



# ÁMBITO MATERIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, DIMENSION INSTITUCIONAL Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

---

*Antonio-Luis Martínez-Pujalte*

**Resumen:** Hoy es una doctrina pacíficamente admitida que los derechos fundamentales presentan una doble vertiente o dimensión, subjetiva e institucional, es decir, son a la vez derechos de los ciudadanos y principios básicos de la comunidad política. En el presente trabajo se pone en conexión la dimensión institucional de los derechos fundamentales con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 136/1999, de 20 de julio, acerca del denominado “efecto desaliento”. La definición de la categoría del ámbito material de los derechos fundamentales –que abarcaría toda acción u omisión que realiza lo *prima facie* apuntado en el *nomen iuris* del derecho fundamental, aun cuando no constituya un ejercicio lícito jurídicamente protegido– permite precisar que la dimensión institucional de los derechos fundamentales prohíbe a los poderes públicos desalentar el ejercicio lícito de los derechos fundamentales, lo que se sucede cuando se restringe de forma desproporcionada su ámbito material.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, de 20 de junio (*Mesa Nacional de Herri Batasuna*) constituyó, desde mi punto de vista, un paso decisivo en la formación de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la teoría general de los derechos fundamentales; por lo que merece ser objeto de particular tratamiento al conmemorar el primer cuarto de siglo de jurisprudencia constitucional en nuestro país. Aun cuando, como se apuntará, la aplicación que el Tribunal realiza en ella de su propia doctrina –y, en consecuencia, la decisión que adopta en el caso que se le somete– no resultan plenamente acertadas, la argu-

mentación desarrollada ofrece aportaciones enormemente sugerentes y provechosas para la interpretación de los derechos fundamentales. En las páginas siguientes trataré de reconstruir los elementos principales de la teoría de los derechos fundamentales que el Tribunal perfila en esta Sentencia, que constituyen, además, la *ratio decidendi* del caso.

## 1. AMBITO MATERIAL Y ÁMBITO JURÍDICAMENTE PROTEGIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El primero de esos elementos es la distinción entre lo que podemos denominar *ámbito material* y *ámbito jurídicamente protegido* de los derechos fundamentales. Pienso que se trata de una distinción que responde a la realidad y que no plantea dificultades. En efecto, el contenido de la mayor parte de los derechos fundamentales se encuadra en un determinado ámbito de actividad: expresarse, reunirse, crear asociaciones, etc. Sin embargo, no todas las conductas que se integran en ese ámbito de actividad obtienen protección jurídica: la encuentran tan sólo aquellas conductas que forman parte de lo que nuestra Constitución, con terminología importada de la Ley Fundamental de Bonn, denomina “contenido esencial” de los derechos (art. 53.1). Contenido que —como he desarrollado con mayor extensión en otro lugar<sup>1</sup>— exige del intérprete una tarea de delimitación que ha de llevarse a cabo mediante la interpretación sistemática y teleológica de los preceptos constitucionales en los que se reconocen los derechos fundamentales<sup>2</sup>. El resultado de tal interpretación conducirá a

1. Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo de A. Ollero Tassara, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

2. Ha subrayado Friedrich Müller que la delimitación del contenido es la principal cuestión hermenéutica que se plantea en relación con los derechos

acotar, dentro del genérico ámbito de actividad a que se refieren los derechos fundamentales, aquel que obtiene propiamente la protección iusfundamental; y a acotarlo en términos más estrechos que los que pudiesen haberse inferido de una exégesis meramente literal del precepto constitucional en que el derecho fundamental se consagra. Así, por ejemplo, el artículo 20.1.d de la Constitución reconoce el “derecho a comunicar o recibir libremente información veraz”, pero –en una línea jurisprudencial constante y reiterada– el Tribunal Constitucional, desde una interpretación teleológica que pone de relieve que este derecho tiene como finalidad contribuir a la libre formación de la opinión pública, ha establecido además como un requisito para el ejercicio legítimo de la libertad de información el interés público; de donde resulta que la información que verse sobre asuntos que no son de interés público –por ejemplo, sobre la intimidad de las personas– no forma parte del ámbito jurídicamente protegido de la libertad de información: es una conducta que se encuentra fuera del contenido del derecho fundamental, que rebasa sus límites internos, a pesar de que se encuadra dentro del mismo ámbito genérico de actividad (informar) al que pertenece dicho contenido. Del mismo modo, y así lo señala en este caso el Tribunal precisamente en la Sentencia que es objeto central de estas páginas, si la libertad de expresión es el derecho a expresar pensamientos, ideas u opiniones, podemos concluir que las expresiones amenazantes o intimidatorias no forman parte del ámbito jurídicamente protegido de la libertad de expresión: “no puede negarse la posibilidad de que existan mensajes que, aun sin hallarse incursos en alguno de los tipos penales de amenazas o coacciones, puedan considerarse intimidatorios, porque anuden, explícita o implícitamente, pero de modo creíble, la producción de algún mal grave a la realización o no realización de determinada conducta por parte

fundamentales. Cfr. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Berlín, Duncker & Humblot, 2ª ed., 1990, pp. 40 y ss.

del destinatario. Este tipo de mensajes no queda amparado por las libertades de expresión o de información” (fundamento jurídico 16°). Estos ejemplos muestran, pues, la existencia de conductas materialmente informativas o expresivas que, sin embargo, no forman parte del ámbito jurídicamente protegido de los derechos fundamentales a la libre información y expresión.

