva el principio de proporcionalidad juega hoy un papel central en el derecho constitucional, como elemento estructural dentro de la teoría de los derechos fundamentales más aceptada, como instrumento para el control fiscalizable de la constitucionalidad de las leyes que limitan los derechos fundamentales, como uno de los elementos más visibles de la progresiva construcción de un derecho constitucional europeo y también de un ius comune jurisprudencial europeo, como elemento esencial de una manera de concebir el ordenamiento constitucional y los derechos fundamentales de inspiración inicialmente alemana pero que se ha instalado fuertemente en muchos países europeos e iberoamericanos principalmente y en definitiva como un elemento esencial para comprender la dinámica actual del Estado de derecho

11. BIBLIOGRAFÍA

SENTENCIAS

STC 26/1981 de 17 de julio

STC 113/1989 de 22 de junio

STC 158/1993 de 6 de mayo

STC 55/1996 de 28 de marzo

STC 207/1996 de 16 de diciembre

STC 108/1996 de 13 de junio

STC 157/1997 de 29 de septiembre

STC 161/1997 de 2 de octubre

STC 136/1999 de 20 de julio

STC 181/2000 de 29 de junio

STC 186/2000 de 10 de julio

STC 154/2002 de 18 de julio

STC 14/2003 de 28 de enero

STC 8/2015 de 22 de enero

LIBROS Y ARTÍCULOS

ALEXY ROBERT, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional”, *Derechos y libertades*, nº 8, *Revista del Instituto Bartolomé de Casas*, 2000

ALEXY ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997

ALEXY ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989

BARNES JAVIER, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998

BARNES JAVIER., “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico” *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998

BERNAL PULIDO CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Este, Bogotá, 2014

BULLYGIN EUGENIO y ALCHOURRÓN CARLOS E., *Análisis lógico y derecho*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991

DWORKIN RONALD. *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984

GONZÁLEZ BEILFIUSS, MARKUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi SA, Navarra, 2015

HART HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963

JIMÉNEZ CAMPO JAVIER *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999

MEDINA GUERRERO MANUEL, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996

PECES- BARBA GREGORIO, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986

RUBIO LLORENTE FRANCISCO., “Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997