

# EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES

JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS

1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.—3. EL CONTROL DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO.—4. EL CONTROL DEL CONTENIDO DE LAS LEYES PENALES: 4.1. *El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*. 4.2. *El principio de proporcionalidad*.—5. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años he transmitido de manera reiterada mi opinión favorable a la construcción de modelos de racionalidad legislativa, que nos permitan ejercer dentro de marcos teóricos coherentes y aceptados generalizadamente una labor crítica de la incesante actividad legislativa propia de nuestras actuales sociedades democráticas avanzadas (1). Con ello no he hecho más que incorporarme a un conjunto de iniciativas que, procedentes de diversos sectores filosóficos, jurídicos y sociológicos, se esfuerzan por poner de manifiesto la trascendencia de la tarea y por registrar avances en ella (2).

---

(1) Véanse DíEZ RIPOLLÉS: «La contextualización del bien jurídico protegido», en *Política criminal y Derecho penal. Estudios*, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 23-33 (originalmente publicado como «El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista», *Jueces para la democracia*, 1997); «Exigencias sociales y política criminal», *ibídem*, págs. 45-47 (originalmente publicado en *Claves de razón práctica*, 1998); «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *ibídem*, págs. 59 y sigs. (originalmente publicado en *Actualidad penal*, 2001); *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, 2003.a.

(2) Véanse, sólo a título ejemplificativo, los trabajos aludidos en nota 1 de mi obra *La racionalidad de las leyes penales*, op. cit., pág. 13. Con posterioridad, entre otros, PRIETO

También he tenido ocasión de resaltar la especial urgencia del abordaje de este asunto en relación con la legislación penal, dadas las nuevas y no siempre legítimas funciones sociales atribuidas a ella, la especial implicación de la ciudadanía, directamente o a través de los medios de comunicación, en la configuración de muchas decisiones legislativas penales, y su progresivo sometimiento a razones coyunturales u oportunistas.

A partir de propuestas ya existentes, he formulado un modelo de racionalidad legislativa penal diferenciado en cinco niveles, cada uno de los cuales atendería a una perspectiva valorativa diferente y agruparía en torno suyo a principios, criterios o pautas que servirían para desarrollar esa perspectiva. La satisfacción del conjunto de esos niveles permitiría afirmar la racionalidad de la correspondiente decisión legislativa. Huelga decir que el modelo en ningún caso pretende decir al legislador cuál deba ser el contenido de la ley, conformándose únicamente con asegurar que la decisión se tome considerando todos los aspectos relevantes.

Un primer nivel estaría constituido por la racionalidad ética, que nos remite al sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a nuestra colectividad. Se trata de una serie de actitudes vitales y principios reguladores de la interacción social que, en cuanto compartidos de forma general, no están normalmente sometidos al debate social o político, sino que lo fundamentan. Cada sector del ordenamiento jurídico dispone de un núcleo de principios específicos que, sin perjuicio de sus frecuentes coincidencias con los propios de otros sectores, se refieren al conjunto de interacciones con la realidad social característico de ese sector. Se trataría de verificar el respeto por el legislador de tales pautas.

Un segundo nivel lo constituiría la racionalidad teleológica, que debe ser la sede donde se produzca la necesaria confrontación entre los valores, principios y aspiraciones contrapuestos presentes en la sociedad en un momento dado, así como entre los intereses particulares y sectoriales que los diferentes agentes sociales y grupos de presión quieren garantizar. Tras el ineludible debate sociopolítico, deberá reflejar con claridad los acuerdos alcanzados sobre los objetivos a perseguir por la concreta decisión legislativa penal, en especial, el objeto de tutela, su ámbito y grado de protección deseables, y los

---

SANCHÍS: «La limitación constitucional del legislador penal», en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, 2003; MARCILLA CÓRDOBA: «Racionalidad de las leyes penales y Estado constitucional», *Jueces para la democracia*, 2005; y las obras colectivas, «La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho», MENÉNDEZ-PAU drs., Civitas, 2004; *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, DÍEZ RIPOLLÉS-PRIETO DEL PINO-SOTO NAVARRO coords., Tirant lo Blanch, 2005.

correspondientes niveles de exigencia de responsabilidad y de sanción aplicable que se estimen procedentes en caso de incumplimiento de la norma.

El nivel de la racionalidad pragmática deberá ajustar, en tercer lugar, los objetivos trazados por la racionalidad teleológica a las posibilidades reales de intervención social al alcance de la concreta decisión legislativa. Ello supone verificar que la norma pueda satisfacer una serie de exigencias mutuamente entrelazadas: El mandato o la prohibición han de ser susceptibles de ser *cumplidos*, satisfaciéndose así la función de la norma como directiva de conducta. Los órganos de control social han de estar en condiciones de reaccionar al incumplimiento del mandato o la prohibición mediante la *aplicación coactiva* de la ley, cumpliendo así la función de ésta como expectativa normativa. Ha de estar bien fundamentado que de modo directo, a través del cumplimiento de la norma, o de modo indirecto, mediante su aplicación contrafáctica, se van a *lograr la tutela* perseguida. Asimismo se ha de asegurar que la aplicación de la norma se va a poder mantener dentro de los *límites acordados* de exigencia de responsabilidad y de nivel de sanción. Mientras las dos primeras exigencias se ocupan de la efectividad de la norma, esto es, de su puesta en práctica o vigencia, las tres restantes lo hacen de su eficacia, es decir, de la obtención de los objetivos de tutela.

Por su lado, la racionalidad jurídico-formal constituirá un cuarto nivel encargado de asegurar que la nueva decisión legislativa se integra de una manera sistemáticamente coherente en el ordenamiento jurídico preexistente. Con el debido respeto a la legítima pretensión de la norma de innovar el cuerpo jurídico en el que se inserta, las prioridades de esta racionalidad serán, entre otras, verificar que no acude a criterios ajenos a los principios básicos del ordenamiento, ni se producen lagunas, contradicciones o consecuencias indeseadas en otros sectores del ordenamiento. En suma, garantizar la consistencia jurídica.

Finalmente la racionalidad lingüística pretende preservar las habilidades comunicacionales de la norma hacia sus destinatarios, esto es, que la concreta decisión legislativa esté formulada con la llaneza, claridad y precisión suficientes para que pueda ejercer su función transmisora del mensaje normativo. Objeto de prevención particular habrán de ser los defectos sintácticos, oscuridades semánticas, tecnicismos innecesarios... pero también, en estrecha relación con el nivel de racionalidad precedente, la desordenada exposición de sus previsiones.

Naturalmente sólo podrá plasmarse en la práctica legislativa todo el instrumental racionalizador acabado de esbozar si se consolida un determinado modo de proceder a la hora de elaborar las leyes penales, asentado en la convicción de que es imprescindible garantizar un adecuado análisis de la

realidad social que se quiere regular, de las necesidades colectivas que se pretenden atender, de las alternativas defendidas en la comunidad, y de las consecuencias previsibles de la intervención. A partir de allí, la Constitución y las leyes pertenecientes al bloque de constitucionalidad ofrecen apoyos más que suficientes para promover que toda decisión legislativa sea precedida de la satisfacción de una serie de requisitos formales y materiales orientados a lograr la racionalidad legislativa. En ese contexto, los niveles y criterios expuestos proporcionarán un marco analítico, a mi juicio, de gran utilidad.

No pretendo, sin embargo, ocuparme ahora de la medida en que el usual proceder gubernamental y parlamentario de elaboración de las leyes penales en nuestro país cumple con tales exigencias, ni siquiera de las reformas legales que podrían fomentar su mejora. Ya he puesto en otro lugar de manifiesto sus insuficiencias (3), lo que me exime de reiterar las consideraciones al respecto.

Lo que va a ser a continuación objeto de mi interés es el grado en que la jurisdicción constitucional, única legitimada por nuestro ordenamiento jurídico para cuestionar en determinadas condiciones las decisiones legislativas, está controlando efectivamente la observancia de las previsiones constitucionales, tanto formales como materiales, que rigen la elaboración de las leyes. En concreto, me voy a ocupar de analizar los instrumentos de los que se está sirviendo el tribunal constitucional para desarrollar esa tarea, del rendimiento que están suministrando y del incremento de prestaciones que esos u otros instrumentos disponibles podrían ofrecer (4).

## 2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

El control de la racionalidad legislativa penal puede lograrse, sin duda, a través de la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de algunos de sus preceptos, llevada a cabo por nuestro Tribunal Constitucional. En el análisis de las vías y la intensidad con que nuestro alto tribunal procede al citado control vamos a diferenciar entre las resoluciones que versan sobre el cumplimiento de determinados requisitos procedimentales o formales, y aquellas

---

(3) Véase DÍEZ RIPOLLÉS (2003 a), *op. cit.*, págs. 42-58.

(4) En otro lugar, véase DÍEZ RIPOLLÉS: «La racionalidad legislativa penal: contenido e instrumentos de control», en DÍEZ RIPOLLÉS, PRIETO DEL PINO y SOTO NAVARRO: *Op. cit.*, págs. 313 y sigs., he atendido sumariamente a las potencialidades, bastante limitadas, que podría ofrecer para la mejora de la racionalidad legislativa la posible exigencia de responsabilidad patrimonial a las administraciones públicas por la aplicación de actos legislativos.

otras que entran en el análisis de compatibilidad de los contenidos de la ley con valores o principios constitucionales (5).

En cualquier caso, no viene mal recordar el rígido marco conceptual que este control constitucional nunca puede abandonar: Se trata de verificar la compatibilidad entre los preceptos de nuestra ley fundamental y determinadas decisiones del legislador ordinario en materia penal. Cualquier pretensión de sacar conclusiones que no tengan apoyo directo en los valores, principios o reglas constitucionales deberá buscar otro referente de legitimidad.

Por lo demás, se apreciará fácilmente que no todo el análisis jurisprudencial que sigue se centra exclusivamente en decisiones jurisprudenciales afectantes a materias penales. No sucede tal cosa en el apartado referido al control del procedimiento legislativo, y tampoco en el que se ocupa del control material de las leyes desde la perspectiva del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; sin embargo, en el apartado que atiende al principio constitucional de proporcionalidad la práctica totalidad de las decisiones jurisprudenciales estudiadas afectan a temas penales. Hay buenas razones para que no se haya hecho así en los otros dos casos: Las decisiones sobre el control del procedimiento legislativo son relevantes en cualquier caso en cuanto inciden sobre cualesquiera materias jurídicas, y el principio de interdicción de la arbitrariedad ofrece unas posibilidades, por el momento desaprovechadas, para el control material de la actividad legislativa en general y penal en particular, que convenía considerar.

### 3. EL CONTROL DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Resulta quizás ocioso resaltar que el respeto de las formalidades competenciales y secuenciales que rigen el procedimiento legislativo resulta de primordial importancia para el aseguramiento de una legislación racional. En efecto, y como el tribunal constitucional se ha encargado de recordar en diversos momentos, los requisitos procedimentales tienen la función de garantizar un adecuado proceso de formación de la voluntad del legislador (6) y, por tanto, resultan imprescindibles para que este órgano institucional tenga la oportunidad de atender a los diversos niveles de racionalidad legislativa a satisfacer.

---

(5) Véase asimismo una diferenciación entre vicios formales y materiales de las leyes, en BIGLINO CAMPOS: «Voz Vicios en el procedimiento legislativo», en ARAGÓN REYES (coord.): *Temas básicos de derecho constitucional*, Civitas, 2001, págs. 163-164.

(6) Véanse BIGLINO CAMPOS: «Voz Procedimiento legislativo» (2001), op. cit., págs. 159-160; LAPORTA: «El deterioro de las leyes», *Claves de razón práctica*, núm. 142, 2004, págs. 27-29.

3.1. Para deslindar el terreno en el que nos movemos una primera cuestión a dilucidar es qué normas reguladoras del procedimiento legislativo forman parte del denominado «bloque de constitucionalidad» y se configuran, en consecuencia, junto con las contenidas en la propia constitución, como parámetro de la legitimidad constitucional de las leyes (7).

Nuestro tribunal constitucional ha dejado bien sentado que poseen ese carácter los preceptos correspondientes de los reglamentos de las cámaras parlamentarias, si bien con la precisión de que su infracción sólo podrá dar lugar a la inconstitucionalidad de la ley si conlleva una alteración sustancial del proceso de formación de la voluntad en el seno de las cámaras (8). Por el contrario, el mismo tribunal ha declarado que la fase de elaboración por el gobierno de un proyecto de ley, antes de su remisión al parlamento, es un procedimiento administrativo previo que no pertenece al procedimiento legislativo, por lo que los defectos en ella acaecidos no pueden invalidar a éste (9); semejante afirmación trae como consecuencia la exclusión del «bloque de constitucionalidad» del art. 22 de la Ley del Gobierno, donde se desarrolla la iniciativa legislativa que compete al Gobierno según el art. 88 CE.

A mi juicio esta última decisión del tribunal no resulta fundada. Las actividades de iniciativa legislativa, también las del Gobierno, están reguladas en sus rasgos básicos en la Constitución, en especial en los arts. 86 a 89, dentro del capítulo II, referido a la elaboración de las leyes, inserto a su vez en el Título III, que se ocupa de la actividad de las Cortes generales. La opinión de que la fase gubernamental de elaboración de un proyecto de ley no forma parte del procedimiento legislativo rompe claramente la unidad de éste, dejando

---

(7) Véase, entre otras, sobre el «bloque de constitucionalidad», STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ. 1.

(8) Véase STC 99/1987 FJ.1. Véase una teorización a partir del principio democrático sobre cuándo se puede hablar de una alteración sustancial del proceso de formación de la voluntad de las cámaras, en BIGLINO CAMPOS: «Los vicios en el procedimiento legislativo: la postura del TC en la Sentencia 99/1987», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, págs. 224-228; de la misma: *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 17-18, 57 y sigs.; de la misma (2001): *Op. cit.*, «voz Procedimiento legislativo», págs. 159-160: «Voz Vicios en el procedimiento legislativo», pág. 164.

Fuera del objeto de nuestro estudio queda la rica jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de interponer recurso de amparo, vía art. 42 LOTC, por actos parlamentarios ejecutados durante el procedimiento legislativo y que afecten a derechos fundamentales de los parlamentarios. Véase de forma especialmente ilustrativa la STC 118/1988, FFJJ. 2 a 4; véanse ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales en BIGLINO CAMPOS (1988): *Op. cit.*, págs. 212-213, 214-217; JIMÉNEZ APARICIO: «Las infracciones del procedimiento legislativo: algunos ejemplos», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1989, págs. 157-161.

(9) Véase STC 108/1986, FJ. 3.

indebidamente fuera de él la etapa constitucionalmente prevista de conformación de la iniciativa legislativa por parte de una de las instituciones constitucionalmente competentes según el art. 87 para ello, el Gobierno. Por lo demás, el establecimiento en el art. 88 CE de unas exigencias procedimentales y documentales que deben cumplir las iniciativas legislativas gubernamentales, al igual que sucede con las exigencias establecidas para las iniciativas legislativas que dan lugar a proposiciones de ley en los arts. 87. 2 y 3 y 89 CE, no obstaculiza sino que, por el contrario, fundamenta que las normas de rango inmediatamente inferior a la Constitución que desarrollan tales previsiones deban formar parte del bloque de constitucionalidad. Esto reza desde luego para los reglamentos de las cámaras nacionales (10), en especial arts. 108, 109, 124 a 127 del Reglamento del Congreso, y 108 y 109 del Reglamento del Senado, pero también para el art. 22 de la Ley del Gobierno (11).

Por otro lado, la decisión de excluir la fase gubernamental de iniciativa legislativa del procedimiento legislativo es materialmente incoherente con decisiones tomadas por nuestro tribunal en otros supuestos (12). Así, al menos en tres ocasiones ha declarado inconstitucionales determinados preceptos legales contenidos en leyes o decretos leyes por no haberse procedido en la fase de iniciativa legislativa gubernamental a cumplimentar ciertos trámites exigidos en el Estatuto de autonomía de Cataluña, o en una Disposición adicional de la Constitución y el Estatuto de autonomía de Canarias. En los

---

(10) En el mismo sentido, BIGLINO CAMPOS (1988): *Op. cit.*, págs. 213-214, 219-223, con ulteriores referencias bibliográficas; (1991): *Op. cit.*, págs. 22-31, 36, 41-43, con un ilustrativo análisis de derecho comparado; (2001): *Op. cit.*, «Voz Vicios en el procedimiento legislativo», pág. 164; JIMÉNEZ APARICIO (1989): *Op. cit.*, págs. 143-148; GARRORENA MORALES: «Voz Reglamento parlamentario», en ARAGÓN REYES (coord.): *Temas básicos de derecho constitucional*, Civitas, 2001, págs. 90-91; Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, «Dictamen 263», 2 de marzo de 2004, FJ. 2.2.

