

ALGUNAS APLICACIONES E IMPLICACIONES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

SOME APPLICATIONS AND IMPLICATIONS OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Ramón Ruiz Ruiz y Lourdes de la Torre Martínez *

Resumen: El presente trabajo tratará de dar cuenta del concepto y la evolución del principio de proporcionalidad. Se trata de una construcción doctrinal y jurisprudencial alemana que nació con un ámbito de aplicación centrado en el Derecho penal –al que exige la adecuación de la pena a lo estrictamente necesario– pero que rápidamente se extendió a otros ámbitos jurídicos, especialmente a la justicia constitucional, en los que, no obstante, su utilización ha suscitado ciertos reparos en algunos sectores doctrinales.

Abstract: This paper tries to explain the concept and the evolution of the principle of proportionality. It is a German doctrinal and jurisprudential construction which was born focused on the scope of criminal law –requiring the adequacy of the punishment to what is strictly necessary–, but which quickly spread to other areas of law, especially to constitutional justice, in which, however, its use has raised a number of objections.

Palabras clave: Principio de proporcionalidad, derechos fundamentales, Administración pública, Derecho comunitario, discrecionalidad judicial.

Key words: Principle of proportionality, fundamental rights, public administration, European Union law, judicial discretion.

Fecha de recepción: 3-02-2011

Fecha de aceptación: 27-02-2011

1. INTRODUCCIÓN

Como señala Javier Barnés, la construcción jurídica de lo que en sentido amplio significa el “principio de proporcionalidad” es relativamente reciente; sin embargo, la exigencia de que se actúe proporcionadamente en cualquier intervención de carácter estatal sobre los ciudadanos está íntimamente relacionada con la idea de justicia material, por lo que ha estado presente, de uno u otro modo, desde la Antigüedad¹.

En nuestros días, puede afirmarse que el principio de proporcionalidad es un principio vinculado a la dignidad de la persona e inherente al Estado de Derecho, que impone al Estado hacer un uso moderado de su poder y, más en concreto, implica la proscripción de todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado; por ello, los poderes públicos habrán de adecuar el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizar

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén y Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén. ramonrr@ujaen.es - lotorre@ujaen.es. Este trabajo se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El Tiempo de los Derechos” (HURI-AGE).

¹ Vid. Barnes, J., “El principio de proporcionalidad”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, p. 23.

a las circunstancias de cada caso concreto, recayendo sobre ellos la carga de justificar los medios empleados.

Se trata, sin embargo, de un principio que hasta hace bien poco no tenía acogida explícita en los textos positivos y cuya elaboración conceptual y la delimitación de sus criterios aplicativos son una construcción doctrinal y jurisprudencial de origen alemán al que han empezado a recurrir en las últimas décadas gran parte de los tribunales de justicia -y, especialmente, constitucionales-. Asimismo, el principio de proporcionalidad tiene gran relevancia en el ámbito supranacional europeo, donde el T.J.C.E. lo ha reconocido como un principio preeminente que ha aplicado en el enjuiciamiento de las medidas de gravamen de la Comunidad y en el control de las normas y de las resoluciones administrativas. Precisamente, este principio cumple también un destacado papel como canon de control del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, revisando tanto la decisión misma de intervenir como el medio elegido, obligándole así a hacer un balance entre costos y equilibrios de su actuación. Pero donde este principio adquiere su mayor protagonismo es en las cortes constitucionales y, muy especialmente, cuando estas se ocupan de resolver conflictos o tensiones entre derechos fundamentales, donde no cabe aplicar las reglas tradicionales de resolución de las antinomias

No obstante, se trata de un principio que no está exento de cierta polémica, toda vez que su uso ha sido criticado desde determinados sectores doctrinales por considerarlo una puerta abierta al decisionismo, a la discrecionalidad y a la subjetividad judicial por los motivos que más adelante se expondrán.

2. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como hemos señalado, en nuestros días el principio de proporcionalidad es un método habitualmente utilizado por los tribunales, constitucionales o no, y cuya importancia es capital por cuanto la proporcionalidad es “la prueba que debe superar toda medida restrictiva de un derecho constitucional, desde la decisión gubernamental que prohíbe una manifestación en la calle a la resolución judicial que ordena un cierto examen o intervención corporal en un imputado, pasando por la ley penal que establece una determinada privación de libertad como castigo de cierta conducta”².

Sin embargo, como señala Fernández Nieto, estamos ante un concepto más fácil de comprender que de definir³. Vamos, no obstante, a tratar de hacerlo

² Prieto Sanchís, L., “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*, nº 23, 2000, p. 179.

³ Vid. Fernández Nieto, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho común europeo*, Dykinson: Madrid, 2008, p. 290.

de la mano de Barnés Vázquez. El principio de proporcionalidad⁴ podría definirse como “el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser «susceptible» de alcanzar la finalidad perseguida, «necesaria» o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo–) y «proporcional» en sentido estricto, es decir, «ponderada» o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. En suma, pues, la acción estatal –en cualesquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial)– debe ser *útil, necesaria y proporcionada*. A su vez, cada uno de los subprincipios que lo integran (utilidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*) requiere un juicio o análisis diverso en su aplicación: el medio ha de ser *idóneo* en relación con el *fin; necesario* –el más moderado– respecto de todos los *medios útiles y proporcionada* la ecuación *costes-beneficios*”⁵.

Se trata, por tanto, de un principio de carácter relativo, del que no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino solo por referencia al caso concreto; esto es, no proscribire para siempre el empleo de un instrumento cualquiera, ni la persecución de un determinado objetivo, aisladamente considerados, por lo que puede calificarse de “principio relacional”, en el sentido de que compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin⁶.

