

Cuadernos de

**DERECHO
PUBLICO**

5

SEPTIEMBRE-DICIEMBRE

1998

**EL PRINCIPIO
DE PROPORCIONALIDAD**

INAP

Instituto Nacional de Administración Pública

Cuadernos de
**DERECHO
PÚBLICO**

Edita:

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
Instituto Nacional de Administración Pública
ISSN: 1138-2848
NIPO: 329-99-002-3
Depósito Legal: M-35142-1997

Imprime: Rumagraf, S. A. Avda. de Pedro Díez, 23. 28019 Madrid

Suscripciones y Administración:

Instituto Nacional de Administración Pública
Publicaciones Periódicas
Atocha, 106. 28012 Madrid
Teléfono: 349 32 35

Precios:

Suscripción anual 4.000 ptas.
Número sencillo 1.500 ptas.
Número doble 3.000 ptas.
(3 núms. año) (IVA incluido)

Instituto Nacional de Administración Pública

SUMARIO

Presentaciones	7
----------------------	---

Estudios

Javier BARNES: <i>El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar ..</i>	15
Bardo FASSBENDER: <i>El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	51
Diana-Urania GALETTA: <i>El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario</i>	75
Manuel MEDINA GUERRERO: <i>El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales</i>	119
José Ignacio LÓPEZ GONZÁLEZ: <i>El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo</i>	143
Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ: <i>La proporcionalidad de la norma penal</i>	159
Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: <i>El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español</i>	191

Informes sobre ordenamientos nacionales

Winfried KLUTH: <i>Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán</i>	219
Robert M. BASTRESS: <i>El principio de «la alternativa menos restrictiva» en Derecho constitucional norteamericano</i>	239
Xavier PHILIPPE: <i>El principio de proporcionalidad en Derecho público francés</i>	255
C. M. G. HIMSWORTH: <i>La proporcionalidad en el Reino Unido</i>	273
J. B. J. M. ten BERGE y A. J. BOK: <i>El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo holandés</i>	287
Diana-Urania GALETTA: <i>El principio de proporcionalidad en el Derecho Público italiano</i>	299

Documentos

<i>Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades</i>	
Introducción, selección y análisis crítico, por Javier BARNES	333
Bibliografía, por Javier BARNES	371

SUMARIO

7	Presentaciones
<hr/>	
	Estudios
15	Javier BARRIS: El principio de proporcionalidad. Estudios preliminares
21	Bardo ERASMEZ: El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
25	Diana-Laura GALLIN: El principio de proporcionalidad en el Derecho comparado
119	Miguel MENDOZA GARRIDO: El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales
143	José Ignacio LÓPEZ GONZÁLEZ: El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo
150	Juan Antonio LASQUAIN SÁNCHEZ: La proporcionalidad de la norma penal
191	Nicolás GONZÁLEZ-GUILLER ZERMEÑO: El principio de proporcionalidad en el Derecho penal español
<hr/>	
	Informes sobre ordenamientos nacionales
219	Winfried KUTZ: Prohibición de armas y principio de proporcionalidad en Derecho alemán
238	Robert M. BARTON: El principio de la abstención activa respecto a los derechos constitucionales internacionales
252	Xavier PRILLER: El principio de proporcionalidad en Derecho público francés
273	C. M. G. HINZBERT: La proporcionalidad en el Reino Unido
287	J. B. J. M. van BERGE y A. J. BOK: El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo holandés
299	Diana-Laura GALLIN: El principio de proporcionalidad en el Derecho Público indiano
<hr/>	
	Documentos
353	Proporcionalidad constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades
371	Introducción, selección y análisis crítico, por Javier BARRIS
	Bibliografía por Javier BARRIS

El principio de proporcionalidad

Estudio preliminar

Javier Barnes

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN GENERAL. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE FRENTE A LA ACTIVIDAD LIMITADORA DE LOS PODERES PÚBLICOS SOBRE LAS LIBERTADES EN EL DERECHO EUROPEO Y COMPARADO: 1. *Concepto*. 2. *Fundamento y ubicación sistemática del principio de proporcionalidad en la Constitución española: es inherente o dimana de la cláusula del Estado de Derecho y del valor justicia (art. 1.1 CE)*. 3. *La vinculación de todos los poderes públicos al principio de proporcionalidad por referencia al respectivo cuadro de derechos y libertades*. 4. *Contexto y aproximación históricas*.—II. EL TÉRMINO DE LA COMPARACIÓN: MEDIOS Y FINES: 1. *El fin de la intervención pública como canon*. 2. *La distinta forma de aproximarse al fin*. 3. *El examen de la legitimidad de fines y medios, como prius lógico del juicio de proporcionalidad*. 4. *La conexión entre medio y fin*. III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO JURÍDICAMENTE VINCULANTE: 1. *La proporcionalidad como criterio de inspiración y como principio constitucional*. 2. *Algunas consecuencias obvias de su condición de principio general de rango constitucional*. 3. *La proporcionalidad de las penas como principio inspirador y como principio jurídicamente exigible. La proporcionalidad en la ley penal y en su aplicación*.—IV. LA IRRENUNCIABILIDAD DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA CONSIGUIENTE NECESIDAD DE SU TECNIFICACIÓN.—V. DELIMITACIÓN NEGATIVA Y DISTINCIÓN CONCEPTUAL DE LA PROPORCIONALIDAD EN RELACIÓN CON ALGUNOS PRINCIPIOS Y TÉCNICAS AFINES: 1. *Ponderación de bienes e intereses y principio de proporcionalidad*. 2. *Razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad*. 3. *La proporcionalidad en el plano competencial y en el ámbito de los derechos y libertades*.—VI. EL MODESTO LUGAR DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS FRENTE A LA ACTIVIDAD LIMITADORA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES: 1. *La posición compartida que asume el juicio de proporcionalidad en el conjunto de garantías*. 2. *La proporcionalidad, uno de los tests que mira a la legitimidad de la injerencia*. 3. *La proporcionalidad de la injerencia y el respeto del contenido constitucionalmente garantizado por el derecho afectado no son términos equivalentes*.—VII. EL PELIGRO DEL SUBJETIVISMO JUDICIAL Y DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL LÍMITE «ESTRELLA» FRENTE A LA ACTIVIDAD LIMITADORA.—VIII. TEST DE CONTROL: JUICIO DE LO ABSOLUTAMENTE MANIFIESTO Y EVIDENTE. LA VIABILIDAD DEL PRINCIPIO.—IX. UNA REFLEXIÓN FINAL.

El principio de proporcionalidad —como principio jurídicamente exigible— representa una pequeña pieza dentro de un sistema, de un universo más amplio, en el que se enmarca y al que pertenece, como el que encarnan la teoría general de los derechos fundamentales y de los límites frente a la actividad limitadora del legislador y de los demás poderes públicos; las técnicas de control judicial; el canon de constitucionalidad, etc. El entendimiento del principio será, pues, en primer término, tributario

de esa concepción general en la que hunde sus raíces. Pero, al mismo tiempo, el examen al microscopio de su estructura interna evidencia de inmediato la complejidad y hondura dogmática que su fisiología encierra, como por demás acreditan la abundante literatura y jurisprudencia de los últimos decenios en tantos países occidentales. Aquí y ahora, sin embargo, hemos de renunciar al estudio de detalle, como también a cualquier recorrido por ese universo, por el que habremos de pasar «de puntillas», para ofrecer, más modestamente, una apretada síntesis, con menos matices si se quiere, aunque, eso sí, un retrato realista y una imagen «proporcionada» del principio.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE FRENTE A LA ACTIVIDAD LIMITADORA DE LOS PODERES PÚBLICOS SOBRE LAS LIBERTADES EN EL DERECHO EUROPEO Y COMPARADO

1. *Concepto*

a) Como ya se ha notado¹, el principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta *a priori absolutamente* inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir *a todas luces* otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo *con igual grado de eficacia*; o desproporcionado en sentido estricto, por generar *patentemente* más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego. Es al fin elegido por la norma o en su aplicación al que hay que hacerle hablar, el que nos dirá si el medio adoptado quiebra solemnemente los criterios apuntados. Pero el test sólo dará «positivo», nótese bien, cuando la medida limitadora desborde alguna de esas prohibiciones de forma *evidente y manifiesta*, lo que implica, desde luego, que tan sólo la desproporción extrema y objetivable adquiera relevancia jurídica y que no sea ésta, por lo demás, una hipótesis frecuente, como tampoco lo es la utilización o introducción de elementos diferenciadores calificables de arbitrarios o carentes de todo fundamento racional a los efectos del art. 14 CE, o la adopción de normas sin consistencia racional alguna de cara al art. 9.3 CE, o la evidente desfiguración del contenido esencial de un derecho (art. 53.1 CE), por citar algunos controles *materiales* de constitucionalidad².

¹ Vid. la «Presentación» del presente número de la Revista.

² Vid. *infra*, núm. VIII.

b) Constituye un principio *de carácter relativo*, del que no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso, según la relación de medio a fin que, eventualmente, guarde el límite o gravamen de la libertad, con los bienes, valores o derechos que pretenda satisfacer. No proscribire para siempre el empleo de un instrumento cualquiera (v. gr., la expropiación forzosa), como tampoco la persecución de un determinado objetivo (causa de interés general) aisladamente considerados. Es sólo la secuencia en la que uno y otro se insertan, bien sea en la norma, bien en su aplicación al caso concreto, lo que le interesa. Es, por ello, un principio *relacional* en el sentido de que compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin.

— La ley puede autorizar el tratamiento informático de datos personales por parte de la Administración (medio) en atención a la mejor eficacia del servicio (fin). Uno y otro resultan perfectamente legítimos. Lo que no podría permitir en pro de una mayor eficacia sería, v. gr., el trasvase de *todos* los datos entre las diversas Administraciones, porque se lo prohibiría la proporcionalidad del sacrificio del derecho a la intimidad frente al poder informático (art. 18.4 CE): esa medida (comunicabilidad de *todos* los datos) constituiría un menoscabo innecesario de esta libertad ya que cada Administración tendría a su disposición más datos de los estrictamente indispensables para el ejercicio de sus respectivas competencias (piénsese, v. gr., los datos de Hacienda o Interior en manos de un Ayuntamiento o de la Seguridad Social). Es la relación de medio a fin la que deviene ilegítima a los ojos de la proporcionalidad³.

— Lo mismo acontece en el plano aplicativo. La intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad (medio) para la salvaguarda de la seguridad y la defensa de los derechos de terceros en una manifestación (fin), previstos en la Constitución y en las leyes, no ofrece en abstracto reparo alguno. Sin embargo, la aplicación práctica, en el caso concreto, puede ser desproporcionada por disuasoria del ejercicio del derecho si, por ejemplo, la fuerte presencia policial y su concreta actuación exceden patentemente de lo estrictamente necesario, a la vista de las circunstancias concurrentes, para garantizar en el caso los fines a que responde⁴. O, por ejemplo, la deportación de un extranjero por la comisión de graves delitos, como tal, es una medida admisible para el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), aunque su aplicación al caso puede ser desproporcionada de acuerdo con las circunstancias (v. gr.: por los familiares a su cargo; confesión y arrepentimiento del delito; por la falta de vínculos con su país de origen, etc.)⁵. Más gráficamente aún: tanto la sanción administrativa como la compulsión sobre las personas pueden ser conformes a Derecho, pero es la relación entre uno y otro en la que eventualmente se insertaran lo que sería objeto de examen.

³ Sobre estos ejemplos, *vid.* la introducción a la jurisprudencia constitucional, núm. VIII, en este número.

⁴ Sobre supuesto análogo, en relación con el derecho de huelga y la actividad de un piquete informativo, *vid.* STC 37/1998. Obviamente, lo que aquí importa es la proporcionalidad en términos constitucionales o jurídicos, no políticos. La disolución de una manifestación, p. ej., puede merecer la censura política, aunque no desde una perspectiva jurídica.

⁵ Sobre este ejemplo, *vid.* la STEDH de 21 de octubre de 1997, caso de *Boujlifa v. Francia*, número 23 (opinión del Consejo de Estado), así como el resto de la sentencia y votos particulares. O en cuanto a la proporcionalidad de la entrada de la policía en el domicilio por referencia al mismo precepto, v. gr., Sentencia de 23 de septiembre de 1998 (caso *McLeod v. Gran Bretaña*), etc.

c) Toda la atención del principio de proporcionalidad se concentra en los *medios* previstos en la norma y/o utilizados en su aplicación por el poder público. Se articula técnicamente⁶ en torno a tres criterios escalonados: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido propio:

— Principio de idoneidad: por ejemplo, una norma que, para prevenir posibles perjuicios al cliente por inadecuado asesoramiento o venta de productos defectuosos, obligara a que todo comerciante adquiriera unos conocimientos sumamente genéricos y comunes a cualquier comercio, nada especializados, puede resultar inidónea o inútil para la protección del consumidor, finalidad para la que ese requisito habría nacido⁷.

— Principio de necesidad: v. gr., en lo que hace a la investigación de la paternidad por relación con el derecho a la intimidad y a la integridad física, el Tribunal Constitucional español tiene declarado que las pruebas biológicas —que además conllevan la práctica de una intervención corporal— «tan sólo se justifican cuando sean *indispensables* para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia de la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios *menos lesivos* para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos»⁸.

— Principio de proporcionalidad en sentido estricto: por ejemplo, la pérdida de un derecho por la inobservancia de una formalidad menor puede constituir un supuesto de infracción de este criterio⁹. Un ámbito tradicional de aplicación es el del derecho de acceso a la jurisdicción y al recurso¹⁰. Así incurriría en desproporción una sentencia de inadmisión, con la consiguiente pérdida del derecho a una resolución de fondo (art. 24.1 CE), dictada como consecuencia del incumplimiento de un requisito menor y en el fondo satisfecho por otra vía, como pudiera ser el de la comunicación previa a la Administración de acuerdo con lo que dispusieran los arts. 110.3 de la Ley 30/1992 y 57.2.f LJCA¹¹. O, en otro terreno, la prohibición de ejercer el comercio por el hecho de haber obtenido la formación y experiencia en un determinado país, en el caso concreto, resultó ser una restricción desproporcionada¹²; en cambio, fue calificada de proporcionada la prohibición de que, salvo los directos interesados, cualquiera, incluido quien afirma ser el padre biológico, pueda cuestionar la paternidad¹³; como también la colegiación obligatoria a las Cámaras¹⁴; etc. Son muy numerosos los

⁶ Vid. «Presentación».

⁷ Así, el Tribunal Constitucional alemán (TCF): BVerfGE 19, 330, 338 y s.

⁸ Cfr. STC 7/1994, fundamento jurídico 3.C.

⁹ Son abundantes los pronunciamientos de la jurisprudencia de Luxemburgo sobre este extremo.