Existen algunos derechos fundamentales –como los derechos a la vida, a la integridad física, al honor o a la intimidad– cuyo contenido no consiste en un ámbito de actividad, sino en un ámbito de la personalidad humana. También a éstos es aplicable la distinción entre ámbito material y ámbito jurídicamente protegido. Así, por ejemplo, una amputación practicada a un menor de edad por exigencias terapéuticas sin su consentimiento incide obviamente en el ámbito material de su derecho a la integridad física, pues se trata de una injerencia en su integridad; es un supuesto semejante al examinado por el Tribunal Constitucional en la STC 215/1994, de 14 de julio (*Esterilización de deficientes psíquicos*), pues se trata, como en aquel, de una “intervención corporal, resuelta y practicada sin su consentimiento, ablativa” (fundamento jurídico 4°). Ahora bien, en la medida en que una interpretación teleológica del derecho a la integridad física permite entender que el bien que con él se tutela es la inviolabilidad de la persona en su dimensión corporal, la intervención señalada no lesionaría el ámbito jurídicamente protegido de este derecho fundamental, al tratarse de una intervención necesaria para proteger la salud y por tanto para preservar tal inviolabilidad<sup>3</sup>.

Así pues, el ámbito material de los derechos fundamentales abarca toda acción u omisión que pueda incluirse en el área genérica de actividad o que sea expresión del ámbito de la personali-

3. Esa es justamente la diferencia con el caso que resuelve la STC 215/1994. Sobre estas cuestiones cfr. Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, “El contenido esencial del derecho a la integridad física”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, 17 (1996), pp. 55-67.

dad humana al que pertenece el contenido del derecho fundamental constitucionalmente reconocido; o, como señalan Serna y Toller, toda acción u omisión que realiza lo *prima facie* apuntado en el *nomen iuris* del derecho fundamental<sup>4</sup>. Toda expresión, aun insultante o injuriosa, forma parte del ámbito de la libertad de expresión; toda información, aun cuando signifique una intromisión en la intimidad ajena, estaría incluida en el ámbito material de la libertad de información; toda actuación reivindicativa de un sindicato se comprendería en el ámbito material de la libertad sindical. En cambio, el ámbito jurídicamente protegido comprende únicamente el ámbito de actuación merecedor de una tutela absoluta, cuya delimitación resulta de la interpretación sistemática de la Constitución y de la atención a la finalidad del derecho fundamental: del ámbito jurídicamente protegido de la libertad de expresión no formarían parte las expresiones insultantes o injuriosas<sup>5</sup>, ni del contenido así delimitado de la libertad de información las noticias falsas o que carezcan de interés público, ni de la libertad sindical las acciones reivindicativas que puedan suponer un peligro de atentado para los bienes de la empresa.

Pues bien, la cuestión decisiva es, sin embargo, que, aun cuando pueda resultar paradójico, no sólo obtiene protección jurídica el ámbito jurídicamente protegido de los derechos fundamentales, sino que esa protección se extiende de algún modo al resto del ámbito material. En otras palabras, el hecho de que una conducta, aun siendo ilícita, forme parte del ámbito material de un derecho fundamental, no carece por completo de relevancia para el Derecho. Esto es lo que justamente apunta el Tribunal Constitucional en una afirmación contenida en la STC 136/1999, que resulta capital en su secuencia argumental y en su *ratio decidendi*.