(11) El que el art. 88 CE no contenga una remisión expresa a una norma que desarrolle tal competencia de iniciativa legislativa gubernamental, a diferencia de lo que sucede con las proposiciones de ley, no debería ser obstáculo para la integración del art. 22 de la ley del Gobierno en el bloque de constitucionalidad. La delimitación de éste a partir de criterios materiales y no puramente formales ha quedado puesta de manifiesto por el propio Tribunal constitucional en la Sentencia 99/1987, FJ.1.a), en relación precisamente con los reglamentos parlamentarios, al sostener que su falta de mención en el art. 28 de la LO del Tribunal constitucional no empece a su inserción en el bloque de constitucionalidad.

Se manifiesta expresamente contrario a la consideración del art. 22 de la ley del Gobierno como parámetro de constitucionalidad de las leyes, JIMÉNEZ APARICIO: «El procedimiento de elaboración de los anteproyectos de ley: la fase gubernamental», en *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*, Thomson-Civitas, 2004, págs. 286-287, 297-298.

(12) Reconoce esta incoherencia del tribunal constitucional, que intenta salvar a partir de la diferente jerarquía de las normas implicadas, BIGLINO CAMPOS (1991): 108-109.

tres casos ha partido nuestro alto tribunal de que se producía una infracción del procedimiento legislativo en la fase de iniciativa legislativa gubernamental (13). Del mismo modo, en otros pronunciamientos de nuestra jurisprudencia constitucional se utiliza un concepto de procedimiento legislativo que incluye inequívocamente dentro de él a la fase de iniciativa legislativa del Gobierno (14).

3.2. Una de las tareas sobresalientes a desempeñar por la fase de iniciativa legislativa es la elaboración o recogida de informes y estudios, así como la audiencia de interesados, expertos u órganos con competencias en la materia, que guíen la configuración de la propuesta legislativa y fundamenten sus contenidos. A tales efectos la Constitución y las normas integrantes del bloque de constitucionalidad prescriben el cumplimiento de ciertas actividades preparatorias y exigen que la iniciativa legislativa se presente con los documentos pertinentes acreditativos de la realización de tales actividades o fruto de ellas. Objetivos de buena parte de tales exigencias son, tanto asegurar la debida justificación de la iniciativa legislativa, como garantizar que el parlamento va a disponer de los suficientes elementos de juicio para tomar la correspondiente decisión legislativa. En cualquier caso, la relevancia para la racionalidad de la ley en ciernes de tales actividades y trabajos previos, con independencia de su cualidad preceptiva o vinculante, está fuera de duda (15).

En ese sentido, el art. 88 CE establece que los proyectos de ley sometidos

---

(13) Véanse SSTC 35/1984, de 13 de marzo, FJ. 6, 181/1988 de 13 de octubre, FFJJ. 4, 5 y 7, y 137/2003 de 3 de julio, FFJJ. 8 y 9. Igualmente, aunque no se estimaron los recursos, STC 16/2003, de 30 de enero. FJ. 9. La naturaleza de los trámites ausentes se comentará *infra*.

(14) Véase la STC 234/2000, de 3 de octubre, FJ. 10, sobre el momento en que el Gobierno puede formular la declaración de urgencia sobre la tramitación de un proyecto de ley, a tenor del art. 90.3 de la Constitución, y, especialmente, el ATC 135/2004, de 20 de abril FFJJ. 4, 5 y 6, sobre los contornos de lo que se entiende como un único procedimiento legislativo en relación con la tramitación de la denominada «Propuesta de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi».

Incluye dentro de la fase inicial del procedimiento legislativo a toda la actividad gubernamental de iniciativa legislativa, sin perjuicio de su opinión contraria, señalada más arriba, a estimar el art. 22 de la ley del Gobierno como parámetro de constitucionalidad de las leyes, JIMÉNEZ APARICIO (2004): págs. 281, 282, 291, 293, 309. Establece el comienzo de la fase inicial del procedimiento legislativo, en los casos de iniciativa gubernamental, en el momento de la presentación por el Gobierno del proyecto de ley ante la Mesa de la cámara, BIGLINO CAMPOS (2001): «Voz Procedimiento legislativo», *op. cit.*, págs. 160-163, «Voz Iniciativa legislativa», págs. 165-166.

(15) Véase una excelente exposición de la regulación y procedimiento de la fase de iniciativa legislativa gubernamental, en JIMÉNEZ APARICIO (2004), págs. 286 y sigs.

por el Gobierno al Congreso deberán ir «acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos», fórmula que se repite en el art. 109 del Reglamento del Congreso. Por su parte, la ley del Gobierno, desarrollando de forma directa la previsión constitucional, establece en su art. 22.4 que los proyectos de ley se remitirán al Congreso acompañados de una Exposición de Motivos y de la Memoria y demás antecedentes necesarios». En cuanto a las proposiciones de ley, el art. 89.1 CE difiere su tramitación a los reglamentos de las Cámaras, y consecuentemente el art. 124 del Reglamento del Congreso establece los mismos requisitos documentales para la presentación de las proposiciones de ley que los señalados para los proyectos de ley, mientras que el art. 108 del Reglamento del Senado prevé para las proposiciones de ley presentadas en esa cámara a iniciativa de los senadores que vayan acompañadas de «una exposición justificativa y, en su caso, de una Memoria en la que se evalúe su coste económico».

Frente a tales previsiones legales, nuestro Tribunal constitucional ha considerado que la omisión del informe preceptivo no vinculante del Consejo general del Poder judicial, pese a merecer el calificativo de «antecedente» del proyecto de ley remitido, sólo adquiere el carácter de «necesario» si las cámaras han considerado a tal documento «elemento de juicio necesario para su decisión», lo que exige que se haya denunciado tal omisión ante las mismas cámaras por los parlamentarios; al no haber sucedido esto último, el defecto procedimental carece de efectos invalidantes de la ley. En términos semejantes y en la misma sentencia, se ha afirmado que la remisión al Congreso de un proyecto de ley sin la exposición de motivos y la memoria explicativa (16) carece de efectos invalidantes del procedimiento legislativo, pues los destinatarios de tal documentación, esto es, los parlamentarios han *convalidado* la lesión de sus derechos al no haber mediado protesta de diputados ni grupos parlamentarios (17).

Discrepo de la escasa relevancia otorgada por nuestro alto tribunal a estas carencias en la fase de iniciativa legislativa gubernamental.

Con el fin de exponer mi punto de vista conviene antes hacer unas precisiones sobre lo que deba entenderse por la expresión constitucional «antecedentes *necesarios*». A mi juicio, la cualidad de *necesario* de un antecedente

---

(16) En realidad lo que parece haber sucedido es que la exposición de motivos y la memoria explicativa se remitieron por separado del proyecto de ley y con retraso respecto al envío de éste, pero nuestro Tribunal constitucional formula sus consideraciones atendiendo también al supuesto de que no se llegue a remitir la documentación. Por lo demás parece que la exposición de motivos nunca se llegó a publicar en el Boletín del Congreso.

(17) Véase STC 108/1986, de 29 de julio, FF.JJ. 1 a 4.

puede tener varios criterios de concreción: Uno diría que serán necesarios todos los antecedentes que de forma inequívoca vengán apriorísticamente considerados como tales en la fase de iniciativa legislativa, a cuyos efectos habrá que acudir a las correspondientes previsiones constitucionales o del bloque de constitucionalidad. Un segundo criterio puede afirmar que serán igualmente necesarios todos aquellos antecedentes que, a juicio de los proponentes de la iniciativa legislativa, resulten ineludibles para su correcto entendimiento. Y una tercera pauta sería la que estimara necesarios aquellos antecedentes que, al criterio de los destinatarios de la iniciativa legislativa, resultan imprescindibles para proseguir con su tramitación en sede parlamentaria.

A mi entender, el primer y tercer criterio tienen a su favor una decisión previa constitucional. En efecto, resulta difícil negar el carácter de antecedentes necesarios, con la consecuente exigencia de la acreditación de su realización o de su aportación en el momento de presentación de la iniciativa legislativa, a aquellas actividades o documentos cuya concurrencia se considera ineludible por la Constitución o el bloque de constitucionalidad. Del mismo modo, la redacción del art. 88 CE permite fundamentar con facilidad que serán necesarios todos aquellos antecedentes que los destinatarios de la iniciativa, y por ende competentes para tomar la decisión legislativa, consideren imprescindibles para «pronunciarse sobre» ella, sin que haya que limitarse a los así determinados *a priori* en la Constitución o bloque de constitucionalidad. Por el contrario, el segundo criterio carece de apoyo legal firme pues, siendo cierto que los proponentes de la iniciativa han de procurar suministrar toda la información precisa, no puede quedar en sus manos la decisión de si ellos mismos han cumplido con su obligación de presentar todos los antecedentes necesarios; dadas las consecuencias invalidantes de la ley a que tal incumplimiento podría dar lugar, supondría que estarían en condiciones de cuestionar la validez de la ley a partir de sus propios actos (18).

A la luz de las reflexiones precedentes podemos afirmar lo siguiente respecto al tema que nos ocupa: El informe del Consejo general del Poder judicial es en este caso un antecedente necesario en virtud de la remisión del art. 22.3 *in fine* de la ley del Gobierno, que se ha de entender integrante del bloque de constitucionalidad (19), a los informes «legalmente preceptivos», y este carácter tiene en el supuesto que analizamos, a tenor del art. 108.1 de la

---

(18) Ello sin perjuicio de la facultad del Gobierno, a tenor de los arts. 128 Regl. Congreso y 127 Regl. Senado de retirar en cualquier momento antes de su aprobación definitiva como ley cualquier proyecto de ley.

(19) Véase lo dicho *infra*.

LO del Poder judicial, el sobredicho informe. Lo mismo acontece con la caren- te memoria explicativa, la cual es calificada expresamente como antecedente necesario en el art. 22.4 de la ley del Gobierno —«la Memoria y demás ante- cedentes necesarios»—, sin que siquiera sea preciso, a diferencia del informe del Consejo, acudir a otros lugares del art. 22 para concretar qué se entiende en esa norma por antecedente necesario (20). En ambos casos, por tanto, nos encontramos ante documentos que por imperativo constitucional deben ser ineludiblemente aportados junto a la iniciativa legislativa, perteneciendo a los antecedentes necesarios concretados como tales en virtud del primer criterio antes aludido. Alcanzada esa apriorística calificación de necesidad, no parece convincente, por consiguiente, la opinión de nuestro Tribunal constitucional según la cual la efectiva vigencia de estas normas reguladoras del procedi- miento legislativo integradas en el bloque de constitucionalidad quedaría a disposición de los parlamentarios o grupos parlamentarios. Tal conclusión supone resolver indebidamente estos supuestos de acuerdo al tercer criterio de concreción arriba mencionado, o dicho de otro modo, permitir la subsanación de estos vicios formales mediante el criterio de la aquiescencia (21).

En cuanto a la omisión de la exposición de motivos, estimo que supone una contradicción flagrante del art. 88 CE, el cual prescribe su presentación conjunta al proyecto de ley y a los antecedentes necesarios, por lo que dejar en manos de los parlamentarios o los grupos parlamentarios la decisión respecto a su necesidad implica una crasa infracción de una inequívoca norma constitucional (22).

---

(20) Dejamos sin considerar la cuestión de qué trámites de los mencionados a lo largo del art. 22 de la ley del Gobierno deben ser considerados necesarios. A los efectos actuales parece indudable que lo serán los informes calificados como «legalmente preceptivos», que es el caso del Informe del Consejo en ciertos supuestos.

(21) Sobre los diversos criterios de subsanación de los vicios formales del procedimiento parlamentario, aspecto que no va a ser objeto de este trabajo, véase BIGLINO CAMPOS (1991): 119 y sigs.

(22) La doctrina se encuentra dividida respecto a la procedencia o no de la interpretación del Tribunal constitucional que acabamos de criticar en texto. Véanse referencias en VIVER PI-SUNYER. «Voz Proyecto de ley», en ARAGÓN REYES (COORD.): *Temas básicos de derecho constitu- cional*, Civitas, 2001, págs. 171-172, 173, quien, por lo demás, no se pronuncia. Opina en línea con el Tribunal constitucional, BIGLINO CAMPOS (1991), 45, 81, 141-142; (2001), op. cit. «Voz Iniciativa legislativa», pág. 166.

Quien, como Biglino Campos. *supra*, sostenga que el procedimiento legislativo en los casos de proyectos de ley se inicia con la presentación de éstos ante la Mesa de la cámara, no elude por ello la objeción de que la omisión de la incorporación al proyecto de ley que se presenta de los antecedentes necesarios o la exposición de motivos supone un vicio que tiene lugar *durante* el procedimiento legislativo.

Argumentos a favor de la interpretación aquí defendida nos los aporta el propio Tribunal constitucional en otras sentencias. Así, en una de ellas ha declarado que la falta del *acuerdo previo* de la Comisión mixta Gobierno central/Generalidad de Cataluña, establecido en la Disposición 6.<sup>a</sup> del Estatuto de autonomía de Cataluña como requisito previo para que el Gobierno pueda remitir a las Cortes cualquier proyecto de ley sobre cesión de tributos afectante a Cataluña, constituye un vicio de procedimiento en la formación de la iniciativa legislativa que afecta a la constitucionalidad de la ley en cuestión; de ahí que declare la nulidad del precepto correspondiente de la ley, en lo que afecte a Cataluña, por violar una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad, cual es el estatuto catalán (23). Igualmente, en otras tres sentencias ha afirmado que la omisión de un *informe* o, eventualmente, una *audiencia* preceptivos aunque no vinculantes, previstos en la Constitución y el Estatuto de autonomía de Canarias y a realizar en la fase gubernamental previa a la remisión al parlamento de la iniciativa legislativa o de un decreto-ley para su convalidación, vicia de inconstitucionalidad a la norma (24).

Lo ilustrativo de los casos mencionados es que en todos ellos la omisión de un requisito de la fase de iniciativa legislativa gubernamental vicia el procedimiento legislativo hasta el punto de declarar inconstitucional el precepto legal afectado. El requisito en cuestión es, en un caso, la obtención de un acuerdo intergubernamental de carácter preceptivo y vinculante para la remisión de la iniciativa legislativa por el gobierno central, pero en los otros supuestos se trata de un informe, incluso en ciertos casos de una mera audiencia, preceptivos pero no vinculantes que deben acompañar la iniciativa legislativa gubernamental. En ninguno de esos casos, por otra parte, se ha producido denuncia parlamentaria durante la tramitación del proyecto de ley o

---

Sobre la consideración de la Exposición de motivos como un documento que forma propiamente parte de la ley, a pesar de la literalidad del art. 88 CE, véase JIMÉNEZ APARICIO (2004), págs. 289, 341-342.

(23) Nuestro tribunal ha dicho en esa sentencia que la exigencia del acuerdo previo no supone que estemos ante una ley paccionada, que no pueda modificarse en el posterior trámite parlamentario. Pero sí se trata de una especialidad procedimental del trámite previo de iniciativa legislativa del gobierno referido a una ley ordinaria, especialidad mediante la cual se consensúa entre ambas instituciones el alcance y condiciones de cesión de ciertos tributos. Véase STC 181/1988, de 13 de octubre, FFJJ. 4 a 7.

(24) Véanse SSTC 35/1984, de 13 de marzo, FJ. 6, 16/2003, de 30 de enero, FJ. 9, y 137/2003, de 3 de julio, FFJJ. 8 y 9. En una de esas Sentencias, la 16/2003, nuestro Tribunal ha llegado a afirmar que si durante la tramitación parlamentaria la iniciativa legislativa es alterada radicalmente sería preciso un nuevo informe del parlamento canario —véase con todo el voto particular al respecto de seis magistrados—.

convalidación del decreto ley por la ausencia de tal requisito procedimental, habiéndose presentado los recursos de inconstitucionalidad por los gobiernos o parlamentos autónomos (25).