¹⁰ Así, en jurisprudencia constante, en primer lugar, del TEDH. Vid., p. ej., las Sentencias de 19 de febrero de 1998 (caso *Edificaciones March Gallego, S.A., v. España*); de 30 de octubre de 1998, caso *F.E. v. Francia*, núm. 44 y la jurisprudencia allí citada; de 10 de julio de 1998 (caso *Tinnelly & Sons Ltd. and others and McElduff and others v. Gran Bretaña*), núms. 77 y ss.; etc. Igualmente, el Tribunal Constitucional español (vid. introducción a la jurisprudencia constitucional, núm. XIV, *in totum*).

¹¹ Cfr. STC 152/1996, 2, en relación con la 76/1996, fundamento jurídico 4.

La ponderación entre el modesto fin que persigue la comunicación previa (preparación de la defensa de la Administración; más discutible el eventual arreglo extraprocésal), de un lado, y el sacrificio del derecho a la tutela judicial efectiva, de otro, debiera llevar a una conclusión favorable a éste, según las circunstancias que concurran (v. gr.: impugnación de un acto presunto o denegación expresa sin cita en el pie de la preceptiva comunicación previa; interposición del recurso contencioso; remisión del expediente a la Sala; contestación de la demanda oponiéndose al fondo; no se le da oportunidad de subsanación, etc.).

¹² Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional austríaco de 7 de octubre de 1997.

¹³ Cfr. Sentencia de la Corte de Arbitraje belga 41/97, de 14 de julio de 1997.

¹⁴ Así, además del TCF alemán, más recientemente el Tribunal Constitucional húngaro, Sentencia de 1 de julio de 1997. El resultado del juicio depende del término de comparación, que puede ser distinto en cada ordenamiento.

ejemplos que cabe extraer de la jurisprudencia del Convenio por quiebra de la razonable relación entre el fin perseguido y el medio elegido (proporcionalidad en sentido propio): v. gr., la disolución de partidos políticos¹⁵; la denegación de constitución de una asociación¹⁶, etc.

d) El medio que a la proporcionalidad importa es siempre *restrictivo* o de gravamen de derechos, las «cargas», por decirlo gráficamente. En cambio, los «beneficios» otorgados por la norma o fruto de una interpretación favorable quedan fuera de su consideración. El que obtiene alguna ventaja no puede invocar la prohibición de trato desproporcionado.

e) El principio de proporcionalidad también es conocido en la doctrina y en la jurisprudencia, europea y comparada, como «proporcionalidad de los medios»; «proporcionalidad del sacrificio»; «proporcionalidad de la injerencia»; «prohibición de exceso», etc., entre otras denominaciones, expresivas todas ellas de la idea de moderación a la hora de limitar la esfera de la libertad. Es, sin embargo, el término «principio de proporcionalidad» en sentido amplio el que ha hecho fortuna, como comprensivo de los tres criterios o tests.

2. *Fundamento y ubicación sistemática del principio de proporcionalidad en la Constitución española: es inherente o dimana de la cláusula del Estado de Derecho y del valor justicia (art. 1.1 CE)*

La cláusula del Estado de Derecho y, desde otro punto de vista, los derechos fundamentales, representan el fundamento último en el que la proporcionalidad de la injerencia descansa, de acuerdo con la jurisprudencia europea (del Convenio y Comunitaria) y la comparada. Lo cual no es sino una forma abreviada de expresar que el principio de proporcionalidad encarna una idea elemental de justicia material: la proscripción de todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado.

Se trata, pues, de un principio general que, aunque no escrito, está reconocido al máximo nivel, y, por tanto, vincula a todos los poderes públicos. En sentido análogo, el Tribunal Constitucional español ha hecho no pocos pronunciamientos que, siendo reconducibles a una concepción sistemática y unitaria de la acción del Estado y de la dignidad de la persona a la que aquélla se dirige, se resuelven en afirmar que el principio de proporcionalidad es inherente al Estado de Derecho y al valor justicia proclamado en el art. 1.1 CE.

El principio de proporcionalidad se incardina en la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE)¹⁷. Las SSTC 50/1995 (fundamento jurídico 7) y 173/1995 (funda-

¹⁵ *Vid.*, v. gr.: Sentencias de 25 de mayo de 1998 (caso *del Partido Socialista y otros v. Turquía*), núms. 49-54 y de 20 de mayo de 1998 (caso *Partido Comunista de Turquía y otros v. Turquía*), núms. 51-61.

¹⁶ *Vid.* Sentencia de 10 de julio de 1998 (caso *Sidiropoulos and others v. Grecia*), núms. 40-47.

¹⁷ STC 85/1992 (fundamento jurídico 4). La STC 111/1993, fundamento jurídico 9, *in fine*, in-

mento jurídico 2) sostienen que «el principio de proporcionalidad es inherente al valor justicia»¹⁸. Igual conclusión parece desprenderse de las SSTC 65/1986 (fundamento jurídico 2) y 160/1987 (fundamento jurídico 6), si bien en relación con la problemática particular de la proporcionalidad de las penas. La STC 55/1996 concluye que cuando la norma es desproporcionada por establecer una restricción innecesaria se convierte en «arbitraria» y atentatoria de «los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho»¹⁹. De la misma manera, cuando no guarda la razonable relación de proporcionalidad (proporcionalidad en sentido estricto), la norma lesiona «el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona (SSTC 66/1985, fundamento jurídico 1; 65/1986, fundamento jurídico 2; 160/1987, fundamento jurídico 6.b; 111/1993, fundamento jurídico 9; 50/1995, fundamento jurídico 7)»²⁰.

Aunque sean los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE los que, según los casos, le ofrecen el soporte necesario a la jurisprudencia para proclamar el rango constitucional de este principio, no obstante, la *ratio* última subyacente reside en el valor superior o fundamental de la justicia, inherente al Estado de Derecho (art. 1.1 CE)²¹, del que son expresión otros bienes o valores, también constitucionalmente protegidos, con los que se encuentra estrechamente ligado, tales como la dignidad de la persona, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o el principio de igualdad, entre otros), así como los derechos y libertades. Por ello, el Tribunal no duda en sostener su inferencia de algunos preceptos constitucionales reguladores de derechos fundamentales, del mismo modo que otros Tribunales han argumentado que la proporcionalidad deriva de la *cláusula del Estado de Derecho y de la esencia de los derechos fundamentales*²².

La conclusión más relevante de su máximo rango se desprende por sí sola: el legislador está vinculado al principio de proporcionalidad y al Tribunal Constitucional corresponde su enjuiciamiento. Con mayor razón, quedan también a él sujetos la Administración y los jueces, en sus respectivos ámbitos, cuando aplican e interpretan el Derecho²³.

A efectos de su invocación ante el Tribunal Constitucional, cabe alegar su eventual infracción a través de la vía del recurso de amparo, respecto de los derechos fundamentales protegibles en este proceso. A nuestro juicio, también procedería el ampa-

dica que el principio «es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución configura (art. 1.1 CE)», y en su fundamento jurídico 8 afirma que es «inherente al principio de legalidad que es propio de un Estado de Derecho».

¹⁸ La STC 50/1995, fundamento jurídico 7, señala que este principio es «inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad», si bien nada añade respecto a las relaciones, sin duda estrechas, que guardan la proporcionalidad y la igualdad. *Vid.* sobre este extremo la «Introducción a la jurisprudencia constitucional», núm. II.

¹⁹ Cfr. fundamento jurídico 8. Aquí la arbitrariedad parece utilizarse en sentido amplio y genérico, comprensivo de muchas especies, una de las cuales sería la desproporción. *Vid. infra*, VI.2.

²⁰ Cfr. fundamento jurídico 9. Esta STC ha sido reiterada por las 76 y 88/1996.

²¹ La referencia «universal» a esta cláusula, desde luego, algo vaga y genérica, viene a ser una especie de «abreviatura», sin duda acertada, de otras raíces y vinculaciones constitucionales. Pero imbuida como está la cláusula del Estado de Derecho del valor o idea de justicia material, representa su mejor apoyo. Con todo, los mejores esfuerzos no deben dirigirse tanto a localizar su ubicación en el texto constitucional, cuanto a indagar su estructura y fisiología. *Vid.*, en tal sentido, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, Beck, 1994, págs. 770, 773.

²² *Vid.* la introducción a la jurisprudencia constitucional, p. ej., núms. I.2 y VII.

²³ Véase la introducción a la jurisprudencia constitucional e *infra*, núm. VIII.

ro cuando la medida desproporcionada no desemboque en la completa lesión del contenido del derecho, puesto que, al menos, se trataría de una restricción ilegítima de la libertad, aunque ésta no desaparezca por entero. Así, por ejemplo, al derecho de reunión podrían imponérsele trabas desproporcionadas que, sin embargo, no lleguen a impedir su celebración. Esa protección que dispensa el principio también podrá recabarse, obvio es decirlo, ante los jueces y tribunales, jueces naturales de los derechos fundamentales. Por lo demás, y en cuanto escudo que acompaña a cualquier *situación de ventaja reconocida por el ordenamiento* —y no sólo a los derechos fundamentales—, podrá ser alegada (con base, en esencia, en el art. 1.1 CE) ante cualquier jurisdicción, siempre que la restricción o gravamen sea obra del *poder público*.

3. *La vinculación de todos los poderes públicos al principio de proporcionalidad por referencia al respectivo cuadro de derechos y libertades*

a) La proporcionalidad del sacrificio se mide *por referencia al respectivo cuadro de derechos y libertades* en cada caso reconocido (CEDH, TUE, Constitución interna, legislación ordinaria) y su nivel de protección²⁴. El legislador nacional habrá de respetar el mínimo de proporcionalidad de la injerencia que se derive del CEDH en relación con cada libertad; las instituciones comunitarias y las nacionales, el dispuesto por el Derecho Comunitario; todos los poderes públicos internos, asimismo, el estándar constitucionalmente exigible y el establecido en la legislación ordinaria. Como ocurre con el contenido de los derechos y libertades, el Convenio Europeo de Derechos Humanos representa un mínimo común denominador, inexcusable, por encima del cual, tanto las respectivas Constituciones internas cuanto, sobre todo, la legislación nacional, pueden añadir una mayor protección.

Así, por ejemplo, el TEDH, obligado por otra parte a conceder un mayor margen de apreciación al legislador nacional, no entra a enjuiciar, respecto del derecho de propiedad, si una determinada finalidad pudiera haberse satisfecho igualmente sin necesidad de recurrir a la expropiación a través de un medio más moderado, esto es, con la mera delimitación del contenido dominical (imponiendo ciertos deberes a cargo del titular, v. gr.). En cambio, el TCF alemán sí ha llegado a aplicar un test más severo y estricto de proporcionalidad para examinar si la expropiación resultaba absolutamente necesaria o bastaba la delimitación del contenido del derecho en aras de la función social²⁵.

²⁴ *Vid.* «Presentación».

²⁵ En cuanto a la proporcionalidad de la intervención sobre la propiedad puede verse la obra colectiva, por mí coordinada, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, especialmente los estudios relativos a la propiedad en la Constitución española, en la jurisprudencia europea y en la Constitución alemana.

A mi juicio, por lo demás, tiene plena justificación la renuncia del TEDH a discriminar la necesidad en el caso de una expropiación frente a una mera delimitación, como se abunda en la obra citada. En un tono algo más crítico, que aquí no se comparte, *vid.* el trabajo de la jurisprudencia del TEDH, núm. II.2, en la presente Revista.

b) El ejercicio de las *potestades discrecionales* de la Administración, *en cuanto incide o afecte a derechos o intereses legítimos preexistentes*, está igualmente sometido al principio de proporcionalidad (en los supuestos de potestades regladas, la violación del principio, en su caso, anidaría en la norma de la que trae causa la intervención administrativa)²⁶. Con el de igualdad, constituye uno de los principios estelares para el control sustantivo de la discrecionalidad administrativa²⁷.

c) El juez, por su parte, lo es de la legalidad previamente establecida, y a sus designios está sometido. Carece de libertad. De ahí que el principio de proporcionalidad constituya para jueces y tribunales un canon más de control con el que contrastar la conformidad a Derecho de los demás poderes públicos y no, en línea de principio, un criterio para revisar la actividad jurisdiccional misma. La proporcionalidad se hace efectiva *a través* del juez, no *contra* él.

No obstante lo cual, el poder judicial tiene atribuido en determinados supuestos un cierto margen de maniobra o de apreciación, por imperativo de la ley, lo que le sitúa entonces en una posición análoga a la que ocupan los demás poderes públicos, y, por tanto, sujeta a las exigencias del principio: decisiones procesales, que preceden a la de fondo, sobre el acceso a la jurisdicción o al recurso; la valoración y graduación de la pena en el caso concreto²⁸; intervenciones judiciales sobre los derechos fundamentales (comunicaciones, entrada en domicilio, corporales, prisión preventiva, etc.)²⁹. Todo ello sin perjuicio también de que el juez deba ponderar en términos de proporcionalidad los derechos en conflicto³⁰.

d) La proporcionalidad constituye un principio general del Derecho, ampliamente reconocido, que se aplica con absoluta naturalidad por los Tribunales europeos y los jueces nacionales de los derechos fundamentales en tantos Estados occidentales. Obra inicial de la más alta jurisprudencia contencioso-administrativa de la Prusia del siglo XIX, hoy ha adquirido carta de ciudadanía.

— Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos ofrece fuertes apoyos en su propio articulado: el principio de necesidad de la intervención, en ocasiones el más incisivo, se encuentra expresamente recogido en los preceptos reguladores de ciertos derechos fundamentales (arts. 8-11; 1 del Protocolo Adicional Primero; 2.3 del Cuar-

²⁶ Puede sostenerse, por virtud del art. 54.1.a) de la Ley 30/1992, interpretado de conformidad con el principio constitucional de proporcionalidad, que la intervención limitadora habrá de motivarse también a la luz de tal principio.

²⁷ Ha sido recomendado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, entre los principios básicos que deben presidir el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración. Cfr. Recomendación núm. R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros el 11 de marzo de 1980, durante la 316 reunión de los Delegados de los Ministros, núm. II.5. Publicada en *Recomendaciones y Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en Materia Jurídica*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, págs. 271-274.

²⁸ *Vid. infra*, núm. III.3.

²⁹ *Vid.* la introducción a la jurisprudencia constitucional que se contiene en el presente número de la Revista.

³⁰ *Vid. infra*, núm. V.1.

relación con la proporcionalidad— a catalogar todas las fuentes de las que se ha nutrido.