4. Cfr. Pedro SERNA y Fernando TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 65.

5. Cfr. en este sentido, entre otras, STC 105/1990, de 6 de junio (*García contra Roca*), fundamento jurídico 8°.

En este momento resulta oportuno recordar los hechos a que se refiere dicha Sentencia. Como es bien sabido, en ella se enjuiciaba la conducta de los miembros de la Mesa Nacional de Herri Bata-suna –en aquellos momentos un partido político legal– que habían pretendido, durante una campaña electoral, emitir unos videos y unas cuñas radiofónicas en que transmitían ciertos mensajes de la banda terrorista ETA, y que fueron condenados por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, como autores de un delito de colaboración con banda armada, a penas de siete años de prisión. Con independencia de otros reproches de naturaleza procesal fundados en el artículo 24 CE, y que carecen de interés en relación con la doctrina que estamos analizando en estas páginas, los condenados y recurrentes en amparo alegaron la violación de sus derechos fundamentales a las libertades de información y expresión (art. 20 CE) y a la participación en asuntos públicos (art. 23 CE). Pues bien, el Tribunal Constitucional lleva a cabo un exhaustivo análisis –en los fundamentos jurídicos 13º a 19º– para determinar si las conductas realizadas se comprendían en el ámbito jurídicamente protegido de tales derechos fundamentales, y concluye con una respuesta negativa. Ello le habría permitido detener aquí su argumentación: no se han lesionado los derechos fundamentales a la libre expresión e información, luego la sanción impuesta –al margen del posible reproche desde la óptica de la exigencia de tipicidad, reproche que el Tribunal tampoco comparte– es perfectamente lícita. Sin embargo, en el fundamento jurídico 20º el Tribunal realiza la declaración que se revelará de suma relevancia: “el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en asuntos públicos”.

Hasta aquí, el Tribunal Constitucional sólo ha dicho algo obvio: los miembros de la Mesa Nacional de HB expresaban ideas,

comunicaban información y participaban en los asuntos públicos. Ahora bien, ¿cuál es la importancia de esa constatación? O, formulando la pregunta en términos más generales, ¿cuál es la relevancia de la calificación de una conducta como integrante del ámbito material de los derechos fundamentales, y cuál es el alcance de la tutela que obtiene? La respuesta a estos interrogantes se encuentra en la dimensión institucional de los derechos fundamentales, a la que se dedica el siguiente epígrafe.

## 2. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es hoy una idea pacíficamente admitida en la doctrina la de que los derechos fundamentales presentan una doble vertiente o dimensión, subjetiva e institucional, es decir, son a la vez derechos de los ciudadanos y principios básicos del ordenamiento jurídico y de la comunidad política. Probablemente es a Peter Häberle a quien en mayor medida se debe el haber puesto de relieve la dimensión institucional de los derechos fundamentales y la novedad que significa la comprensión de estos derechos desde esta doble dimensión<sup>6</sup>; tesis que, por lo demás, fue acogida por nuestro Tribunal Constitucional desde su primera jurisprudencia, por ejemplo en la Sentencia 25/1981, de 14 de julio, en la que afirma: “los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo,

6. Peter HÄBERLE, *Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, Müller, 3ª ed., 1983, pp. 72 y ss.; cfr. Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, prólogo de F. Carreras, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 99-105.

son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución” (fundamento jurídico 5°).

Pues bien, la consecuencia fundamental que reviste esta dimensión institucional de los derechos fundamentales radica en que –en la medida en que tales derechos son principios rectores del ordenamiento– los poderes públicos tienen la misión de contribuir a la realización de esos principios; ello significa, por tanto, que los poderes públicos tienen un interés objetivo en que los derechos fundamentales sean ejercidos por los ciudadanos: no estamos ante meros ámbitos de libertad de los individuos de los que los poderes públicos se desentienden, como pudo pensar el liberalismo inicial. En otras palabras: hoy los poderes públicos se encuentran obligados a realizar una “política de derechos fundamentales”, es decir, a asumir una posición activa en la promoción de los derechos y en el favorecimiento de las condiciones que hagan posible su ejercicio efectivo, como entre nosotros pone de relieve con claridad el art. 9.2 CE, lo que por supuesto convierte en obsoleta la concepción tradicional de los derechos fundamentales como derechos frente al Estado o como meros límites del poder estatal<sup>7</sup>.

7. Esta es precisamente una de las paradojas que aborda Rafael DE ASIS ROIG, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, prólogo de E. Fernández, Madrid, Debate, 1992, pp. 89 y ss., que pone acertadamente de relieve “la relevancia que para el disfrute de los derechos juega el poder, tanto en orden a su reconocimiento, regulación y protección, como en lo referente a su promoción” (p. 117); por ello, aunque los derechos fundamentales sean en efecto, en cierto sentido, límites del poder estatal –y límites absolutos, puesto que los poderes públicos se encuentran obligados a respetar su contenido (art. 53.1 CE)–, pueden también, desde otra perspectiva, actuar en la dirección inversa, es decir, como títulos de expansión del poder estatal. Cfr. so-

La dimensión institucional de los derechos fundamentales tiene también una vertiente negativa: si el legislador ha de favorecer el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, resulta obvio que le está vedada la actuación contraria, es decir, desalentar el ejercicio de tales derechos. Esta es justamente la relevancia de la distinción antes apuntada. En este sentido, se ha señalado con referencia a la Sentencia que comentamos que “pese a que el Tribunal Constitucional no lo mencione explícitamente, el reconocimiento de la dimensión institucional de los derechos fundamentales está presente en su razonamiento, es más, constituye su principal apoyo”<sup>8</sup>. Y, en efecto, añade el Tribunal Constitucional a continuación de la cita reproducida más arriba que “una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades [de actividades materialmente informativas, expresivas o de participación en los asuntos públicos] puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada” (fundamento jurídico 20°).

