



**VNiVERSIDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

## **TRABAJO FIN DE GRADO**

**GRADO EN DERECHO**

**Derecho Público General**

**Derecho Constitucional**

**Curso 2014/2015**

# **El principio de proporcionalidad como criterio para determinar la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en materia de Derechos Fundamentales.**

**Autor: Ángel Soto García**

**Tutor: Augusto Martín de la Vega**

**Julio de 2015**



# **TRABAJO FIN DE GRADO**

## **GRADO EN DERECHO**

**Derecho Público General**

**Derecho Constitucional**

**El principio de proporcionalidad como  
criterio para determinar la  
constitucionalidad de las intervenciones  
legislativas en materia de Derechos  
Fundamentales**

**The principle of proportionality as  
a criterion for determining the  
constitutionality of the interventions in  
the field of fundamental rights**

**Nombre del/la estudiante: Ángel Soto García  
e-mail del/a estudiante: Gastongaudio\_gal@hotmail.com**

**Tutor/a: Augusto Martín de la Vega**



## **RESUMEN**

El principio de proporcionalidad nace en Alemania, como consecuencia de la construcción de un sistema de derechos que rompe drásticamente con la cultura jurídica de la propia Alemania anterior a 1945. Mediante el principio de proporcionalidad se comprobará si las limitaciones de los DF están justificadas constitucionalmente. Se articula mediante el test de proporcionalidad, el cual se divide en tres fases: Exigencia de idoneidad, exigencia de necesidad y principio de proporcionalidad en sentido estricto; En la CE no hay mención alguna de que este principio opere como criterio para determinar los límites de los derechos o como criterio para establecer si las intervenciones de los poderes públicos son legítimas. En la primera jurisprudencia del TC español opera como un principio general, aplicándose sin formalizar. Pero ha evolucionado en la jurisprudencia del TC hasta considerarse como un verdadero canon constitucional; Respecto a las deficiencias del test de proporcionalidad como método, se han criticado tanto los subprincipios de necesidad e idoneidad además del principio de proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto a la aplicación que hacen los TC alemán y español, las críticas se centran en relación al primero por hacer un uso desmesurado de este principio y respecto al segundo por no distinguirlo correctamente de otros conceptos jurídicos.

## **PALABRAS CLAVE:**

Legislador, limitación, criterio, canon constitucional.

## **ABSTRACT**

The principle of proportionality was born in Germany, as a result of the construction of a rights system that breaks dramatically with German legal culture after 1945. By the principle of proportionality it will be checked if the limitations of the Fundamental Rights are constitutionally justified. It is articulated by the test of proportionality, which is divided into three phases: suitability requirement, necessity requirement and principle of proportionality in the strict sense; It is not mentioned in the E.C. that this principle operates as a criteria to determine the limits of rights or as a criteria to establish whether the interventions of public authorities are legitimate. In the first case-law of the TC operates as a general principle, applying without formalize. But in the jurisprudence of the TC it has evolved into regarded as a true constitutional canon; Regarding the shortcomings of the test of proportionality as a method, the sub-principles of need and suitability are criticized separately as well as the principle of proportionality in a strict sense. As for the application that German and Spanish T.C. do, in the first they focus in making excessive use of this principle and the in the second in not distinguish it as it should be with respect to other legal concepts.

## **KEYWORDS:**

Legislator, limitation, criterion, constitutional canon.



# ÍNDICE

	PÁGS
ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
<b>CAPÍTULO PRIMERO: EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA LEY FUNDAMENTAL COMO ORIGEN DE LA UTILIZACIÓN POR EL TC ALEMÁN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....</b>	<b>13</b>
<b>1.La Ley Fundamental de Bonn y su regulación de los derechos .....</b>	<b>13</b>
<b>2.La jurisprudencia constitucional como verdadera configuradora de la teoría de los Derechos Fundamentales .....</b>	<b>15</b>
<b>3.Los límites a los Derechos Fundamentales: La proporcionalidad.....</b>	<b>17</b>
<b>4.El Tribunal Constitucional alemán ante la competencia de otros actores.....</b>	<b>19</b>
<b>CAPÍTULO SEGUNDO:LOS PRESUPUESTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD.....</b>	<b>21</b>
<b>1.La relación entre los Derechos Fundamentales y el principio de proporcionalidad.....</b>	<b>21</b>
<b>2.La adscripción “prima facie” de una norma o posición a una disposición de derecho fundamental.....</b>	<b>21</b>
<b>3.La fuente de los argumentos para la determinación de la norma “prima facie”.....</b>	<b>22</b>
<b>4.La fundamentación analítica de los argumentos interpretativos para la adscripción “prima facie”.....</b>	<b>22</b>
<b>5.El concepto de norma iusfundamental “prima facie”.....</b>	<b>24</b>
<b>6.La limitación de los derechos fundamentales: Conceptos de intervención, delimitación,regulación y desarrollo.....</b>	<b>25</b>
<b>7.El test de proporcionalidad.....</b>	<b>26</b>
<b>1-El subprincipio de idoneidad.....</b>	<b>26</b>