Por consiguiente, para nuestro alto tribunal se puede declarar la inconstitucionalidad de ciertos preceptos legales por no procederse en la fase de iniciativa legislativa gubernamental, previa a la remisión de la norma legal a las Cortes, a la cumplimentación de acuerdos, informes o audiencias en los que, al amparo de preceptos contenidos en la Constitución o en estatutos de autonomía, se prevé la intervención de órganos políticos. Sin embargo, la ausencia de informes preceptivos de órganos asesores o de la aportación de la motivación o antecedentes necesarios de un proyecto de ley, trámites todos ellos encaminados a la mejora de la calidad de la ley resultante, y cuya cumplimentación está prevista en la Constitución y en leyes pertenecientes al bloque de constitucionalidad, se estima que no tiene capacidad invalidante de la ley a no ser que los parlamentarios denuncien tales omisiones. Esta diferente vara de medir los vicios procedimentales dice mucho sobre el valor atribuido por el intérprete constitucional al aseguramiento de la racionalidad de las leyes (26).

3.3. El debate parlamentario de los proyectos y proposiciones de ley, en sus diferentes fases, constituye el momento decisivo para que los parlamentarios y grupos parlamentarios, en ejercicio del pluralismo político, hagan valer sus diferentes puntos de vista coadyuvando así a la formación de la voluntad popular por ellos representada. Es también el momento de verificar o asegurar, en coherencia con la finalidad precedente, que las leyes se ajustan a los objetivos pretendidos y respetan los niveles mínimos de racionalidad exigibles. Ahora bien, una adecuada ordenación de la discusión parlamentaria es requisito ineludible para garantizar que la decisión finalmente adoptada tenga en cuenta las diferentes opiniones manifestadas y el apoyo que suscitan, de ahí que resulte necesario delimitar el contenido y el momento de las diferentes

---

(25) Sólo en un caso, STC 16/2003, se presentaron tres recursos de inconstitucionalidad promovidos, respectivamente, por el gobierno autónomo, parlamento autónomo y más de 50 senadores.

(26) JIMÉNEZ APARICIO (2004), págs. 287, justifica, sin embargo, el diferente tratamiento de estos supuestos de intervención de órganos políticos por la mayor gravedad que posee un defecto procedimental consistente en que el Gobierno haya omitido la debida consideración de una voluntad política ajena a él. Ello sin perjuicio de que en otro lugar haya destacado en general el contraste entre la importancia técnica que reviste la fase gubernamental del procedimiento legislativo —a diferencia de lo que sucede en la posterior fase parlamentaria— y la irrelevancia de los defectos de tramitación en aquella producidos —283-285—. Véase asimismo *supra* nota 12, la justificación apuntada por Biglino Campos.

iniciativas parlamentarias mediante las que los parlamentarios pueden participar en la elaboración de las leyes. De ello se ocupan la Constitución y los reglamentos camerales, que prevén y diferencian los variados instrumentos de intervención parlamentaria.

No obstante, nuestro Tribunal constitucional no siempre ha sido lo suficientemente riguroso en el mantenimiento de esas distinciones entre las diferentes iniciativas parlamentarias. En algunas ocasiones ha dado por buenas notables perturbaciones en el discurrir argumental parlamentario, lo que ha supuesto, a mi juicio, alteraciones significativas en el proceso de formación de la voluntad de las cámaras que debieran haber conducido a la invalidez de la decisión legislativa resultante.

Así, ha sostenido que no cabe establecer diferencias materiales entre una proposición o un proyecto de ley, y una enmienda parcial, en la medida en que ni en la Constitución ni en los reglamentos de las cámaras se establece un criterio legal al respecto. Eso le hace desconsiderar alegaciones relativas a que la enmienda parcial introduce en la iniciativa legislativa un asunto que le es ajeno, y que lo hace además en un momento tardío del proceder legislativo, concretamente en el Senado, con lo que sustrae la discusión de su contenido al debate normal del Congreso. Por el contrario, nuestro tribunal sostendrá que la Mesa de las cámaras carece de competencias, a salvo un explícito apoyo reglamentario, para modificar la calificación otorgada por sus autores a la iniciativa parlamentaria (27).

Frente a esta opinión no han faltado otros pronunciamientos jurisprudenciales que han mantenido que los proyectos o proposiciones de ley, las enmiendas a la totalidad y las enmiendas parciales han de respetar unos requisitos formales y, eventualmente, materiales para ser calificadas como tales. Sostienen asimismo que la Mesa de las cámaras tiene competencias para realizar tales calificaciones, a cuyos efectos debe verificar tanto el cumplimiento por esas iniciativas parlamentarias de los requisitos formales como la satisfacción de otros criterios de naturaleza material, debiendo tener estos últimos apoyo en la Constitución, el bloque de constitucionalidad o el reglamento de la cámara respectiva (28).

Estas afirmaciones jurisprudenciales se integran en una problemática más amplia donde el Tribunal constitucional ha establecido que la Mesa de las asambleas legislativas es competente, en el marco de sus funciones de admisión y calificación de los documentos parlamentarios a ella presentados, para

---

(27) Véanse las SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ. 1, y 194/2000, de 19 de julio, FJ. 3.

(28) Sin que sea preciso que tal referencia esté contenida precisamente en esta última norma.

ejercer algo más que un control de los requisitos formales a satisfacer por las diversas iniciativas parlamentarias. De este modo, sin perjuicio de ulteriores controles materiales previstos en los reglamentos camerales correspondientes, ha de verificar en cualquier caso la idoneidad y procedencia del procedimiento escogido para la iniciativa, así como realizar un examen liminar, esto es, en sus componentes básicos, de su adecuación a la Constitución y de su conformidad al derecho. Así se ha dicho respecto a iniciativas legislativas populares, supracomarcales o municipales, proposiciones no de ley, mociones, preguntas, interpelaciones o solicitudes de comparecencia parlamentaria (29).

En consecuencia, se ha establecido por la mejor jurisprudencia constitucional que las proposiciones de ley deben únicamente respetar los criterios formales, en coherencia con su carácter de instrumentos desencadenadores del proceso legislativo y provocadores del debate político. Por el contrario, las enmiendas a la totalidad deben, además, versar sobre el mismo objeto del proyecto o proposición que enmiendan, sin que sea suficiente que incidan sobre idéntico sector material que éstos; ello, se estima, concuerda con su naturaleza subsidiaria o incidental respecto al texto enmendado, frente al que constituyen una alternativa. Por otro lado, las enmiendas parciales suman, a los requisitos formales y de conexión material ya señalados, el de la congruencia con el precepto o preceptos enmendados, pues superado el debate a la totalidad o la toma en consideración ya no pueden cuestionarse la oportunidad, principios o espíritu del respectivo proyecto o proposición de ley que parcialmente enmiendan (30).

En mi opinión, el cumplimiento por las diversas iniciativas parlamentarias

---

(29) Véanse SSTC 205/1990, de 13 de diciembre, FF.JJ. 6 y 7; 76/1994, de 14 de marzo, FF.JJ. 2 a 5; 95/1994, de 21 de marzo, FF.JJ. 3 y 4; 177/2002, de 14 de octubre, FF.JJ. 3 y 5; 208/2003, de 1 de diciembre, FF.JJ. 4.c), 5, 9. La STC 40/2003 parte de la improcedencia de realizar un examen liminar de la conformidad a derecho de una proposición no de ley.

(30) Sientan la doctrina recogida en texto especialmente la STC 23/1990, de 15 de febrero, FJ. 5, que confirma el rechazo por la Mesa de las Cortes valencianas de una enmienda a la totalidad que superaba la materia del proyecto de ley a que iba referida, convirtiéndose en la práctica en otro proyecto de ley, maniobra mediante la cual se pretendían lograr reformas del Estatuto valenciano en discusión sin reunir los requisitos de legitimación para ello; y el ATC 118/1999, de 10 de mayo, FF.JJ. 3 a 5, que considera correctamente rechazadas por la Mesa de la Comisión de Economía de la Asamblea de Cantabria dos enmiendas parciales que no guardaban correlación con la materia objeto de regulación ni afectaban a preceptos del texto enmendado.

Las SSTC 124/1995, de 18 de julio, FF.JJ. 2 a 4, y 38/1999, de 22 de marzo, FF.JJ. 3 y 4 se centran en recordar que las proposiciones de ley sólo pueden ser objeto por la Mesa de un control relativo al cumplimiento de los requisitos formales. Véase también BIGLINO CAMPOS (2001): «Voz Iniciativa legislativa», *op. cit.*, págs. 166-167. Por el contrario, la STC 95/1994, de 21 de marzo, FF.JJ. 4 y 5, admite que la Mesa del Parlamento catalán pueda rechazar proposiciones de ley que sean palmaria o evidentemente contrarias a derecho o inconstitucionales.

de determinados requisitos formales no pone eficaz coto a la aparición de vicios sustanciales en el proceso de formación de la voluntad de las cámaras, en el sentido más arriba indicado. Afortunadamente ese riesgo puede ser fácilmente contrarrestado en la medida en que existen en la Constitución y en las leyes del bloque de constitucionalidad suficientes previsiones que avalan el establecimiento de distinciones materiales entre proyecto de ley, proposición de ley, enmienda a la totalidad, propuesta de veto o enmienda parcial, por citar las más relevantes iniciativas parlamentarias (31). En el ámbito nacional, al margen de las más genéricas referencias constitucionales, cabe citar sin pretensiones de exhaustividad los arts. 109, 110, 124 a 127 del Reglamento del Congreso, y 106, 107 y 114 del Reglamento del Senado. Igualmente procede reconocer la competencia de tales cámaras para calificar materialmente las iniciativas parlamentarias, a tenor de lo que se establece en los arts. 31 y 35 de sus reglamentos respectivos: La expresión en ellos contenida de que la calificación se ha de hacer «con arreglo al Reglamento» no puede entenderse como una remisión a un precepto aislado de él, de forma que si se careciera de un pronunciamiento específico reglamentario sobre el contenido material de cierta iniciativa legislativa sólo pudiera controlarse ésta en sus requisitos formales. Muy al contrario, esa remisión se ha de entender referida al conjunto del Reglamento, lo que abre el paso a fundadas interpretaciones sistemáticas o teleológicas basadas en la interrelación entre diversas disposiciones reglamentarias, y en la obligada integración de todas ellas en el marco constitucional (32). De ahí que la diferenciación material formulada por el ATC 118/1999 suponga, sin duda, una muy estimable aplicación de todos esos preceptos al tema que nos ocupa (33).

---

(31) En el mismo sentido, BIGLINO CAMPOS: «Voz Enmiendas en el procedimiento legislativo» (2001), *op. cit.*, pág. 176, que exige una ligazón material entre la enmienda y el texto legislativo ante el que se propone; Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, *op. cit.*, FJ. 2.4, que en su dictamen 263 llega a la conclusión de la inconstitucionalidad de la LO 20/2003, por lo que respecta a la modificación que contiene de los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis del código penal —referendos ilegales—, llevada a cabo mediante una enmienda de adición introducida en el Senado a un proyecto de ley con un objeto distinto proveniente del Congreso; entre los argumentos determinantes del dictamen se encuentran la incongruencia entre el contenido del proyecto de ley y la enmienda, la formulación como enmienda de lo que materialmente es una iniciativa legislativa, y la lesión al pluralismo político que supone el no haber podido los parlamentarios enmendar la modificación del código penal propuesta ni los congresistas debatirla más allá de su aceptación o rechazo; LAPORTA (2004), *op. cit.*, págs. 28-29.

(32) Por lo demás, no se olvide que el parlamentario o grupo parlamentario que estiman calificada incorrectamente una iniciativa parlamentaria pueden solicitar la reconsideración de la decisión por la Mesa, la cual deberá dictar una resolución definitiva motivada. *Ibidem*.

(33) Conviene mencionar, por otra parte, que el ATC 135/2004, de 20 de abril, FF.JJ. 7 y 8, relativo, junto a otro asunto, a la impugnación del Acuerdo de la Mesa del Parlamento vasco

3.4. Por motivos semejantes a los vistos en relación con la fase de iniciativa legislativa (34), nuestra Constitución en su art. 90.2 y, de acuerdo con ella, el art. 106.1 del Reglamento del Senado establecen que toda oposición de veto o introducción de enmiendas por parte de esta cámara a los proyectos o proposiciones de ley remitidos por el Congreso deberá ser hecho llegar a este último *mediante mensaje motivado*. La previsión constitucional pretende, sin duda, que en el citado mensaje se contengan las razones que han aconsejado a la cámara alta apartarse de la decisión tomada por la cámara baja, y constituye, por tanto, un elemento decisivo para la formación de la voluntad del Congreso en su pendiente y definitivo pronunciamiento.

Nuestro Tribunal constitucional ha considerado, sin embargo, que la falta de mensaje motivado del Senado fundamentando la enmienda que sacó una disposición transitoria de un proyecto de ley para introducirla en otro proyecto de ley distinto no incurre en vicio de inconstitucionalidad. En la medida en que el Congreso convalidó tal proceder, aunque fuera con la oposición de un grupo parlamentario, se ha de estimar que el defecto de procedimiento no alteró de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno del órgano parlamentario (35).

De nuevo he de discrepar de la decisión del alto tribunal. La incorporación de un mensaje motivado a toda modificación senatorial es una exigencia expresa de la Constitución y de una norma del bloque de constitucionalidad, que han manifestado de esa manera que resulta necesario para la formación de la definitiva voluntad del Congreso el conocimiento de las razones del Senado por él directamente formuladas; en consecuencia, y del mismo modo que hemos opinado respecto a los antecedentes necesarios de toda iniciativa legislativa gubernamental, su cumplimentación no puede quedar a disposición de los destinatarios de ese mensaje, como, sin embargo, sostiene nuestro Tribunal constitucional. Por otro lado, y en marcado contraste con lo que este tribunal ha sostenido respecto a la convalidación de la ausencia de los antecedentes necesarios y exposiciones de motivos de los proyectos de ley (36), en este

---

por el que esta admitió para su tramitación por el procedimiento legislativo ordinario la Propuesta de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi, al excluir que puedan ser objeto de impugnación por la vía del art. 76 LOTC los actos internos del procedimiento legislativo, los cuales solo pueden ser impugnados por la vía del art. 42 LOTC en cuanto lesivos de los derechos fundamentales de los parlamentarios, ha cerrado indudablemente, y sin necesidad de entrar ahora en la fundamentación para ello esgrimida, un medio de control de la racionalidad legislativa cuyas posibilidades estaban aún sin explorar.

(34) Véase la argumentación desarrollada *supra*.

(35) Véase STC 57/1989, de 16 de marzo, FJ. 2.*c*).

(36) Véase *supra* en este mismo apartado.

caso la oposición de todo un grupo parlamentario congresual a que se convalide el defecto procedimental no afecta sustancialmente, a juicio del tribunal, al proceso de formación de la voluntad del Congreso. Esta última opinión supone, además, que la determinación de si se ha visto afectado significativamente ese proceso decisor se lleva a cabo por la mayoría parlamentaria, algo difícilmente cohonorable con las reiteradas afirmaciones del Tribunal constitucional de que uno de los fines fundamentales del proceso legislativo es dar ocasión de expresión a las minorías (37).

#### 4. EL CONTROL DEL CONTENIDO DE LAS LEYES PENALES

Un óptimo aprovechamiento de la posibilidad mencionada en el epígrafe presupondría que nuestro texto constitucional contuviera algún precepto que estableciera de manera directa los límites mínimos de racionalidad a los que debería acomodarse toda actividad legislativa, precepto que incluso podría afectar a aspectos sobresalientes del procedimiento legislativo, enlazando así con lo visto en el apartado anterior.

##### 4.1. *El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*

4.1.1. La mención en el art. 9.3 de la Constitución, entre los principios cuyo respeto debe ser garantizado directamente por ésta, del *principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* no ha sido pasada por alto por nuestro tribunal constitucional: En efecto, una reiterada jurisprudencia viene afirmando que el control constitucional de la arbitrariedad de la

---

(37) Véanse SSTC 118/1988, de 20 de junio, FJ. 4; 44/1995, de 13 de febrero, FJ. 3; 38/1999, de 22 de marzo, FJ. 3 B), entre otras.