Por otro lado, en su actual enunciación técnico-jurídica, relativamente reciente, la noción de proporcionalidad aparece íntimamente relacionada –como señalábamos más arriba– con la idea de justicia material y, por consiguiente, ha estado presente, de un modo u otro, a lo largo de toda la historia del pensamiento, no sólo jurídico, sino también moral y filosófico⁷. En este sentido, escribe Fuentes Cubillos que nuestra reflexión sobre la idea de castigo difícilmente puede dejar de advertir que la idea de venganza viene dada como inmanente, siendo esta una de las razones por la cual, aún hoy, la institución de la pena pública se sigue explicando convincentemente con aquellas teorías que

⁴ También conocido en la doctrina alemana y en la jurisprudencia europea y comparada, como “proporcionalidad de los medios”, “proporcionalidad del sacrificio”, “proporcionalidad de la injerencia”, “prohibición de exceso”, etc., si bien, el término que ha hecho fortuna es el de “principio de proporcionalidad” en sentido amplio y comprensivo de los tres criterios que integran el “test alemán de proporcionalidad”.

⁵ Barnés Vázquez, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 135, septiembre-diciembre, 1994, p. 500.

⁶ Vid. Fernández Nieto, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho común europeo*, cit., p. 293.

⁷ Vid. Fernández Nieto, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho común europeo*, cit., p. 277. Abunda en esta idea Bernal Pulido, para quien la relación entre el medio y el fin, que constituye la base epistemológica de la proporcionalidad, se reveló ya como forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica (vid. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2007, p. 44)

mantienen, en mayor o menor grado, el principio de retribución dentro de las funciones de la pena: ante un mal como es el delito, se responde con otro mal, la pena, y entre estas dos razones rige una relación que por un profundo sentido de justicia exige la presencia de una cierta igualdad o equivalencia; de este modo, el componente retributivo vendría a configurarse como el “alma de la pena”. Estas consideraciones –continúa el citado autor– “vienen adquiriendo ropajes jurídicos desde la introducción en la práctica del Talión, idea con antecedentes religiosos que proyectando una noción de equitativa retribución por el delito cometido vino a menguar la atrocidad de las venganzas privadas, lo que se tradujo en términos generales en que la gravedad de la pena impuesta por el poder público se debía graduar en función de la entidad de la lesión jurídica perpetrada. Háyase aquí un germen de la actual idea de proporcionalidad que fue recogido después en la época del nacimiento del derecho penal público y desarrollado a partir de la época de las luces a partir de las surgentes tendencias hacia la humanización de las penas, convirtiéndose hoy en un verdadero principio limitador del *ius puniendi*”⁸.

En efecto, la versión moderna del principio de proporcionalidad se encuentra vinculada inicialmente al ámbito del Derecho penal, en el que prontamente adquirió relevancia, de forma particular, en relación con la determinación de la pena. Sus primeras formulaciones se remontan a las grandes figuras ilustradas de finales del siglo XVIII, como Beccaria, quien hizo referencia a la proporcionalidad en el orden punitivo en su obra *De los delitos y las penas*, en la que se propugnaba que la “pena proporcional a la culpabilidad es la única pena útil”. Este principio recibiría un gran impulso a finales de dicha centuria al ser acogido por el Estado liberal que emerge tras el estallido de la Revolución francesa, hasta el punto de que llegó a positivizarse en el artículo 8 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, que rezaba: “La ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias”.

Entre las primeras formulaciones doctrinales en las que este principio aparece explícitamente –como señala Fernández Nieto⁹–, es habitual señalar el *Polizeirecht* de H. Berg, así como las obras de Mayer, Merkl o Fleiner, para quienes la regla de proporcionalidad se configura como una medida natural de la potestad de la policía, adquiriendo la importancia de un verdadero régimen jurídico. Afirmaban, en este sentido, que de este principio se deriva que la intervención policial debe guardar proporción con el mal que se trata de evitar y que la autoridad debe elegir aquellos medios que menos daño produzcan a los derechos e intereses de los individuos; o, en términos más generales, que la limitación de la libertad individual no debe exceder jamás de la medida

⁸ Fuentes Cubillos, H., “El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, *Ius et praxis*, vol. 14, nº 2, 2008, p. 42.

⁹ Vid. Fernández Nieto, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho común europeo*, cit., p. 281.

absolutamente necesaria y que la intervención gubernativa ha de ser siempre proporcionada a las circunstancias concurrentes en cada caso.

Ahora bien, aunque es cierto que la reivindicación de la proporción en la intervención estatal frente al ciudadano, entendida como prohibición del exceso, surge o, al menos, se explicita en el ámbito penal y en el policial, inmediatamente se traslada a otros ámbitos jurídicos, tales como el Derecho Administrativo y el Derecho público en general, en relación con todo tipo de medidas restrictivas de derechos¹⁰.

La construcción de este principio, tal y como se entiende en la actualidad, es obra fundamentalmente de la doctrina y la jurisprudencia constitucionales y administrativas alemanas, a quienes se debe la elaboración técnica del mismo¹¹. Así, el Tribunal Constitucional alemán reconoció expresamente en 1968 que la “prohibición de exceso” (Übermaßverbot) y el “principio de proporcionalidad” (Verhältnismäßigkeitsprinzip) eran reglas generales aplicables en todos los ámbitos de la actividad estatal, cuyo rango constitucional deriva del principio constitucional del Estado de Derecho del que aquéllas reglas se deducen¹². Y, desde entonces, el alto tribunal alemán ha realizado mediante sus sentencias aportaciones importantes en el reconocimiento del principio, las cuales han ayudado a asentar el concepto de que “en la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango jurídico constitucional. Ese reconocimiento deriva del principio de Estado de Derecho, teniendo como sustrato esencial los derechos fundamentales”¹³. Esta concepción se ha mantenido hasta la actualidad por la jurisprudencia y la doctrina alemana¹⁴.