Con base en esta afirmación del Tribunal Constitucional, ha distinguido Tomás de Domingo entre efectos directos y efectos concomitantes o colaterales de las normas penales<sup>9</sup>. El efecto directo que se persigue con la medida punitiva es —entre otros— des-

bre estas cuestiones Ignacio DE OTTO, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades* en L. MARTÍN RETORTILLO y I. DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 163-170; Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, “El art. 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, 40 (1997), pp. 111-127.

8. Tomás DE DOMINGO PÉREZ, “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado ‘chilling effect’ o ‘efecto desaliento’”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 122 (2003), p. 153.

9. *Ibíd.*, p. 153.

alentar la acción típica. Ahora bien, no cabe ignorar que la norma penal puede tener como efecto colateral el desaliento de otras conductas lícitas cercanas a la acción típica, lo que sucederá con mayor intensidad si la sanción establecida es particularmente grave, y si los límites de la conducta lícita son en la práctica fáciles de rebasar. Y, cuando la conducta lícita que puede ser desalentada es una conducta en ejercicio de un derecho fundamental, desde la óptica constitucional se plantea sin duda un grave problema, pues los poderes públicos no pueden desanimar el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que se encuentran por el contrario obligados a promoverlo<sup>10</sup>.

Un ejemplo hipotético puede mostrar con claridad cuanto se está diciendo. Como se ha señalado más arriba, las expresiones insultantes o injuriosas no se encuentran comprendidas en el ámbito jurídicamente protegido de la libertad de expresión, y el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar expresamente que nuestra Constitución no contiene un “derecho al insulto”<sup>11</sup>;

10. La crítica a la doctrina del “efecto desaliento”, que se contiene en algunos votos particulares a esta Sentencia –concretamente, el del Magistrado de Mendizábal Allende, y, en parte, el de Conde Martín de Hijas–, así como en algunos comentarios doctrinales –por ejemplo el de Javier ÁLVAREZ GARCÍA, “Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999”, *La Ley*, Madrid (26 de octubre de 1999), pp. 1-6 (especialmente p. 3)–, parece motivada, en realidad, por no prestar atención a los posibles efectos colaterales de las normas penales. Así se trasluce, por ejemplo, en las siguientes palabras del voto particular de Conde Martín de Hijas: “Que un tipo penal produce un efecto desaliento no es sólo una obviedad sino que tal efecto se corresponde con la finalidad de prevención general y prevención especial propia del delito. Pero ese efecto desaliento, que se refiere a la acción típica, no tiene por qué expandirse a conductas lícitas ajenas a ella. El efecto desaliento derivado de un delito de estafa, valga el ejemplo, se proyectará sobre ulteriores posibles conductas estafadoras en general (prevención general) o del mismo estafador (prevención especial), pero no tiene por qué impedir el negocio lícito de nadie” (apartado 9º). Un comentario más extenso de estos votos particulares en DE DOMINGO, cit., pp. 154-155.

11. Cfr. vg. STC 105/1990, de 6 de junio, fundamento jurídico 8º.

por tanto, la tipificación penal del delito de injurias no afecta a la libertad de expresión, al menos desde la óptica de su vertiente subjetiva. Ahora bien, creo que no puede dudarse razonablemente que, si el Código Penal castigase dicho delito con una pena especialmente grave –por poner un ejemplo extremo, con una pena de quince años de cárcel–, se desalentaría el ejercicio legítimo de la libertad de expresión –pues los ciudadanos, y en particular los profesionales de la información, se retraerían de llevar a cabo la crítica que es consustancial al ejercicio de la libertad de expresión ante el temor de rebasar el límite que da paso al delito de injurias–, por lo que tal precepto debería reputarse inconstitucional. De donde resulta que un precepto penal puede resultar inconstitucional no por el delito que castiga, sino por la pena que establece; y que por lo tanto el Tribunal Constitucional puede evaluar la corrección o la proporcionalidad de las penas. No obstante, éstas son cuestiones de otro orden, en las que no resulta necesario entrar aquí; volviendo al hilo de la argumentación, cabe formular la conclusión siguiente: la dimensión institucional de los derechos fundamentales obliga a admitir que determinadas medidas, que no lesionan el ámbito jurídicamente protegido de los derechos fundamentales, pueden resultar sin embargo vedadas constitucionalmente porque, al restringir en exceso el ámbito material de los derechos fundamentales –por ejemplo, mediante sanciones desmedidas–, desalientan la actuación en el ámbito jurídicamente protegido, que los poderes públicos están obligados a favorecer.