JIMÉNEZ APARICIO (1989), op.cit., págs. 173-179 concluye que la LO de Estados de alarma, excepción y sitio de 1981, en cuya tramitación en el Senado se omitió el entonces —durante la vigencia del reglamento del Senado de 1977— obligatorio Informe de la Ponencia debió haberse declarado inválida por el Tribunal constitucional en el caso de que se hubiera sometido a su consideración, por haberse producido una violación sustancial de las reglas del procedimiento legislativo.

Por su parte, BIGLINO CAMPOS (1991): *Op. cit.*, págs. 123, 124, da por buena o fundamenta, respectivamente, la opinión de que, tanto la omisión del mensaje motivado del Senado al Congreso, como la ausencia del Informe de la Ponencia del Senado, aludidas, no afectan al proceso de formación de voluntad de las cámaras, constituyendo vicios irrelevantes del procedimiento legislativo.

actuación de los poderes públicos previsto en el art. 9.3 se extiende a la actividad legislativa. Ello no le impide añadir acto seguido que ese control no puede ejercerse del mismo modo que en relación con las actuaciones del poder ejecutivo: Y es que se ha de ser especialmente cuidadoso en no limitar indebidamente las opciones políticas que el poder legislativo haya escogido libremente en su ejercicio de la voluntad popular. Por tanto, es necesario deslindar con atención lo que pueda calificarse de arbitrariedad, capricho, inconsecuencia o incoherencia y lo que no es otra cosa que arbitrio legítimo del legislador (38).

No obstante, la consistencia y autonomía del principio como instrumento de control constitucional de la actividad legislativa se ven relativizadas, desde sus inicios, en dos sentidos: Por un lado cuando, de forma especial en las decisiones más recientes, se advierte sobre la necesidad de extremar la prudencia si se pretende fundar el control legislativo en preceptos tan generales e indeterminados como el de interdicción de la arbitrariedad (39). Por otro lado, dada la persistencia de una línea interpretativa jurisprudencial que parte de la existencia de una fuerte interrelación entre todos los principios enumerados en el art. 9.3 y concluye que el contenido de uno de los principios allí aludidos, el de seguridad jurídica, abarca conceptualmente a todos los demás (40).

Bajo estas premisas se han ido paulatinamente afirmando formulaciones genéricas de aquello a lo que debe atender el principio de interdicción de la arbitrariedad legislativa: Arrinconadas paulatinamente definiciones menos precisas (41), parece consolidada la idea de que la ley o uno de sus preceptos resultarán arbitrarios en dos supuestos, bien si establecen una discriminación, bien si, sin establecerla, carecen de toda explicación racional o justificación (42). Con todo, un número significativo de decisiones jurisprudenciales

---

(38) Véanse SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ. 10; 66/1985, de 23 de mayo, FJ. 1; 99/1987, de 11 de junio, FJ. 4; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ. 7; 239/1992 de 17 de diciembre, FJ. 5; 73/2000, de 14 de marzo, FJ. 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ. 8; 96/2002, de 25 de abril, FJ. 6.

(39) Véanse SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ. 18; 239/1992, de 17 de diciembre, FJ. 5; 73/2000, de 14 de marzo, FJ. 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ. 8; 96/2002, de 25 de abril, FJ. 6.

(40) Véanse SSTC 27/1981, de 29 de julio, FJ. 10; 99/1987, de 11 de junio, FJ. 6.c); 227/1988, de 29 de noviembre, FJ. 10; 104/2000, de 13 de abril, FJ. 7; 96/2002, de 25 de abril, FJ. 5.

(41) Creo que formulaciones como la de que una decisión legislativa será arbitraria *si crea desigualdad o distorsión en los efectos legales, sea en lo técnico-legislativo sea en situaciones personales*, son reconducibles a la que a continuación figura en texto. Utilizan esta fórmula las SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ. 4; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ. 7; 96/2002, de 25 de abril, FJ. 6.

(42) Véanse SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ. 18; 65/1990, de 5 de abril, FJ. 6; 104/2000, de 13 de abril, FJ. 8; 96/2002, de 25 de abril, FJ. 6. Las SSTC 239/1992, de 17 de

recientes sólo incluye en la definición el segundo de los supuestos acabados de mencionar, esto es, la carencia de explicación racional (43).

La determinación del primer aspecto de arbitrariedad legislativa, el establecimiento de una *discriminación*, dista mucho de disponer de criterios claros: La jurisprudencia constitucional buscó en un primer momento un contenido propio de la discriminación ligada a la arbitrariedad legislativa, que la diferenciara de la discriminación cuya prevención se asigna al derecho fundamental a la igualdad del art. 14. Y lo creyó encontrar entendiendo la primera como un incumplimiento de la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva de los ciudadanos establecida en el art. 9.2 (44). Este intento de dotar de autonomía conceptual a la discriminación derivada de la arbitrariedad legislativa no fue, sin embargo, mantenido en decisiones posteriores, de forma que en unos casos, pese a eventuales afirmaciones genéricas contrarias, se concluye que es un contenido que no se ha de considerar propiamente dentro del principio de interdicción de la arbitrariedad sino más bien en el marco del derecho a la igualdad del art. 14 (45), y en algún otro se sostiene que, siendo ciertamente la discriminación un elemento a tener en cuenta con motivo de la interdicción de la arbitrariedad referida en el art. 9.3, la determinación de su concurrencia se ha de hacer desde la perspectiva del derecho a la igualdad del art. 14 (46). La cuestión acaba de complicarse al comprobar que determinados pronunciamientos jurisprudenciales, a la hora de determinar si una ley viola el contenido del derecho a la igualdad del art. 14, y aun del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1, utilizan criterios que se identifican con los que veremos se usan para precisar los componentes del segundo supuesto de la arbitrariedad legislativa, esto es, la falta de explicación racional de la ley o precepto (47).

Este segundo aspecto de la arbitrariedad legislativa goza de amplio consenso y no tropieza, en principio, con problemas de autonomía conceptual.

---

diciembre, FJ. 5, y 73/2000, de 14 de marzo, FJ. 4, sustituyen la mención a la discriminación de la primera parte de la definición por la «arbitrariedad», lo que constituye una tautología, aunque todo parece indicar que están pensando en el concepto de discriminación o desigualdad aludido por las sentencias precedentemente citadas.

(43) Véanse SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ. 9; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ. 16; 116/1999, de 17 de junio, FJ. 14; 181/2000, de 29 de junio, FJ. 13.

(44) Véanse las SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ. 10; 99/1987, de 11 de junio, FJ. 4.b).

(45) Véanse las SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ. 7; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ. 8; 181/2000, de 29 de junio, FFJJ. 10, 12.

(46) Véase STC 96/2002, de 25 de abril, FFJJ. 6 y 7.

(47) Véanse SSTC 96/2002, de 25 de abril, FFJJ. 7 a 10, y 73/2000, de 14 de marzo FFJJ. 11 a 14.

Hay una jurisprudencia reiterada que identifica la arbitrariedad legislativa al menos con la *carencia de explicación racional* de la ley o precepto sometidos a consideración, y que además aclara que para llegar a tal conclusión no es preciso ocuparse a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma ni de todas sus consecuencias (48). Una profundización en las decisiones jurisprudenciales que se ocupan de este elemento revela que la ley será arbitraria si se dan alguna de las siguientes condiciones: Por un lado, si *no tiene una finalidad precisa, o ésta no es legítima y razonable*, sin que, en cualquier caso, haya de ser objeto de análisis la opción política adoptada al escoger entre las alternativas disponibles (49). Por otro lado, si carece de coherencia interna, lo que será el caso cuando la *desproporción entre los medios empleados por el instrumento legislativo y la finalidad por éste perseguida* sea de tal entidad que suponga un sacrificio excesivo e innecesario de derechos constitucionales afectados por el empleo de tales medios (50).

Si, por último, verificamos cuáles han sido los argumentos decisivos que han llevado a nuestro Tribunal constitucional a declarar efectivamente una ley o precepto incompatible con la norma fundamental por violadora del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3, observamos que en los contados casos en los que se ha producido tal declaración el criterio determinante ha sido la desproporción entre los medios empleados por la norma y el fin por ésta perseguido dada la intensidad de la afección producida a ciertos intereses constitucionales implicados (51). Sintomáticamente, en uno de los casos se ha llegado al canon de proporcionalidad desde el primer aspecto de la arbitrariedad legislativa, esto es, la discriminación, entendida a su vez en el marco del derecho fundamental a la igualdad del art. 14 (52).

4.1.2. Tras el análisis acabado de realizar no cabe ser muy optimista sobre las prestaciones que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los

---

(48) Véanse SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ. 18; 99/1987, de 11 de junio, FJ. 4.b); 227/1988, de 29 de noviembre, FJ. 7; 239/1992, de 17 de diciembre, FJ. 5; 142/1993, de 22 de abril, FJ. 9; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ. 16; 116/1999, de 17 de junio, FJ. 14; 73/2000, de 14 de marzo, FJ. 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ. 8; 181/2000, de 29 de junio, FJ. 13; 96/2002, de 25 de abril, FJ. 6.

(49) Véanse SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ. 10; 104/2000, de 13 de abril, FJ. 8; 181/2000, de 29 de junio, FJ. 13; 96/2002, de 25 de abril FF.JJ. 6, 7 y 10.

(50) Véanse SSTC 66/1985, de 23 de mayo, FJ. 1; 99/1987, de 11 de junio, FJ. 4.b); 142/1993, de 22 de abril, FF.JJ. 10 y 11.

(51) Véanse SSTC 181/2000, de 29 de junio FF.JJ. 15 a 17; 96/2002, de 25 de abril FF.JJ. 9 y 10.

(52) Véase STC 96/2002, de 25 de abril, FF.JJ. 7 y 8.

poderes públicos está rindiendo al desarrollo del control de la racionalidad legislativa. Se podía esperar bastante más de un principio expresamente recogido en la Constitución, dentro de un precepto, el art. 9.3, que condensa los criterios básicos a tenor de los cuales debe estructurarse nuestro ordenamiento jurídico, con clara incidencia sobre la actividad legislativa dada su proyección sobre la actividad del conjunto de los poderes públicos, y con una formulación lo suficientemente comprensiva para permitir que el intérprete constitucional insertara dentro de él contenidos de racionalidad muy ricos.

Sin embargo, lo primero que llama la atención es la notable tendencia a privarle de sustantividad conceptual: Por una parte, se difuminan su autonomía y perfil propios mediante una interpretación abusiva del art. 9.3 que lleva a que todos los principios en dicho precepto enumerados se integren en un supraprincipio omnicomprendivo y polivalente como es el concepto amplio de seguridad jurídica. Por otra parte, se producen sutiles descalificaciones de su funcionalidad mediante reiteradas advertencias sobre un uso precavido de él dadas su vaguedad e imprecisión. Finalmente se encuentra plenamente inmerso en un proceso más amplio, que él ha sufrido de modo especial, por el que nuestro intérprete constitucional hace intercambiables las referencias constitucionales que sostienen el control de constitucionalidad de las leyes cuando se trata de incorporar unos límites a la actividad legislativa, los cuales se repiten con independencia del precepto constitucional al que se vinculen (53).

Descendiendo al análisis de los contenidos que le han sido atribuidos, es fácil observar que el componente de prevención de la discriminación o desigualdad ha quedado al final en nada: En un principio se desperdició la oportunidad de vincular la referencia a la discriminación al concepto de *igualdad real y efectiva* del art. 9.2, que ofrecía serias posibilidades para promover una racionalidad legislativa atenta al aseguramiento de todos los intereses socialmente presentes y, por ello, respetuosa de modo especial con el nivel teleológico de la racionalidad legislativa, sólo satisfecho si los objetivos perseguidos por la norma son fruto de un previo debate y acuerdo sustancial entre todos los colectivos sociales implicados. Con posterioridad hemos visto cómo el principio de interdicción de la arbitrariedad ha perdido todo margen de maniobra en

---

(53) Junto a lo ya visto al estudiar las relaciones del principio de interdicción de la arbitrariedad con los derechos fundamentales de igualdad y de tutela judicial efectiva, y que un poco más abajo valoraremos, resulta ilustrativo leer las afirmaciones genéricas sobre el contenido del control de constitucionalidad de las leyes, a saber, verificar que el fin de la ley sea constitucionalmente legítimo y que tal finalidad no entrañe una manifiesta desproporción entre los intereses en conflicto, que la STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ. 16, parece encomendar indistintamente al conjunto de preceptos constitucionales encargados del control de las leyes.

relación con este contenido, que pasa a dilucidarse de un modo u otro en función de las exigencias del art. 14.

Por lo que se refiere a su segundo componente, aquel que somete toda ley al contraste de su explicación racional, no creo que resulte exagerado afirmar que se encuentra estancado, habiéndose desaprovechado hasta el momento las oportunidades de concreción de todos los niveles de la racionalidad legislativa que ofrecería una teoría constitucional, por elaborar, sobre la razonabilidad de las leyes en el marco de la interdicción de la arbitrariedad. El elemento se agota hoy por hoy en dos requisitos:

El de que la ley tenga una finalidad y ésta sea constitucionalmente legítima, aparte de no tener apenas capacidad discriminatoria, al menos tal como hasta ahora se entiende y la práctica de la jurisprudencia constitucional demuestra (54), se superpone prácticamente con el presupuesto atribuido al principio constitucional de proporcionalidad, como podremos comprobar en el próximo apartado.

El de que se ha de dar una proporcionalidad entre los intereses afectados por los medios empleados por la ley y los intereses perseguidos por ésta es, sin duda, el componente más sólido del principio constitucional que estudiamos, y ha servido para declarar la inconstitucionalidad de ciertos preceptos por su arbitrariedad. Con todo, no se pueden dejar de hacer varias consideraciones sobre su uso: Ante todo, se ha de llamar la atención sobre el notable empobrecimiento de contenidos que supone el que un principio tan ambicioso como el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos agote en la práctica sus potencialidades en el ámbito legislativo con la referencia a la proporcionalidad, un concepto por añadidura ya atendido en otras sedes constitucionales. Además, su contenido se identifica con el tercer componente del principio constitucional de proporcionalidad, a saber, el de proporcionalidad estricta (55). Por último, es fácil comprobar que las decisiones jurisprudenciales que, en el marco del principio de interdicción de la arbitrariedad, se han ocupado de este aspecto han llevado a cabo un desarrollo muy limitado de la idea de proporcionalidad estricta, no comparable al que ha tenido lugar del principio constitucional de proporcionalidad, como tendremos ocasión de ver (56).

---

(54) No ha habido, que yo sepa, por el momento ninguna sentencia constitucional que se haya basado en este aspecto del principio de interdicción de la arbitrariedad para declarar la inconstitucionalidad de una ley o precepto legal.

(55) Véase el apartado siguiente.

(56) Véase *infra* apartado siguiente el análisis del principio constitucional de proporcionalidad. También AGUADO CORREA: *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Edersa,

En último término, el principio que nos ocupa se encuentra inmerso en un círculo vicioso de intercambio de contenidos con otros principios constitucionales, lo que le hace ser el mejor ejemplo de la falta de definición de nuestro Tribunal constitucional sobre cuáles hayan de ser las vías de impugnación de la irracionalidad legislativa: Su componente de *discriminación* hemos visto que ha acabado reconduciéndose al derecho a la igualdad del art. 14, pero es que este precepto constitucional, al igual que otros como el de tutela judicial efectiva del art. 24.1, cuando se pretenden utilizar para controlar la actividad legislativa también hemos apreciado que terminan concretándose en el componente de *explicación racional* del principio de interdicción de la arbitrariedad. Ahora bien, este segundo y último componente de este principio sólo suministra pautas discriminatorias si se vincula a la idea de proporcionalidad, concepto éste de variada procedencia constitucional (57).

En suma, terminamos donde empezamos, con la constatación de la escasa sustantividad conceptual de un principio que a priori ofrecía todas las condiciones para soportar la mayor parte del peso del control material de la constitucionalidad de las leyes. La magrez de los frutos no compensa el esfuerzo, y más si comprobamos que ninguna de las sentencias estudiadas en este apartado se ha pronunciado propiamente sobre leyes penales, que son las que constituyen el objeto inmediato de nuestro interés. Parece más sensato, por consiguiente, centrarnos a continuación directamente en el principio de proporcionalidad de las leyes.