A partir de ahí, esta doctrina ha sido emulada por otros tribunales constitucionales europeos, hasta el punto de que el sometimiento de las intervenciones estatales en los derechos fundamentales al principio de proporcionalidad ha encontrado incluso algunos reconocimientos constitucionales expresos. Entre ellos, es pertinente mencionar, por proximidad, el artículo 18.2 de la Constitución portuguesa, que prescribe: “la ley solo puede

¹⁰ Y, por supuesto, al ámbito del Derecho procesal penal; en él será punto de partida para delimitar la aplicación de cualquier medida de carácter cautelar o de indagación probatoria que pueda adoptarse en el proceso penal, obligando a atender el necesario equilibrio entre las ideas de libertad y de seguridad y el correcto desarrollo de la búsqueda de una verdad material que no puede pretenderse lograr a cualquier precio.

¹¹ Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2007, p. 13.

¹² Winfried Kluth señala que el Tribunal Constitucional alemán y parte de la doctrina normalmente aluden al principio de prohibición de exceso y muy raramente al de proporcionalidad (vid. Winfried Kluth, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán”, *Cuadernos de Derecho Público*, *El principio de proporcionalidad*, n. 5, septiembre-diciembre 1998, INAP, pp. 220 y ss.

¹³ BVerfGE 19, 342 y BVerfGE 23, 127 (citado en Winfried Kluth, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán”, cit., pp. 219-237).

¹⁴ Numerosas referencias doctrinales y jurisprudenciales pueden encontrarse en Stern, K., *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/2, 1994, 8414 c).

restringir los derechos, libertades y garantías en los casos previstos expresamente en la Constitución, debiendo limitarse las restricciones a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses protegidos constitucionalmente". También el Derecho alemán y el suizo reconocen expresamente este principio, mientras que otros ordenamientos, como el francés o el inglés no mencionan explícitamente su existencia, lo que no impide que la jurisprudencia de ambos países lo utilicen con frecuencia. En el caso español, tampoco existe un reconocimiento explícito del principio de proporcionalidad, como canon de constitucionalidad, aunque –como veremos más adelante– ha ido aplicándose por nuestro Tribunal Constitucional cada vez con mayor frecuencia y precisión, como un principio inherente al valor superior justicia.

Pero este principio no sólo está siendo utilizado por prácticamente todos los Tribunales Constitucionales europeos sino que, como han puesto de relieve Barnés¹⁵ y Häberle¹⁶, constituye un ejemplo claro del Derecho público europeo emergente. Así, por un lado, en el ámbito del Consejo de Europa, la proporcionalidad encuentra su consagración explícita en el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, conforme al apartado segundo de sus artículos 8, y 11 las injerencias en las libertades que consagra sólo son admisibles en cuanto constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para los objetivos que se precisan¹⁷. Y, efectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su jurisprudencia, ha operado con frecuencia con la proporcionalidad para el control de las intervenciones de los Estados miembros que afecte a los derechos y libertades fundamentales que reconoce el Convenio; en este sentido, el Tribunal de Estrasburgo ha manifestado que los Estados miembros tienen un margen de libertad para elegir las medidas y restricciones que juzguen necesarias, reservándose, no obstante, este Tribunal la potestad de comprobar si en cada caso se respetan las exigencias derivadas de la proporcionalidad –las resoluciones de esta Corte tienen gran relevancia, además de por sus efectos directos, por el hecho de que ejercen una clara influencia en los tribunales nacionales que tienen encomendada la salvaguarda de los derechos y libertades públicas–.

También la jurisprudencia comunitaria ha venido desarrollando sistemáticamente este principio desde 1970 en la revisión de normas y

¹⁵ Barnés Vázquez, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, n. 135, septiembre-diciembre, 1994, pp. 485 y ss.

¹⁶ Häberle, P., "Derecho Constitucional común europeo", *Revista de Estudios Políticos*, n. 79, 1993, pp. 7 y ss.

¹⁷ Artículo 8.2. *Derecho al respeto a la vida privada y familiar*. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás (los otros dos artículos están redactados en términos casi idénticos).

resoluciones administrativas que le han sido sometidas a su consideración, hasta el punto de poder calificarse como un supraprincipio que sirve para enjuiciar la legitimidad de toda medida de gravamen que emane la Comunidad. Asimismo, este principio -que no estaba entre los principios generales del Derecho Comunitario originario- fue reconocido en el Tratado de la Unión Europea, concretamente en su artículo 3B, redactado en los siguientes términos: “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”. Más adelante, fue incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, del año 2004 y quedó definitivamente positivizado en el vigente Tratado de Lisboa¹⁸, firmado el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el pasado 1 de diciembre de 2009¹⁹. Dos consecuencias u obligaciones se derivan de su reconocimiento como principio general del Derecho comunitario: 1) que la restricción comunitaria o estatal de los derechos que aquel ordenamiento reconoce sea útil, necesaria y equilibrada para la satisfacción del interés general; 2) que el ejercicio de las competencias de la Comunidad se realice con la menor intensidad posible.

Y, en fin, es de destacar que la consagración de este principio también se ha llevado a cabo en el ámbito de los derechos a nivel europeo con su explícito reconocimiento, en el ámbito punitivo, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 49, que lleva el significativo título “De los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y de las penas”, prevé en su párrafo 3º que “la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”.

¹⁸ El Tratado de Lisboa se integra por el Tratado de la Unión Europea y por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Como novedad, el TUE incorpora el artículo 6 por el cual la Unión otorga el mismo valor jurídico que a los Tratados, a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. Existen ya, por otro lado, importantes artículos doctrinales: Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A., “El Consejo, la Comisión y el Parlamento tras el Tratado de Lisboa”, en Molina del Pozo, C. F., (Dir.), *Treinta años de integración europea*, Lisboa, editorial Juruá, 2009, pp. 147 y siguientes.