Debo ocuparme ahora de responder a una objeción. En crítica a un artículo mío anterior, en el que apuntaba estas mismas ideas<sup>12</sup>, ha señalado Tomás de Domingo que “la solidez de la teoría del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales no requiere introducir la categoría del ámbito material de ejercicio de

12. Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, “Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, 32 (2000), pp. 125-144.

un derecho fundamental, pues, amén de innecesaria, suscita muchas más dudas de las que resuelve. Me parece que lo importante es comprender que hay conductas que sin constituir un ejercicio legítimo de un derecho fundamental están próximas al mismo, y ello puede tener relevancia desde la óptica de la dimensión institucional de los derechos fundamentales, debido al posible desaliento en el ejercicio de los derechos”<sup>13</sup>. A mi parecer, tal crítica se encuentra insuficientemente argumentada, pues no señala este autor, por ejemplo, cuáles son las dudas que suscita la categoría del ámbito material de los derechos fundamentales. En todo caso, pienso que su posición y la mía se encuentran muy cercanas, pues él habla de que “hay conductas que sin constituir un ejercicio legítimo de un derecho fundamental están próximas al mismo”; lo que precisamente aporta la noción de “ámbito material” es un criterio más preciso para definir cuáles son esas conductas próximas, y para circunscribir por tanto a sus justos límites la doctrina del “efecto desaliento”: desalienta el ejercicio lícito de los derechos fundamentales la restricción excesiva del ámbito material de los mismos. Cabe señalar, en fin, que –como se quiere apuntar en el título del presente estudio– ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad forman en la teoría perfilada por el Tribunal Constitucional una tríada compacta y coherente. El reconocimiento de un ámbito material de los derechos fundamentales, más amplio que el ámbito jurídicamente protegido, supone un plus en la protección constitucional de la persona derivada de los derechos fundamentales, pues exige que se aplique un riguroso canon a las restricciones del ámbito material de los derechos fundamentales, para evitar que tales restricciones lesionen la dimensión institucional de los derechos, al desalentar su ejercicio lícito. Ese canon es el principio de proporcionalidad, que se examina seguidamente.

13. Tomás DE DOMINGO PÉREZ, cit., p. 156.

### 3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Es bien sabido que el principio de proporcionalidad o razonabilidad es empleado hoy abundantemente por los Tribunales Constitucionales para evaluar la constitucionalidad de las medidas legislativas, especialmente las que afectan a los derechos fundamentales<sup>14</sup>. El test de proporcionalidad comprende tres elementos: juicio de adecuación –la medida que se evalúa ha de ser adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente lícito–, juicio de necesidad –la medida ha de ser necesaria, y no existe una alternativa menos gravosa–, y juicio de proporcionalidad en sentido estricto –que se traduce en una evaluación de costes y beneficios, es decir, las ventajas que se obtienen con la medida han de ser mayores que las desventajas que la misma genera: cabe añadir a este respecto que, en la aplicación del principio de proporcionalidad que se defiende en estas páginas, las desventajas que es relevante examinar se reducen al posible impacto de la medida en la dimensión institucional de los derechos fundamentales por desalentar su ejercicio lícito.

En buena medida, el principio de proporcionalidad se encuentra ligado –especialmente en la doctrina alemana– a las teorías relativas acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales. Como ha señalado Gavara, “las teorías relativas consideran, y es su diferencia sustancial con las tesis absolutas, que el conte-

14. El principio de proporcionalidad ha sido exhaustivamente tratado por la doctrina: cfr., entre otros, Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 111 y ss.; Juan CIANCIARDO, “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho*, Pamplona, 41 (1999), pp. 46-55; del mismo autor, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, prólogo de P. Serna, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 285-362; Juan Carlos GAVARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, cit., pp. 295-312. Vid. también el número monográfico sobre el principio de proporcionalidad en la revista *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, 5 (1998).

nido esencial no es una medida preestablecida y fija, ya que no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental<sup>15</sup>; por tanto, lo que nos indica la noción de contenido esencial es tan sólo que, a la hora de enjuiciar una restricción legislativa de un derecho fundamental, el intérprete ha de evaluar si tal restricción resulta justificada, de acuerdo con el parámetro que le ofrece el principio de proporcionalidad. Así pues, en esta posición garantía del contenido esencial y principio de proporcionalidad se identifican; como indica con toda claridad Alexy: “la garantía del contenido esencial del artículo 19 párrafo 2 de la Ley Fundamental no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de los derechos fundamentales”<sup>16</sup>.