Entre los presupuestos jurídicos y políticos que determinaron su nacimiento y formación con el perfil actual destaca, sin duda, la concepción alumbrada por el Estado liberal que emerge en los albores de la Edad contemporánea, tras el estallido de la Revolución francesa a fines del siglo XVIII, y a lo largo del XIX. El nuevo Estado liberal asume como función básica la conservación de la paz y de la seguridad interna y externa, como instrumentos garantes del bienestar de sus ciudadanos. En este contexto, la jurisprudencia contribuiría a la creación de un *Derecho Administrativo* llamado a disciplinar en clave jurídica la intervención pública —protagonizada por la policía administrativa—. Ya en época temprana, ejercerían los tribunales un decidido control sobre la adecuación de los medios a la finalidad perseguida por la Administración en el ámbito de la actividad de policía, revisando si las medidas adoptadas excedían de lo estrictamente necesario, esto es, de lo que el propio fin demandaba. El Tribunal Administrativo Superior de Prusia, el más importante de la época en materia contencioso-administrativa en el mundo germánico, asumiría un claro liderazgo en la dirección apuntada. El principio de proporcionalidad, entendido en su origen como principio de necesidad de la intervención o del medio más moderado posible, fue acreciendo con el correr del tiempo de la mano de la jurisprudencia y de la doctrina alemanas, y abriéndose paso en medio de una notable confusión terminológica, hasta cobrar su sentido actual³⁴. Ejerce, desde luego, una evidente fascinación como técnica de limitación del poder. Y para el TCF alemán, posee un notable valor simbólico, por cuanto sintetiza la concepción básica que la Constitución encierra, tanto en lo que hace a la posición del individuo —ciudadano, y no súbdito— en la sociedad, como en punto a la función de los poderes públicos en el ámbito de los derechos³⁵.

³⁴ Los precedentes doctrinales más recientes, sin embargo, se localizan en el siglo XVIII, en los denominados principios de necesidad y de ponderación de la acción estatal, inducidos como límites inherentes a la intervención pública, que postularan algunos de los cultivadores del denominado Derecho de Policía (C. G. SVAREZ, BLACKSTONE). A fines de ese siglo aparece por vez primera el término «proporcionalidad» (*Verhältnismäßigkeit*) en un tratado de Derecho de Policía. De esta limitación ínsita a la materia de policía y orden público extraerían la jurisprudencia y la doctrina el «principio de necesidad» de la intervención limitadora o de «proporcionalidad», también llamado «prohibición de exceso» —la terminología es fluctuante—. OTTO MAYER, fundador del Derecho Administrativo alemán, hablaría de la metamorfosis o transformación de la proporcionalidad como fundamento o principio de Derecho Natural en un límite jurídico concreto y operativo.

En la segunda posguerra pasaría al Derecho Constitucional, de la mano de la jurisprudencia del TCF, de acuerdo con la cual se trata de un principio general de rango constitucional, inserto en la cláusula del Estado de Derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos.

³⁵ Para una introducción a esta temática pueden verse, en primer término: K. STERN, *Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots*, F. S. für Peter Lerche, Beck, München, 1993; y E. SCHMIDT-ASSMANN, en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 1987, tomo I, § 24, núm. 87, y las referencias doctrinales en nota núm. 256, así como F. WIEACKER, *Gesichtlichen Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung*, Festschrift für Robert Fischer, 1979. Asimismo: H. J. BECKER, *Das verfassungsmäßige Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Bericht und Betrachtungen über die Helgoländer Richtertagung 1977*, RiA, 1977, 212; G. H. v. BERG, *Handbuch des Deutschen Polizeirechts*, págs. 89-91; *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, 1.ª ed., 1895, pág. 267; R. DESCHLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot. Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, Ed. F. Vahlen, München, 1989, págs. 2 y ss.; G. DÜRIG, *AöR*, vol. 81 (1956); R. v. KRAUSS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (1955); H. KRÜGER, *DVBl*, 1950, 625 (628); *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, 1950, pág. 27; P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht* (1961); H. SCHNEIDER, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. II, págs. 393 y ss.; J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, pág. 662; L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (1981), págs. 2-19; etc. Por último, son de interés también las Sentencias del TCF: BVerfGE 19, 342 (348 y ss.); 23, 117 (133), de 1965 y 1968, respectivamente.

to; 1.2 del Séptimo), criterio que la jurisprudencia ha hecho luego extensivo a los restantes derechos. Sobre él ha construido la proporcionalidad propia o estricta. Como es bien sabido, la Comisión y el Tribunal enjuician sistemáticamente la proporcionalidad de la injerencia o intervención sobre el derecho o libertad afectado³¹.

— En el Derecho Comunitario el principio ha adquirido, desde la década de los setenta, una importancia extraordinaria para proyectarse en todos los ámbitos (normas y actos de aplicación; Administración directa e indirecta; sobre los derechos, en particular las cuatro libertades fundamentales de circulación, y en el ejercicio de competencias). La proporcionalidad comunitaria y nacional no se solapan ni interfieren habida cuenta de que el término de comparación se rige por su respectivo marco u ordenamiento. Así, la primera se refiere siempre a los derechos e intereses reconocidos por el Derecho Comunitario, cualquiera que sea el origen de la intervención pública, estatal o comunitaria.

— En lo que hace a nuestro sistema interno, y con independencia de la interacción e incidencia del Convenio y del Derecho Comunitario, desde sus inicios la jurisprudencia constitucional española exige a todos los poderes públicos la estricta observancia del principio³².

4. Contexto y aproximación históricas

Conviene notar que la idea de proporcionalidad, en última instancia, combina elementos característicos de la justicia del caso concreto —mide el impacto que sobre los ciudadanos tiene la intervención estatal—; de la lógica de la moderación en el ejercicio del poder; con la carga o el deber de motivar que al Estado incumbe. La razón de ser, pues, de la prohibición de exceso o proporcionalidad reside en la necesidad de legitimar la acción estatal por el fin al que sirve que es, por lo demás, el que determinará el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizarse, para evitar así que el ciudadano se convierta en un mero objeto o destinatario de la intervención pública. Está considerado el control *jurídico* más antiguo y general de la intervención estatal³³.

Más allá de su moderna formulación técnico-jurídica, relativamente reciente, la noción de proporcionalidad aparece íntimamente relacionada con la idea de justicia material y, por consiguiente, ha estado presente, de un modo u otro, a lo largo de la historia del pensamiento no sólo jurídico, sino moral («el fin no justifica los medios», v. gr.) y filosófico, lo que ha encontrado eco en el lenguaje proverbial de tantos idiomas que, a pesar de su sencillez o simplicidad, resaltan con elocuencia el sentido tan básico y primario, de evidencia, de que está dotada la proporcionalidad de los medios. Es habitual, por ello, entre la doctrina la afirmación de que el principio se remonta a la Antigüedad y el pensamiento clásico. Sus historiadores, sin embargo, se han resignado —ante la inabarcabilidad de los datos y aspectos que dicen

³¹ Con independencia del estudio sobre el Convenio en el presente número y al que nos remitimos, pueden verse también, por su singularidad, las referencias hechas en la introducción a la jurisprudencia constitucional, al derecho a la igualdad (núm. II) y al de asociación (núm. XI), y, en cuanto a la propiedad, la obra colectiva *Propiedad, expropiación y responsabilidad*, cit. (nota 25).

³² *Vid.* la introducción a la jurisprudencia constitucional que se contiene en el presente número. La jurisprudencia de la Sala Tercera del TS, en líneas generales, no se ha hecho eco de la más reciente doctrina constitucional acerca de su contenido y alcance.

³³ *Vid.* la síntesis de K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, Beck, 1994, especialmente, pág. 765.

II. EL TÉRMINO DE LA COMPARACIÓN: MEDIOS Y FINES

1. *El fin de la intervención pública como canon*

La finalidad de la injerencia constituye un dato externo y ajeno al principio de proporcionalidad, es su término fijo. El fin representa el parámetro a través del cual enjuiciar la medida, una constante que no puede cuestionar y que queda fuera de su campo de tiro. Lo cual no significa, antes al contrario, que no deba identificarse con toda precisión, pues sólo así podrá proceder a un adecuado análisis. La finalidad es la que determina, *en cada caso*, el peso y la medida *máxima* que se le puede consentir a la injerencia.

No cuestiona si hay que averiguar la paternidad, sino si el análisis de sangre es proporcionado en el caso concreto a ese objetivo. No entra a si es lícito conducir al ciudadano ante el juez para practicarle diversas notificaciones y requerimientos, sino si para satisfacer ese fin y no otro es proporcionado detenerle veinticuatro horas o hubiera bastado, para alcanzar ese mismo objetivo, con conducirlo a su presencia sin necesidad de detención o con una detención temporalmente inferior.

2. *La distinta forma de aproximarse al fin*

«Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si la medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto...; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido propio, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»³⁶.

Cada uno de los criterios (utilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido propio) requiere un juicio o análisis diverso en su aplicación, esto es, *todos juzgan la relación de medio a fin*, pero bajo un *perfil diferente*: el medio ha de ser *idóneo* para la consecución del objetivo; *necesario* —el más moderado— respecto de todos los *medios útiles y susceptibles de alcanzarlo*; y razonable o *proporcionada* la ecuación *costes-beneficios* en su resultado.

— Para el principio de utilidad lo que importa es que el medio elegido no sea desde todo punto de vista y *a priori* absolutamente incapaz o inidóneo. Por pequeña que sea la restricción de la libertad, si ésta resulta manifiestamente inútil, deviene absurda y carente de sentido en un Estado de Derecho.

— Desde el principio de necesidad de la intervención no sólo se acepta el fin en un sentido neutro (v. gr.: la protección de la flora y la fauna), sino también en el con-

³⁶ STC 66/1995, fundamento jurídico 5.

creto grado de efectividad (intensidad, extensión, etc.) con el que el poder público aspira a satisfacerlo (una protección máxima o preferente de la flora y la fauna, por ejemplo, frente a otros eventuales usos, con la consiguiente minoración de los potenciales beneficios empresariales o dominicales de los titulares de los predios afectados). El juez de los derechos y libertades ha de aceptar, como término fijo de la comparación, el fin en toda su integridad y dimensión, sin que le corresponda, al menos desde este principio, cuestionar el grado o ambición con la que un determinado objetivo sea pretendido por el poder público³⁷.

Obviamente, si se baja el volumen e intensidad en la búsqueda de ciertos valores o bienes, o en la persecución del interés general a manos de una determinada política sectorial, también se producirá, paralelamente, un impacto menor sobre algunos derechos y libertades con más presencia en ese sector. Pero ello pertenece a la esfera constitucionalmente reservada al legislador, que es el llamado a ponderar todos los bienes, valores y derechos en juego, por otra parte, siempre en difícil equilibrio. A nadie escapa el «efecto dominó» que, desde luego, produce la intervención pública sobre cualquier derecho respecto de otros bienes, valores o derechos también constitucionalmente reconocidos. Pero desde el ángulo de la división de poderes, se entiende que la mera existencia de una alternativa más moderada no suponga que la restricción sea sin más desproporcionada en términos jurídicos. Sólo en la hipótesis de que salte a la vista que existe una alternativa menos restrictiva, susceptible de alcanzar el fin *con el mismo grado de efectividad*, nótese bien, podrá concluirse en la desproporción de la medida³⁸.

— El test de proporcionalidad en sentido estricto, en cambio, introduce el resultado perseguido en su análisis y cuando da positivo —porque el balance sea abiertamente deficitario— impide o bloquea la persecución del fin *a través de ese medio*³⁹.

3. *El examen de la legitimidad de fines y medios, como prius lógico del juicio de proporcionalidad*

El juicio de proporcionalidad actúa una vez que ha sido descartada la ilicitud de las dos magnitudes que integran el término de comparación. Sólo entonces procederá examinar, acto seguido, si, ello no obstante, la medida es inútil, innecesaria o desproporcionada en sentido propio, esto es, si, dada su repercusión sobre otros derechos, surte efectos exorbitantes

³⁷ Así también se sostiene en otros ordenamientos, como en los germánicos, en Estados Unidos, Holanda, etc. (*vid.* informes nacionales), aun cuando la jurisprudencia no siempre sea rectilínea.

³⁸ Así, no le compete al juez constitucional valorar si se puede proteger con menor exigencia el medio ambiente —flora y fauna, v. gr.— con la intención de conseguir así un menor gravamen sobre los propietarios de los terrenos afectados; como tampoco postular una rebaja en la exigencia de la enseñanza superior a fin de que los requisitos de acceso —derecho a la educación— sean menos rigurosos. Le corresponde examinar exclusivamente si ese mismo nivel de protección medioambiental por el que ha optado el legislador puede ser alcanzado —de forma manifiesta— con menores cargas para los titulares dominicales; etc.

³⁹ Por ejemplo: «en ningún caso puede disponerse por el juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud». Cfr. STC 7/1994, fundamento jurídico 3.D. Una medida tal, en efecto, rompería el razonable equilibrio entre los beneficios que se persiguen y los perjuicios generados.

a los que la consecución de tal objetivo requeriría y, en consecuencia, justificaría⁴⁰.

4. *La conexión entre medio y fin*

Por último, para trabar adecuadamente el término de la comparación, preciso es que se empareje o ponga en conexión cada medio con la finalidad más inmediata y directa a la que se orienta. La proporcionalidad sólo compara la relación de causalidad existente entre la medida en cuestión y el objetivo que directamente persigue, que, a su vez, podrá ser medio o instrumento para un fin más alto, a lo largo de toda una cadena de medios y fines.

Aunque la sanción administrativa, por ejemplo, no constituya un fin en sí mismo, sino, a su vez, un medio para la salvaguarda de objetivos más elevados, es claro que, para los medios de ejecución forzosa, la efectividad de la sanción representa su fin más inmediato. Establecer bien aquí el término de la comparación pasa por emparejar la sanción —y no los fines últimos a que ésta tiende— con el medio de ejecución forzosa elegido⁴¹.

Si no se identifica correctamente la relación, el desenfoque o desviación, en más o en menos, del juicio de proporcionalidad, sería inevitable. Cuanto más se aleje la medida enjuiciada de su término fijo, a cuyo través todo se analiza (el fin inmediato), más fácil será su indebida justificación⁴².

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO JURÍDICAMENTE VINCULANTE

1. *La proporcionalidad como criterio de inspiración y como principio constitucional*

Conviene insistir en la distinción entre el plano de lo jurídicamente exigible, única perspectiva que aquí interesa, del terreno de lo constitucionalmente admisible y, más ampliamente, de la proporcionalidad como regla de razón o criterio político que informa o inspira la tarea del legislador⁴³. La primera es justiciable, no así la segunda, que pertenece a la libre esfera que al legislador corresponde.

⁴⁰ Vid. v. gr. STC 66/1991, fundamento jurídico 4.

⁴¹ Otro buen ejemplo lo representa la STC 207/1996: prueba indiciaria cuya práctica repercute con fuerza sobre derechos fundamentales, y la finalidad mediata por ella perseguida.

⁴² No por inexcusable y artesanal, es por ello menos ardua en tantas ocasiones, en particular cuando se enjuicia la proporcionalidad *en la ley*, y ésta no explicita la finalidad de la medida.

⁴³ Vid. la «Presentación» del presente número y, respecto de la Administración, *vid. supra* núm. I.3.b.

Más allá de esa prohibición de exceso —cuya lesión lleva aparejada su disconformidad con el CEDH, TCE o la Constitución, que es norma de contenidos mínimos e inexcusables, no de óptimos—, el legislador (formal y material) podrá inspirarse en la proporcionalidad, ya como regla de razón, para añadir a ese mínimo la protección que estime conveniente, al ponderar cuál es el grado e intensidad del sacrificio exigible en cada caso. Por su parte, los aplicadores del Derecho (juez y Administración) no sólo están vinculados al principio constitucional, sino también a las concretas configuraciones que el legislador haya establecido.