#### 4.2. *El principio de proporcionalidad*

4.2.1. En efecto, no resulta difícil de ver que el concepto sobre el que nuestro Tribunal constitucional ha comenzado a desarrollar un cierto control

---

1999, 142-147, ha llamado la atención sobre la reconducción por nuestro alto tribunal del criterio de razonabilidad al de proporcionalidad. Propone razonar desde el primero y no desde el segundo, el voto particular de Jiménez de Parga y Cabrera a la STC 55/1996, de 28 de marzo.

(57) GONZÁLEZ BEILFUSS: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Aranzadi, 2003, págs. 30-31, 41-42, 99, 105-106, intenta llevar a cabo una convincente distinción entre el principio de igualdad y el de proporcionalidad a partir del diferenciado carácter relacional que poseen uno y otro. Sin embargo, no puede eludir la realidad de la práctica jurisprudencial, que procede mayoritariamente a integrar el contenido del principio de proporcionalidad dentro del principio de igualdad. Por otro lado, no puede compartirse la opinión de este autor de que, a la hora de precisar la igualdad, la idea de proporcionalidad pasa en la jurisprudencia constitucional a segundo plano frente a la idea de razonabilidad.

material de la racionalidad legislativa es el *principio de proporcionalidad* (58).

Ahora bien, la primera cuestión a resolver es la del alojamiento de tal principio en el texto constitucional, dado que nuestra ley fundamental carece de una referencia expresa a él. La jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ha creído ver su reconocimiento en muy diversos lugares: Destacan las menciones a que su vigencia deriva de la configuración de nuestra convivencia en torno a un estado de derecho (art. 1.1) (59), del establecimiento de la justicia como uno de los valores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1.) (60), de la garantía constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3) (61), de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1) (62), del principio de legalidad (art. 25.1) (63), y, ocasionalmente, del principio de culpabilidad penal ligado al de dignidad personal (64), siendo frecuente la alusión simultánea a diversos orígenes constitucionales.

---

(58) Dados los objetivos de este trabajo, señalados al final de la Introducción, no me voy a ocupar en lo que sigue de un estudio detenido de los contenidos del principio constitucional de proporcionalidad a la luz de las diferentes propuestas doctrinales. Me limitaré a analizar y valorar el rendimiento y prestaciones que está ofreciendo el citado principio en la práctica de la jurisprudencia constitucional. Véanse algunas referencias a las actitudes doctrinales en González Beilfuss *op. cit.*, págs. 64, 91-98; específicamente en materia penal, véase DíEZ RIPOLLÉS (2003 a), 127-131, donde se polemiza con algunas de las propuestas allí referidas; se han decantado igualmente por su uso dentro de una teoría de la incriminación, PRIETO SANCHÍS: *Op. cit.*, págs. 272-273, 282, 291-298; MARCILLA CÓRDOBA: *Op. cit.*, págs. 59-62.

(59) Véanse SSTC 65/1986, de 27 de mayo, FJ. 2; 160/1987, de 27 de octubre, FJ. 6; 150/1991, de 4 de julio, FJ. 4.b); 111/1993, de 25 de marzo, FJ. 8; 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 3; 88/1996, de 23 de mayo, FJ. 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ. 23; AaTC 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 3; 233/2004, de 7 de junio, FJ. 3.b) .

(60) Véanse SSTC 65/1986, de 27 de mayo, FJ. 2; 160/1987, de 27 de octubre, FJ. 6; 150/1991, de 4 de julio, FJ. 4.b); 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 3; 88/1996, de 23 de mayo, FJ. 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ. 23; AaTC 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 3; 233/2004, de 7 de junio, FJ. 3.b).

(61) Véanse SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 3; 88/1996, de 23 de mayo, FJ. 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ. 23; AaTC 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 3; 233/2004, de 7 de junio, FJ. 3.b).

(62) Véanse SSTC 65/1986, de 22 de mayo, FJ. 2; 160/1987, de 27 de octubre, FJ. 6; 150/1991, de 4 de julio, FJ. 4.b); 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 3; 88/1996, de 23 de mayo, FJ. 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ. 23; AaTC 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 3; 233/2004, de 7 de junio, FJ. 3.b).

(63) SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ. 8; 136/1999, de 20 de julio, FJ. 21; 24/2004, de 24 de febrero, FFJJ. 5, 7 y 8. Por el contrario, la STC 65/1986, de 27 de mayo, FJ. 3, se manifiesta en contra de la vinculación del principio de proporcionalidad al principio de legalidad.

(64) Véase STC 150/1991, de 4 de julio, FJ. 4.b).

Más allá de esta variedad de procedencias, se ha asentado en la jurisprudencia constitucional más reciente la idea de que el principio de proporcionalidad no constituye un canon de constitucionalidad autónomo, sino que viene a ser un criterio de interpretación mediante el que se verifica si ciertas actuaciones de los poderes públicos encaminadas a la obtención de determinados fines implican un indebido grado de afección de ciertos preceptos constitucionales, singularmente de aquellos relativos a derechos fundamentales. Para evitar precisamente un empleo en abstracto de las referencias contenidas en el principio de proporcionalidad se añade la exigencia de que deben concretarse en cada caso los derechos fundamentales a los que va referido (65).

En cualquier caso, también en relación con el ámbito de actuación de este principio nuestro Tribunal constitucional ha puesto especial cuidado en resaltar la actitud cautelosa que debe adoptarse a la hora de controlar la constitucionalidad de las leyes, prudencia que ha referido de modo específico a la legislación penal: Considera que no es su competencia hacer las veces de legislador, y que es a éste a quien le corresponde en exclusiva el diseño de la política criminal de acuerdo a los objetivos sociales que, dentro de un amplio margen de libertad y en un contexto de juicios de oportunidad, se trace. Tal autonomía del legislador encuentra su fundamento, tanto en su posición constitucional como en la legitimidad democrática de la que goza, y se extiende a la configuración de los bienes a proteger, la identificación de los ilícitos penales, la clase y gravedad de las penas, y el establecimiento de la proporción entre la gravedad del ilícito y la de la pena (66). Ahora bien, la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento, estando sujeta a una serie de pautas básicas constitucionales que giran, sobre todo, en torno al debido respeto de los derechos fundamentales, de cuya concreción se ocupa entre otros el principio de proporcionalidad (67).

Es cierto, de todos modos, que el control constitucional de la utilización

---

(65) Por lo general los derechos fundamentales cuya afección por la pena se cuestiona son el de la libertad personal del art. 17.1 o el de legalidad del art. 25.1. Véanse sobre estos aspectos, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 3; 88/1996, de 23 de mayo, FJ. 4; 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 8; 136/1999, de 20 de julio, FFJJ. 20-23, 30; 24/2004, de 24 de febrero, FFJJ. 5, 7 y 8; ATC 233/2004, de 7 de junio, FJ. 3.a).

(66) Véanse SSTC 65/1986, de 22 de mayo, FJ. 3; 160/1987, de 27 de octubre, FJ. 6; 19/1988, de 16 de febrero, FJ. 8; 150/1991, de 4 de julio, FJ. 4.b); 24/1993, de 21 de enero, FJ. 5; 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 6; 88/1996, de 23 de mayo, FJ. 4; 129/1996, de 9 de julio, FJ. 3 y 4; 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ. 23; AaTC 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 3; 233/2004, de 7 de junio, FJ. 3.b); 395/2004, de 19 de octubre, FJ. 2.

(67) Véanse SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ. 6; 24/1993, de 21 de enero, FJ. 5; 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ. 23.

de este principio en el marco de la actividad legislativa habrá tener una intensidad cualitativamente distinta a la que podrá alcanzar en el ámbito de aplicación de las leyes, donde cabe potenciar más sus efectos (68). Y ello porque el respeto de la relación de proporcionalidad por una decisión legislativa penal es fruto de un juicio complejo de oportunidad, en el que las pretensiones de tutela directamente perseguidas por la norma deben acomodarse a la capacidad de los diversos tipos de pena para influir sobre los comportamientos ciudadanos. Estos efectos que la pena puede producir y que abarcan, bajo la denominación de fines de prevención general y especial, a la intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento o resocialización, dependen en su funcionamiento de factores como la gravedad del comportamiento a disuadir, las posibilidades de detección y sanción de éste, y las percepciones sociales sobre la adecuada relación entre delito y pena (69). En consecuencia, no se ha de proceder propiamente a una evaluación de la conveniencia, calidad o perfectibilidad de la norma, sino más bien a una verificación de su encuadramiento constitucional, de modo que ella no suponga un derroche de coacción o un sacrificio innecesarios hacia derechos fundamentales (70).

Por lo demás, el contenido del principio de proporcionalidad penal no ha adquirido perfiles definidos en la jurisprudencia constitucional hasta la segunda mitad de los años noventa del siglo pasado. Durante los quince años precedentes la fórmula más utilizada, aunque sólo ocasionalmente empleada en relación con las leyes penales, hablaba de que el citado principio se infringía cuando se producía una desproporción entre el fin perseguido —la tutela de ciertos bienes o intereses—, y los medios empleados para su obtención —la pena—, lo que daba origen a un sacrificio innecesario y excesivo de derechos constitucionales (71). Sin embargo, a partir de la STC 55/1996 se produce un

---

(68) Véanse STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 6; ATC 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 3.

(69) Véanse SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 6; 88/1996, de 23 de mayo, FJ. 4; 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ. 23; AaTC 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 3; 233/2004, de 7 de junio, FJ. 3.b); 395/2004, de 19 de octubre, FJ. 2.

(70) Véanse SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ. 23; AaTC 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 3; 233/2004, de 7 de junio, FJ. 3.b). Véanse también referencias abundantes a las cautelas que nuestro tribunal constitucional establece a la hora de controlar la constitucionalidad de las leyes, en especial las penales, en GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 49-50, 52, 55, 65, 72-74, 80, 119.

(71) Véanse, no siempre utilizando la fórmula recogida en texto pero con contenidos equivalentes en cualquier caso, SSTC 66/1985, de 23 de mayo, FJ. 1 —sentencia que no versa sobre materias penales pero que es el punto de referencia de la definición normalizada luego reiterada

avance sustancial en la identificación y estructuración de los contenidos del principio a los efectos del control de la actividad legislativa penal.

Así, una decisión legislativa que comporte una previsión punitiva para quien lleve a cabo un determinado comportamiento delictivo satisfará a juicio de nuestro alto tribunal el principio de proporcionalidad si la norma correspondiente, 1. pretende tutelar bienes o intereses constitucionalmente no proscritos ni socialmente irrelevantes, 2. es instrumentalmente apta o idónea para ello, 3. resulta además necesaria, y 4. guarda la debida proporción entre la entidad del delito y la entidad de la pena (72).

La referencia contenida en el número 1 se estima que es propiamente un presupuesto del principio de proporcionalidad, más que un elemento de él, y sirve en un primer momento para identificar el *bien o bienes jurídicos protegidos* por el precepto penal, a lo que sigue un juicio sobre la legitimidad y trascendencia social de su tutela, juicio sólo en ocasiones vinculado, y no de manera exclusiva, a la directa relevancia constitucional del interés protegido. En ocasiones nuestro tribunal constitucional no se conforma con lo que denomina el fin inmediato de la norma, o bien jurídico propiamente dicho, procediendo a identificar otros fines mediatos, que en terminología jurídico-penal merecerían el calificativo de *ratio legis* de la norma (73).

El primer elemento propiamente dicho, el de la *idoneidad*, no ha sido hasta ahora objeto de especial atención por nuestro tribunal constitucional, que tiende a darlo por probado (74). En las decisiones en las que se detiene brevemente en el contenido y concurrencia de este elemento, le atribuye la misión de verificar, tanto la capacidad del precepto penal para prevenir la realización

---

en esta primera fase—, 178/1985, de 19 de diciembre, FJ. 3 —tampoco propiamente versante sobre materia penal—, 19/1988, de 16 de febrero, FJ. 8; más adelante, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 3, aunque en ella la asunción de esta definición se compatibiliza con una elaboración más rica de los contenidos del principio. En relación con la aplicación de las leyes penales, véanse SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ. 5 y 6 —probablemente la primera mención significativa del principio en materia penal—, 154/1990, de 15 de octubre, FJ. 3; 50/1995, de 23 de febrero, FJ. 7; 46/1999, de 5 de abril, FJ. 7.

Un análisis más general de la evolución del principio en los primeros años, también en materias penales, en GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 42-47.

(72) Véanse SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 6; 136/1999, de 20 de julio, FJ. 23; ATC 233/2004, de 7 de junio, FJ. 3.b). Sobre la consolidación en la jurisprudencia constitucional de lo que denomina el test alemán de proporcionalidad, con los elementos acabados de aludir, véase GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 16, 19, 26, 53, 89.

(73) Véanse SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 7; 88/1996, de 23 de mayo, FJ. 4; 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 10; 136/1999, de 20 de julio, FJ. 23; AaTc 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 5; 233/2004, de 7 de junio, FJ. 5.

(74) Véase también GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, pág. 128.

por los ciudadanos del comportamiento prohibido, esto es, uno de los aspectos de la efectividad de la norma, como la virtualidad de la previsión normativa para lograr los fines de tutela inmediatos o mediatos por ella perseguidos, a saber, su eficacia (75).

El elemento de la *necesidad*, por el contrario, ha sido objeto de detenidas consideraciones por nuestro alto tribunal. Ante todo se ha destacado que el control constitucional en este punto ha de ejercerse con muchas limitaciones, para evitar caer en reflexiones de naturaleza política, económica o de mera oportunidad, que son competencia exclusiva del legislador. Respetadas tales barreras, faltará la necesidad de la intervención penal si resulta manifiesta la existencia de medios alternativos menos gravosos e igualmente eficaces para conseguir los objetivos pretendidos. Para determinar tal cosa, se dice, habrá que atender a criterios de la lógica, a datos empíricos incontrovertidos y al conjunto de sanciones que el legislador ha venido considerando necesarias para alcanzar fines de protección análogos (76).

Un análisis casuístico de los argumentos utilizados para determinar la necesidad de la intervención penal o de su intensidad nos muestra que, una vez identificadas concretas medidas alternativas pretendidamente menos gravosas e igualmente eficaces (77), devienen criterios determinantes para considerar necesaria la intervención penal: *a)* El que las medidas alternativas no sean realmente menos gravosas e igualmente eficaces, verificación que en todo caso suele llevarse a cabo de forma apresurada (78); *b)* el que la conducta delictiva suponga eludir obligaciones legales cuya gravosidad sea equivalente o incluso superior a la de la pena prevista para el delito (79); *c)* la importancia de los bienes jurídicos afectados por la conducta delictiva (80); *d)* las menores exigencias de tutela de los derechos constitucionales de los ciudadanos frente a sacrificios excesivos e innecesarios dado que la conducta delictiva no supone propiamente un ejercicio legítimo de tales derechos (81); *e)* el que incumpli-

---

(75) Véanse SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 8; 88/1996, de 23 de mayo, FJ. 4; 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 11; 136/1999, de 20 de julio, FJ. 27; ATC 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 4; 233/2004, de 7 de junio, FJ. 5.

(76) Véanse SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 8; 88/1996, de 23 de mayo, FJ. 4; 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 11; 136/1999, de 20 de julio, FJ. 28; AaTC 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 6; 233/2004, de 7 de junio, FJ. 6; 395/2004, de 19 de octubre, FJ. 3.

(77) Se destaca la ausencia de mención de otras medidas alternativas en ATC 233/2004, de 7 de junio, FJ. 6.

(78) Véase STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 11.

(79) Véase STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 8.

(80) Véase STC 136/1999, de 20 de julio, FJ. 28.

(81) Véanse STC 136/1999, de 20 de julio, FJ. 28; ATC 233/2004, de 7 de junio, FJ. 6.

mientos de deberes legales o comportamientos delictivos de naturaleza semejante tengan previstas penas de aflictividad equivalente o incluso superior (82); *f*) la escasa entidad de la pena en sí misma, o la existencia junto a ella de otra alternativa de menor entidad (83); *g*) la inconveniencia de renunciar a una pena cuyos efectos preventivos son superiores a los de otras sanciones posibles (84).