Desde mi punto de vista, semejante concepción del contenido esencial no puede ser admitida, sobre todo por cuanto altera de un modo notable la posición constitucional de los derechos: estimar que todo derecho puede quedar limitado con amparo en otros bienes constitucionalmente protegidos o para la realización de fines constitucionales, sin requerir más que la proporcionalidad de la medida limitadora en relación con tales objetivos, equivale a relativizar por completo el estatuto jurídico de los derechos fundamentales, sujetándolos a la posibilidad de una permanente restricción, que puede llegar incluso a su completo sacrificio. Como ha señalado acertadamente Cianciardo, “una conceptualización del principio de proporcionalidad que acabe en un balance entre

15. Juan Carlos GAVARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, cit., p. 331.

16. Robert ALEXEY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 291. Ha criticado esta identificación entre garantía del contenido esencial y principio de proporcionalidad, Ludwig SCHNEIDER, *Der Schutz des Wesengehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Berlín, Duncker & Humblot, 1983, pp. 163-166. Una muestra del recurso al principio de proporcionalidad desde la óptica de la teoría relativa en la jurisprudencia constitucional española lo ofrece la STC 215/1994, de 14 de julio.

el peso del derecho de que se trate y el de las razones que han conducido al legislador a decidir su restricción determina, en última instancia, que los derechos pierdan su carácter de barrera infranqueable para el poder. En efecto, bastará el concurso de ‘razones de estado’ más o menos convincentes para que los derechos sean dejados de lado... Las consecuencias de este modo de ver no pueden ser más nefastas para la teoría general de los derechos fundamentales: en el mejor de los casos, los derechos quedarán en manos del consenso”<sup>17</sup>. Por ello, la evaluación económica de la idoneidad de la limitación del derecho para la realización de fines constitucionales que el principio de proporcionalidad nos ofrece no resulta adecuada: en realidad debe afirmarse que tal limitación nunca es idónea, justamente porque los derechos fundamentales son los bienes constitucionales que ocupan la posición central del ordenamiento, y por lo tanto la tutela de los derechos fundamentales es el primer fin constitucional a perseguir. Así pues, el ámbito jurídicamente protegido de los derechos fundamentales constituye un límite absolutamente infranqueable para los poderes públicos, incluido el legislador.

En cambio, y como ya se ha adelantado, el principio de proporcionalidad resulta un instrumento idóneo para evaluar la idoneidad de las medidas que restrinjan el ámbito material de los derechos fundamentales. Esta sería, en suma, la conclusión que cabe formular a partir de la STC 136/1999: la dimensión institucional de los derechos fundamentales conduce a sostener que serán inconstitucionales las limitaciones del ámbito material de los derechos fundamentales –aun cuando no restrinjan su ámbito jurídicamente protegido– si no respetan las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad<sup>18</sup>. Principio que, por lo demás,

17. Juan CIANCIARDO, *Máxima de razonabilidad...*, cit., pp. 50-51.

18. La tesis sostenida en estas páginas coincide parcialmente con la de Juan CIANCIARDO, *Máxima de razonabilidad...*, cit., pp. 51 y ss., que propone corregir el principio de proporcionalidad anteponiendo a él el juicio acerca de

encuentra un sólido sustento normativo en nuestro sistema constitucional en el art. 9.3 CE, que proclama el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>19</sup>, o, por lo que se refiere en particular a las medidas sancionadoras, en el art. 25.1, que al establecer el principio de legalidad en materia sancionadora, vendría a contener implícitamente la exigencia de proporcionalidad de las sanciones, de acuerdo con la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional<sup>20</sup>; si bien, como también ha señalado el Tribunal, “el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de consti-

la alteración del contenido esencial. Pienso que la distinción entre ámbito jurídicamente protegido y ámbito material de los derechos fundamentales ayuda a delimitar el campo de aplicación respectivo de los dos principios comentados. Cfr. también Manuel MEDINA GUERRERO, “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Público*, 5 (1998), p. 137: “El principio de proporcionalidad no sólo no excluye u obstaculiza el análisis dogmático sobre el alcance del contenido del derecho, sino que, de hecho, presupone la necesidad de comenzar precisamente procediendo a su delimitación”. Podría apuntarse, por lo demás, que la tesis que defiende coincide con la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales, que distingue entre “contenido esencial” y “contenidos accidentales” de los derechos (distinción que sería idéntica a la que aquí se plantea entre ámbito material y ámbito jurídicamente protegido), y exige –al menos en algunas formulaciones– la aplicación del canon de proporcionalidad a la restricción de los contenidos accidentales: aun cuando no descarto que desde el punto de vista práctico ambas teorías puedan tener en algún caso consecuencias similares, la similitud entre ellas es en realidad sólo aparente, pues en la tesis que aquí se defiende el ámbito material está fuera del derecho fundamental, su protección deriva únicamente de la dimensión institucional de los derechos, y el canon de proporcionalidad tiende a evaluar, como se ha señalado en el texto, el posible impacto de las restricciones en esta última.

19. En ese precepto ha visto también la justificación intrasistemática del principio de proporcionalidad en Derecho español, Juan CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, cit., p. 318. Por su parte, Javier BARNES, “El principio de proporcionalidad”, *Cuadernos de Derecho Público*, 5 (1998), pp. 19-20, fundamenta este principio en el valor justicia del art. 1.1 CE.