La Administración, por ejemplo, habrá de utilizar escalonadamente (proporcionalidad) los medios de ejecución forzosa que le brinda la Ley (en los términos que, por encima de lo constitucionalmente exigible, dispone el art. 96.2 de la Ley 30/1992); las reglas sobre la nulidad y anulabilidad parcial, conversión, convalidación o conservación de actos administrativos (arts. 64-67 de la misma Ley); o las normas sobre demolición urbanística⁴⁴, etc. Igualmente, las fuerzas y cuerpos de seguridad tendrán que servirse de los medios que sean indispensables o estrictamente necesarios para asegurar el orden en la forma prevista en la legislación; o el juez aplicar los requisitos de admisibilidad de un recurso que respondan a la idea de proporcionalidad (subsanabilidad, etc.)⁴⁵. Expresiones legales de la proporcionalidad que, a su vez, habrán de ser interpretadas a la luz y de conformidad con el principio constitucional⁴⁶.

2. *Algunas consecuencias obvias de su condición de principio general de rango constitucional*

a) No constituye un instrumento para imponer el propio y legítimo concepto de lo que es o no proporcionado.

Ciertamente, cualquier intérprete y aplicador del Derecho tiene una visión íntima de lo que compensa o no, de lo que puede valer la pena o, lo que es lo mismo, de lo que es o no proporcionado. Pero el principio de proporcionalidad no sacraliza esa concepción libre y personal, no permite imponer nuestra propia ponderación a los demás y, menos aún, frente a la decisión discrecional de la Administración pública, de las resoluciones judiciales o contra lo que la norma ha dispuesto.

b) No es un juicio positivo lo que este principio autoriza, esto es, si la intervención pública pudo ser más proporcionada. No sirve, pues, para medir o encontrar la solución más idónea, de mayor equilibrio, el medio

⁴⁴ V. gr., en relación con el art. 184 del TRLS de 1976, *vid.* la STS de 3-1-1996 (az. 22/1996), FJ 5.

⁴⁵ Los ejemplos de manifestaciones legales del principio pueden multiplicarse, en materias como la legislación del consumidor (v. gr.: art. 18 de la Ley 3/1995, de Castilla-La Mancha); de intervención administrativa en el ámbito sanitario (v. gr.: Ley 11/1994, de Canarias, art. 27); suspensión de licencias urbanísticas (v. gr.: Ley 6/1994, de Valencia); información estadística (art. 6, Ley 12/1995, de Madrid); protección de menores (p. ej., Ley 1/1995, de Asturias, art. 61); prohibición de aprovechamientos forestales (art. 24.4 de la Ley valenciana 3/1993); suspensión o restricción de servicios de transporte (Ley estatal 16/1987), etc.

⁴⁶ *Vid.* la introducción a la jurisprudencia constitucional, núm. I.3.

óptimo por más moderado, sino sólo para anular aquellas que se sitúen en el extremo inferior de la escala.

Un acto o resolución del poder público y, con mayor razón, una norma jurídica no es inconstitucional por desproporcionada por el mero hecho de que pudiera haber sido más moderada o equilibrada, menos restrictiva o más útil. Lo será exclusivamente si resulta absoluta, radical y manifiestamente inútil, excesiva o desequilibrada en los términos indicados y en los que se insistirá más adelante, del mismo modo que una resolución judicial no es contraria al art. 24.1 CE, según jurisprudencia constante, porque pudiera haber sido «más razonable», sino sólo si se muestra manifiestamente irrazonable o arbitraria. No tiene por objeto, en efecto, garantizar el trato más suave posible a los ciudadanos sino, en su caso y más modestamente, expulsar aquellas resoluciones, actos y normas que incurran manifiestamente en un sacrificio inútil, absolutamente innecesario o desproporcionado⁴⁷.

3. *La proporcionalidad de las penas como principio inspirador y como principio jurídicamente exigible.*
La proporcionalidad en la ley penal y en su aplicación

Uno de los campos específicos donde se hace más rotunda la necesidad de discriminar entre la libre esfera del legislador, del reducido núcleo de lo jurídicamente indisponible, es, sin duda, el mundo de lo punitivo. Una cosa es, en efecto, la proporcionalidad de las penas, entendida como regla de razón o de prudencia que informa la política criminal (dentro del amplio ámbito de lo jurídicamente admisible) y otra, muy distinta, la proyección del principio constitucional de proporcionalidad, del que venimos hablando, sobre la concreta cuantía de la pena (estrecho plano de lo constitucionalmente exigible) y cuyo objeto aquí, como frente a cualquier otra genérica restricción de la libertad, consiste en medir la idoneidad, necesidad y equilibrio de la medida, es decir, que las penas no introduzcan un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad (art. 17.1 CE)⁴⁸.

⁴⁷ Por decirlo de un modo gráfico y con imagen académica: en una escala ideal de proporcionalidad de los medios entre 0 y 10, al juez ordinario y constitucional, según los casos, le correspondería descalificar —o suspender— aquellas normas o actos de los poderes públicos que se situaran por hipótesis en el nivel más bajo de la escala (esto es, en el 0). Por tanto, ello significa que los poderes públicos se moverán libremente —para obtener el aprobado constitucional, nótese bien— en el amplio arco de más o menos proporcionalidad que va del 1 al 10, lo cual no supone, obvio es decirlo, que por constitucional sea satisfactorio el «nivel de proporcionalidad» alcanzado. Pero es al legislador, y no al juez, al que hay que dirigirse, en su caso, para que se sitúe más arriba en esa escala ideal. Obviamente, tampoco es previsible que el legislador apueste por apurar el límite de lo constitucionalmente tolerable para arrostrar así el riesgo de una declaración de inconstitucionalidad (lo cual hace suponer que aun en la línea de establecer límites de importancia no llegue a la frontera del «suspense»).

⁴⁸ *Vid.*, en particular, SSTC 160/1987, fundamento jurídico 6.b; que reitera expresamente la doctrina de la STC 65/1986, fundamento jurídico 2; 55/1996, fundamento jurídico 7. Véase M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, págs. 75-81. En su formulación actual, como principio jurídicamente exigible, no constituye, sin embargo, un derivado de aquél, sin perjuicio de que ambos sean reconducibles a un filón de pensamiento común. *Vid. supra*, núm. 1.4.

Sin perjuicio de cuanto más tarde se dirá⁴⁹, ha de notarse que la proporcionalidad, como principio jurídicamente exigible y justiciable, no es un instrumento útil para medir si la *cuantía* de la pena o de la sanción *en la ley* deviene constitucionalmente inaceptable. Por el contenido del análisis que el principio autoriza, el test sólo puede arrojar un resultado «positivo» o de desproporción en supuestos verdaderamente límite, difícilmente pensables en un Estado de Derecho⁵⁰.

¿Cuál es la razón por la que la cuantía de la pena legalmente prevista, en cuanto injerencia sobre el derecho a la libertad personal, se hace más impermeable al principio, que otras medidas restrictivas sobre los derechos fundamentales? ¿Por qué el test ha de dar, de ordinario, «negativo», aquí, más que en otros ámbitos? Simplificando, y entre otras consideraciones, porque, en la ya problemática mensurabilidad de la pena en abstracto, en pocos casos puede resultar *de todo punto manifiesto y evidente* que una pena de privación de libertad de más o menos cuantía o una sanción económica de mayor o menor montante sea del todo inútil para alcanzar el fin perseguido; que, sobre todo, una pena menos gravosa permita proteger el bien jurídico de que se trate *en iguales términos*; o, en fin, que carezca de todo equilibrio o ponderación⁵¹.

Así se entiende que nuestro Alto Tribunal, al igual que han hecho otros Tribunales Constitucionales⁵², haya negado, por ejemplo, que no es contrario a este principio la pena prevista por insumisión establecida en su momento por el Código Penal⁵³; o que tampoco sean desproporcionadas las medidas de seguridad previstas para los enajenados mentales en función de su peligrosidad social⁵⁴, etc.

Otra cosa es que, al margen de la pena abstracta (proporcionalidad *en la ley penal*), en el plano del *proceso aplicativo* de la pena al caso concreto, pueda el órgano judicial infringir la *proporcionalidad en la aplicación* de la ley penal, hipótesis ésta más factible, con independencia de cuál sea el proceso o procesos en los que pudiera repararse una tal lesión⁵⁵. Así, el Tribunal Constitucional español tiene afirmado que es

⁴⁹ Además del trabajo monográfico del Prof. LASCURAÍN, *La proporcionalidad de la norma penal*, en el presente número, véase la introducción a la jurisprudencia constitucional núm. IV.1.

⁵⁰ Antes de ofrecer un fundamento más sólido a esta afirmación es obligado notar que: 1) aludimos aquí a la cuantía de la pena (en sentido amplio) y queda fuera de nuestra consideración cualquier otra dimensión como la finalidad a la que sirve, etc.; y 2) hablamos de la proporcionalidad de las penas en términos de exigibilidad constitucional, como es claro.

⁵¹ Sobre la intensidad del escrutinio que cabe ejercer, *vid.* además núm. VIII.

⁵² V. gr.: el TCF alemán desestimó una cuestión de inconstitucionalidad por entender que no era contraria al principio constitucional de proporcionalidad una pena de dieciocho años por narcotráfico, que se le impondría a un ciudadano en caso de concederse la extradición (cfr. Sentencia de 31 de marzo de 1987, págs. 16-17, y la jurisprudencia allí citada); o la *U.S. High Court*, una pena de cadena perpetua por posesión de droga, en la Sentencia de 27 de junio de 1991, a la que más adelante se alude.

⁵³ Cfr. STC 55/1996. Dichas penas son de prisión menor en sus grados medio o máximo (de dos años, cuatro meses y un día a seis años) y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

⁵⁴ Cfr. STC 24/1993.

⁵⁵ Aunque en sentido desestimatorio, es de notable interés en la materia la Sentencia de la *U.S. High Court* de 27 de junio de 1991 (caso *Allen Harmelin, Petitioner v. Michigan*), no ya por la extrema dureza de la pena impuesta en relación con el delito cometido (cadena perpetua por estar en posesión de 672 gramos de cocaína), sino porque el Tribunal hace un largo excurso sobre el principio de proporcionalidad de las penas en la Constitución en un sistema en que, a diferencia de otros, prescri-

posible la desproporción en algunas de las aplicaciones concretas que de la norma penal se hagan, a las que pueda tildarse de inconstitucionales. «Mas la eventualidad de tales aplicaciones no empaña el juicio que la norma, en sí misma considerada, merece. Si eventualmente en algún caso de desproporcionada aplicación la inconstitucionalidad se produjera, están abiertas las vías de corrección y de rectificación a través de los recursos ordinarios en la vía judicial a través del recurso de casación, por no tratarse de actividad discrecional sino reglada, y, finalmente, a través del recurso de amparo constitucional ante este Tribunal en la medida en que se hayan violado los derechos fundamentales y las libertades públicas que a este Tribunal toca proteger»⁵⁶.

— Por ejemplo, el Tribunal Supremo norteamericano, en la Sentencia de 20 de mayo de 1996 (*BMW v. Gore*)⁵⁷, anuló una decisión judicial por la que se condenaba a una empresa al pago de una suma absolutamente excesiva y desproporcionada. La declaración de inconstitucionalidad, en este caso, tuvo por objeto una resolución judicial, no una norma penal; tampoco se trataba, en rigor, de una pena privativa de libertad, sino de una indemnización civil con un claro contenido sancionatorio en la medida en que, además de resarcir el daño realmente producido, pretendía imponer un severo castigo, como es característico del sistema de responsabilidad de aquel país. La *Supreme Court* calificó de «groseramente excesiva» la indemnización impuesta por el jurado del Tribunal Supremo de Alabama a la empresa BMW. La Sentencia revocada había condenado a la citada empresa al pago de 2.000.000\$ en compensación por los daños causados al comprador (Dr. Gore) de un vehículo de la marca, como consecuencia de unos desperfectos de fábrica, valorados en 4.000\$, que fueron ocultados con pintura. El contenido sancionatorio superaba, pues, en 500 veces el daño realmente causado⁵⁸. En realidad, y aunque la Sentencia abunda en el argumento de la desproporción del castigo impuesto⁵⁹, sin duda pesa en la *ratio decidendi* el hecho de que las consecuencias de la infracción no estaban suficientemente tipificadas o, por mejor decir, el castigo no era razonablemente previsible (téngase en cuenta que fue fijado *ad casum* por un jurado), tal, como, por otra parte, luce en otras sentencias más cercanas en el tiempo y en el espacio, como la STC 151/1997 (honor militar y pérdida de la profesión).

be expresamente que no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas (Enmienda VIII). Con todo, para su valoración, no ha de olvidarse el limitado papel de ese Tribunal en el esquema federal. Por otra parte, en el ámbito sancionatorio, constituye ésta una hipótesis frecuente, como se desprende de la jurisprudencia de la Sala Tercera del T.S. *Vid.*, sin embargo, *infra*, núm. VIII.2.

⁵⁶ STC 19/1988, fundamento jurídico 8. Un ejemplo de proporcionalidad en la aplicación de la sanción, v. gr., en la STEDH de 23 de septiembre de 1998, caso *Malige v. Francia*.

⁵⁷ Núm. 94-896. Para los analistas, un *leading case*, por más de un concepto.

⁵⁸ Es evidente, añade la sentencia, que la Constitución no traza una línea que se resuelva en una simple fórmula matemática para hallar la proporción o el equilibrio razonable, pero cuando se llega a una *ratio* tan impresionante como la de 500 a 1, es cierto que la resolución judicial produce un verdadero *shock* en el justiciable, que se ve de ese modo sorprendido por una reacción del ordenamiento absolutamente imprevisible. En realidad, pues, de lo que se trata es de indagar si el infractor podía esperar esa sanción. A este propósito, además de la proporcionalidad que ha de presidir la relación «infracción-sanción», el Tribunal destaca otros dos criterios auxiliares: el comparativo y el de la gravedad de la pena, lo que le permite fortalecer el argumento de la desproporción.

⁵⁹ Incluso llega a sostener que «la sanción impuesta no puede justificarse con el argumento de que resultaba necesaria para evitar futuras infracciones, sin considerar si hubiera podido fijarse una alternativa menos dramática para alcanzar tal fin. El hecho de que una sanción multimillonaria mueva a un cambio de política no arroja ninguna luz sobre el tema relativo a si con un efecto disuasorio menor se hubieran protegido adecuadamente los intereses de los consumidores de Alabama. A falta de datos de experiencia sobre incumplimiento de requisitos legales, no hay base suficiente para aceptar que una sanción más moderada no hubiere sido suficiente para inducir al pleno cumplimiento de cuanto se desprende de lo establecido por el Tribunal Supremo de Alabama en este caso».