¹⁹ Un estudio que refleja el momento de bloqueo previo a la aprobación del Tratado de Lisboa puede consultarse en: Méndez de Vigo, I., “Exposición de Motivos del Informe del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Lisboa (29.01.2008)”, en Méndez de Vigo, I., (dir.), *¿Qué fue de la Constitución Europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, editorial Planeta y Fundación Rafael del Pino, diciembre 2007. La situación comentada ha dado lugar a numerosos encuentros y jornadas. Sirva por todos: el seminario hispano-alemán sobre el Tratado de Lisboa celebrado en Sevilla los días 4 y 5 de junio de 2008 bajo la cuádruple dirección del Prof. Stern, de la Universidad de Colonia, el Prof. Pérez Moreno, de la Universidad de Sevilla, el Prof. Jiménez-Blanco, de la Universidad de Jaén y el Prof. Pielow, de la Universidad de Bochum. Martí del Moral, A., “Crónica sobre el seminario hispano-alemán de Derecho Público después del Tratado de Lisboa”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 70, 2008, pp. 245-253; De la Torre Martínez, L., “Seminario hispano-alemán de Derecho público sobre el Tratado de Lisboa”, *Revista de Administración Pública*, nº 177, 2008, pp. 427-434.

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En la actualidad, el principio de proporcionalidad es un principio incuestionable en Derecho administrativo que, en el caso español, lo hizo suyo desde mediados del siglo XX, con la promulgación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955), cuyo artículo 6 proclamaba la proporcionalidad en el Derecho administrativo español²⁰ como un límite en la intervención de los Entes locales²¹ en materia de particulares, y la jurisprudencia no tardó en incorporarlo como técnica normativa de protección al ciudadano²².

En efecto, este principio –que en este ámbito ha sido definido como “la exigencia de una relación, de una adecuación, entre los medios empleados por la Administración y el fin que persigue”– despliega su vigencia en particular en relación a la imposición de sanciones disciplinarias, pero también en general en cualquier campo de actuación estatal en relación con la restricción de libertades individuales, convirtiéndose en principio rector fundamental que opera como límite material en el ejercicio de aquellas actividad estatal que actúa sobre ámbitos de libertad de los ciudadanos y como instrumento eficaz en el control jurídico de las decisiones discrecionales²³.

Con el fin de contrastar el grado de recepción por el legislador del principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho administrativo resulta obligado partir de la legislación básica estatal, en concreto de la LRJAP y PAC. Lo primero que se advierte es que esta norma no acoge el principio con carácter general y sólo lo consagra de forma expresa en dos ámbitos: la ejecución forzosa

²⁰ Vid. Arroyo Jiménez, L., “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, *Revista para el análisis del Derecho*, Indret, nº 2, 2009.

²¹ Sobre el principio de proporcionalidad y la autonomía local puede consultarse: Sánchez Morón, M., *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid, 1990, pp. 170 y ss; García Morillo, J., *La configuración constitucional de la autonomía local*, Madrid, 1998, pp. 32 y ss; Parejo Alfonso, L., “La autonomía local en la Constitución”, en Muñoz Machado, S., (coord.), *Tratado de Derecho Municipal*, vol. I, Madrid, 2003; Barnés Vázquez, J., “Introducción al Principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 135, septiembre-diciembre, 1994; Sosa Wagner, F., *Manual de Derecho Local*, 6ª edición, Navarra: Aranzadi, 2001, pp. 53 y ss; Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A., “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a García de Enterría*, tomo II, Madrid: Civitas, 1991, pp. 635-650; Ortega Álvarez, L., *El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local*, AGL, 1997; Ortega Álvarez, L., “El modelo español de control sobre las autonomía territoriales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 2, 2003; Barnés Vázquez, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, *El principio de proporcionalidad*, nº 5, septiembre-diciembre 1998, INAP, p. 40; Sarmiento Ramírez-Escudero, D., “El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local”, *Revista de Administración Pública*, nº 162, septiembre-diciembre 2003, p. 155.

²² Prueba de ello son los trabajos de López González, J. I., *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, 1988, Sevilla, pp. 76 y ss; González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra: Aranzadi, 2003.

²³ Vid. Mata Barranco, N.J., *El principio de proporcionalidad penal*, cit., pág. 24.

de los actos administrativos y el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (artículos 96.1 y 2 y 131 LRJAP y PAC). Por otro lado, la legislación autonómica sobre régimen jurídico de la Administración, aprobada con posterioridad a la LRJAP y PAC, se limita en unos casos, a reproducir la Ley estatal, y en otros, no llega a positivizar expresamente el principio de proporcionalidad. Es decir, apenas presta atención al principio de proporcionalidad de la actividad administrativa²⁴. Sin embargo, son numerosos los supuestos en los que la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo emplea el principio de proporcionalidad, y se puede observar cómo, en diversas Sentencias desde 1990, se reitera un planteamiento general del principio para fundamentar en él la estimación o desestimación de las pretensiones de los recurrentes²⁵.

En definitiva, continúa siendo en el ámbito de la legislación sectorial administrativa donde el legislador establece, con mayor incidencia en el ejercicio de libertades, seguridad pública y propiedad, manifestaciones concretas y expresas al principio de proporcionalidad de la Administración. Los supuestos en los que el legislador positiviza expresamente el principio de proporcionalidad en leyes sectoriales son diversos, con lo que refuerza su posición de principio general del Derecho administrativo²⁶. Un ejemplo lo encontramos en la legislación sectorial de telecomunicaciones a la que este

²⁴ Vid. López González, J. I., "El principio de proporcionalidad en Derecho administrativo", cit., pp. 149 y ss.

²⁵ Por el interés que suscita reproducimos su contenido: "Los principios generales del Derecho, esencia del Ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas - artículo 1.4 del Título Preliminar del Código Civil- y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho -artículo 103.1 de la Constitución-. Y es que claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios. Uno de estos principios, reiteradamente invocado por la jurisprudencia, es el de proporcionalidad, que deriva claramente del artículo 106.1 de la Constitución que al dibujar el control jurisdiccional de la Administración alude al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican: aunque en ocasiones este precepto se ha entendido como una alusión a la desviación de poder, su sentido es mucho más amplio y recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. En la misma línea, el principio de proporcionalidad tiene expresión en los artículos 84.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985, y 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. El principio de proporcionalidad, en lo que ahora importa, opera en dos tipos de supuestos: a) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el Ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables. b) Ya con carácter excepcional y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado". Pueden verse, entre otras, las SSTs de 16 de mayo de 1990 y de 18 de febrero de 1992.