2-El subprincipio de necesidad.....	28
3-Proporcionalidad en sentido estricto.....	30
<b>CAPÍTULO TERCERO. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL DERECHO ESPAÑOL.....</b>	<b>32</b>
1.Perspectiva general.....	32
2.La introducción del test de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC.....	34
<b>CAPÍTULO CUARTO. LAS PRINCIPALES CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....</b>	<b>37</b>
1.Crítica al subprincipio de idoneidad.....	37
2.Crítica al subprincipio de necesidad.....	39
3.Crítica al principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	40
4.Críticas de la doctrina española.....	42
5.Dificultades de aplicación del principio de proporcionalidad en Derecho español.....	42
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>46</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>51</b>



## **ABREVIATURAS**

<b>BVerfGE</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional alemán.
<b>CP</b>	Código Penal
<b>DF</b>	Derechos Fundamentales
<b>ED</b>	Editorial
<b>LF</b>	Ley Fundamental de Bonn
<b>LOTC</b>	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional español
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TCF</b>	Tribunal Constitucional Federal
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>UNED</b>	Universidad de Educación a Distancia



## INTRODUCCIÓN

El contenido de este trabajo versa sobre en el principio de proporcionalidad, su fundamento, su concepto, y el análisis de como este principio va a servir como criterio para establecer en qué casos las limitaciones introducidas por los legisladores en relación al contenido de los derechos fundamentales son constitucionalmente legítimas.

En el primer capítulo abordo el origen del Principio de proporcionalidad. Este principio surge como criterio de constitucionalidad en la Alemania de posguerra y con la aprobación de la Ley de Bonn de 1957. Analizaré qué modelo de derechos fundamentales se construye en Alemania, representando el presupuesto de este principio de proporcionalidad. Para ello esbozaré los rasgos generales de la ley de Bonn, y el concepto de derecho fundamental generado o desarrollado por la propia jurisprudencia alemana. Asimismo, también expondré el modelo de funcionamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán en la aplicación de este principio. Para ello me basaré ante todo en la obra de Maribel González Pascual , *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*.

En el segundo capítulo abordo una doble temática. En primer lugar analizo cual es el presupuesto de aplicación del Principio de proporcionalidad. Analizaré en qué casos y de que manera opera este principio en relación a los derechos fundamentales. En segundo lugar me centraré en la articulación del principio de proporcionalidad a través del test de proporcionalidad. Será en el fondo un análisis de las fases del test de proporcionalidad.

En el tercer capítulo analizo someramente como se aplica el Principio de proporcionalidad en nuestro sistema actual. Ya que la Constitución no lo menciona, y su construcción se basa en la jurisprudencia constitucional, el análisis se centrara en la evolución del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Hay que decir que su importancia ha ido creciendo a lo largo de los años, y que en este capítulo se verá que el uso que hace el Tribunal Constitucional recientemente es más numeroso, sustancial y ordenado que en sus inicios.

En el cuarto capítulo expondré las críticas que recibe el principio de proporcionalidad en su relación con los derechos fundamentales. Para ello me baso especialmente en el análisis que realiza García Amado de las debilidades de cada subprincipio y que hacen

que el test de proporcionalidad sea menos objetivo de lo que se pretende. En segundo lugar abordaré cuales son las críticas que hace la doctrina de la aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional español y también, someramente a su aplicación por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

## **CAPÍTULO PRIMERO: EL SISTEMA DE DERECHOS ALEMÁN COMO ORIGEN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

### **1.LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN Y SU REGULACIÓN DE LOS DERECHOS**

La Ley Fundamental de Bonn en el artículo 1.2 reconoce el respeto a los Derechos Fundamentales, estableciendo el art 1.3 su carácter vinculante frente a los poderes públicos. En el art 19.2 se fija la prohibición de afectar al contenido esencial de los derechos. En el art 2 comienza el catálogo concreto de derechos, que establece en primer lugar una libertad general que protege al individuo de amenazas de distinta índole y el art 3. establece el principio de igualdad. En el art 19.4 se establece el derecho a la tutela judicial efectiva, convirtiendo los derechos en exigibles ante la justicia.

Hay que hacer hincapié en que mediante el reconocimiento de la dignidad humana y de la libertad personal se crea un mecanismo inquebrantable a favor de un ámbito de autonomía personal .

La dignidad humana es reconocida por la doctrina como un derecho subjetivo, aunque en la primera etapa de la Ley de Bonn este carácter era discutido. Por tanto, la esfera de protección del particular engloba tanto la protección que se le dispensa frente al Estado como la protección frente a terceros. Se define como el ámbito de los derechos fundamentales que debe ser protegido en cualquier caso.<sup>1</sup> Goza de una protección doble:

-En primer lugar la dignidad humana no puede ser afectada por el poder de reforma constitucional, por lo que una hipotética reforma de la ley de Bonn no podría desconocerla.