Distinto es que el juicio de proporcionalidad se integre o complemente con otros tests, en particular con lo que podríamos calificar de «proporcionalidad relativa» o, mejor, de coherencia interna del sistema punitivo, de paralelismo o congruencia de determinadas penas o sanciones entre sí, bien sea en la ley o en su aplicación por la jurisprudencia⁶⁰. Pero, en tal hipótesis, nótese bien, la eventual inconstitucionalidad sería reconducible hacia otros parámetros (arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad, v. gr.) antes que a la desproporción de la sanción⁶¹. No faltan pronunciamientos jurisprudenciales en los que se utiliza el argumento «comparativo» con otras penas o sanciones más como razonamiento *ad abundantiam* que como criterio autónomo del que hacer derivar una declaración de inconstitucionalidad, bien para rechazar la pretendida desproporción de una pena⁶² o, por el contrario, para fortalecer la conclusión de que la sanción era desproporcionada⁶³.

Ahora bien, una cosa es discutir la *cuantía* de la pena en cuanto a su proporción, perspectiva de la que acabamos de ocuparnos, y otra, la penalización de la conducta en sí misma, esto es, si *el recurso a la pena privativa de libertad* resulta ser estrictamente *necesario* en el sentido y a los efectos del test de proporcionalidad (en la ley, de nue-

⁶⁰ En la Sentencia del *U.S High Court* del caso *BMW v. Gore*, antes citada, este recurso argumental es evidente, si bien al servicio de un objetivo en parte diferente: demostrar que el castigo impuesto no era razonablemente previsible, a cuyo propósito, además de cotejar la sanción cuestionada con las de carácter penal y civil, compara las sanciones previstas en el mismo y en otros Estados para conductas similares.

⁶¹ Piénsese, por ejemplo, en el sistema sancionatorio establecido por la legislación en materia de circulación de vehículos de motor y seguridad vial y la distinción entre la infracción por exceso de velocidad y por no identificar al conductor infractor. En este supuesto, cabría cuestionar la coherencia interna del sistema, su razonabilidad. Pero no podría decirse, a nuestro juicio, que la sanción por circular a más velocidad de la permitida o por no colaborar con la Administración sean, en sí mismas consideradas, desproporcionadas.

⁶² Así, en el caso de los insumisos: STC 55/1996. La jurisprudencia del Tribunal recuerda que no puede ser tenida en cuenta la presunta vulneración del principio si no es por relación con algún precepto específico de la Constitución (así, v. gr., STC 55/1996, fundamento jurídico 3; ATC 293/1997, etc.). En el fondo de esas dudas elevadas ante el Tribunal subyace un cierto reproche de incoherencia o de desigualdad entre penas, por entender el órgano proponente que no existe un motivo objetivo o razonable para la cuestionada diferencia en el tratamiento penal de determinadas conductas. *Vid.*, asimismo, SSTC 161/1997, fundamentos jurídicos 11 y 12, y 234/1997, fundamento jurídico 8, Sentencia esta última que expresamente admite, en línea con las dudas suscitadas, que la diferencia en la sanción de conductas debe enjuiciarse desde la perspectiva de la proporcionalidad, no de la igualdad.

Ilustrativa resulta la STC 19/1988, fundamento jurídico 7: «Aunque por muy evidentes razones la mera comparación legislativa no puede servir para fundamentar aquí nuestro juicio, sí conviene advertir, para mejor entender esta última referencia a un ordenamiento extranjero, que el llamado “arresto sustitutorio” por impago de multa es expediente legal que, con unas formulaciones u otras, aparece recogido en otros ordenamientos inspirados en principios constitucionales que pueden decirse próximos, en cuanto a este punto, a los nuestros (así, como ejemplo, art. 43 del Código Penal y arts. 459.e y 459.f de la Ordenanza Procesal Penal de la República Federal de Alemania, art. 10 del Código Penal austríaco y art. 49 del Código Penal suizo). Y tampoco sobraría reseñar, en el mismo orden de consideraciones, que el sistema legal en este punto previsto en el ordenamiento de la República italiana —finalmente invalidado por la Sentencia antes citada— difería de nuestro actual, al menos en dos aspectos de trascendente importancia...».

⁶³ Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de 20 de mayo de 1996, referida.

vo). Aunque excede en mucho del objeto de nuestro análisis, por razones análogas, parece aún más problemática la mensurabilidad de esta otra dimensión.

— Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional húngaro, en Sentencia de 5 de noviembre de 1997, tuvo ocasión de declarar que el legislador sólo puede hacer uso de los instrumentos del Derecho penal en relación con los derechos fundamentales (allí, el derecho de asociación) cuando sea absolutamente necesario y se justifique a la luz del principio de proporcionalidad y siempre que los valores constitucionales no puedan ser protegidos por otros medios. La penalización, pues, será necesaria cuando no resulten útiles otras sanciones legales. Con todo, y a pesar de esa afirmación de principio, el citado Tribunal concluyó que el legislador tenía derecho a decidir si era necesario configurar como ilícito penal el abuso del derecho de asociación y prefirió otro enfoque para declarar su inconstitucionalidad. En efecto, como ha ocurrido con otros Tribunales en supuestos análogos⁶⁴, también el húngaro optó por entender que la norma penal resultaba excesivamente amplia y vaga y, por tanto, contraria al principio de seguridad⁶⁵.

IV. LA IRRENUNCIABILIDAD DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA CONSIGUIENTE NECESIDAD DE SU TECNIFICACIÓN

Si el juez no dispusiera de un test suficientemente elaborado para discernir el umbral a partir del cual una restricción adquiere relevancia jurídica por desproporcionada y, así y todo, lo aplicara intuitiva o implícitamente, mayor sería el riesgo, bien de activismo, bien de denegación de justicia. La eventual huida del test de proporcionalidad por parte del juez, cualesquiera que sean las razones (complejidad, potencial desviación en su aplicación, etc.) haría tanto más probable —y he aquí la paradoja— la aparición de los problemas que acaso se pretendieran conjurar con su silencio.

La razón práctica de esa paradoja, a mi entender, reside en la irrenunciabilidad del juicio de proporcionalidad en el mundo de los derechos y libertades. En efecto, la experiencia muestra —y basta un examen analítico de la jurisprudencia de los jueces de los derechos fundamentales para comprobarlo— que no es posible sustraerse ni escapar a la implacable lógica de la proporcionalidad⁶⁶. Al fin y al cabo, no es sino una de las expresiones

⁶⁴ V. gr.: STC 151/1997 (honor militar y pérdida de la profesión); Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *Reno v. American Civil Liberties Union* (cit. en el informe norteamericano), etcétera.

⁶⁵ Vid. *Bulletin on Constitutional Case-Law, Venice Commission, Council of Europe*, de 1997.

⁶⁶ Con independencia de cuanto se indica en la introducción a la jurisprudencia constitucional que se contiene en el presente número, y en la que se da cuenta de numerosas sentencias constitucionales que aplican con naturalidad el juicio de proporcionalidad, y de los informes nacionales, es suficiente para verificar este aserto un rápido examen por la justicia constitucional de tantos países europeos:

— Así, la lectura del *Bulletin on Constitutional Case-Law, Venice Commission, Council of Europe*, de 1997, publicación que recoge lo más sobresaliente de la jurisprudencia, lo evidencia. He aquí una

más primarias de la justicia y de la cláusula del Estado de Derecho. Sacrificar inútilmente el ejercicio de un derecho; gravarlo más allá de lo necesario para hacer realidad el fin que se pretende; o satisfacer un objetivo legítimo a costa de generar a todas luces más perjuicios que beneficios, por ejemplo, son conclusiones que, cuando se desprenden inequívocamente del acto o norma enjuiciados, la jurisdicción no puede por menos que constatar.

Con una u otra construcción argumental, no faltan ejemplos en la jurisprudencia de los países de nuestro entorno cultural expresivas de esta inercia. En un Estado de Derecho, cualquier juez o tribunal tenderá a oponerse a una medida restrictiva absoluta y manifiestamente inútil, excesiva o desequilibrada⁶⁷. Si, por ejemplo, la detención provisional se prolonga de forma manifiestamente innecesaria, se lesiona el derecho a la libertad personal; si la propia información genética en poder de la Administración sanitaria resulta accesible a otra Administración sin competencias directas en la materia, se atenta de forma desproporcionada contra el derecho a la intimidad, e igualmente si el legislador estableciera trabas completamente inútiles para acceder a la jurisdicción, etc.

La conclusión de su carácter irrenunciable se desprende por sí sola: el adecuado manejo del principio, su sólida fundamentación, permitirá un

selección de sentencias, algunas de sumo interés, que aplican el principio de proporcionalidad en ese período:

Sentencias del Consejo Constitucional francés de 22-4-1997 (97-389 DC); de la Corte Constitucional italiana de 23-7-97 (271/197); del Tribunal Federal suizo de 19-3-97 (igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres e igualdad en el resultado), 16-4-97 y 12-11-97 (libertad religiosa y velo de una profesora); de la Corte de Arbitraje belga núms. 7, 40, 41 (límites legales a la investigación de la paternidad), y 54/97; del Tribunal Supremo neerlandés de 21-3-97; del Tribunal Constitucional húngaro de 19-3-97 (libertad de prensa), 1-7-97 y 5-11-97 (la penalización de conductas como último instrumento); del Tribunal Constitucional austríaco de 7-10-97; del Tribunal Constitucional polaco de 21-5-97, 28-5-97, 24-6-97 y 15-10-97, todas sobre temas de particular interés (aborto, secreto de las comunicaciones, secreto bancario); del Tribunal Constitucional esloveno de 16-1-97 (libertad de empresa), 30-1-97 (libertad de profesión) y 23-5-97, de notable importancia; del Tribunal Constitucional checo de 6-3-97; del Tribunal Supremo de Estonia de 11-6-97, etc.

— Con mayor razón, interesa recordar la constante utilización por el TEDH y el TJCE. Por lo que hace al primero, entre las más recientes, destacan las siguientes Sentencias: de 29 de enero de 1997 (*Boychelkia v. Francia*); 21 de octubre de 1997, caso *Boujlifa v. Francia*; 23 de octubre de 1997, caso *The National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society and the Yorkshire Building Society v. Reino Unido*; 16 de diciembre de 1997, caso *Camenzind v. Suiza*; 19 de diciembre de 1997, caso *Brualla Gómez de la Torre v. España*; 30 de enero de 1998, caso *United Communist Party of Turquia and others v. Turquia*; 19 de febrero de 1998, caso *Edificaciones March Gallego, S.A., v. España*; 19 de febrero de 1998, caso *Kaya v. Turquia*; 24 de febrero 1998, caso *Larissis and others v. Grecia*; 25 de mayo de 1998, caso *The Socialist Party and others v. Turquia*; 10 de julio de 1998, caso *Tinnelly & Sons Ltd. and others and McElduff and others v. Reino Unido*; 10 de julio de 1998, caso *Sidiripoulos and others v. Grecia*; 23 de septiembre de 1998, caso *Malige v. Francia*; 23 de septiembre de 1998, caso *McLeod v. Reino Unido*; etc.

Por otra parte, y aunque el documentado estudio del tema en el Derecho Comunitario en el presente número hace innecesaria toda cita, merecen destacarse, a nuestro juicio, en el año 1997, las Sentencias del TJCE de 27-2-97 (asunto 177/95); 15-4-97 (asunto 27/95); 26-6-97 (asunto 368/95).

⁶⁷ Al margen de la obligada remisión a los informes nacionales, pueden ser ilustrativas algunas expresiones jurisprudenciales que han servido para anular determinadas medidas por desproporcionadas: «... ningún hombre en su sano juicio adoptaría tal resolución...» (*judicial review* en Gran Bretaña); «nadie prende fuego en su casa para hacer una chuleta de cerdo» (Tribunal Supremo norteamericano); la medida es abiertamente irrazonable (Corte Constitucional italiana, entre otros), etc.

uso equilibrado y eficaz y, lo que es más importante, una reducción de las posibilidades de invasión de la esfera reservada a los demás poderes o de prestación de una tutela deficiente de los derechos y libertades frente a la injerencia.

V. DELIMITACIÓN NEGATIVA Y DISTINCIÓN CONCEPTUAL DE LA PROPORCIONALIDAD EN RELACIÓN CON ALGUNOS PRINCIPIOS Y TÉCNICAS AFINES

1. *Ponderación de bienes e intereses y principio de proporcionalidad*

Excede en mucho del presente estudio preliminar el deslinde entre la ponderación de bienes e intereses y el principio de proporcionalidad⁶⁸. En una mera aproximación al tema, podría decirse, en primer término, que la ponderación constituye un género más amplio, que comprende y admite juicios o perspectivas diferentes, mientras que la proporcionalidad *en sentido propio* no es más que una de sus modalidades posibles, tan sólo preocupada por la razonable relación de costes y beneficios⁶⁹. El juicio de proporcionalidad, pues, como especie o variante de la ponderación de bienes e intereses.

En segundo lugar, en los supuestos de conflicto o colisión entre derechos, la proporcionalidad *en sentido amplio* constituye un criterio más de la ponderación, con todos sus ingredientes (utilidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*). En caso de conflicto, el término de comparación del juicio de proporcionalidad está compuesto por derechos enfrentados: la restricción de una libertad (medio) en beneficio de otra (fin)⁷⁰. Aun presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un

⁶⁸ La ponderación de bienes e intereses constituye una técnica tan profusamente invocada y, desde luego, utilizada, como poco definida. En términos muy simples, consiste en el análisis comparativo entre diversos bienes, derechos o valores jurídicos, íntimamente entrelazados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en el entendimiento de que en conjunto forman un sistema unitario. Analiza los elementos en conflicto, sus recíprocas interacciones, y su línea de frontera, lo cual, por lo pronto, requiere identificar el contenido básico de cada una de las partes en juego.

A título meramente introductorio, puede verse H. SCHNEIDER, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten* (1979).

⁶⁹ Cfr. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, cit., pág. 22 (nota 35).

⁷⁰ Para proteger una libertad se limita otra, en el marco de una relación multilateral: intervención pública, de un lado, y, de otro, cuando menos dos sujetos, titulares de derechos constitucionales. Pero, por lo demás, no hay diferencia sustancial o de esencia con los supuestos que, por contraste, podríamos calificar de *bilaterales*: intervención pública en aras del interés general (protección de otros bienes o valores) *versus* un único derecho o libertad; es decir, en los casos en que la finalidad de interés general perseguida por el sacrificio no se dirige inmediatamente a la mejor satisfacción de otro derecho. Cuando la colisión es abierta o directa, las dos magnitudes que se comparan en el test de proporcionalidad envuelven a derechos constitucionales: la finalidad guarda inmediata relación con la salvaguarda de una libertad, aunque el medio ideado —y ahí radica la cuestión capital o su singularidad— afecte, bien a otros titulares de ese mismo derecho, o bien a otra libertad constitucional.

derecho en favor de otro. La proporcionalidad se pondrá, una vez más⁷¹, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte⁷².