²⁶ En el ámbito del derecho administrativo sancionador es frecuente el recurso al principio de proporcionalidad. Valga por todos: Castillo Blanco, F. A., *Principio de proporcionalidad e infracciones disciplinarias*, Madrid: Tecnos,, 1995, p. 30; Nieto García, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid: Tecnos, 2005, p. 351.

principio llega a través del Derecho comunitario²⁷. La Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones de 24 de abril de 1998 (en lo sucesivo LGTT de 1998) no contemplaba la aplicación del principio, con carácter general, en el ámbito de telecomunicaciones. Sin embargo, existían numerosas materias en las que el legislador hacía referencia expresa a este principio²⁸. Por su parte, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTT de 2003) vigente tampoco recoge la aplicación con carácter general del principio de proporcionalidad, como uno de los objetivos y principios de la ley (artículo 3). Pero, frente a la LGTT de 1998 anterior, no sólo amplía los supuestos en los que se hace referencia expresa a la proporcionalidad, sino que además se contempla como principio general aplicable a determinadas materias.

De este modo, tras anunciar la Exposición de Motivos que en materia de tasas a los servicios de telecomunicaciones rigen como principios básicos “la transparencia, la proporcionalidad y su justificación objetiva”, la LGTT de 2003 contempla varios supuestos específicos en los que se invoca y exige, de forma expresa, la aplicación del principio de proporcionalidad. En particular, sucede en varias materias²⁹. Si bien hemos advertido que la LGTT de 2003 no

²⁷ Vid. De la Torre Martínez, L., *La intervención de los Municipios en las telecomunicaciones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 191 y ss.

²⁸ En particular, encontramos tres cuestiones puntuales: a) en la regulación del procedimiento de otorgamiento de licencias individuales, en relación con el Gobierno y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 18. 3 “Se respetará, en todo caso, el principio de proporcionalidad”); b) en el artículo 18.5 (“El Ministerio de Fomento [actual Ministerio de Industria, Turismo y Comercio] o, en su caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán modificar las condiciones impuestas a sus titulares en la resolución de otorgamiento de cada licencia individual, cuando haya una justificación objetiva para ello y respetando el principio de proporcionalidad”); c) y finalmente, en materia de financiación del servicio universal de telecomunicaciones (artículo 39.2 LGTT de 1998).

²⁹ Pueden agruparse en cinco las materias que contemplan expresamente la aplicación del principio de proporcionalidad en la LGTT de 2003: 1. En relación con las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, la Ley contempla la posibilidad de que el Gobierno modifique las condiciones impuestas con arreglo a los “principios de objetividad y de proporcionalidad” (artículo 8.2); 2. En las obligaciones de suministro de información, la Ley exige que las solicitudes de información que se realicen de conformidad con el apartado anterior habrán de ser “motivadas y proporcionadas al fin perseguido” (artículo 9. 2); 3. En materia de mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado y, en concreto, en relación a los mercados en los que se constate la inexistencia de un entorno de competencia efectiva, la Ley exige que las obligaciones específicas que se impongan a los operadores de telecomunicaciones en este sentido “serán proporcionadas y estarán justificadas en el cumplimiento de los objetivos del artículo 3 de esta ley” (artículo 10. 4, párrafo 2); 4. En cuanto a los derechos de los operadores a la ocupación del dominio público y, en particular, en los límites que fija la Ley a la normativa que se apruebe en este sentido por las Administraciones competentes, la Ley prevé que “la entidad de la limitación que entrañen para el ejercicio de ese derecho deberá resultar proporcionado en relación con el concreto interés público que se trata de salvaguardar” (artículo 29. 1). A continuación, recoge una lista de requisitos mínimos que deben contemplar las normas que se aprueben para la regulación de esta materia por las Administraciones competentes y, entre estos, se contempla que las solicitudes de información que se realicen a los operadores deberán ser “motivadas, tener una justificación objetiva, ser proporcionadas al fin perseguido y limitarse a los estrictamente necesario” (artículo 29. 2, letra d); 5. En materia de títulos habilitantes para el uso del dominio

contempla la aplicación del principio de proporcionalidad, con carácter general, como un principio inspirador de la norma en su conjunto, sí que existen tres materias en las que se infiere la aplicación del mismo con carácter general: A) el ámbito de acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión; B) en materia de numeración, direccionamiento y denominación; C) el ámbito de las tasas en materia de telecomunicaciones.

Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia destaca la relevancia del principio de proporcionalidad para determinar la legalidad de las ordenanzas municipales reguladoras de la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones impugnadas³⁰. Ahora bien, lo que no resulta asequible *a priori* es determinar si una ordenanza local sobre telecomunicaciones es proporcionada o no. La eficacia del principio de proporcionalidad sirve de garantía a los operadores de telecomunicaciones que tienen reconocido el derecho a la ocupación del dominio público y se deriva del ordenamiento jurídico (artículo 103.1 CE y artículo 6.3 RSCL) y de la legislación de telecomunicaciones. Lo anterior parece indicar que las exigencias de los Ayuntamientos han de ser examinadas caso por caso y ello puede implicar incluso la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados.

4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Como ya se ha adelantado, el principio de proporcionalidad cobra un claro protagonismo en los casos de conflicto entre otros principios, tales como los derechos fundamentales. En efecto, no todas las normas que integran un determinado Ordenamiento jurídico son iguales, sino que, entre otras muchas clasificaciones, las podemos dividir en *reglas* y *principios*³¹. Así, por ejemplo,

público radioeléctrico, la Ley contempla en dos ocasiones este principio en el artículo 45. En el apartado 3 dispone que “reglamentariamente, el Gobierno establecerá las condiciones no discriminatorias, proporcionadas y transparentes asociadas a los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico” y, en el apartado 5, prevé que el Ministerio de Industria Turismo y Comercio podrá modificar los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico “con arreglo a los principios de objetividad y de proporcionalidad”.