-En segundo lugar no puede ser objeto de ponderación. Por ello todos los actos que dañen o menoscaben la dignidad humana están expresamente prohibidos.

Pero a la hora de establecer la concreción jurídica de la dignidad humana, en la doctrina alemana no ha existido un acuerdo. Ha habido intentos de concreción como por ejemplo el de Gunter Dürig, el cual tuvo un considerable éxito.<sup>2</sup> Este autor alemán

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “El alcance de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Aranzadi ,Navarra, 2010, p.38.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “ El alcance de los derechos fundamentales... ,Op., cit., p.29

defiende por una parte que la dignidad humana supone la capacidad de autodeterminarse para todos los seres humanos. Por otro lado la dignidad humana implica que el hombre es un fin en sí mismo, por lo que no puede ser tratado como un medio para la consecución de cualesquiera fines.

Pero en la mayoría de ocasiones la delimitación del ámbito de protección de la dignidad humana se efectúa en una vertiente negativa, estableciendo en qué casos se viola la misma. Esto ocasiona que oscile en función de las circunstancias del caso. Por todo esto la dignidad humana no sirve como único criterio para resolver casos. González Pascual define a la dignidad humana en la práctica como “el mínimo irrenunciable de cada derecho fundamental, sobre el que se proyecta a modo de núcleo intangible frente a todo poder público, incluido el de reforma constitucional”.<sup>3</sup> La Ley Fundamental de Bonn establece una prevalencia del hombre frente a todos los poderes públicos.

El art 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn establece el derecho al libre desarrollo de la personalidad como derecho subjetivo. Su configuración ha sido delimitada por la jurisprudencia. En la sentencia del caso Elfes de 1957 se reconoce un derecho de actuación del individuo en sentido amplio, abarcando la intimidad en sentido estricto y las relaciones con el resto de la sociedad. Esto se concreta en que el individuo podrá realizar cualquier actividad siempre que no transgreda el ordenamiento jurídico ni se perjudique a un tercero.<sup>4</sup>

En el derecho alemán los Derechos Fundamentales se configuran como derechos de defensa, ya que garantizan al particular un ámbito de protección frente al poder público. Si se produce una injerencia que se encuadre dentro de esta protección, el particular está en posición de reclamar.

El legislador está sujeto a una doble vinculación:

-En cuanto a límites formales: De una parte solo puede interferir en los derechos conforme a un conjunto de premisas de orden formal y del otro tiene una serie de límites sustantivos. El legislador debe gozar de la competencia , respetar el procedimiento establecido y la norma debe ser general.

---

<sup>3</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “El alcance de los derechos fundamentales...”, Op., cit., p.30

<sup>4</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “El alcance de los derechos fundamentales...”, Op., cit., p.30

- En cuanto a los límites sustantivos: la norma debe aprobarse en el marco de las reservas de ley establecidas, y la medida debe ser adecuada necesaria y proporcional en sentido estricto, quedando además el contenido esencial del derecho.<sup>5</sup>

## **2.LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMO VERDADERA CONFIGURADORA DE LA TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VIGENTE EN EL CONTITUCIONALISMO ALEMÁN**

La Ley Fundamental de Bonn optó por no considerar al positivismo como paradigma válido para los derechos fundamentales, en contraposición a la anterior tradición jurídica alemana. En consecuencia acoge un conjunto de valores reclamables ante cualquier poder público, los cuales nacen del concepto de dignidad humana, pilar sobre el que se asienta el nuevo ordenamiento.<sup>6</sup>

La teoría del contenido objetivo de los derechos fue inaugurada en la sentencia del caso Lüth de 1958 y consiste en que los derechos contienen un conjunto de valores que se proyectan sobre el ordenamiento, vinculando a los poderes públicos y privados.<sup>7</sup> Así, en el párrafo más importante de la sentencia Lüth, que ha sido la sentencia que más influencia ha tenido sobre este tema en los restantes Tribunales constitucionales europeos:

“Sin duda, los derechos fundamentales se orientan en primer lugar a asegurar una esfera de libertad de los particulares frente a las agresiones del poder público. Son derechos defensivos del ciudadano frente al Estado. Así resulta tanto del desarrollo intelectual de la idea de Derechos Fundamentales como de los procesos históricos que han llevado a que las constituciones de los distintos estados recojan los derechos fundamentales. Ése es también el sentido que tienen los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, la cual, al anteponer el capítulo de los derechos fundamentales, ha querido resaltar la prioridad de los seres humanos y su dignidad frente al poder del Estado (...) Pero igualmente cierto es que la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden valorativamente neutral, en su capítulo sobre derechos fundamentales también ha plasmado un orden objetivo de valores y que así se expresa