Algunos ejemplos:

— Es desproporcionado anular 420.000 votos y la proclamación de siete Diputados ante las dudas relativas a 249 votos y a la proclamación de un candidato. La Sentencia impugnada, y anulada en el proceso de amparo, había hecho una ponderación desproporcionada, pues en su intento de proteger y salvaguardar el derecho de sufragio activo de algunas personas (finalidad) dispuso un medio (la anulación de las elecciones) que afectaba a ese mismo derecho (23.1 CE), si bien de un mayor número de ciudadanos, así como a otro derecho fundamental (el que descansa en el art. 23.2 CE), de aquellos candidatos que habían salido elegidos. En las dos magnitudes (fines y medios), como es obvio, aparecen involucrados derechos constitucionalmente garantizados y, además, el sacrificio excesivo e innecesario respecto de ciertos derechos (23.1 y 23.2) en mucho mayor número de titulares es consecuencia de la intervención pública (aquí una sentencia)⁷³.

— Para reparar la lesión del derecho fundamental del art. 25.1 CE —consecuencia de la imposición de sanciones a parlamentarios por el Presidente de la Asamblea— y del art. 23.2 CE —al haber sido suspendidos sin cobertura legal de su condición de Diputados— sería «desproporcionado para los derechos e intereses de los restantes miembros del citado cuerpo legislativo y de sus representados», dejar sin efecto todas las deliberaciones y decisiones tomadas por la Asamblea⁷⁴.

— A título de ejemplo también, en los supuestos de colisión entre el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen, de un lado, y la libertad de expresión o el derecho a la información, de otro, el Tribunal Constitucional —en el plano de la aplicación del Derecho— enjuicia si la ponderación realizada por el órgano jurisdiccional —intervención pública— ha sido, entre otras cosas, *proporcionada*, esto es, si en la defensa de uno de los derechos en cuestión (finalidad) se ha generado un sacrificio desproporcionado de los otros derechos enfrentados⁷⁵. En efecto, en la vía de amparo, al Tribunal Constitucional corresponde determinar si el órgano judicial ha realizado una ponderación constitucionalmente correcta de los derechos constitucionales en cuestión entre cuyos elementos destaca el juicio de proporcionalidad⁷⁶. «Técnica

⁷¹ Vid. la introducción a la jurisprudencia constitucional núm. II.

⁷² El principio de proporcionalidad se integra e involucra —aunque sin disolverse— dentro de los criterios que tanto el legislador como, en particular, el aplicador del Derecho, han de considerar cuando se enfrentan a situaciones de conflicto entre derechos constitucionalmente garantizados.

⁷³ Cfr. STC 26/1990, fundamento jurídico 11.A. En iguales términos, entre otras, STC 24/1990, fundamento jurídico 6.

⁷⁴ Cfr. STC 136/1989, fundamento jurídico 4.

Aquí se ha de ponderar, desde la perspectiva de la proporcionalidad, una finalidad (la *reparación* de dos derechos fundamentales vulnerados por una sanción) y unos medios. Es, pues, el propio Tribunal Constitucional el que se ajusta expresamente al principio de proporcionalidad, dentro del marco que la legalidad aplicable le autoriza, advirtiendo a este propósito que el art. 55.1 LOTC «permite graduar la respuesta constitucional a la vulneración de los derechos fundamentales en función no sólo de las propias exigencias del derecho afectado, sino también de la necesaria preservación de otros derechos o valores merecedores de protección».

⁷⁵ Véanse, v. gr., SSTC 172/1990, fundamento jurídico 4; 219/1992, fundamento jurídico 4, etc.

⁷⁶ Cfr., v. gr., STC 219/1992, fundamento jurídico 2, y la jurisprudencia allí citada.

Algunos pronunciamientos emplean el término «desproporción» o «sacrificio desproporcionado» como sinónimo de uso o ejercicio abusivo de un derecho por parte de uno de los titulares (p. ej., del derecho a la información en detrimento del derecho al honor: STC 219/1992, fundamento jurídico 4), sin que, en rigor, por tanto, puedan homologarse estos supuestos con lo que aquí se contempla.

de ponderación que, con carácter general, es apropiada en supuestos de concurrencia en el ejercicio de derechos... Y es de observar que, en última instancia, tal ponderación no constituye una labor hermenéutica sustancialmente distinta de la de determinar el contenido de cada uno de los derechos en presencia y los límites externos que se derivan de su interacción recíproca»⁷⁷.

2. Razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad

La dificultad para delimitar *razonabilidad* y *proporcionalidad* depende, quizá más que en ningún otro caso, del grado de abstracción o de amplitud con que uno u otro sean concebidos. Acaso por ello no se haya encontrado el consenso necesario entre la jurisprudencia o la doctrina⁷⁸.

Si admitimos que la razonabilidad de la intervención pública es susceptible de albergar en su interior otras perspectivas o consideraciones que la estrictamente relacional, o de medio a fin, que importa a la proporcionalidad, cabría advertir, a nuestro limitado propósito, una nota diferenciadora, con apoyo en la propia jurisprudencia, y en virtud de la cual, la razonabilidad se predicaría de la medida en sí, esto es, de su justificación racional, con carácter absoluto, al margen y con independencia de cualquier otro factor o circunstancia concurrente, por contraste con la proporcionalidad que, según sabemos, no existe en abstracto: algo es o no proporcionado siempre por relación. Ahí agota toda su virtualidad. Una norma o un acto de aplicación podrían resultar manifiestamente irrazonables, carentes de toda explicación racional, y, por tanto, arbitrarios, pero no necesariamente desproporcionados. Y, al revés: una restricción determinada puede ser razonable o no arbitraria y, en cambio, resultar excesiva o innecesaria en el caso. La irrazonabilidad lo es *per se*, en tanto que la desproporción lo es *per relationem*.

Otra cosa es que, a la inversa, se quiera calificar también de irracional o irrazonable toda desproporción constitucionalmente relevante, aludiendo de ese modo a una suerte de irracionalidad en razón del medio arbitrado⁷⁹. Desde luego, así puede entenderse la jurisprudencia, tanto española⁸⁰

Entre otras consideraciones, el uso abusivo le es imputable al titular del derecho, en tanto que la desproporción de una medida es predicable, de ordinario, del poder público; asimismo, STC 94/1994, fundamento jurídico 3 (sobre uso abusivo e ilegítimo del derecho de información, etc.).

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Merece destacarse el reciente esfuerzo de R. K. ALBRECHT, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab. Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedankens in Abgrenzung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Duncker & Humblot, Berlín, 1995; o el artículo, más descriptivo, de G. LOMBARDO, «Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 1997, págs. 939-986. Algunos autores han denunciado la pobreza de contornos que presenta la razonabilidad, como LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, cit., pág. 298 (nota 35). Otros hablan de «mera tautología», «fórmula vacía de contenido», etc. *Vid.* una más detallada referencia doctrinal en M. JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, 1985, págs. 87 y ss.

⁷⁹ Se distinguiría así entre una razonabilidad en abstracto o absoluta y una razonabilidad por relación o relativa (proporcionalidad).

⁸⁰ Así, por ejemplo, en el ámbito de la proporcionalidad en aplicación de la ley, en los supuestos de interpretación judicial de los requisitos de acceso a la jurisdicción a la luz del art. 24.1 CE.

Veamos, en el epígrafe siguiente y por vía de ejemplo, cómo opera el principio en ese contexto de criterios que, según los casos y el tipo de proceso, cabría considerar para concluir en la conformidad constitucional de la intervención pública (norma o resolución administrativa o judicial) sobre los derechos y libertades que la Constitución reconoce, para poner de relieve el modesto papel que le cabe cumplir.

2. *La proporcionalidad, uno de los tests que mira a la legitimidad de la injerencia*

En términos muy simples, y aunque cada derecho ofrezca una estructura y fisiología propias, podría ensayarse una disección ideal, en función de su objeto, entre aquellos *límites* a la actividad limitadora que poseen un carácter *externo* al derecho mismo, porque miran a la legitimidad de la intervención pública en sí, al margen y con independencia del impacto que realmente produzcan sobre el derecho afectado, de aquellos otros que, por el contrario, pretenden levantar un muro de contención que rodee y proteja el contenido del derecho y que, por contraposición, podríamos denominar *internos*.

Así, entre los primeros, cabría destacar aquellos que miran si la intervención legislativa y administrativa respetan la *reserva de ley* para los derechos fundamentales (reserva genérica *ex art. 53.1 CE*, o específica en relación con algunos derechos); si la injerencia de la Administración se ha sujetado al *principio de legalidad*, entendido como existencia de norma jurídica previa (art. 103.1 CE); si el fin de la medida es compatible con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico; si se han observado, según los casos, normas de *procedimiento* (v. gr., art. 33.3 CE) o el *deber de motivar* la resolución (p. ej., en relación con los derechos de los arts. 17 o 18 CE); los principios de interdicción de la *arbitrariedad* y el de *seguridad jurídica* (art. 9.3 CE), etcétera; y, naturalmente, el *principio de proporcionalidad*. La injerencia deviene ilegítima sin más si infringe cualesquiera de estos límites. Entre los segundos, sobresale el respeto del *contenido esencial* (art. 53.1 CE) o, si se prefiere, del contenido constitucionalmente garantizado. Se trata, en todo caso, de criterios autónomos, cuya lesión o inobservancia no entraña ni acarrea la de los demás.

Piénsese, por ejemplo, en la expropiación forzosa como forma de intervención sobre el derecho de propiedad (art. 33 CE). Para su enjuiciamiento global, cabría distinguir entre aquellos límites externos, que escudriñan la legitimidad de la expropiación en sí (si responde o no a una causa de utilidad pública o interés social; si ha seguido el procedimiento previsto; si tiene base legal suficiente; también si no es manifiestamente desproporcionada para la satisfacción del fin que persigue, etc.); de un lado y, de otro, los de carácter interno, que enjuician si se ha respetado el contenido del derecho (un justiprecio que pueda ser calificado de equivalente económico)⁹².

⁹² A título de ejemplo en relación con el derecho de propiedad, valga la remisión a la obra colectiva *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (nota 25), págs. 37-38.

3. *La proporcionalidad de la injerencia y el respeto del contenido constitucionalmente garantizado por el derecho afectado no son términos equivalentes*

En suma, pues, en el esquema general del control de constitucionalidad de las leyes —y por extensión de sus actos de aplicación—, el principio de proporcionalidad representa un límite externo más a la actividad limitadora⁹³, en tanto que el contenido esencial se sitúa entre los límites internos. Con todo, interesa reseñar, finalmente, que, aun cuando la proporcionalidad sea también un control material, no suplanta ni absorbe a la técnica del contenido esencial, la principal garantía sustantiva de los derechos constitucionales. Una cosa es, en efecto, que la injerencia sea legítima y proporcionada, por no existir un medio alternativo más moderado, y otra, muy diferente, que por ello y sin más, sea también respetuosa con el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho en cuestión⁹⁴.

Como otras muchas sentencias constitucionales (entre tantas, las SSTC 207/1996 o 37/1998)⁹⁵, la STC 50/1995⁹⁶, aquí recogida a efectos ilustrativos, tiene la virtud de discernir el juego propio del principio de proporcionalidad, sin disolverlo con las restantes garantías constitucionales de los derechos y libertades ni, en consecuencia, con sus respectivos tests de constitucionalidad. A este propósito, y de forma muy sintética, la citada Sentencia recuerda: 1) que, entre otras garantías, la finalidad perseguida por la medida limitadora del derecho ha de ser legítima en sí misma en términos constitucionales y además motivada, sin perjuicio de los requisitos específicos establecidos en relación con el art. 18 CE (fundamentos jurídicos 5 y 6); y 2) que, en todo caso, la medida limitadora ha de respetar el contenido esencial del derecho, que resulta intangible (art. 53.1 CE) (en igual sentido, recientemente, la STC

⁹³ Desde esta perspectiva más amplia, parecen deshacerse ciertos equívocos, como el creer ver en la proporcionalidad la reina de todas las garantías, o, en una dirección contraria, una *nebulosa*, impermeable a la técnica y cuyo mero uso lleva anudados graves peligros.

⁹⁴ Nos alineamos abiertamente con la tesis más clásica, hoy quizá en retroceso, del carácter absoluto del contenido esencial del derecho. No es posible dar cuenta aquí del debate ni de los argumentos que la avalan. Para la tesis relativa, si una medida resulta proporcionada y, en general, ponderada, es, sin más, respetuosa con ese contenido esencial.

Sucede, en efecto, que, bien por una concepción relativa del contenido constitucionalmente garantizado, bien, más sencillamente, por la dificultad que entraña una indagación más profunda en el caso concreto, no faltan, dentro y fuera de nuestras fronteras, pronunciamientos que parecen moverse en la dirección contraria, y para los que todo se resuelve, con renuncia explícita a un previo análisis acerca del contenido garantizado con carácter absoluto por cada derecho, en una suerte de ponderación con ingredientes, más o menos explícitos, de proporcionalidad. Por ser gráficos: se trata de concepciones o de praxis, que ante la colisión de dos o más derechos, o de uno frente al interés general, no se plantean si una de las partes en conflicto ha podido invadir la calzada ajena (hipótesis no admitida), sino, tan sólo, las circunstancias del caso, para resolver también *ad casum* (v. gr.: a dónde se dirigía cada uno, cuál era su finalidad, etc.). Por el contrario, aquí entendemos que, ante una colisión, ha de indagarse previamente quién ha ocupado el espacio ajeno, esto es, cuál es la parcela de libertad que a cada uno le corresponde y que, en ningún caso, puede ser suprimida aun cuando el sacrificio o su total ablación pudiera estar justificada por altos fines.

⁹⁵ *Vid.* la introducción a la jurisprudencia constitucional que se contiene en el presente número de la Revista.

⁹⁶ Cfr. fundamento jurídico 7 (inviolabilidad del domicilio).

57/1994, fundamento jurídico 6); 3) que el principio de proporcionalidad no se confunde, pues, con tales garantías sino que tiene un ámbito propio, del cual resalta la STC 50/1995 uno de sus elementos, el de necesidad de la intervención, consistente en guardar «una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales» (cuya infracción, por cierto, en el caso examinado, determinará la estimación del recurso de amparo)⁹⁷.

En un orden lógico, la proporcionalidad, como límite externo, precede al juicio acerca del impacto que la medida produce sobre el contenido. Así, la expropiación puede ser proporcionada al fin que persigue, pero no respetuosa con el contenido del dominio, por una indemnización insuficiente. Y, al revés: a todas luces innecesaria, aunque el justiprecio sea adecuado.

VII. EL PELIGRO DEL SUBJETIVISMO JUDICIAL Y DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL LÍMITE «ESTRELLA» FRENTE A LA ACTIVIDAD LIMITADORA

Los reproches tradicionales de que ha sido objeto, no tanto el principio de proporcionalidad como tal, esto es, en cuanto principio general, de rango constitucional, sino más exactamente, alguna de sus concepciones o aplicaciones, tuvieron un escenario y una época concretas (en esencia, el suelo germánico y en la época del auge que siguió a su alumbramiento). Podrían sintetizarse en dos las reservas formuladas por la doctrina «media» a esas eventuales patologías:

— La primera consiste en advertir que el *abuso* de la proporcionalidad representa un arma en manos del aplicador con la que introduce su propia apreciación subjetiva en la norma, como si de un caballo de Troya se tratara; la reblandece, al administrar en cada caso los rigores de la ley, atentando así contra el principio de seguridad jurídica.