Finalmente el elemento de la *proporcionalidad en sentido estricto* ha de asegurar una correspondencia entre la entidad de la sanción y la gravedad del comportamiento delictivo al que aquella se vincula. O, dicho de otro modo, se aspira a garantizar una correcta ponderación entre, por un lado, la relevancia de los bienes o intereses tutelados y el grado en que han resultado afectados por la conducta delictiva y, por otro lado, la naturaleza e intensidad de los efectos negativos que la pena supone para el delincuente. Se trata en último término de evitar que se produzca un desequilibrio patente, excesivo o irrazonable entre los fines perseguidos y los medios empleados, de modo que el derecho o derechos fundamentales afectados por la pena no sean objeto de un sacrificio injustificado (85).

Si, al igual que en el elemento anterior, procedemos a un estudio individualizado de los criterios empleados para sostener la proporcionalidad estricta de la intervención penal, nos encontramos con que son argumentos favorables a tal proporcionalidad de la decisión legislativa penal analizada: *a*) La importancia de los bienes jurídicos e intereses protegidos (86); *b*) la presencia de bienes jurídicos adicionales al principal (87); *c*) la conveniencia de intervenir frente a peligros remotos o abstractos si de ese modo se previenen peligros próximos muy frecuentes o lesiones a bienes jurídicos importantes (88); *d*) la procedencia de un mayor castigo de conductas de contenido similar a otras menos penadas, en la medida en que las primeras se produzcan en ámbitos sociales más trascendentes, o, en sentido inverso, la no penalización de conductas semejantes a otras punibles si el ámbito social de las primeras es de menor relevancia (89); *e*) la conveniencia de llevar a cabo una protección más

---

(82) Véanse STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 6; ATC 395/2004, de 19 de octubre, FJ. 3.

(83) Véanse AaTC 233/2004, de 7 de junio, FJ. 6; 395/2004, de 19 de octubre, FJ. 3.

(84) Véase ATC 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 7.

(85) Véanse SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 9; 88/1996, de 23 de mayo, FJ. 4; 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 12; 136/1999, de 20 de julio, FF.JJ. 23, 29; AaTC 233/2004, de 7 de junio, FF.JJ. 3 y 7; 395/2004, FJ. 3.

(86) Véanse SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 9; 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 13; ATC 233/2004, de 7 de junio, FJ. 7.

(87) Véase STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 13.

(88) Véase STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 13.

(89) Véase STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 13.

intensa y más eficaz dada la envergadura del fenómeno social a combatir y las percepciones sociales negativas sobre la escasa respuesta punitiva existente hasta entonces (90); *f*) comportamientos delictivos de *naturaleza* semejante tienen previstas penas de aflictividad equivalente o incluso superior (91); *g*) la similitud de la pena con la prevista para otras conductas de *gravedad* parecida (92); *h*) la proximidad entre las duraciones respectivas de la pena y la sanción administrativa por unos mismos hechos (93); *i*) la improcedencia de tomar en consideración a efectos comparativos elementos agravatorios no incluidos inequívocamente en alguno de los preceptos a comparar, o graduaciones de la conducta punible sustentadas en aspectos subjetivos del delincuente que pueden ser debidamente atendidos a través de los procedimientos específicos de aplicación del derecho penal (94); *j*) la escasa entidad de la pena en sí misma, o la existencia junto a ella de otra alternativa de menor entidad (95); *k*) la posibilidad de suspensión o de sustitución de la pena (96).

Por el contrario, se han considerado argumentos que abonaban la desproporcionalidad estricta de la decisión legislativa penal, en la única ocasión en que nuestro alto tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de un precepto penal por ese motivo (97), los siguientes: *a*) Aunque la norma castigue correctamente un ejercicio ilegítimo de derechos fundamentales, la severidad de la pena hace que se produzca un efecto de desaliento de cara al futuro ejercicio legítimo de esos derechos fundamentales; *b*) la pena impuesta es idéntica a la de conductas mucho más graves; *c*) la pena impuesta es mucho más alta que la impuesta para conductas semejantes en otros países de nuestro entorno cultural; *d*) el marco penal tiene un intervalo reducido, con un límite

---

(90) Véase ATC 233/2004, de 7 de junio, FJ. 7.

(91) Véase ATC 395/2004, de 19 de octubre, FJ. 3.

(92) Véase ATC 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 7.

(93) Véase ATC 63/2004, de 24 de febrero, FJ. 7.

(94) Véase STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ. 13.

(95) Véanse AaTC 233/2004, de 7 de junio, FJ. 7; 395/2004, de 19 de octubre, FJ. 3.

(96) Véase ATC 395/2004, de 19 de octubre, FJ. 3. Es de destacar en relación con las citas de este Auto que este no mantiene debidamente separada la argumentación referida al requisito de la necesidad y la alusiva al de la proporcionalidad estricta.

(97) Es el caso de la STC 136/1999, de 20 de julio, en relación con el delito de colaboración con banda armada del art. 174 bis.a) del código penal anterior al vigente de 1995. Fue sorprendente, en todo caso, que a partir de su propia argumentación no llegara a la misma conclusión en la STC 161/1997, de 2 de octubre, relativa al art. 380 del código penal, que castiga como desobediencia grave la negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia. La STC 24/2004, de 24 de febrero, que veremos en el siguiente apartado, ha considerado inconstitucional en virtud, entre otros motivos, de la necesaria proporcionalidad de la reacción penal una determinada interpretación de un precepto penal.

mínimo muy alto que impide atender a la diversa gravedad de las conductas (98).

4.2.2. La primacía otorgada al principio de proporcionalidad en el control material de la constitucionalidad de las leyes penales tropieza con el evidente obstáculo de que este principio no goza de un directo ni claro apoyo en el texto constitucional. El que se trate de un criterio bien asentado en la práctica de diversos tribunales constitucionales, en cuyo seno ha tenido en buena parte su origen (99), y que también haya encontrado significativos apoyos en el marco de la moderna teoría de la argumentación jurídica (100), no puede ocultar su débil punto de partida a los efectos que ahora nos interesan. Por lo que se refiere estrictamente a materias penales, su éxito ha podido verse reforzado por razones más coyunturales: Es sabido que la discusión polí-ticocriminal está muy condicionada por la permanente preocupación que suscita el fuerte componente aflictivo que puede adquirir la reacción penal (101), lo que permite explicar fácilmente que un principio de formulación muy próxima y específicamente dirigido a ese problema, el de proporcionalidad de las penas, haya podido suministrar un referente potente a la hora de argumentar sobre los posibles excesos de la legislación penal (102). De cualquier modo que sea (103), lo cierto es que su fragilidad jurídica no puede dejar de tener repercusiones en las prestaciones que pueda ofrecer (104).

Una segunda decisión de nuestro tribunal constitucional, la de restringir la operatividad del principio de proporcionalidad a la averiguación de si la previ-

---

(98) Véase STC 136/1999, de 20 de julio, FJ. 29.

(99) Véanse detenidas referencias a ello, con especial incidencia en la labor de la jurisprudencia constitucional alemana, en AGUADO CORREA: *Op. cit.*, págs. 58-66; GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 21-25, entre otros.

(100) Singular, aunque no exclusivamente, en la de Alexy, en relación con la resolución de conflictos entre principios. Véase al respecto, por todos, GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 94-96. Una temprana aproximación al principio como criterio fundamentador del derecho penal se dio en GÜNTHER: *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*, C. Heymanns Verlag KG, Köln, 1973.

(101) Véanse algunas referencias en DÍEZ RIPOLLÉS (2003 a), 73-74, 116 y sigs.

(102) GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 65, 111-112 destaca la facilidad con que nuestro Tribunal constitucional vincula en temas penales el principio constitucional de proporcionalidad con el principio de proporcionalidad de las penas.

(103) No es ahora el momento de ocuparnos detenidamente de los motivos que han dado tal prevalencia a este principio en la doctrina constitucional.

(104) No da mayor importancia al hecho de su ausencia de reconocimiento expreso en la Constitución, GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, pág. 108. En sentido contrario, voto particular de Conde Martín de Hijas a STC 136/1999, de 20 de julio.

sión legal ha afectado de manera injustificada concretos derechos fundamentales de los ciudadanos, tiene asimismo una gran trascendencia. La citada decisión se pretende derivar de forma natural de la contundente toma de postura de nuestro alto tribunal a favor de la autonomía del legislador a la hora de tomar decisiones legislativas penales. Sin perjuicio de suscribir esto último, la atribución al principio de proporcionalidad de una mera labor de garante de derechos fundamentales, sin dejar de ser importante, lastra inevitablemente los resultados que cabe esperar de su utilización:

En primer lugar, quedan fuera de consideración otras exigencias y principios constitucionales de gran relevancia en la configuración de un Estado social y democrático de derecho dentro del marco de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Baste citar, a título de ejemplo, los principios contenidos en el art. 9, o en el título I más allá de la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II. En segundo lugar, supone renunciar a la elaboración de una estructura coherente y comprensiva de la racionalidad legislativa penal susceptible de control constitucional: La necesaria vinculación de la argumentación a un concreto derecho fundamental da lugar a razonamientos fragmentarios, de naturaleza defensiva, sin posibilidad de realizar planteamientos sistemáticos en la medida en que estamos constreñidos a los límites conceptuales del derecho fundamental afectado —otra cosa es que el tribunal constitucional respete con rigor ese límite autoimpuesto—. En tercer lugar, la situación resultante es especialmente de lamentar pues nuestro alto tribunal ha identificado acertadamente los rasgos básicos a los que se debe acomodar todo proceder legislativo penal ya que, como hemos podido apreciar, distingue e interrelaciona claramente los criterios de tutela y los de sanción, presupone una teoría unitaria de la pena, y reconoce principios fundamentales como los de lesividad, efectividad o proporcionalidad de las penas; sin embargo, no se considera legitimado para intervenir en la verificación del respeto de tales elementos definitorios de una actividad legislativa penal racional (105).

Las críticas precedentes no ha de impedirnos reconocer que, una vez que nuestro tribunal constitucional superó las formulaciones genéricas del principio de proporcionalidad y desarrolló sus diversos componentes, ha dado lugar a una estructura analítica ambiciosa de control de la racionalidad legislativa cuyos rendimientos merecen ser analizados con atención.

El presupuesto del respeto del principio de proporcionalidad por la norma

---

(105) Véase una valoración diferente, claramente favorable a vincular el ámbito de actuación del principio de proporcionalidad al régimen jurídico de los derechos fundamentales, en GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 108-112.

penal, esto es, que tutele bienes o intereses no proscritos constitucionalmente ni socialmente irrelevantes tiene varios méritos a destacar:

Así, mediante la referencia al instrumento técnico-jurídico del bien jurídico se viene a reconocer uno de los principios fundamentales del derecho penal, el de la imprescindible *lesividad* de las conductas prohibidas por la norma, lesividad cuya presencia, acertadamente, se entiende con la suficiente amplitud como para incluir adicionales referencias a la *ratio legis* de los preceptos implicados. De especial interés resulta resaltar cómo el propio tribunal constitucional parece distanciarse de las tesis doctrinales que consideran que los bienes e intereses a proteger por el derecho penal han de estar ya contenidos, en mayor o menor medida, en el texto constitucional. Las reiteradas referencias a que este presupuesto se da en cuanto los bienes o intereses no estén «constitucionalmente proscritos» apuntan con nitidez a que la Constitución sólo ha de desempeñar una función negativa, y no positiva, en la selección de bienes jurídicopenales (106). Una valoración crítica amerita, sin embargo, el que la exigencia de lesividad del comportamiento se vincule de forma tan estrecha a la presencia de un bien jurídico lesionado o en trance de lesionarse: Sin ninguna pretensión de negar lo que se ha llegado a llamar el dogma del bien jurídico protegido, lo cierto es que resulta bastante fácil encontrar un bien jurídico mediante el que justificar la presencia de una determinada prohibición penal, pero es más dificultoso y desde luego tiene mucha mayor capacidad discriminatoria el identificar los concretos daños producidos o susceptibles de producirse por un determinado comportamiento prohibido, o lo que es lo mismo, argumentar de forma directa la lesividad del comportamiento, tarea esta última que exige descender a aproximaciones empíricosociales (107).

La referencia a que los bienes o intereses no sean socialmente irrelevantes conlleva la vinculación a otro de los principios fundadores de los contenidos de tutela del derecho penal, a saber, el principio de *esencialidad o fragmentariedad*, cuya toma en consideración constituye otro acierto de la fórmula de la jurisprudencia constitucional. Por lo demás, la forma en que se recoge este principio tiene dos ventajas a destacar: En primer lugar, no se confunde con el principio de subsidiariedad (108), pese a lo frecuente que resulta en

---

(106) Destaca aprobadoramente este aspecto, GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 67-68, 82, 121-122. Véase la polémica penal al respecto, y mi punto de vista coincidente con la postura de la jurisprudencia constitucional, en DÍEZ RIPOLLÉS (2003 a), 177 y sigs.

(107) Véase una relativización de la aportación discriminatoria del bien jurídico en DÍEZ RIPOLLÉS (2003 a), 139-140.

(108) Estima, a mi juicio equivocadamente, que la referencia a que los bienes no sean socialmente irrelevantes es una mención al principio de *ultima ratio*, y por tanto a la subsidiariedad, GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, pág. 67.

doctrina y jurisprudencia incluir ambos, en el mejor de los casos juntos pero no revueltos, en el principio más amplio de intervención mínima; ello origina distorsiones operativas muy diversas dada la diferente naturaleza y finalidad de ambos principios. Como veremos, el principio de subsidiariedad lo inserta nuestro tribunal constitucional en el elemento de la necesidad de la norma. En segundo lugar, el principio se funda directamente en la importancia social de los bienes o intereses a proteger, y no en la necesidad de acomodar la amplitud de la intervención penal a la gravedad de las penas previstas o a la efectividad de sus fines, puntos de referencia estos últimos cuyo empleo aquí, sin perjuicio de su consideración en otros ámbitos de la racionalidad legislativa, terminaría socavando la función determinadora de los contenidos de tutela propia de este principio (109). En cualquier caso suele echarse en falta en la argumentación de la jurisprudencia constitucional alusiones más precisas a la relevancia social de tales bienes.

En suma, el contenido del presupuesto de los elementos de la proporcionalidad merece en líneas generales una valoración positiva, en cuanto identifica, con otras palabras, dos de los principios básicos justificadores de los contenidos de tutela del derecho penal. Dentro de la estructura de racionalidad legislativa que he propuesto al inicio de este trabajo formarían parte, junto con otros dos principios más, de los principios de protección insertos en el nivel de la racionalidad ética, sin perjuicio de su desarrollo en otros niveles de racionalidad (110).

El desarrollo del primer elemento propiamente dicho del principio de proporcionalidad esto es, la idoneidad de la norma, deja mucho que desear. Ya hemos comentado la escasa elaboración de la que por el momento ha sido objeto (111). En cualquier caso nos encontramos, a juzgar por la forma de expresarse de nuestro tribunal, ante una exigencia que parece desenvolverse en el nivel de la racionalidad pragmática, y cuya pretensión es atender de modo especial a la *efectividad* de la norma como directiva de conducta de los ciudadanos, esto es, a su virtualidad para prevenir el surgimiento de las

---

(109) Véase más ampliamente al respecto, DíEZ RIPOLLÉS (2003 a), 140-144.

(110) Véase DíEZ RIPOLLÉS (2003 a), 137 y sigs.

(111) Tampoco GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 68-69, 71, 124-128, 130, 153 atribuye al elemento de la idoneidad contenidos especialmente significativos: A su juicio ha de atender a que entre la decisión legislativa objeto de control y la finalidad perseguida exista una mínima relación de causalidad o, al menos, a que tal decisión no entorpezca tal finalidad; y dentro de esos estrechos límites, que en ningún caso deben suponer controlar la eficacia de la medida legislativa, hay que concentrarse en la correspondencia entre la finalidad inmediata y mediata de la norma, y en que no se de un claro desconocimiento de los resultados prácticos que puede originar la decisión legislativa adoptada.

conductas prohibidas, sin que haya referencias a la efectividad de la norma como expectativa normativa, es decir, a su capacidad para ser aplicada coactivamente en casos de incumplimiento. Su *eficacia* para obtener los fines de tutela perseguidos es otro componente, también inserto en la racionalidad pragmática, apreciable.