20. Cfr. sobre todo STC 161/1997, de 2 de octubre (*Test de alcoholemia*), fundamento jurídico 8°.

tucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales”, de tal forma que quepa examinar, sin más, si las actuaciones de los poderes públicos resultan desproporcionadas o no: la proporcionalidad ha de ser examinada en relación con concretos mandatos constitucionales, y tiene precisamente su ámbito privilegiado de aplicación en relación con la incidencia de la actuación de los poderes públicos en los derechos constitucionales de los ciudadanos<sup>21</sup>.

Este recurso al principio de proporcionalidad en conexión con el ámbito material de los derechos fundamentales es en efecto el iter argumental del voto mayoritario del Tribunal Constitucional —que queda ahora ya expuesto de un modo completo, en sus trazos esenciales— en la STC 136/1999. El posible efecto desalentador del ejercicio lícito de los derechos fundamentales a las libertades de información y expresión y a la participación política que se podría derivar de una sanción excesiva de conductas enmarcadas en el ámbito material de los citados derechos conduce al Tribunal a aplicar el test de proporcionalidad, para determinar si la reacción penal es excesiva. El Tribunal examina, pues, los tres elementos del principio de proporcionalidad<sup>22</sup>:

— Adecuación a fin. En este caso, el fin perseguido por la tipificación del delito de colaboración con banda armada es la represión del terrorismo, que es sin duda un fin constitucionalmente lícito; hay que tener en cuenta además que “el terrorismo es una manifestación delictiva de especial gravedad, que pretende instaurar el terror en la sociedad y alterar el orden constitucional

21. STC 55/1996, de 28 de marzo (*Negativa a la prestación social sustitutoria*), fundamento jurídico 3º.

22. Un acertado análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en este caso puede verse en Jaime PERIS y Pablo CUESTA, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, de 20 de julio (Proporcionalidad de los sacrificios en la aplicación de las penas)”, *La Ley*, 14 de enero de 2000, pp. 1-3.

democrático, por lo que ha de admitirse que cualquier acto de apoyo al mismo comporta una lesión, al menos potencial, para bienes jurídicos individuales y colectivos de enorme entidad, a cuya defensa se dirige el tipo analizado” (fundamento jurídico 27°).

— Necesidad. El Tribunal admite el argumento de los demandantes de amparo, según el cual habrían existido alternativas menos gravosas para impedir la conducta castigada, tales como “el secuestro judicial, la negativa de las radios y televisiones públicas a emitir los mensajes o la intervención de las autoridades previstas en la legislación electoral”. No obstante, teniendo en cuenta la entidad de los bienes que se protegen mediante el precepto penal aplicado en el caso, y que las conductas enjuiciadas tendían a “promocionar los métodos terroristas de una banda armada y a la organización en sí misma considerada”, el Tribunal entiende que “no cabe concluir que las medidas penales tendrían un grado de funcionalidad manifiestamente similar” (fundamento jurídico 28°).

— Proporcionalidad en sentido estricto. Es en este elemento del test, analizado en el fundamento jurídico 29°, donde el Tribunal aprecia la existencia de un vicio de constitucionalidad, al advertir que “la norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión e información una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas”. En relación con los beneficios derivados de la aplicación de la norma cuestionada, el Tribunal señala que sin duda las conductas sancionadas “son potencialmente peligrosas en la medida en que son constitutivas de colaboración con banda armada, pero resultaron en la realidad muy alejadas de los peligros que la norma aplicada quiere finalmente evitar”, ante todo porque los videos y cuñas radiofónicas no llegaron a difundirse, pues los recurrentes simplemente los enviaron a las radios y televisiones públicas, siendo probable que los medios de comunicación se negaran

a emitirlos, como de hecho sucedió. En cuanto al otro lado de la balanza, el de los costes de la medida, el Tribunal tiene en cuenta por un lado la significativa gravedad de la pena —un mínimo de seis años y un día de prisión—, y, sobre todo, su efecto sobre el ejercicio lícito de los derechos fundamentales, que guarda además relación, como se ha apuntado anteriormente, con la apertura con que el precepto penal aplicado definía la conducta típica: en efecto, el art. 174 bis a) del antiguo Código Penal castigaba al “que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes”, y en su segundo apartado incluía una lista de concretas actividades de colaboración, que se cerraba nuevamente con una cláusula general: “cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos”. Por ello, el Tribunal Constitucional añade que “ese efecto disuasorio se refuerza en supuestos como el presente en el que la relativa indeterminación del precepto... puede crear alguna incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada”.