³⁰ En tales supuestos, el Tribunal entiende que la proporcionalidad aquí exigida ha de comprobarse en dos términos “la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho [a la ocupación del dominio público por los operadores de telecomunicaciones] y del interés público que se intenta preservar”. Sirva por todas SSTs de 24 de enero de 2000, de 18 de junio de 2001 y de 15 de diciembre de 2003.

³¹ La distinción se popularizó gracias a un artículo de Ronald Dworkin. Entre los criterios de distinción que propone Dworkin, el más relevante para el tema que nos ocupa tiene que ver con una dimensión que, según su parecer, tienen los principios, pero de la que carecen las reglas: la dimensión del peso o importancia. Así, cuando los principios interfieren unos con otros, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno; pero en este caso no puede haber una mediación exacta, por lo que el juicio respecto de si un principio en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, las reglas no tienen esta dimensión, esto es, no podemos decir que una regla sea más importante que otra, sino que cuando dos de ellas entran en conflicto, la decisión respecto a cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que

Alexy³², entre otros, señala que las colisiones entre principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta a los conflictos entre reglas. En este segundo caso, estamos ante un conflicto que sólo puede ser solucionado, o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimine el conflicto, o bien declarando inválida una de las reglas por medio de alguno de los conocidos criterios de resolución de antinomias (el jerárquico, el cronológico y el de especialidad). Sin embargo, en el caso de conflicto entre principios la solución es muy diferente: en realidad lo que existe no es tanto un conflicto entre ambas normas, sino más bien una *tensión*, y ninguna de ellas goza simplemente de primacía frente a la otra; cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro, pero esto no significa declarar inválido el principio desplazado, ni que en éste haya que introducir una cláusula de excepción, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso; sin embargo, al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido³³.

El problema que surge aquí es que la aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación, como señala Prieto Sanchís³⁴, comporta importantes riesgos de subjetividad valorativa por parte del órgano jurisdiccional correspondiente (desde luego, mucho más que la aplicación de reglas). Y, precisamente, para tratar de solventar, siquiera en parte, este problema y para reducir la discrecionalidad del juez, se ha ido forjando el principio o juicio de proporcionalidad, que consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor; aquí es propiamente donde rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida en la esfera de un principio o un derecho, mayor o más urgente ha de

trascienden las reglas mismas mediante elementos externos a su contenido como, por ejemplo, otras reglas que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior o la posterior o algo similar (vid. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1995, pp. 75 a 78).

³² Vid. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid: C.E.C., 1997, pp. 81 a 98. Otro de los criterios que propone Alexy para la distinción entre reglas y principios radica en que éstos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Es decir, los principios son "mandatos de optimización", caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas, serían "mandatos definitivos" o, lo que es lo mismo, normas que sólo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

³³ Para un análisis más detallado de la distinción entre reglas y principios, véase Ruiz Ruiz, R., "La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho", en *Urbe et Ius*, abril de 2007 (http://www.urbeetius.org/images/PDF/news20_ruizruiz.pdf).

³⁴ Vid. Prieto Sanchís, L., "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", *Doxa*, nº 23, 2000, p. 173.

ser también la necesidad de realizar el otro principio en pugna³⁵. Y es preciso, para demostrar esta circunstancia, conforme a la doctrina y la jurisprudencia comparada, que cualquier medida de intervención en un derecho fundamental cumple con los estos tres subprincipios implicados en el principio de proporcionalidad (también conocido como “test alemán de proporcionalidad”), pues en caso contrario tal medida habría de ser declarada inconstitucional³⁶.

No obstante, la aplicación de este principio no termina de despejar todas las dudas y temores de cierto sector de la doctrina respecto del amplio margen de discrecionalidad de que gozan los tribunales a la hora de aplicar este tipo de normas. Hay, ciertamente, quien defiende que la técnica de la ponderación no es un instrumento adecuado, toda vez que se puede llegar a distintos resultados sobre el peso y el grado de afectación de un principio y de la relación de precedencia en que se encuentra frente a otro principio. Además, si bien puede sostenerse que los dos subprincipios de adecuación y de necesidad tienen un margen de aplicación sin ponderación, su relevancia es discreta. La adecuación solo sirve para determinar cuándo el medio no logra alcanzar el fin buscado, es un criterio que excluye medidas tomadas incompetente o irreflexivamente. Por otro lado, la necesidad, mirada superficialmente, parece ser simple de aplicar, pero esconde la necesidad de determinar, entre otras

³⁵ Alexy añade otros dos elementos que acrecientan la seguridad jurídica y limitan la discrecionalidad judicial, como son: un sistema de condiciones de precedencia y un sistema de prioridades *prima facie*. En virtud del primero de estos elementos, a raíz de la resolución de un conflicto entre principios puede establecerse una ley de colisión, que vale para todas las colisiones de principios similares, que reza: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente”. Así, el que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en cada caso concreto no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para tal caso, sino que pueden establecerse relaciones de prioridad relevantes para la decisión en nuevos casos –no obstante, como pueden surgir otros supuestos de colisión de esos mismos principios en los que las circunstancias sean distintas y, por ello, deberán ser evaluadas, por lo que no es posible construir ningún orden que establezca en cada caso justamente una única decisión correcta–. El segundo elemento lo constituyen las prioridades *prima facie*. Por ejemplo, en una información sobre un delito grave, a la libertad de información le corresponde una prioridad *prima facie* frente a la protección de la personalidad del acusado por el delito. Las prioridades *prima facie* establecen, así, cargas de la argumentación, pero si son más fuertes los argumentos de un principio que juega en sentido contrario, éstas quedan sin vigor. En definitiva, aunque no es posible una única respuesta correcta, sí lo es un procedimiento de racionalización y justificación de la decisión (vid. Alexy, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, n° 5, 1988, pp. 144 a 148).