Sin embargo, el razonamiento de la jurisprudencia constitucional está lejos de entrar en materia respecto a estos asuntos. Ante todo, los principios generales de efectividad de la norma como directiva de conducta, o de eficacia en la obtención de los fines de tutela, no se desarrollan en criterios más concretos, que pudieran resultar operativos a la hora de verificar la correspondencia de la norma cuestionada con aquellos principios. En consecuencia, brillan por su ausencia cualesquiera análisis que comprueben si en la formulación de la norma se han tenido debidamente en cuenta aspectos tales como la capacidad de recepción del mensaje por los ciudadanos, el crédito del legislador en el ámbito de incidencia de la norma, los recursos personales o materiales disponibles o susceptibles de implementarse para la persecución de las conductas prohibidas, las experiencias existentes sobre situaciones semejantes, previsiones de evaluación del funcionamiento de la norma... entre otros temas prácticos a los que el legislador debió prestar atención antes de elaborar la norma. La carencia de un perceptible control constitucional de este componente de la racionalidad legislativa es especialmente lamentable dada la consolidación de procederes puramente simbólicos en el ámbito de la legislación penal, en virtud de los cuales el poder legislativo utiliza su capacidad normativa con fines exclusivamente oportunistas y coyunturales.

Pudiera parecer que la utilización que el tribunal constitucional hace de la necesidad, el segundo elemento de la proporcionalidad, permitiera superar las carencias en el uso del elemento precedente. En efecto, la formulación que se hace de la necesidad de la norma la emparenta directamente con el contenido del principio de *subsidiariedad*, encargado de asegurar la eficiencia en el marco de la racionalidad pragmática, y mediante el cual se realiza la trascendente comprobación de si existen medios alternativos a la intervención penal que sean menos gravosos que ésta y de eficacia semejante en la obtención de los objetivos perseguidos por la norma (112). El desenvolvimiento de la subsi-

---

(112) Consideran también que en el elemento de la necesidad el tribunal constitucional incluye el principio de subsidiariedad, aunque junto al de fragmentariedad, MIR PUIG: «Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal». «Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal», en *Estudios jurídicos en memoria de J. M. Lidón*, Universidad de Deusto, 2002, 358; PRIETO DEL PINO: *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Aranzadi, 2004, 208.

diariedad lleva ineludiblemente a un cotejo de las posibilidades que ofrecen medidas de política social, de control social no jurídico, y de control social jurídico no penal —dentro del cual suele destacar el derecho administrativo sancionador— frente a las aportadas por el control social penal, y se espera una argumentación que detalle las capacidades de cada uno de los instrumentos de intervención con el mayor aporte de información empíricosocial posible.

Sin embargo, y a pesar de que se aprecia un intento serio de hacer operativo este elemento, un estudio detallado de las razones empleadas nos muestra que los resultados obtenidos son bastante magros (113):

Argumentos propiamente conectados con el principio de subsidiariedad se aprecian dos, abarcados en la exposición precedente con las letras *a*) y *g*): El primero, que al identificarse plenamente con el principio de subsidiariedad no es realmente un desarrollo de éste, no va más allá de una confrontación nominal de unas alternativas con otras, sin entrar en materia; un buen ejemplo de ello es que no hay una sola decisión jurisprudencial en que se aborden con algún detenimiento las ventajas comparativas del derecho administrativo sancionador frente a las del derecho penal, siendo así que esa era la cuestión esencial planteada en varios casos (114). El segundo se limita en realidad a fundamentar los indudables efectos preventivos de la pena, sin confrontarlos con los que se podrían obtener, por ejemplo, con otras reacciones no penales, y su posible suficiencia.

El argumento empleado en la letra *b*) atiende también a un problema de eficiencia, de confrontación de costes y beneficios, pero desde la perspectiva del infractor (115).

Las restantes razones utilizadas pertenecen a componentes del principio de proporcionalidad distintos del elemento de la necesidad: La letra *c*) supone una clara referencia al principio de lesividad, tratado en el presupuesto del principio de proporcionalidad; las letras *d*), *e*) y *f*) implican una inequívoca referencia al último componente del principio, la denominada proporcionalidad en sentido estricto, y muestran una marcada e indeseada superposición de contenidos con el componente subsiguiente (116).

---

(113) Considera muy indeterminados los criterios genéricos aludidos por el Tribunal constitucional, y citados más arriba, para concretar este elemento de la necesidad, GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 131-132.

(114) Véanse por ejemplo STC 161/1997, de 2 de octubre; ATC 395/2004, de 19 de octubre.

(115) Resuelto en la decisión judicial que se menciona, dicho sea de paso, con escaso rigor. También admite su consideración como un problema de efectividad de la norma, desde su papel de directiva de conducta.

(116) Destacan igualmente la indebida inclusión de componentes del elemento de la proporcionalidad estricta en el de necesidad, así como la insuficiente delimitación en general de

La definición que se hace del último elemento, el de la proporcionalidad en sentido estricto, conecta fácilmente con otro de los principios nucleares del derecho penal, el de la *proporcionalidad de las penas*, que se encuentra situado, como los de lesividad y esencialidad o fragmentariedad, en el nivel de la racionalidad ética. Por su mediación se asegura la creencia, socialmente arraigada, de que la entidad de la pena, esto es, la aflicción que origina por su naturaleza, intensidad y efectos sociopersonales que desencadena, debe acomodarse a la importancia de la afeción causada al bien jurídico por el comportamiento delictivo y a la intensidad de la responsabilidad concurrente (117).

Si atendemos a continuación al desenvolvimiento de los contenidos del principio de proporcionalidad estricta a través de los concretos argumentos empleados, observamos lo siguiente:

Entre las razones que han servido para negar la desproporción estricta de la norma penal, hay un número significativo de ellas que se pueden vincular a la operatividad del principio de proporcionalidad de las penas. Es el caso de los argumentos recogidos en las letras *f*), *g*), *h*), *j*) y *k*) de la exposición anterior sobre este elemento, los cuales giran, bien sobre la correspondencia de la entidad de la pena prevista con la de otras reacciones, penales o no, de nuestro ordenamiento ante conductas semejantes, bien sobre la entidad de la pena en sí misma o en sus posibles modulaciones. Por lo demás los argumentos contenidos en la letra *i*) deben considerarse como meras precisiones sobre cómo proceder para fijar los términos de la comparación, cuando ésta proceda.

Por el contrario, el resto de argumentos utilizados para mantener la proporcionalidad de la decisión legislativa, contenidos en las letras *a*), *b*), *c*), *d*) y *e*) y constitutivos de prácticamente la mitad del arsenal argumentativo de este elemento, no procede a analizar la entidad de la pena y a confrontar su gravedad con la del comportamiento para el que está prevista. Se limita, por el contrario, a destacar la importancia de los bienes tutelados por esas normas, la necesidad de intervenir en momentos previos a su efectiva lesión, la extensión del fenómeno social a combatir, o la relevancia que corresponde dar a los sentimientos sociales punitivos, en suma, motivaciones que pertenecen inequívocamente al principio de lesividad o, todo lo más, de esencialidad o frag-

---

ambos elementos, PRIETO DEL PINO (2004), *op. cit.*, págs. 208-209; GONZÁLEZ BEILFUSS: 76-77, 79, 82, 130, 135.

(117) La doctrina penal coincide en que el tribunal constitucional incluye en la proporcionalidad estricta el principio de proporcionalidad de las penas. Véanse por todos, MIR PUIG: *Op. cit.*, pág. 358; AGUADO CORREA: *Op. cit.*, pág. 141-142.

mentariedad, insertos por el propio tribunal en otro lugar, en lo que considera el presupuesto del principio constitucional de proporcionalidad (118).

Si nos ocupamos ahora de las razones que han llevado en alguna ocasión a afirmar la desproporción en sentido estricto de la norma, observamos que dos de ellas, las mencionadas en las letras *b*) y *c*), incluyen criterios encaminados a verificar si se respeta el principio de proporcionalidad de las penas, mientras que la letra *d*) constituye una meritoria referencia al aseguramiento de la necesaria interrelación entre la proporcionalidad abstracta, aquella que debe respetarse en la creación de la norma, y la proporcionalidad concreta, la que debe estar en condiciones de realizar el aplicador de la ley.

A su vez el argumento de la letra *a*), que pasa por ser el determinante de la decisión jurisprudencial que llevó a declarar la inconstitucionalidad de la norma, es un argumento de eficiencia, enmarcado en este caso en el nivel de racionalidad ética al que pertenece el principio de proporcionalidad de las penas. Con él se viene a decir que el mantenimiento de la norma en los términos cuestionados produce efectos perjudiciales en otros ámbitos —el denominado efecto desaliento en el ejercicio legítimo de derechos fundamentales— que no se ven compensados por las ventajas obtenidas con la vigencia y aplicación de la citada norma (119). De nuevo surge dentro del principio constitucional de proporcionalidad una referencia a la *eficiencia* de la decisión legislativa penal, criterio que he calificado en otro lugar de transversal (120) pues

---

(118) GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 83-84, 136, 140-141 estima, por el contrario, que en la mayor parte de los casos esas reflexiones son procedentes para concretar la proporcionalidad estricta —véase también MIR PUIG: *Op. cit.*, pág. 359—. Lo serían, a mi juicio, si se insertaran en la ponderación entre intereses tutelados y efectos negativos de la pena sobre el delincuente, pero en realidad suelen ser reflexiones descontextualizadas sobre, por decirlo en términos generales, la importancia de los intereses a tutelar.

(119) Resulta interesante destacar que el ejercicio de derechos fundamentales que preocupa en este caso no es el que puede verse directamente limitado por la pena, y cuyo razonable sacrificio como consecuencia jurídica de un comportamiento criminal es el *leitmotiv* del conjunto del principio de proporcionalidad constitucional en materia penal, sino el ejercicio legítimo de derechos fundamentales por personas ajenas a un comportamiento criminal, en la medida en que se desalentaría su actuación. Considera que el análisis del efecto desaliento pertenece a la proporcionalidad estricta, GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 59, 137-139.

De todos modos, parece claro que el efecto desaliento que preocupa a nuestro alto tribunal sólo es susceptible de producirse en la medida en que el tipo delictivo en cuestión adolezca de precisión a la hora de determinar las conductas en él incluidas, por lo que el auténtico problema no es uno de proporcionalidad de la previsión legislativa, sino de seguridad jurídica, por más que el tribunal constitucional, tras alguna vacilación, no lo enfoque de esa manera. Véase en un sentido cercano el voto particular de Conde Martín de Hijas a la STC 136/1999, de 20 de julio.

(120) Véase DÍEZ RIPOLLÉS (2003 a), 96.

debe ser respetado en cada uno de los niveles de racionalidad y en la interrelación entre ellos. En el contexto en el que ahora se utiliza procede a una evaluación de los costes y beneficios que la norma origina entre diversos intereses dignos de tutela y promoción (121).

4.2.3. El análisis precedente creo que ha dejado sentadas unas cuantas conclusiones sobre las prestaciones que nos está ofreciendo el principio de proporcionalidad:

Un principio con un problemático soporte positivo en la Constitución ha sido escogido para efectuar un control limitado, en cuanto estrechamente vinculado a la incidencia sobre derechos fundamentales, pero al mismo tiempo ambicioso en sus contenidos estructurales, de la racionalidad de las decisiones legislativas penales. El esfuerzo desarrollado por nuestra parte para vincular el contenido de sus componentes con principios jurídicopenales de aceptación generalizada ha obtenido algunos frutos: Los principios de lesividad, esencialidad o fragmentariedad, subsidiariedad y proporcionalidad de las penas, y diversas referencias a la efectividad, eficacia y eficiencia de las normas, están presentes en los razonamientos de nuestra jurisprudencia constitucional. Sin embargo, se aprecian marcadas carencias:

a) La estructura y componentes atribuidos al principio constitucional de proporcionalidad no ofrecen un marco de referencia analítico lo suficientemente completo y sistemático como para atender a los diversos aspectos de la racionalidad legislativa penal, ni siquiera en el limitado ámbito en que puede ser objeto de control constitucional. Los elementos en los que se descompone el principio no están en condiciones de hacer mérito de una buena parte de los principios fundamentales del derecho penal. Una remisión a cualquiera de las propuestas doctrinales o incluso jurisprudenciales disponibles permite descubrir claramente las insuficiencias al respecto.

b) Se produce una excesiva superposición de contenidos entre los diferentes componentes del principio: Argumentaciones basadas en los principios de lesividad y esencialidad tienen una presencia determinante, no sólo como presupuesto de la operatividad del principio, sino en el componente de proporcionalidad en sentido estricto, además de estar presentes igualmente en el de necesidad. El principio de proporcionalidad de las penas es elemento esencial para adoptar decisiones tanto sobre la necesidad como sobre la proporcionalidad en sentido estricto. Reflexiones sobre efectividad y eficacia

---

(121) GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 78-79, considera esta idea de contraposición costes/beneficios como una, entre otras, de las formulaciones genéricas del elemento de la proporcionalidad estricta hechas por el tribunal constitucional.

de la norma fundamentan los componentes de la idoneidad y la necesidad, sin que se aprecien contenidos diferenciados entre ellos más allá de un inequívoco alojamiento del principio de subsidiariedad en el componente de la necesidad. Un componente que debería afectar transversalmente a todos los demás, el de eficiencia, no es explicitado en la formulación general del principio, y aparece ocasionalmente en la necesidad y en la proporcionalidad en sentido estricto.

c) El discurrir argumental se mueve habitualmente en términos muy genéricos, echándose en falta una mayor profundidad de análisis. Ello se aprecia con facilidad no sólo en las superposiciones conceptuales acabadas de aludir, sino igualmente en la frecuencia con que el discurso da por probadas afirmaciones pendientes de demostración, en la tendencia a no responder de manera concreta a alegaciones precisas de los recurrentes, o en la reiterada utilización de frases hechas para responder a razones diversas. En definitiva, no se desciende a un auténtico debate sobre la racionalidad de la decisión legislativa cuestionada.

En consecuencia, la elección del principio de proporcionalidad como parámetro privilegiado de la constitucionalidad de las leyes penales merece serios reparos en cuanto a su rendimiento. Y, a mi juicio, es dudoso que un manejo más depurado del principio pueda subsanarlos. No sólo se trata de sus condicionamientos originarios, vinculados a su débil apoyo jurídicopositivo y a su estrecha conexión con la salvaguardia de derechos fundamentales concretos, sino que su misma estructura conceptual se muestra incapaz para atender al conjunto de aspectos básicos relevantes para verificar la racionalidad de una decisión legislativa penal.

No es de extrañar, por tanto, que el propio tribunal constitucional haya dado muestras en alguna ocasión reciente de su deseo de desvincularse de ese ceñido corsé a la hora de controlar la constitucionalidad de las leyes penales (122):

La STC 24/2004, sin renunciar al principio de proporcionalidad como punto de referencia básico, ligado a su vez al derecho fundamental a la liber-

---

(122) Véanse igualmente el voto particular de Conde Martín de Hijas a la STC 136/1999, de 20 de julio, donde, entre otros argumentos, niega al principio de proporcionalidad la suficiente entidad conceptual como para convertirse en un canon de constitucionalidad; del mismo modo, las reticencias a la centralidad que se quiere dar a este principio respecto a la protección de derechos fundamentales manifestadas por Cruz Villalón en su voto particular a la STC 49/1999, de 5 de abril.

Alude a un cierto retroceso del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional tras la STC 136/1999, de 20 de julio, lo que impide hablar de que esté plenamente consolidado, GONZÁLEZ BEILFUSS: 61-64.

tad personal y al principio de legalidad penal, desarrolla un razonamiento que elude en buena parte las referencias a los componentes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta del principio antedicho, y acude directamente a los principios, por ella misma denominados, limitadores del ejercicio del *ius puniendi*. Así, entendiendo correctamente que el problema planteado reside en una adecuada delimitación entre los contenidos que deben pertenecer al derecho penal y aquellos para los que es suficiente el derecho administrativo sancionador (123), hace un uso expreso, autónomo y reiterado de los principios penales de lesividad y *ultima ratio*, en virtud de los cuales concluye que sólo una determinada interpretación de la norma penal cuestionada en el supuesto concreto se ajusta a los cánones de constitucionalidad inicialmente aludidos. Más precisamente, estima que la norma penal, frente a la administrativa sancionadora, debe sólo abarcar conductas con una especial potencialidad lesiva del bien jurídico, que las hace suficientemente graves e intolerables como para justificar la intervención penal como *ultima ratio*, lo que, en relación con el objeto sometido a debate, la punición de la tenencia de armas prohibidas del art. 563 del código penal, le lleva a exigir un concepto estricto de arma, que el arma tenga en sí misma una especial potencialidad lesiva, y que se use en circunstancias creadoras de peligro concreto para el bien jurídico.