Esa potencial extralimitación judicial de sustitución de la libertad del legislador o de la discrecionalidad administrativa se neutraliza desde un correcto entendimiento del principio de proporcionalidad, en los términos ya apuntados y a la luz del control que le es lícito ejercer al juez (en

⁹⁷ En el contexto del entero sistema de garantías constitucionales, «no es suficiente» —en palabras de la propia STC 50/1995— con que la medida limitadora sirva a un fin perfectamente legítimo, que ésta se haya motivado y, en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, haya sido adoptada por el juez e, incluso, que respete el contenido esencial, sino que, además, debe ser proporcionada. Es claro, pues, que «no es suficiente hacer valer un interés general» (STC 57/1994, fundamento jurídico 6), pues bien se comprende, como se ha dicho en la STC 37/1989 (fundamento jurídico 7), que si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, para relativizarse, toda eficacia. Si se admite que cada una de esas garantías tiene un ámbito que le es propio, una función específica, la lesión de una no tiene que acarrear la de la otra y, a la inversa, la legitimidad del fin y el respeto del contenido esencial del derecho no empece a la eventual infracción del principio de proporcionalidad.

suma, para que el test dé positivo la desproporción ha de ser absolutamente manifiesta y evidente)⁹⁸.

— La segunda crítica se dirige en realidad contra quienes conciben la proporcionalidad en un sentido polivalente o con un protagonismo desmedido, a modo de ponderación omnipresente, una especie de síntesis de las garantías constitucionales frente a la actividad limitadora de los poderes públicos. Es, así entendida, la garantía de las garantías, que ensombrece, cuando no disuelve, a las demás y, en especial, a la del contenido constitucionalmente garantizado. Supone, entre otras consecuencias, una renuncia explícita a indagar cuál sea el espacio o parcela de libertad a cada derecho reconocido: si la restricción es desproporcionada, resultará legítima, aunque desaparezca el derecho. Ciertamente, este debate es fiduciario de las distintas concepciones de la teoría general de los derechos fundamentales. Baste por nuestra parte apuntar que aquí se sostiene una visión contraria a esa corriente, alejada de cualquier pretensión de entronizarlo como supraprincipio que todo lo puede⁹⁹.

VIII. TEST DE CONTROL: JUICIO DE LO ABSOLUTAMENTE MANIFIESTO Y EVIDENTE. LA VIABILIDAD DEL PRINCIPIO

1. La proporcionalidad se enmarca dentro de los controles sustantivos o de fondo (como el test del contenido esencial; de la arbitrariedad o razonabilidad, por ejemplo). Mira al corazón de la decisión misma adoptada por el legislador en el ámbito de su libre esfera de actuación; en el interior de la potestad discrecional de la Administración; o de los poderes de apreciación del juez.

En lo a que a la complejidad del análisis se refiere, el control de proporcionalidad, rectamente entendido, ocupa una posición intermedia. De un lado, no consiste en un mero examen formal (si el acto o norma enjuiciada tiene cobertura o base legal suficiente; o si se han respetado las reglas de procedimiento; si se ha motivado la autorización judicial; v. gr.), sino que escudriña su sustancia o contenido material para indagar si, en su libre arbitrio, el poder público ha realizado una ponderación desproporcio-

⁹⁸ Vid. los núms. III.2 y VIII siguiente. El principio de proporcionalidad representa un criterio elaborado de autocontrol, en primer lugar, para el propio Tribunal Constitucional frente al legislador. Al trazar la línea de frontera de lo que le está o no permitido a la ley, desde la perspectiva de los medios utilizables para la consecución de sus fines, deslinda la línea divisoria a partir de la cual la acción del legislador deviene inconstitucional por desproporcionada. Pero al mismo tiempo señala cuál es *a contrario* y en positivo la libre esfera de actuación que le resta al legislador. Si a ello se añade que esa frontera se sitúa bien «lejos» o, si se quiere, que tan sólo se proscribe una pequeña porción de terreno, parece claro que la formulación técnica de este principio conjure los riesgos de invasión o de activismo judicial.

⁹⁹ Vid. *supra*, núm. VI.3. Desmedidos pueden ser también, desde el punto de vista de su ámbito de actuación, los intentos de llevar la regla de la proporcionalidad, como única vara de medir, a otros campos ajenos al binomio «poder público-libertad».

nada. De otro, sin embargo, no supera en dificultad a los restantes controles sustantivos, de los que no se diferencia esencialmente (todos, además, requieren elementos de juicio en su interior). Es más: el test de proporcionalidad se articula en torno a un término de comparación, que le sirve de marco (como un juicio de «dos dimensiones»), en tanto que, por ejemplo, la «razonabilidad» de una resolución, a los efectos del artículo 24.1 CE; la objetividad del criterio discriminador de cara al art. 14 CE, o la arbitrariedad de una norma según el art. 9.3 CE, entre otros, trascienden esas coordenadas, para exigir un juicio de «tres dimensiones», de mayor calado y abstracción, no circunscrito ni encerrado en un concreto término de comparación. Ciertamente, puede errarse en su aplicación al caso, o simplemente discreparse de la conclusión, como respecto de cualquier otro control o juicio (de igualdad, del contenido esencial, etc.), pero sin que ello autorice a pensar que carece de todo referente que le dé soporte y fiabilidad¹⁰⁰.

2. Por lo demás, y como ya nos consta, para que la desproporción del sacrificio adquiera relevancia jurídica, ésta ha de ser absolutamente manifiesta, inequívoca y patente¹⁰¹; valorada sobre la base de la información de que se disponía en el momento de su adopción¹⁰², esto es, ha de ser *a priori* completamente inútil, innecesaria o desequilibrada, sin que sea legítimo, pues, un análisis retrospectivo, dimensión política ésta que corresponde al legislador¹⁰³.

La jurisprudencia constitucional ha estimado que una norma es inconstitucional por desproporcionada cuando tal conclusión era de todo punto patente, clara y manifiesta¹⁰⁴. Al concluir en la desproporción de la medida respecto del fin perseguido, no ha dudado en subrayar sistemáti-

¹⁰⁰ En todo caso, parece apresurada la crítica, según la cual, el principio de proporcionalidad no consiente aplicaciones mecánicas, de mera subsunción, generando entonces una profunda inseguridad. Esa falta de certidumbre por la imposibilidad de la subsunción automática es, sin embargo, característica de la norma constitucional. El juicio de proporcionalidad no es más *incierto* o *inseguro* que el exigido por otros preceptos constitucionales, como los atinentes a tantos principios, bienes, valores o derechos constitucionalmente protegidos.

¹⁰¹ *Vid. supra*, núms. I.1.a), II.2, III.1 y 2, etc.

¹⁰² Tal es la posición de la doctrina mayoritaria. *Vid.*, sobre este tema, el voto particular a la STEDH de 23 de septiembre de 1998, caso *McLeod v. Gran Bretaña*.

¹⁰³ La dogmática de la proporcionalidad no representa, pues, en modo alguno, una simplista transposición de las categorías propias del Derecho Administrativo, donde nació, hacia la esfera del legislador. Una cosa es que algún autor alemán, como FORSTHOFF, hace décadas, esto es, en el momento en que fuera *adoptado* y *adaptado* por la jurisprudencia constitucional, formulara reparos a esa operación, y otra, muy distinta, que hoy día suponga un ingenuo intento por parte de la jurisprudencia europea y constitucional comparada de tratar al legislador como a la Administración.

Por lo demás, y aunque ello no sea tampoco nuevo ni específico de esta problemática, no es de aplicación al legislador la doctrina de los conceptos jurídicamente indeterminados y de la discrecionalidad, como técnica del control judicial de la Administración pública, habida cuenta la distinta posición de uno y otro respecto de la Constitución y el ordenamiento.

¹⁰⁴ Así, entre otras, la STC 209/1988, fundamento jurídico 6, en punto al art. 14 CE (igualdad en la ley) entiende que las consecuencias de la norma considerada eran *patentemente* desproporcionadas, es decir, la diferenciación realizada por la ley en relación con la tributación por el impuesto sobre la renta entre matrimonios y parejas de hecho.

camente que se trata de un juicio de absoluta evidencia: «... no cuesta apreciar entre la prohibición de comerciar y los objetivos que han llevado a establecerla una relación desmesurada de medios a fin...»¹⁰⁵; la norma «ha establecido una restricción y una limitación del ejercicio de la libertad de expresión que resulta evidentemente desproporcionada...»¹⁰⁶, etc.

Paralelamente, y en consecuencia, el Tribunal Constitucional no puede revisar el juicio de oportunidad que el legislador haya verificado en el marco que la Constitución le permite, pues aunque no le está permitido prescindir de los límites constitucionales, éstos no le imponen —de ordinario— una solución precisa y unívoca¹⁰⁷. «En un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diverso signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas»¹⁰⁸. «Lejos, pues, de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional»¹⁰⁹.

3. La densidad del control jurídico es distinta según se trate del legislador o de los poderes públicos que interpretan y aplican las leyes.

«La posición constitucional del legislador... obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener

¹⁰⁵ Cfr. STC 66/1991, fundamento jurídico 4.

¹⁰⁶ STC 199/1987, fundamento jurídico 12.

¹⁰⁷ Cfr. STC 55/1996, fundamento jurídico 6. Estas palabras, referidas a la política criminal del legislador, son plenamente trasladables a otros muchos ámbitos. A esta STC se refieren también las 76 y, sobre todo, 88/1996.

¹⁰⁸ Cfr. STC 11/1981, fundamento jurídico 7; doctrina conocida que reiteran las SSTC 55/1996, fundamento jurídico 6, o 88/1996, fundamento jurídico 4, que se han ocupado del alcance del juicio de proporcionalidad de las medidas legislativas.

¹⁰⁹ Cfr. SSTC 55/1996, fundamento jurídico 6; 88/1996, fundamento jurídico 4. *Vid.*, asimismo, la STC 75/1992, fundamento jurídico 2.

Estas declaraciones son plenamente congruentes con otros pronunciamientos del Tribunal (v. gr., SSTC 66/1985, fundamento jurídico 1, y, en iguales términos, 99/1987, fundamento jurídico 4.b), sólo en apariencia aún más proclives al reconocimiento de un mayor margen de apreciación en favor del legislador, apariencia que se desvanece si se hace una atenta lectura del caso concreto enjuiciado y de las alegaciones formuladas por los recurrentes, en suma, de los antecedentes de esas Sentencias. Al margen de que no se encontraba ningún derecho en juego con la supresión del recurso de inconstitucionalidad previo, que era el asunto que allí se ventilaba, el argumento del recurrente, en síntesis, se resolvía en afirmar que existen otros medios alternativos menos lesivos. En efecto, el Tribunal respondió que «la desproporción de los medios empleados por el legislador para alcanzar el fin que se le atribuye es, en los términos en los que el recurrente la ofrece, resultado de un juicio político, en cuyo mérito este tribunal no puede entrar y sólo podrá hacerlo cuando esa falta de proporción implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza» (*ibidem*). Pertenece al terreno de la libre valoración política, según nos consta, la elección de unos medios u otros para la persecución de un fin previamente fijado y, en consecuencia, la mera existencia de un medio alternativo menos restrictivo no convierte en desproporcionado al primero.

lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes...»¹¹⁰. Al fin y al cabo, «el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas»¹¹¹.

En términos constitucionales, el legislador goza de un amplio margen de maniobra o apreciación o, si se prefiere, en expresión clásica, tiene «derecho a equivocarse». Lo que no impide, sin embargo, que el primer destinatario del principio sea el legislador, no ya por el dato formal de que la proporcionalidad tiene su asiento en el Derecho europeo y rango de principio constitucional, sino más precisamente en función de su contenido y razón de ser¹¹².

El hecho de que el Tribunal Constitucional ejerza de ordinario, respecto de todos los poderes públicos, un juicio de evidencia y razonabilidad no empece a que, como han hecho otros Altos Tribunales, pueda eventualmente densificar su control en función de la mayor gravedad y relevancia de la injerencia¹¹³, o del derecho afectado¹¹⁴.

3. Desde el punto de vista de su efectividad práctica, el segundo de los criterios, el de la necesidad de la intervención, puede alcanzar una mayor incisividad en ciertos casos, como atestigua la jurisprudencia europea y constitucional comparada¹¹⁵. Con todo, aunque entrañe un juicio o escrutinio más intenso o activo, que no *activista*, en pro de la búsqueda de una alternativa más moderada, ésta ha de ser igualmente eficaz que la prevista por el poder público¹¹⁶. Por otra parte, el principio de idoneidad le-

¹¹⁰ Cfr. STC 55/1996, fundamento jurídico 6.

¹¹¹ *Ibidem*. De ahí cabría inferir *a contrario* —y en teoría— una mayor intensidad en el control de la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales. En relación con el poder judicial, el TC, ya desde época temprana (v. gr., STC 62/1982), ha tenido ocasión de hacer alguna reflexión acerca del tipo de control de proporcionalidad que le está permitido.

¹¹² Téngase en cuenta que jueces y tribunales aplican ante todo «la proporcionalidad» que el legislador haya establecido. La Administración no puede utilizar más medios útiles que los previstos en las normas, ni elegir cualquier alternativa imaginable —como el legislador, sólo vinculado por la Constitución—, sino seleccionar entre los medios que la ley ha predeterminado, etc., sin perjuicio, claro es, de que a su vez los aplicadores del Derecho deban interpretarlo de conformidad con la Constitución.

¹¹³ Así, p. ej., el TCF alemán (*vid.* el informe nacional, núm. III.3).

¹¹⁴ V. gr., la *U.S. High Court* en relación con el derecho a la igualdad, para cuyo enjuiciamiento, por encima del control normal o estándar (test de razonabilidad), ejerce un escrutinio o control más estricto, tanto porque exige la presencia de un interés general predominante, cuanto por la necesidad de acreditar la inexistencia de un medio alternativo no discriminatorio (*vid.* informe nacional). También el TEDH ejerce un control más severo respecto de ciertos derechos, como el derecho de asociación en relación con los partidos políticos (así, STEDH, de 30 de enero de 1998, caso *Partido Comunista Unificado de Turquía v. Turquía*, núm. 46); libertad de expresión (*vid.* el estudio correspondiente, núm. II.1.b), etc. En Holanda y en España (jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo), el juez no se limita a anular la sanción desproporcionada, sino que, en términos positivos, llega a determinar cuál es la sanción más proporcionada, lo cual, por otra parte, resulta discutible, etc.

¹¹⁵ *Vid.* los informes nacionales, particularmente el norteamericano, en el que se pone de manifiesto que la proporcionalidad según Europa es allí conocida por este test o criterio (principio de la alternativa más favorable o menos restrictiva).

¹¹⁶ *Vid. supra*, núm. II.2.

vanta una barrera tan visible, al proscribir todo sacrificio absoluto y manifiestamente inútil, que su lesión resulta altamente improbable¹¹⁷.