³⁶ Ahora bien, como también se ha señalado ya, el principio de proporcionalidad opera en otros ámbitos jurídicos y, muy especialmente, en el Derecho administrativo –al que se volverá más adelante–. Así, como señala Perelló, “para comprobar si una medida administrativa supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple tres condiciones: si la medida resulta susceptible de alcanzar el objetivo propuesto, si, además, es necesaria, en el sentido de que no existe otra más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia y, finalmente, si la medida es proporcionada en sentido estricto, esto es, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto” (vid. Perelló Domenech, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Revista Jueces para la Democracia*, n° 28, marzo 1997, p. 69).

cuestiones, el gravamen de los intereses afectados, el grado de satisfacción relevante para considerar que una medida es adecuada para la consecución de un fin y la comparación de la necesidad de medios que afectan distintas clases de intereses. Como puede verse, no solo es una tarea difícil, sino que requiere, en la mayoría de los casos, el recurso a la ponderación en sentido estricto³⁷.

Y concluyen su razonamiento los representantes de esta postura afirmando que los tribunales no cuentan con suficiente legitimidad para llevar a cabo las valoraciones y las apreciaciones que le exige la aplicación del principio de proporcionalidad y puesto que como la aplicación de este principio no puede orientarse por criterios jurídicos completamente certeros, por lo que el intérprete se ve compelido a llevar a cabo valoraciones subjetivas, cada aplicación del principio constituye una intervención ilegítima del Alto Tribunal en la competencia legislativa para configurar la Constitución. De modo que, para ellos, cada vez que un Tribunal Constitucional soluciona los problemas jurídicos de que conoce, en términos de una ponderación entre derechos fundamentales y bienes constitucionales, hace aumentar ilegítimamente su propio ámbito competencial y reduce la esfera de actuación que corresponde al legislador en el proceso de articulación de los intereses sociales y de configuración de la vida política. Esto se debe a que el resultado del juicio de proporcionalidad consiste en una aseveración acerca de la primacía de unos derechos o bienes sobre otros en un caso concreto, pero dicha primacía no puede derivarse estrictamente de las disposiciones constitucionales mediante criterios jurídicos objetivos, por lo que, se concluye, el Tribunal Constitucional termina ejerciendo la labor de definición de las relaciones de predominancia entre derechos, bienes e intereses, que en una democracia corresponde al Parlamento³⁸.

5. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Por lo que respecta a España, nuestro Tribunal Constitucional inicialmente empleó el principio de proporcionalidad con cierta generalidad e indeterminación, si bien en nuestros días cada vez lo hace con mayor firmeza y rigor³⁹, y ha proclamado en numerosas ocasiones que este principio es inherente al Estado de Derecho y al valor de justicia proclamado en el artículo 1.1 CE⁴⁰ y que, en general, ha de ser observado cuando se trata de restringir un

³⁷ Vid. Marshall Barberán, P.: "Los derechos fundamentales como valores", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 10, 2006/2007, p. 217.

³⁸ Vid. Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 199.

³⁹ Para un estudio más completo del uso del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional español, véase: Ruiz Ruiz, R., "La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 10, 2006/2007, pp. 53-77.

⁴⁰ STC 85/1992 (f. j. 4) y STC 111/1993 (F. J. 9).

derecho fundamental⁴¹ -pues, como ya se ha señalado, es éste su principal ámbito de actuación⁴², aunque también se ha empleado en otros ámbitos⁴³-.

Ciertamente, puede sostenerse, con González Beilfuss⁴⁴, que en España, su utilización se ha generalizado a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Aunque este principio no se encuentra constitucionalizado de forma expresa, sin embargo, la noción de proporcionalidad sí se encuentra implícita en diversos preceptos constitucionales, como el que limita la duración de la detención preventiva “al tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos” (art. 17.2) o el que circunscribe las manifestaciones de las libertades ideológica, religiosa y de culto “a las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley” (art. 16.1), entre otros. Asimismo, el empleo del principio de proporcionalidad es obligado como consecuencia de la presencia en nuestra Carta Magna de un amplio elenco de bienes jurídicos, de derechos y de valores, de carácter relativo que, por tanto, son susceptibles de ser restringidos por los poderes públicos. Y a ello hay que sumar el impulso que supuso para el uso de este principio la adhesión de España al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas y, especialmente, la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 10.2 CE.

Son varios los ámbitos en los que el Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de proporcionalidad, como en algunos aspectos relativos a la organización territorial del Estado (STC 37/1981, por ejemplo) o en su ámbito más clásico como es el Derecho penal y, más en concreto, la determinación de las penas (SSTC 65/1986 y 19/1988 entre otras)⁴⁵. Pero es en los casos de

⁴¹ Ejemplos del empleo por parte del TC del principio de proporcionalidad encontramos: en la Sentencia 205/2001, de 15 de octubre (f. j. 4); en la Sentencia 56/2003, de 24 de marzo (f. j. 4). En la doctrina: González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra: Aranzadi, 2003.

⁴² Vid. Barnés Vázquez, J., “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, pp. 333-370; González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 18.

⁴³ Barnés mantiene que el legislador está vinculado al principio de proporcionalidad y al Tribunal Constitucional corresponde su enjuiciamiento. Con mayor razón quedan a él sujetos la Administración y los jueces, en sus ámbitos respectivos, cuando aplican e interpretan el Derecho. Barnés Vázquez, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, *El principio de proporcionalidad*, nº 5, septiembre-diciembre 1998, INAP, p. 20 y ss.

⁴⁴ Vid. González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 15.