## 5. CONCLUSIONES

El análisis acabado de realizar ha puesto en evidencia las insuficiencias del actual modelo predominante de *control material* de la racionalidad legislativa penal. Está todavía pendiente de elaboración en nuestra jurisprudencia constitucional una teoría suficientemente comprensiva del conjunto de contenidos que deben ser tenidos en cuenta y de la forma en que deben interrelacionarse y operar. A la hora de elaborarla parece razonable aprovechar los esfuerzos significativos que la reflexión jurídica en general, y jurídico-penal en particular, está llevando a cabo. En cualquier caso, no se debería renunciar a modelos de racionalidad con la complejidad suficiente para ofrecer prestaciones significativas, lo que presupone, entre otros aspectos, prevenir la tendencia a acudir a construcciones conceptuales demasiado polivalentes, en exceso aleja-

---

(123) Este problema se ha planteado en otras ocasiones en las sentencias hasta ahora vistas, pero no se había colocado en el centro de la argumentación, a pesar de que lo merecía. Véanse, por ejemplo, STC 161/1997, de 2 de octubre; ATC 395/2004, de 19 de octubre.

das de los principios delimitadores de la intervención habituales en el correspondiente sector jurídico, en este caso, el derecho penal (124).

Naturalmente, no se pueden ignorar los estrechos límites dentro de los que debe desenvolverse el control constitucional de la legislación penal, y que reiteradamente hemos puesto de manifiesto. En consecuencia no se está pidiendo al tribunal constitucional que mediante su actividad de control supla al legislador en su tarea de fundamentar las decisiones legislativas (125). Pero también es cierto que nuestro alto tribunal ha querido erigir un bastión frente a la improvisación y arbitrariedad legislativas a través especialmente del principio de proporcionalidad, el cual ha formulado en términos notablemente ambiciosos.

Sin embargo, creo haber puesto de manifiesto que el principio constitucional de proporcionalidad, sin minusvalorar los logros con él obtenidos ni ignorar que es prácticamente el único instrumento operativo del que actualmente disponemos, no está hoy por hoy capacitado, pese los importantes valores de los que dispone (126), para integrar satisfactoriamente dentro de sí los mínimos contenidos de la racionalidad legislativa penal por los que debería velar la jurisdicción constitucional. El limitado contenido de sus componentes de partida, su excesivo alejamiento de los criterios de intervención penal específicos, la deficiente delimitación de sus tres o cuatro componentes,

---

(124) A mi juicio, no satisface las exigencias precedentes la propuesta de control de calidad de las leyes por el tribunal constitucional español, recientemente formulada por CRUZ VILLALÓN: «Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley», en MENÉNDEZ-PAU (dirs.): *La proliferación legislativa...* (2004), op. cit., págs. 115-116, 117-118, 124-126. Véase, sin embargo, el progresivo y específico enriquecimiento del control de constitucionalidad de las leyes penales que se está registrando en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana, en PALAZZO: «La política legislativa penal y los controles de la ley en Italia», en DÍEZ RIPOLLÉS, PRIETO DEL PINO y SOTO NAVARRO: *La política legislativa penal...* (2005), op. cit., págs. 172-177.

(125) Por lo demás, no han sido objeto de atención en este estudio los denominados controles preventivos de racionalidad legislativa, a realizar en sede parlamentaria, y eventualmente gubernamental, durante la elaboración de la ley por órganos o en trámites diferenciados expresamente previstos para desempeñar esa función, y que con razón se han considerado potencialmente más eficaces que el denominado control posterior o represivo a ejercer por la jurisdicción constitucional. Véase un alegato decidido a su favor en CRUZ VILLALÓN (2004): *Op. cit.*, pág. 129; LAPORTA (2004): *Op. cit.*, págs. 30-31, así como un recordatorio de las posibilidades, inéditas, que al respecto ofrece el art. 119 del Reglamento del Congreso, en JIMÉNEZ APARICIO (2004): *Op. cit.*, pág. 284. Sobre las tres Comisiones parlamentarias de control preventivo de la racionalidad legislativa, alguna específicamente dedicada a materias punitivas, existentes en Italia, véase PALAZZO: *Op. cit.*, págs. 162-165.

(126) Entre los últimos y de manera decidida, véanse, en general, GONZÁLEZ BEILFUSS: *Op. cit.*, págs. 96-98 y, en relación al derecho penal, PRIETO SANCHÍS: *Op. cit.*, págs. 274 y sigs.; MARCILLA CÓRDOBA: *Op. cit.*, págs. 59-62. Véanse referencias más amplias a posturas precedentes, y su crítica, en DÍEZ RIPOLLÉS (2003a): *Op. cit.*, págs. 127-131.

con las consiguientes dificultades para profundizar en argumentaciones específicas a partir de cada uno de ellos y el excesivo énfasis en ciertos aspectos en detrimento de otros, hacen que, a salvo una profunda transformación de su entendimiento, no puedan esperarse de él avances significativos en el control de constitucionalidad de las leyes penales (127).

Por el contrario, y aunque está casi todo por hacer, pienso que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos está en mejores condiciones que el principio de proporcionalidad para realizar la tarea pendiente. Algunas de esas ventajas son las siguientes: Dispone de un firme apoyo constitucional; se encuentra en una localización sistemática que le permite atender a una multiplicidad de enfoques; incorpora en su formulación literal la idea central que debe inspirar el control constitucional de la actuación de los poderes públicos, la evitación de la arbitrariedad; la referencia en plural a tales poderes le fuerza a ser cuidadoso en la delimitación de las competencias respectivas de cada uno de ellos; reúne las condiciones necesarias para que se le atribuya una potente autonomía conceptual, hoy por hoy ciertamente no reconocida, sin que sean obligadas vinculaciones estrechas con otros principios o previsiones constitucionales que puedan condicionar desde un principio esa autonomía; carece de una tradición de contenidos específicos que condicionen decisivamente su ulterior desarrollo, lo que le va a permitir

---

(127) Por lo demás, dentro del contexto específicamente penal en el que nos movemos, no podemos pasar por alto las vinculaciones que el principio constitucional de proporcionalidad tiene con el más específico de proporcionalidad de las penas, y las eventuales e indeseables consecuencias que interpretaciones abusivas de él pueden acarrear, como nos muestra la reciente evolución estadounidense. En efecto, por un lado, el Tribunal Supremo norteamericano ha considerado que el legislador está exento de respetar la proporcionalidad entre la reacción penal y el delito cometido si el legislador, en uso de su discrecionalidad, persigue con la pena fines que no son retributivos sino, por ejemplo, inculcizadores, lo que posibilita justificar penas de prisión de extrema duración para conductas reiteradas de gravedad moderada. Por otro lado, los criterios que sirven para concretar lo que nosotros llamaríamos el componente de proporcionalidad estricta han sufrido un proceso de simplificación en virtud del cual las referencias a la comparación con otras conductas de gravedad semejante o con la entidad de las penas previstas para los mismos ilícitos en otros ordenamientos han pasado a segundo plano a favor de un análisis de cortas miras de confrontación entre la entidad del delito y la de la pena en el que los antecedentes del delincuente adquieren una gran relevancia. Véanse al respecto las referencias en CASTIÑEIRA-RAGUÉS: «Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal supremo de Estados Unidos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, págs. 65, 67, 69-74, 78-79. Esta evolución, sin embargo, no tiene por qué producirse, y el principio de proporcionalidad de las penas, siempre que no se pretenda convertir en el referente fundamental del control constitucional de las leyes penales, admite unos estimables niveles de profundización con prestaciones significativas, como ha puesto claramente de manifiesto v. HIRSCH: *Censurar y castigar*; Trotta, 1998, págs. 42-47, 61-84.

acoger con generosidad construcciones conceptuales ya elaboradas procedentes de otros sectores jurídicos. En suma, cabe confiar que pudiera tomar a su cargo la función de controlar la racionalidad legislativa (128).

Ahora bien, un control material de la racionalidad legislativa sólo tiene posibilidades de alcanzar resultados relevantes si va acompañado de un efectivo *control formal* del procedimiento de elaboración de la ley concretamente cuestionada. En su virtud, habrá de verificarse si durante ese proceso los órganos constitucionales encargados de la iniciativa, deliberación y aprobación legislativas han procedido de manera sustancial, y no meramente aparente (129), a la cumplimentación del conjunto de trámites y actividades previstos en el procedimiento legislativo que tienen por finalidad asegurar una fundamentación racional de la decisión normativa. Se trata, en último término, de asegurar que la ley finalmente aprobada sea fruto de un proceso de formación de la voluntad colectiva discursivamente defendible y de que goce, en el todo y en las partes, de una adecuada motivación.

Sólo una vez satisfechas tales exigencias estará en condiciones el tribunal constitucional de requerir a los representantes del poder ejecutivo y legislativo que aporten los informes, estudios e información sobre los que han basado la correspondiente decisión legislativa, así como de exigir que en sus alegaciones a los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad planteados fundamentalmente las determinaciones en cada caso adoptadas (130). Y únicamente

---

(128) No faltan autores que comparten la idea de que el control de constitucionalidad de las leyes debería ampararse primariamente en el principio de interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio de que en su seno se pudiera acoger, entre otras, la idea de proporcionalidad. Véanse, entre otros, votos particulares de García Manzano y Gimeno Sendra en STC 161/1997, de 2 de octubre; GARRORENA MORALES: «Procedimiento legislativo», en *Temas básicos...* (2001), *op. cit.*, pág. 159; CUERDA RIEZU: «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la STC 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de HB», en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002, pág. 245-246; es asimismo sensible a esa idea CRUZ VILLALÓN: «Control de la calidad...» (2004), *op. cit.*, págs. 115-116, 124-125. Por otra parte, cualquier lector de la jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad capta con facilidad la importante presencia que tiene en la argumentación la pretensión de evitar la arbitrariedad legislativa. En cuanto a la propuesta de distinción de GONZÁLEZ BEILFUSS (2003): *Op. cit.*, págs. 101-102, 150 entre la idea de interdicción de la arbitrariedad y la de proporcionalidad, nada hay en ella, a mi juicio, que impida subsumir al principio de proporcionalidad dentro del de interdicción de la arbitrariedad.

(129) Véase, por ejemplo, una denuncia de la cumplimentación aparente, y finalmente inobservancia, del Cuestionario de evaluación que debe acompañar a todos los proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros en virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de enero de 1990, en JIMÉNEZ APARICIO (2004), *op. cit.*, pág. 310.

(130) Véanse arts. 34.1, 37.2, 52.1 y 88.1, entre otros, de la LO del Tribunal constitucional. Pone especial énfasis en que la verificación por nuestra jurisprudencia constitucional del

entonces nuestro alto tribunal, sin suplantar las competencias que sólo al legislador corresponden, va a contar realmente con los elementos de juicio necesarios para verificar la acomodación de la decisión legislativa a los mínimos parámetros de racionalidad exigibles.

Resulta, por consiguiente, de primordial importancia que nuestro tribunal constitucional se implique más decididamente en el control del cumplimiento del procedimiento legislativo, ya que su observancia es la salvaguardia del posterior control material de las leyes. Sin embargo, el análisis realizado en páginas precedentes muestra que, en demasiadas ocasiones, la jurisprudencia constitucional sucumbe ante el prestigio de una discrecionalidad legislativa amparada en la posición constitucional del legislador como representante directo de la voluntad popular (131).

Naturalmente, soy consciente de que no todo vicio procedimental debe tener la virtualidad de originar la invalidez de una ley, de que hay que distinguir entre vicios esenciales y meras irregularidades procesales —tanto en el ámbito parlamentario como gubernamental—, y de que respecto a los primeros hay que prever determinados mecanismos de sanación que prevengan de tener que rehacer o retrotraer el procedimiento tras el surgimiento del vicio. Todo ese conjunto de precisiones han quedado necesariamente fuera del objeto de este trabajo, pese a que resulta difícil sobrevalorar su importancia (132). Del mismo modo, comparto el punto de vista de que sólo uno o varios referentes materiales son capaces de discriminar entre las infracciones de previsiones constitucionales o del bloque constitucional que dan lugar a vicios esenciales y las que no, así como entre los diferentes criterios de sanación aplicables (133).

Pero considero que el parámetro material expresado con el concepto «principio democrático», descompuesto a su vez en los subprincipios de predominio de la regla de la mayoría, aseguramiento de la participación de todos los órganos legitimados y publicidad del procedimiento, complementado por el

---

respeto del principio de proporcionalidad implica la alegación por las partes de los datos y análisis, debidamente documentados, que fundamentan o descalifican las pretensiones de los recurrentes, GONZÁLEZ BEILFUSS (2003), *op. cit.*, págs. 69, 75, 77, 123, 125, 127, 129, 132-133.

(131) Véase también una contundente defensa de una mayor implicación del Tribunal Constitucional en este aspecto del control procedimental de las leyes, en LAPORTA (2004), *op. cit.*, pág. 30.

(132) Véase un profundo análisis de estos temas en BIGLINO CAMPOS: «Los vicios en el procedimiento legislativo» (1991), *op. cit.*, págs. 32 y sigs. Véase también GARRORENA MORALES (2001), *op. cit.*, pág. 91.

(133) Véase BIGLINO CAMPOS, *ibidem*.

principio de economía jurídica (134), no cubre todas las necesidades de legitimación del procedimiento legislativo. Sin cuestionar la importante significación del antedicho principio, creo que es necesario garantizar un espacio legitimatorio propio a la racionalidad legislativa, a la racionalidad a la hora de argumentar y decidir por parte del legislador, referente material éste que no resulta cubierto necesariamente por el principio democrático, más centrado en una aproximación dinámica u operacional al debate legislativo que en un acercamiento prescriptivo a la calidad de la argumentación. Y pocas dudas debe haber, sin embargo, de que su ausencia repercute negativamente en el proceso de formación de la voluntad colectiva.

La incorporación de este parámetro material al instrumental de control formal de la constitucionalidad de las leyes permitirá ver los vicios del procedimiento legislativo bajo una luz distinta y complementaria de la que suministra el principio democrático, y es de esperar que coadyuve a un mayor rigor en la evaluación de ciertos defectos de procedimiento, en el sentido expuesto en páginas anteriores. Como ya se ha señalado, el celo por asegurar un proceso racional de argumentación y decisión legislativas es el presupuesto de un auténtico control material de la constitucionalidad de las leyes.

#### RESUMEN

Los esfuerzos por asegurar la racionalidad de las leyes tienen uno de sus puntos sensibles en el ámbito de la legislación penal, sometida en los últimos tiempos como ninguna otra a razones coyunturales y oportunistas. Un consecuente ejercicio por el Tribunal constitucional de sus competencias en el aseguramiento de la calidad de las leyes es de esperar que tenga efectos determinantes en la mejora de la práctica legislativa. El presente trabajo analiza críticamente el modo e intensidad en que nuestro alto tribunal está procediendo a controlar el respeto durante la elaboración de las leyes del procedimiento legislativo, y la adecuación del producto final a principios constitucionales relevantes, como son el de interdicción de la arbitrariedad o el de proporcionalidad. Las conclusiones no son alentadoras.

**PALABRAS CLAVE:** Control constitucional, calidad de las leyes, procedimiento legislativo, interdicción de la arbitrariedad, principio de proporcionalidad.

---

(134) Véase BIGLINO CAMPOS, *ibídem*.

*ABSTRACT*

Efforts to improve the rationality of law making have one of their hot spots in the criminal law legislation, which suffers more than any other one from opportunism. A consistent practising of their powers in securing the quality of legislation by the Constitutional Court should bring decisive consequences for the improvement of law making implementation. This study carries out a critical analysis on the way and involvement of the Spanish Constitutional Court in controlling the observance of law making process provisions and the adequacy of final act contents to relevant constitutional principles, such as arbitrariness interdiction and proportionality. Conclusions are not encouraging.

*KEY WORDS:* Constitutional control, legislation quality, law making process, arbitrariness interdiction, principle of proportionality.