Aun cuando analizar con profundidad esta cuestión nos alejaría del objetivo principal de estas páginas, parece oportuno apuntar que el análisis del tercer elemento del test de proporcionalidad que realiza el Tribunal Constitucional suscita importantes dudas, que conducen a cuestionar que la decisión final del Tribunal haya sido acertada. En efecto, el hecho de que los videos no llegaran a emitirse no excluye la grave peligrosidad y el profundo desvalor constitucional que entraña la colaboración ofrecida a una banda armada con la trayectoria criminal y desestabilizadora de la organización terrorista ETA (si bien el hecho de que en aquel momento hubiera declarado una tregua no pudo dejar de influir en la valoración del Tribunal), por lo que los beneficios que comporta la

aplicación de la sanción que se impuso a los miembros de Herri Batasuna deben estimarse como altamente elevados. En cuanto a los costes de la aplicación de la medida, recordemos en primer lugar que los costes que deben analizarse son los relativos al impacto de la medida en la dimensión institucional de los derechos fundamentales por desalentar su ejercicio lícito, y de hecho éstos son los que principalmente examina el Tribunal: pues bien, en este caso cabe dudar que la tipificación del delito de colaboración con banda armada en los términos del artículo 174 bis a) del antiguo Código Penal y la pena que imponía produjeran realmente un efecto desalentador de actividades lícitas —a pesar de la apertura del precepto, que desde luego es excesiva, como apunta el Tribunal Constitucional, y de la elevada sanción prevista—, por cuanto no parece que puedan existir dudas acerca de si una conducta expresiva, informativa o de participación en una campaña electoral constituye un acto de colaboración con una organización terrorista. Así pues, en este caso los beneficios que se obtienen con la aplicación de la medida sancionadora son mayores que los costes que conlleva, por lo que no se infringe el principio de proporcionalidad en sentido estricto. En todo caso, esta crítica a la aplicación que el Tribunal Constitucional realiza de su propia doctrina no impide, sin embargo, apreciar el acierto y la utilidad de la doctrina misma, como se ha intentado poner de relieve en estas páginas.

#### 4. CONCLUSIÓN

Como se ha señalado más arriba, la categoría del ámbito material de los derechos fundamentales, en conexión con la teoría de la dimensión institucional y con el canon de proporcionalidad, se traduce en una ampliación de la protección constitucional de la persona que resulta de los derechos fundamentales: junto a la protección absoluta del contenido esencial de los derechos, esa pro-

tección se extiende fuera del derecho fundamental, a espacios cercanos a él. Por ello, y como también se apuntó, que una conducta pertenezca al ámbito material de un derecho fundamental es relevante desde la óptica jurídico-constitucional<sup>23</sup>.

Desde esta perspectiva, la doctrina apuntada por el Tribunal Constitucional en la STC 136/1999, que hemos tratado de desarrollar en estas páginas, puede revelarse sumamente fecunda para solucionar algunos problemas que han sido hasta ahora inadecuadamente resueltos por la jurisprudencia constitucional. Me refiero, por ejemplo, al problema de la protección del informador diligente que transmite noticias falsas. Los principios expuestos en este trabajo hacen innecesario que el Tribunal siga manteniendo la artificiosa doctrina de la “veracidad subjetiva”, en virtud de la cual puede reputarse veraz una información falsa obtenida diligentemente, y explican mejor la protección que ha de obtener el periodista que la haya transmitido: la protección que deriva de la necesidad de tutelar la dimensión institucional de los derechos fundamentales al desarrollar una conducta perteneciente a su ámbito material<sup>24</sup>. Asimismo, estos parámetros son los que habrán de tenerse en cuenta para dilucidar si es conforme a la Constitución la atribución a órganos administrativos de potestades sancionadoras por contenidos informativos que supongan una extralimitación en los derechos fundamentales a la libre información y expresión, como se prevé en alguna ley autonómica reciente: evidentemente,

23. Lo que impediría calificar como incoherente, por ejemplo, que el Tribunal Constitucional haya considerado proporcional la pena de privación de libertad impuesta por la negativa a someterse al test de alcoholemia (STC 161/1997), y no haya considerado proporcional la prevista por el delito de colaboración con banda armada; con independencia de la crítica expresada en el texto a esta última conclusión.

24. Sobre el problema del informador diligente y la crítica a la doctrina de la veracidad formulada por el Tribunal Constitucional, cfr. Tomás DE DOMINGO PÉREZ, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 122-159.

la transmisión de esos contenidos no constituye un ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, y por lo tanto la sanción que se pueda imponer por transmitirlos no vulnera tales derechos desde la óptica de su dimensión subjetiva; pero el control de los contenidos informativos por un órgano de naturaleza administrativa y sin las garantías del procedimiento judicial puede tener un grave efecto desalentador que obligue a concluir que semejante previsión infringe el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, la dimensión institucional de los derechos. En todo caso, desarrollar estas y otras aplicaciones de la doctrina expuesta habrá de quedar reservado a posteriores estudios.