⁴⁵ La Constitución española no ha recogido de forma expresa el principio de que las penas sean proporcionales a la gravedad de los delitos, sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional considera que dicha exigencia ha de ser observada por el legislador penal que cuando impone una pena de prisión está limitando, al menos, la genérica libertad personal del artículo 17, sin contar con la eventual lesión de otros derechos. Ahora bien, el Tribunal reconoce que el control

resolución de conflictos o tensiones entre principios constitucionales o derechos fundamentales donde el principio de proporcionalidad ha sido más profusamente empleado por la justicia constitucional. Así, como ya se ha apuntado, a principios de los años ochenta inició el alto tribunal un progresivo proceso de formalización del principio que acabó desembocando en la utilización del *test alemán de proporcionalidad* desde mediados de los noventa.

La primera sentencia en la que el TC alude expresa y conjuntamente a este *test* (integrado por los tres requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) es la Sentencia 66/1995 de 8 de mayo –si bien ni en ésta ni en ninguna posterior ha reconocido explícitamente la influencia ni de la doctrina ni de la jurisprudencia alemanas– Así, en el Fundamento Jurídico 5º, dicha sentencia proclama que:

“Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto –la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes–; 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 estricto, 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”.

Más explícitamente aun lo proclama la Sentencia 207/1996 de 16 de diciembre:

“Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (...) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad (...). En este sentido hemos destacado que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o

jurisdiccional en este sentido debe hacerse con extraordinaria cautela, pues resulta imprescindible respetar “la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”. El juicio de proporcionalidad corresponde, pues, al legislador, de manera que una hipotética fiscalización sólo es concebible en casos verdaderamente extraordinarios; en concreto, cuando se produzca un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable” que lesione “el valor fundamental de la justicia en un Estado de Derecho y de una actividad no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona” (STC 55/1996).

equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

Y, en efecto, son numerosas las sentencias judiciales y medidas administrativas que nuestro Tribunal Constitucional ha dejado sin efecto por entender no superaban el test de proporcionalidad⁴⁶. Un ejemplo relativamente reciente lo encontramos en la Sentencia 14/2003 de 28 de enero:

“Puede acontecer así que, a pesar de haberse producido una intromisión en el derecho del demandante en amparo a la propia imagen, la misma no resulte ilegítima si se revela como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para lograrlo y se lleva a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental (...).

La adopción de una medida como la cuestionada requería ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comportaba, en lo que ahora interesa, en el derecho a la propia imagen del recurrente en amparo, y de otra parte, si la medida era idónea, necesaria, imprescindible y proporcionada para asegurar la defensa del interés público que pretendía proteger (...).

Pues bien, en el presente caso, no puede estimarse que la intromisión que ha padecido el recurrente de amparo en su derecho a la propia imagen se encuentre justificada por los distintos bienes constitucionales e intereses públicos aducidos por la Jefatura Superior de Policía de Valladolid la Sentencia de la Audiencia Nacional y por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en sus escritos de alegaciones. Por el contrario, tal medida no se revela como idónea, necesaria ni proporcionada para alcanzar aquellos bienes o intereses que se dicen perseguir con la difusión a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo”.

6. CONCLUSIONES

A modo de reflexión final podemos decir que el principio de proporcionalidad se deriva de la noción material del Estado de Derecho y, en realidad, de la misma esencia de los derechos fundamentales, que son ante todo derechos de libertad y tiene, por consecuencia, rango constitucional. Cualquier restricción de la esfera de libertad que se encuentra protegida por los derechos fundamentales habrá de respetar con todo escrúpulo el principio de proporcionalidad –cuya vigencia, en cuanto expresión de la cláusula del Estado de Derecho, no se circunscribe a determinados ámbitos del ordenamiento jurídico, sino que constituye una regla que afecta a toda intervención estatal, sea

⁴⁶ Algunos casos: SSTC 37/1998, 136/1999, 136/2000, 89/2006 y 90/2006.

cual fuere su naturaleza (normativa o de aplicación e interpretación del Derecho)-.

De este modo, el principio de proporcionalidad hoy en día constituye un auténtico principio general del Derecho, que se encuentra positivizado en el Derecho Comunitario (Tratado de Lisboa), en la legislación general de Derecho Administrativo y en particular, de forma expresa, en la legislación administrativa sectorial. Se erige, así, en un instrumento clave de control y cobra especial relevancia debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente cuenta la Administración. A esto ha contribuido en gran medida una importante jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional que, desde fechas tempranas, viene aplicando el principio de proporcionalidad –y en los últimos tiempos también el Tribunal Supremo en materias sectoriales–.

No obstante, la aplicación del principio de proporcionalidad en sede constitucional también tiene su lado oscuro o, cuanto menos, controvertido. Concretamente, como afirma Marshall, cuando un Tribunal Constitucional “pondera valores y con ese mecanismo determina reglas aplicables a un caso concreto, interviene en el espacio competencial destinado a la decisión legislativa. Esto significa que la soberanía popular se viola por una teoría autorreferencial del Tribunal, que se atribuye la potestad de crear la norma (regla) aplicable, no solamente de determinar la aplicación de una regla preexistente, además de la potestad de aplicarla. El carácter definitivo de la solución judicial, en este caso de desmoronamiento de la separación de poderes, derrota la aspiración entre derechos fundamentales y decisión democrática, sin la cual la legitimidad del propio Tribunal queda en entredicho”⁴⁷.

Quizás esta afirmación sea un tanto excesiva, pero lo que parece indudable es que el control de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional constituye una de las vías más claras a través de las cuales este Tribunal participa en la creación del Derecho o, como escribe Commanducci, la técnica de la ponderación caso por caso de los principios incorporados al texto constitucional “comporta la atribución al juez constitucional de un margen tan amplio de discrecionalidad que haga de él no solo un colegislador sino incluso en algunos casos, un coautor de la Constitución misma”⁴⁸.

⁴⁷ Marshall Barberán, Pablo: “Los derechos fundamentales como valores”, cit., pág. 215.

⁴⁸ Commanducci, P.: “Interpretazione della Costituzione”, en *Assaggi di metaetica due*, Torino: Giappichelli, 1998, p. 122.