---

<sup>5</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “El alcance de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 38.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “El alcance de los derechos fundamentales...”, Op., cit., p.36.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “El alcance de los derechos fundamentales...”, Op., cit., p.37.

un importante refuerzo de la capacidad normativa de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que tiene su centro en la personalidad humana, desarrollada libremente dentro de la comunidad social, y en su dignidad, debe valer como decisión constitucional fundamental para todos los sectores del Derecho. Legislación, Administración y Jurisprudencia reciben de ese sistema orientación e impulso. Naturalmente, influye también en el Derecho civil. Ningún precepto jurídico-civil puede estar en contradicción con él y cada uno debe ser interpretado según el espíritu de ese sistema”.

La irradiación de los derechos es la consecuencia de la teoría del contenido objetivo de los derechos en las relaciones privadas. Esto implica que los jueces deben interpretar y aplicar el derecho privado en consonancia con los derechos fundamentales. De no hacerlo el juez incurre en una violación del derecho.<sup>8</sup>

De esta manera se crea un sistema de derechos con un gran potencial para configurar tanto la actuación de los poderes públicos como de los actores privados. Además, se amplían los márgenes del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, por lo que este hecho combinado con la acción de la jurisprudencia, origina que se aumente el número de derechos reconocidos. Esto sin embargo tendrá dos consecuencias:

-Se supera la clásica configuración de los derechos como libertad negativa. Al dotar de contenido a los derechos y al ser siempre estos protegidos por la justicia constitucional Todo lo anterior podría ocasionar que el papel del legislador quede muy restringido al reducirse considerablemente su ámbito de actuación con respecto a los derechos fundamentales. Esto tendría efectos negativos ya que el papel del legislador es decisivo para desarrollar los Derechos Fundamentales, además de la legitimidad democrática de la que goza; Por todo esto el Tribunal va a establecer las premisas que justifican la injerencia del legislador en los respectivos derechos.<sup>9</sup>

- Como consecuencia de todo ello se produce el auge del principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad otorga a los jueces la última palabra, concretamente será el TCF quien decida en último término. El TCF deberá decidir en relación a las circunstancias concretas de cada caso. Las críticas se centran en que la

---

<sup>8</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “El alcance de los derechos fundamentales...”, Op., cit., p.30

<sup>9</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “El alcance de los derechos fundamentales...”, Op., cit., p.61



jurisprudencia ha caído en el casuismo, cuando no en un mero “tacitismo ponderativo”.<sup>10</sup>

### **3.LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA PROPORCIONALIDAD.**

La Ley Fundamental de Bonn se elabora ante todo con la doble intención de por una parte establecer una vinculación del legislador a los derechos fundamentales, y por otra de reconocerle al propio legislador potestad para regular a los derechos fundamentales. Esta potestad de regulación es vital para el desarrollo efectivo de los derechos fundamentales. Para ello se acepta que el legislador regule el propio derecho, pero con una serie de límites que González Pascual impiden su vulneración:<sup>11</sup>

-Debe estar recogido en la ley de Bonn que el derecho en cuestión puede ser limitado por el propio legislador. En la Constitución alemana se prevé expresamente que no se pueden limitar la libertad religiosa y la libertad de conciencia y creencia, la libertad artística científica, de investigación y cátedra, la libertad sindical y la libertad de elección de profesión y formación. Con respecto a los demás derechos la norma que se quiera aprobar debe ser general, citar el artículo constitucional implicado y respetar el contenido esencial.

Pero estas premisas en realidad resultan insuficientes, y es la práctica constitucional la que establece las premisas para los derechos puedan ser limitados por el legislador. El TCF elabora la teoría de los derechos inmanentes, de acuerdo a la cual todos los derechos pueden ser limitados a favor de otros derechos fundamentales.

El TCF no ha utilizado muy a menudo la figura del contenido esencial de los derechos para sus juicios de constitucionalidad. Además el TCF establece un conjunto de premisas para la actuación del legislador. En caso de que limiten el derecho, esta limitación deberá ajustarse a la teoría conocida como la “Drei Stufen Lehre”.<sup>12</sup> En caso de que dentro del ámbito protegido por el derecho fundamental se produzca una injerencia por parte del poder público, esta injerencia debe ser justificada constitucionalmente. Esta teoría, que por tanto establece como debe ser el análisis de la

---

<sup>10</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “ El alcance de los derechos fundamentales..., Op., cit., p.61

<sup>11</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “ El alcance de los derechos fundamentales..., Op., cit., p.54

<sup>12</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “El alcance de los derechos fundamentales..., Op., cit., p.44

adecuación de la actuación del legislador a las garantías de los derechos fundamentales, se estructura en la práctica en una serie de fases:

1-Comprobación de que dentro del ámbito de actuación protegido por el derecho fundamental se contiene el bien jurídico de que se trate o la actuación del particular.