El juicio de proporcionalidad en sentido propio es el utilizado, o invocado, con mayor profusión por la jurisprudencia. Llevado a sus últimas consecuencias, llama, en rigor, a una previa escala de valores a cuyo trasluz realizar esa singular medición, pues, de lo contrario, no sería más que una simple fórmula o parámetro de control de carácter meramente formal, vacío de contenido material, sin criterio decisorio alguno en su interior. Ha de tomar prestado alguna «unidad de medida» que permita utilizar la balanza. Probablemente la máxima concreción que quepa hacer consista en medir la relación de medios y fines, *en términos de razonabilidad y evidencia*, a la luz de la estructura de valores que asume cada Constitución, del peso específico que se le haya atribuido a los intereses objeto de la ponderación (piénsese así en los límites necesarios o propios de una sociedad libre y democrática, a que alude la jurisprudencia del convenio como «unidad de medida»). De hecho, tal parece ser la posición de la jurisprudencia europea y comparada cuando, en esta sede, sostiene, en expresión casi idéntica, que el medio y el fin elegidos deben guardar una proporción razonable.

IX. UNA REFLEXIÓN FINAL

— La lógica que subyace a la idea de proporcionalidad (moderación, justicia distributiva, etc.) ha aflorado inevitablemente, en cada tiempo y lugar, por distintos poros, hasta cristalizar más modernamente, a fuerza de su uso artesanal por la jurisprudencia, en técnica jurídica, presente en los más variados ámbitos y expresiones (en el mundo de lo punitivo; de la distribución y división de poderes tanto horizontal, como, sobre todo, vertical; en la defensa de la libertad, etc.). Es justamente en este último sentido —la proporcionalidad como límite de la actividad limitadora de la libertad— donde esta doctrina ha adquirido mayores cotas de tecnificación y progreso. Tal es su magnitud que la *denominación de origen*, «principio de proporcionalidad», ha quedado reservada a la operación de enjuiciamiento, de revisión en tres niveles, de la injerencia sobre la libertad, señaladamente frente a la intervención legislativa.

— Reducir o juzgar el principio de proporcionalidad por la proporcionalidad de las penas —la parte por el todo—¹¹⁸; olvidar que representa un control sustantivo más¹¹⁹; desconocer su articulación y alcance, para luego aplicarlo intuitiva o implícitamente¹²⁰; confundir las críticas a concretas patologías, como una censura o sospecha generalizada, la periferia con el centro —de nuevo la parte por el todo—¹²¹, o, en suma, la falta de contexto en el espacio y en el tiempo en su encuadramiento, acaso sean los princi-

¹¹⁷ No es, pues, que haya sido ignorado por la jurisprudencia constitucional o la del Convenio, por ejemplo, sino, más bien, que, además de estar implícito en el de necesidad, tiene una importancia menor. Por lo demás, es lógico que la jurisprudencia explicita sólo aquellos aspectos o criterios que dicen directa relación con el caso planteado.

¹¹⁸ *Vid. supra*, núm. III.

¹¹⁹ *Vid. supra*, núms. VI y VIII.

¹²⁰ *Vid. supra*, núm. IV.

¹²¹ V. gr., núm. VII.

pales «enemigos» de que el principio juegue el papel, útil aunque limitado, que le cabe cumplir. Más lo lastra, sin embargo, la «sobredosis» en su uso o, mejor, abuso, no ya por lo que de reduccionismo de las garantías supone, sino también de pereza intelectual en el intérprete o aplicador cuando todo desemboca en un juicio de proporcionalidad, al precio de que perder el perfil y el contorno que le son propios para convertirse en un caprichoso y subjetivo supraconcepto —sinónimo de moderación o equilibrio, así, sin más—. Pero no es ése, desde luego, un problema que aqueje a la jurisprudencia europea o a la constitucional española.

— Como la técnica del contenido esencial y otros controles sobre el fondo, también la proporcionalidad representa una garantía constitucional en favor del individuo; un muro sustantivo, pues, a respetar por el legislador¹²²; un instrumento, en suma, en manos de los jueces, no un objeto de laboratorio; algo que se deja reconocer en cada caso, antes que definir o agotar dogmáticamente¹²³.

¹²² Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 7.a), en relación con el contenido esencial.

¹²³ Como tampoco, y valga la imagen, cabe encerrar *a priori* la infinidad de movimientos de la bola de billar, sino tan sólo advertir que ha desbordado sus límites.

Bibliografía

Javier Barnes

Habida cuenta las referencias bibliográficas que se contienen en el *Estudio preliminar*, en los diversos artículos y en los respectivos informes nacionales, no resta aquí sino recapitular, por vía de remisión, algunas de las fuentes más sobresalientes, de un lado (I), así como, finalmente, apuntar ciertas pautas metodológicas, de otro (II).

I. En primer lugar, para una introducción bibliográfica general en el panorama comparado, singularmente en el área germánica, y a mayor abundamiento de lo que se recoge en el presente número, puede consultarse la bibliografía citada en algunos trabajos que la incorporan¹. La hondura dogmática del tema explica que en Alemania siga acaparando la atención de no pocas tesis doctorales² y escritos de habilitación³, así como de innumerables artículos doctrinales y de análisis de jurisprudencia constitucional⁴. Para una introducción sintética y equilibrada del estado de la

¹ Por ejemplo, mi artículo «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», *RAP*, núm. 135 (1994), señaladamente en los epígrafes núms. I y II.

² Con carácter general —hay otras tesis doctorales sobre la aplicación del principio a ámbitos concretos—, pueden citarse: M. Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Ed. C. Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, trabajo éste de interés por el esfuerzo de síntesis que representa; R. DESCHLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot. Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, Ed. F. Vahlen, München, 1989.

³ Desde la de R. v. KRAUSS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (1955) y, sobre todo, de P. LERCHE *Übermaß und Verfassungsrecht* (1961), hasta la de L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (1981), o G. HAVERKATE, *Rechtsfragen des Leistungsstaats. Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln* (1983).

⁴ Son clásicos, por ejemplo, los trabajos de M. GENTZ, «Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen», *NJW* 1968, 1600-1607; U. LANGHEINEKEN, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (tesis doctoral, 1972); E. GRABITZ, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *AöR* 98 (1973), 568-616; B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht* (1976); R. WENDT, «Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot», *AöR* 104 (1979), 414-474; H. SCHNEIDER, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*, (1979).

cuestión presenta especial utilidad K. STERN⁵. Por último, una de las visiones críticas más agudas e influyentes, frente a la desmesura del principio en aquel ordenamiento, ha sido la de F. OSSENBÜHL⁶.

Abundan las monografías recientes en países de nuestro entorno, como en Francia y Bélgica⁷; Holanda⁸; Italia⁹; etc.; así como los estudios sobre el Derecho Europeo y Comparado¹⁰.

Son muchos los estudios especiales en relación con algunos derechos y a ellos se hace alguna alusión en la Revista. Baste notar que, del mismo modo que los viejos derechos fundamentales ofrecen resistencia frente a nuevas formas de injerencia (v. gr.: ante el poder informático)¹¹, el principio de proporcionalidad, como escudo que acompaña al derecho, ha encontrado aplicación en terrenos hasta ahora inexplorados y de indudable relevancia (p. ej., intimidad e integridad personal frente a la información genética)¹².

II. Un tema tan mediatizado por el Derecho Comparado y la jurisprudencia requiere, a nuestro juicio, algunas cautelas elementales para su estudio:

a) En lo que al Derecho Comparado concierne, resulta obligado beber en las fuentes directas —normativas, jurisprudenciales y doctrinales—, así como abundar en la doctrina y jurisprudencia dominantes para hallar la media más representativa, si se quiere obtener un retrato ajustado de la

⁵ *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, Beck, 1994, especialmente páginas 761-837.

⁶ *Maßnahmen mit dem Übermaßverbot*, en *Wege und Verfahren des Verfahrenslebens*, F.S. für Peter Lerche, Beck, München, 1993. Desde otra perspectiva no menos interesante, E. SCHMIDT-ASSMANN, «Kommunale Selbstverwaltung», en F.S. für Horst Sendler, 1991.

⁷ Sobre estos dos ordenamientos: *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1995.

⁸ A. DE MOOR-VAN VUGT, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief*, W. E. J. Tjeenk Willink Zwolle, 1995.

⁹ D. U. GALETTA, *Prinzipio de proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel Diritto amministrativo*, Milán, 1998.

¹⁰ N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, 1996; *Le Contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, Paris, 1995; J. SCHWARZE (editor), *Das Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluß. Zur Konvergenz der mitgliedstaatslichen Verwaltungsrechtsordnungen in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 1996; C. POLLAK, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*, Nomos, Baden-Baden, 1991; F. ERCAMORA, «Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im österreichischen Recht sowie aus der Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention», en H. KUTSCHER y otros, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985; etc. O extensos artículos, como el de G. DE BURCA, «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», en *Yearbook of European Law*, 13, 1993, págs. 105-149; etcétera.

¹¹ Sobre este tema, *vid.* la introducción a la jurisprudencia constitucional, núm. VIII.

¹² *Vid.*, por ejemplo, H. D. C. ROSCAM ABBING, «La información genética y los derechos de terceros. ¿Cómo encontrar el adecuado equilibrio?», así como J. F. MALEM SEÑA, «Privacidad y mapa genético», ambos en la *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2/1995.

institución, lo cual exige, desde luego, una muy cuidada selección bibliográfica y documental, con lo que ello a su vez entraña (conocimiento de un panorama más amplio, asesoramiento específico, etc). Si la nutrición no fuere la adecuada, obvio es decirlo se obtendría una visión deformada. Por lo mismo, preciso es comenzar por los cimientos, por la estructura más básica, antes que por el detalle, la sutileza o la última polémica lateral, etc. Así, por ejemplo, en nuestro caso, si el estudio se iniciara por las críticas, las más de las veces perfectamente suscribibles, esgrimidas por autorizada doctrina contra ciertos excesos surgidos en Alemania, en una determinada época, se entablará un difícil diálogo entre ordenamientos: aquí, se traerá una síntesis de esa crítica, el antídoto, cuando todavía no se ha producido la patología, quedando entonces incompleto el esbozo de su normal funcionamiento. Constituyen también garantías de rigor, entre otras, la inserción del principio en el contexto de su entero ordenamiento y estructura fundamental, a cuyo trasluz ha de ser abordado, y no sólo desde la exclusiva perspectiva nacional o interna del observador; la prudencia de no homologar fácilmente las diversas categorías jurídicas, por idénticas que parezcan; o la conciencia de que las propuestas de importación o, por contra, de «cierre de frontera» frente a ciertas instituciones o doctrinas, no son necesariamente —y, de ordinario, no lo son— una consecuencia «científica» que se imponga por sí misma; etc.¹³

b) Probablemente, no haya nada más difícil en Derecho que interpretar una Sentencia, que destilar con arte, ciencia y técnica el material válido, inducible de la jurisprudencia. Y, sin embargo, y valga la exageración, es lo único para lo que no se da entrenamiento específico en tantas Facultades de Derecho europeo-continentales. Leer una Sentencia como si de una proposición normativa se tratara, a modo de tratado o manual; ignorar sus antecedentes o el historial procedimental y procesal del que trae causa; o un mínimo análisis previo de quién lo dice, qué y por qué, etc.; o, lo que quizás sea más relevante, olvidar la lógica del caso concreto que la impregna, no son prácticas del todo desconocidas¹⁴.

¹³ Para una mayor ejemplificación, en términos muy simples, permítaseme la remisión a mi trabajo «Una nota sobre el análisis comparado. A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa», en la obra colectiva, coordinada por E. HINOJOSA y N. GONZÁLEZ-DELEITO, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Ed. Cívitas-Junta de Andalucía, Madrid, 1996, págs. 225 y ss., en particular págs. 230-235.

¹⁴ Por decirlo de modo gráfico y en relación con este último extremo: no cabe hacer teoría general de una Sentencia. Un solo ejemplo en esta materia. La STC 55/1996 no puede ser desmembrada de su objeto propio, que no es el legislador «a secas», sino el legislador penal. La importancia de la citada STC ha sido sobrada y justamente subrayada en los distintos estudios del presente número de la Revista. Ahora bien, a nuestro juicio, y en contra de lo que pudiera pensarse, la STC 55/1996 no es «la» Sentencia clave en lo que hace al legislador de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, sino una Sentencia sobre el legislador penal que, sin perjuicio de su notable calidad, rigor y esfuerzo reconstitutivo no añade, por lo demás, elementos sustancialmente novedosos, ni en la materia específica que contempla (la proporcionalidad de la cuantía de la pena), ni, menos aún, en punto a *todos* los derechos fundamentales (y es suficiente, creemos, la remisión a la introducción a la jurisprudencia constitucional que se contiene en la Revista para comprobarlo). Ni tampoco la solemnidad con la que reitera la libre esfera que al legislador (penal) le corresponde, supone doctrina nueva en la jurisprudencia constitucional.

Y todo ello sin perjuicio de que la posición institucional de determinados Tribunales, como la que encarna un Constitucional o un Tribunal Europeo; su específica legitimidad; o la peculiar naturaleza de la norma de la que son guardianes, haga de sus Sentencias, en ocasiones, un producto más próximo a la regla jurídica (singular y complementaria de la norma escrita), que a la labor interpretativa de pura subsunción del presupuesto de hecho en la norma. Lo cual requiere una aproximación distinta y unas herramientas particulares, tanto para el juez como para el aplicador, siempre y cuando esos Tribunales actúen efectivamente más como «co-productores» de normas, eso sí, modestos y subordinados, que como meros y estrictos intérpretes¹⁵.

Solemnidad que, además de ser obligada en el contexto argumental de la Sentencia, también sería explicable en función de otros dos factores: a) que se le pide al Tribunal que examine la proporcionalidad de la cuantía de la pena, tema éste, como sabemos, sobre el que poco puede decir el principio constitucional; y b) que se trata de una pena socialmente contestada, por lo que también parece importante subrayar que su conformidad constitucional nada dice acerca su oportunidad o conveniencia desde otras consideraciones de política criminal.

¹⁵ Ilustrativo resulta el debate norteamericano que reivindica la importación de las técnicas interpretativas clásicas y comunes en Europa cuando el juez se enfrenta a norma positiva y clara, y el paralelo abandono de los métodos de creación jurisprudencial del Derecho (*vid.*, por ejemplo, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. An Essay by A. Scalia*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1995).

Quizás fuera oportuno en nuestro caso el debate inverso a fin de discutir el empleo de las técnicas del modelo anglosajón, propias del *common law*, en aquellos supuestos en que el Tribunal Constitucional o los Europeos han de hacer efectiva y justiciable una norma de un notable grado de abstracción e incomplitud; técnicas, por otra parte, de particular interés no ya para un correcto entendimiento de la sentencia como regla, sino además de autocontrol del Tribunal y su sujeción a unas pautas cuando ejerce un poder tal (sometimiento a la regla anterior; técnica de la distinción; «irretroactividad» de la «norma» alumbrada; etc.). Con independencia de las diferencias de estructura y mentalidad, acaso no haya que distinguir siempre entre sistemas jurídicos, sino por funciones (así, p. ej., cuando el juez constitucional actúe como juez del *common law*, en un sistema de *civil law*).