2-Comprobación de posibles injerencias en el ámbito protegido. Si existe una injerencia se activa la función de defensa del derecho, en caso contrario no.

3-La injerencia en cuestión debe venir recogida en una ley, la cual no transgreda las prescripciones de la constitución y que se mantenga en el ámbito permitido de la limitación de los derechos.

4- Esta injerencia legal debe cumplir los requisitos del principio de proporcionalidad.

El TCF ha establecido una interpretación amplia de los principales conceptos que integran el ámbito normativo de los derechos. De acuerdo a esto hace una interpretación amplia del ámbito normativo de los derechos( que integra a todos los derechos) y del ámbito protegido( lo que amplía las competencias del Tribunal y su control sobre el legislador).

Que los derechos cumplan distintas funciones amplía las potestades del legislador en cuanto a su regulación, pero a la vez se aumenta la potestad de revisión de la justicia constitucional.<sup>13</sup>

En cuanto al concepto de injerencia se muestra difícil de precisar “a priori” en la práctica, se entiende como el de ámbito protegido, y hay que ir caso por caso. En el fondo por injerencia se entiende cualquier actuación estatal que dificulte de manera esencial o haga imposible la acción de un particular encuadrable dentro del ámbito protegido del derecho. Y corresponde al TCF determinar cuando la actuación del poder público es una injerencia.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup>GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “El alcance de los derechos fundamentales...”, Op., cit., p.55.

<sup>14</sup>GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “ El alcance de los derechos fundamentales...”, Op., cit., p.58.

#### **4.EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN ANTE LA COMPETENCIA DE OTROS ACTORES**

El TCF, gracias a esta línea jurisprudencial, ha conseguido un gran éxito, cumplir su función respecto a los derechos fundamentales, pero ello ha conllevado una serie de inconvenientes. El TCF ha caído en ocasiones en el error de vincular cualquier interés jurídico protegible con el derecho constitucional. Esto según González Pascual ocasiona:<sup>15</sup>

Decisiones de índole político, correspondientes al poder legislativo o al poder ejecutivo, son fuertemente determinadas por el TCF; En relación con los tribunales ordinarios, aunque los derechos fundamentales irradian el conjunto del derecho incluido el Derecho privado, no todas los casos afectan directamente a los Derechos Fundamentales.

Si se efectúa una interpretación expansiva del alcance de los Derechos, el conjunto del ordenamiento estará subordinado al derecho constitucional. Ello tiene dos consecuencias:

Por una parte imposibilita el desarrollo de cada especialidad del ordenamiento, ya que el Tribunal Constitucional posee un menor conocimiento de la misma que el juez especializado de la rama que se trate, lo que además ocasiona que se cargue en exceso de trabajo al propio TCF, con lo que su labor se convierte en menos eficiente.

Las competencias del TCF además son especialmente numerosas, afectando a todos los órganos y poderes. Es el único competente para controlar las leyes, a través del Recurso de inconstitucionalidad y mediante la Cuestión de inconstitucionalidad. Es el órgano establecido para resolver conflictos entre órganos constitucionales y para velar por la garantía y correcta interpretación de los derechos fundamentales a través del Recurso de Amparo. Pero la tendencia es que su papel en el sistema disminuya debido al desarrollo político actual de una Alemania inmersa ya en la cultura constitucional y en la UE. Ya no ostenta la posición de última instancia en algunos aspectos. El TCF tiene una escasa capacidad de control sobre las normas provenientes de la UE y que se aplican en la propia Alemania.

---

<sup>15</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “La posición del Tribunal Constitucional alemán frente a la multiplicidad de actores en materia de derechos”, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Aranzadi, Navarra, 2010. p.61 y 62.

El TCF debe hacer una correcta delimitación de sus límites, con nuevos mecanismos, tanto procesales como sustantivos. La doctrina alemana se caracteriza por una escasa receptividad hacia otros sistemas jurídicos que cuestionen su posición de prevalencia, de ahí su difícil relación tanto con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por todo esto los márgenes de los conceptos de ámbito protegido e injerencia aplicables en el juicio de proporcionalidad han sido restringidos en las orientaciones doctrinales más recientes.<sup>16</sup>

“Por otra parte es difícil de entender que el TCF y la doctrina alemana de hoy en día se muestren tan recelosos frente a injerencias del Derecho de la Unión Europea en materia de Derechos Fundamentales. Hay que decir que los tribunales constitucionales de los respectivos países, el TJUE y el TEDH en ocasiones deciden sobre los mismos asuntos, y en principio como última instancia, sea cual sea la base jurídica sobre la que se asiente el fallo (constitución CEDH o derecho de la Unión). Existen cláusulas en algunas constituciones que fijan la apertura al derecho europeo, pero esa apertura es limitada y condicionada.” No existe una normativa clara respecto a esta concurrencia, por lo que la influencia recíproca de las jurisprudencias ha de articularse actualmente de manera no jerárquica y con esquemas más próximos a un “constitucionalismo multinivel.”<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “La posición del Tribunal Constitucional alemán...”, Op.,cit.,p. 57 y 58.

<sup>17</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, “La posición del Tribunal Constitucional alemán...”, Op.,cit.,p.58

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LOS PRESUPUESTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

### **1.LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.**

Existen dos posiciones básicas respecto de la relación existente entre los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad. La primera posición sostiene que existe una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Es conocida como la tesis de necesidad y mantiene que la legitimidad del análisis de proporcionalidad es un asunto referido a la naturaleza de los derechos fundamentales. La segunda posición se denomina tesis de contingencia y sostiene que estimar que los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad están conectados depende del derecho positivo y es una materia interpretable.<sup>18</sup>

### **2.LA ADSCRIPCIÓN “PRIMA FACIE” DE UNA NORMA O DE UNA POSICION A UNA DISPOSICION DE DERECHO FUNDAMENTAL.**

Dentro de la teoría analítica de los derechos fundamentales liderada por Robert Alexy la adscripción “prima facie” trata de establecer mediante los criterios y argumentos propios de la interpretación jurídica ,si la norma o posición afectada por la ley puede incluirse dentro del ámbito normativo de una disposición de derecho fundamental, estableciendo si dicha norma o posición puede considerarse como un caso que cae bajo el supuesto de hecho de una norma directamente estatuida por una disposición fundamental. Esta adscripción tiene un carácter interpretativo.<sup>19</sup>

El objeto de esta adscripción es una norma iusfundamental y sus correlativa posiciones, las cuales adquieren en principio solo una validez “prima facie”. El conjunto de normas y posiciones iusfundamentales adscritas “prima facie” a una

---

<sup>18</sup> ALEXY, ROBERT, “La teoría de los principios y el principio de proporcionalidad: La primera tesis de necesidad”, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, Revista española de derecho constitucional,Nº31, 2011.

<sup>19</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS , “La estructura del principio de proporcionalidad”, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ISBN,Madrid,2005, p.617.

disposición de derecho fundamental conforman el ámbito de protección inicial del derecho respectivo, según esta corriente teórica.

### **3.LA FUENTE DE LOS ARGUMENTOS PARA LA INTERPRETACIÓN PRIMA FACIE**

El Tribunal Constitucional considera en general como argumentos interpretativos para la adscripción “prima facie” a los provenientes de las siguientes fuentes:<sup>20</sup>

-Alegaciones de las partes que intervienen en el proceso constitucional, especialmente en los recursos de constitucionalidad y amparo y las dudas planteadas por los jueces en las cuestiones de inconstitucionalidad.

-El Tribunal Constitucional puede llevar a cabo la adscripción interpretando de oficio las disposiciones de derecho fundamental, siempre y cuando lo haga mediante métodos tradicionales de interpretación jurídica. El método más usado por el Tribunal Constitucional es el método literal, el cual verifica si existen conexiones semánticas entre los términos en los que está redactada una disposición de derecho fundamental y la norma o posición que se adscribe. Otro método es el teleológico, que trata de dirimir si la norma que se pretende adscribir prima facie, puede hacerse en base a su especial vínculo con el fin de la disposición.

-Si una norma o posición está tipificada en una fuente de derechos fundamentales como una norma o posición adscrita a una disposición de derecho fundamental, podrá adscribirse “prima facie” a la respectiva disposición. Son los tratados internacionales y su interpretación por el Tribunal Europeo de derechos humanos, son la fuente de los derechos fundamentales más decisiva en la jurisprudencia constitucional en cuanto a la adscripción prima facie, eso sí, por debajo de la Constitución como es lógico.

### **4.LA FUNDAMENTACIÓN ANALÍTICA DE LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS PARA LA ADSCRIPCIÓN PRIMA FACIE**

La adscripción “prima facie” se estructura a partir del encuentro de un nexo semántico entre la norma o posición con validez “prima facie” y una disposición de derecho fundamental en palabras de R.Alexy. El nexo semántico se basará en la concepción analítica de los conceptos incluidos en la disposición iusfundamental y en el

---

<sup>20</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS, “La estructura del principio...”, Op.,cit., p.618.

supuesto de hecho de la norma “directamente estatuida”, como por ejemplo el derecho a la vida o el derecho al honor. El contenido de los argumentos interpretativos que estructuran el nexo semántico entre la norma o posición “prima facie” respectiva y los conceptos incluidos en las disposiciones iusfundamentales consiste en un conjunto de premisas de índole analítica. Pero el vínculo entre la concepción analítica de un derecho fundamental y la norma o posición que se adscribe “prima facie” también se fundamenta en premisas de carácter empíricas. Las premisas empíricas aprecian circunstancias fácticas pasadas, presentes o futuras, siendo trascendentales para llevar a cabo la adscripción “prima facie.”<sup>21</sup>

Los criterios que establece el Tribunal Constitucional para establecer cuál es el contenido esencial de los derechos fundamentales también pueden ser empleados como criterios para fundamentar la adscripción “prima facie” de una norma o posición. Estos criterios son dos:

“1-Si una norma es necesaria para que un derecho fundamental sea reconocible como tal, para lo que es necesario que si se suprimiese el derecho se extinguiría su naturaleza, esta norma o posición debe ser adscrita a la disposición que tipifica el derecho respectivo.

2-Si una norma o posición es necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles resulten real, concreta y efectivamente protegidos, dicha norma o posición debe ser adscrita “prima facie” a la disposición que tipifica el derecho respectivo.

Estos dos criterios son complementarios, por lo que si la norma o posición cumple con los requisitos de uno de los dos, puede ser adscrita como norma o posición “prima facie” a la disposición de derecho fundamental correspondiente. Pero para que las normas o posiciones adscritas “prima facie” mediante los dos criterios anteriormente mencionados tengan validez definitiva, todavía deben superar el análisis de proporcionalidad.”<sup>22</sup>

Podemos concluir que la adscripción “prima facie” consiste en un análisis interpretativo de las disposiciones iusfundamentales con el que se busca dirimir si la norma o posición afectadas por la intervención legislativa puede considerarse como una

---

<sup>21</sup>BERNAL PULIDO, CARLOS , “La estructura del principio...”, Op.,cit., p.626 y s.

<sup>22</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS , “La estructura del principio...”, Op.,cit., p.631.

parte del derecho fundamental que la disposición tipifica. Con todo ello podemos decir que cuando se considera que una norma legal afecta al supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, en su ámbito semántico, cobrará validez “prima facie” una norma iusfundamental de contenido contrario al de la norma legal. Eso sí, debemos tener en cuenta que en la adscripción “prima facie”, el supuesto de hecho de la norma iusfundamental directamente estatuida debe ser interpretado de manera amplia.

## **5.EL CONCEPTO DE NORMA IUSFUNDAMENTAL “PRIMA FACIE”**

Para concretar que es una norma “prima facie” en la concepción analítica hay que hacer una primera aclaración. Por un lado tenemos una pluralidad de consideraciones morales a tener en cuenta en la toma de decisiones morales, los deberes “prima facie” y, por el otro, tenemos una pluralidad de bienes o valores últimos, los deberes absolutos. Ross sostiene que en esa pluralidad de deberes “prima facie” (o consideraciones morales a tener en cuenta), estos últimos pueden entrar en conflicto entre ellos y que no habrá explícitas reglas “a priori” para resolver tales conflictos. Cabe añadir que Ross nunca trata explícitamente si los conflictos entre los valores o bienes últimos pueden sucederse. La diferencia sustancial entre ambos deberes es que mientras los deberes “prima facie” encarnan las razones que entran en colisión en el análisis de un problema moral, los deberes absolutos se obtienen como fruto de la resolución del conflicto entre esas razones y como producto de un examen global acerca de todas las circunstancias vitales en la situación.<sup>23</sup>

El carácter “prima facie” se aplica para establecer el grado de validez de las normas jurídicas en determinadas situaciones. Decimos que una norma jurídica goza de validez “prima facie” cuando considerada esa norma de por sí se infiere que es una norma vinculante, aunque otras normas jurídicas la contradigan. Es decir, no se valoran las contradicciones con otras normas del sistema jurídico a la hora del establecimiento del carácter “prima facie” de la norma en cuestión.

Para autores como R.Dworkin , la validez “prima facie” es una propiedad exclusiva de las normas jurídicas mientras que para otros autores tanto las normas jurídicas como los principios pueden tener validez prima facie, y con un mismo carácter en ambos.

---

<sup>23</sup> ROSS,W.D, *The right and the Good*, Clarendon Press, Oxford,1930,p.19 y s.



Para Alexy, la validez “prima facie” puede presentarse en reglas y en principios, siendo esto una diferencia importante respecto a Dworkin.<sup>24</sup>

- En los principios la validez “prima facie” se concreta en que la consecuencia jurídica de estos se toma como decisión en un concreto caso siempre que no goce de prioridad otro principio que contradiga a este último en el marco de una ponderación.

-En las reglas se presenta una validez “prima facie” definitiva, ya que se exige necesariamente que se haga lo que se incluye en las mismas. Pero existe dos excepciones: A) Cuando colisionen dos o más reglas y sea necesario limitar alguna de ellas B) Cuando colisione una regla y un principio. La regla que ha perdido su validez definitiva y ha adquirido validez “prima facie” solo será desplazada si el principio que colisiona con ella o el principio que sustenta la regla con la que colisiona tiene más peso en la ponderación que el principio que sustenta la regla “prima facie”.

## **6.LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. CONCEPTOS DE INTERVENCIÓN, DELIMITACIÓN, REGULACIÓN Y DESARROLLO.**

Toda norma que afecte a un derecho fundamental de manera negativa, es considerada una intervención legislativa en el derecho a considerar.

Para que se produzca una afectación negativa de un derecho fundamental es necesario que la norma legal en cuestión contradiga la norma iusfundamental adscrita “prima facie”, o que sea idónea para dificultar o para impedir el ejercicio de acciones o menoscabar el status de las propiedades o situaciones pertenecientes al derecho afectado.<sup>25</sup>

Toda norma legal que de acuerdo a lo anterior consideremos una intervención y que esta intervención sea llevada a cabo sobre un derecho fundamental está prohibida “prima facie”.

Hay que tener en cuenta que en la concepción de Alexy el legislador está constitucionalmente autorizado para delimitar los derechos fundamentales, es decir, limitar sus contornos objetivos y separarlos de los contornos objetivos de otros bienes constitucionales. Pero en ningún caso está autorizado para limitarlos, con lo que se suprimiría parte de su contenido.

---

<sup>24</sup>BERNAL PULIDO, CARLOS , ” La estructura del principio..., Op., cit., p.642.

<sup>25</sup>BERNAL PULIDO, CARLOS , ” La estructura del principio..., Op.,cit., p.663.

El artículo 53.1 de la Constitución Española estatuye una reserva general de ley para la regulación de los derechos fundamentales. En ella puede comprenderse el caso particular de intervención en los derechos fundamentales cuando los afecta negativamente. Pero lo que diferencia a intervención y regulación es que mientras la intervención abarca todas las afectaciones negativas de los derechos fundamentales que proceden de los poderes públicos y de los particulares, la regulación comprende las normas legislativas con rango de ley ordinaria. Si la regulación afecta negativamente al derecho, no puede ser excesiva. Si la regulación es positiva, no puede ser deficiente o insuficiente. En ambos casos, ello se determina verificando si se cumplen las exigencias del principio de proporcionalidad.<sup>26</sup>

El desarrollo de un derecho fundamental es una especie de la regulación. Puede convertirse en una intervención si afecta negativamente al derecho. Por lo que toda regulación y todo desarrollo de un derecho fundamental estarán sometidos a la garantía del contenido esencial y al principio de proporcionalidad, cuando afecten al derecho de que se trate.

## **7.EL TEST DE PROPORCIONALIDAD.**

En su concepción más aceptada, la de la Teoría analítica expuesta por Alexy, este principio se subdivide en tres fases o subprincipios.

### **7.1-EL SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD**

Exigencia de idoneidad o adecuación de la medida limitativa concreta al fin perseguido con el límite impuesto al derecho fundamental. Como mantiene el Tribunal Constitucional,<sup>27</sup> “el primer canon para precisar la proporcionalidad de una medida es que ésta sea susceptible de alcanzar el objetivo perseguido con ella. La medida proporcionada es aquella que sirve para limitar el derecho y no de cualquier forma.”

Además de esa idoneidad para ser medida restrictiva, sólo es válida la que además es funcionalmente idónea, esto es, aquella medida restrictiva que además de serlo, lo es para limitar el derecho por la razón que justifica la existencia del límite. La medida

---

<sup>26</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS , “La estructura del principio...”, Op., cit., p.663.

<sup>27</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Conferencia trilateral España, Italia , Portugal* , Roma, 24 a 27 de octubre de 2013, p.16.

restrictiva no sólo debe ser idónea material y funcionalmente para limitar el derecho en razón de su fundamento; además, de entre las posibles maneras de imponerla medida restrictiva, sólo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravosa para alcanzar aquella finalidad.<sup>28</sup>

Tanto la línea jurisprudencial predominante como la opinión doctrinal mayoritaria defienden que el subprincipio de idoneidad debe concebirse de la manera más débil posible, por lo que una medida adoptada por el parlamento será idónea en caso de que guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, de manera que facilite su realización de alguna manera. Concebir al subprincipio de idoneidad de manera débil, implica dos consecuencias según Bernal:<sup>29</sup>

-El Tribunal Constitucional debe considerar que una medida legislativa es idónea si puede contribuir de alguna manera al objetivo que se propone de corregir un bien, derecho o principio no inconstitucional. Para ello no es necesario que lo haya conseguido en la práctica, sino que es suficiente que tiene la virtualidad de alcanzar ese fin.

-Igualmente debe admitir que un medio legislativo es idóneo cuando solo realice parcialmente el objetivo que se propone, por lo que no es necesario que alcance plenamente el fin perseguido ni asegurar la consecución del mismo.

El examen de idoneidad desde la perspectiva “ex ante” del legislador implica examinar si de acuerdo con los conocimientos existentes en el momento que se expidió la norma legal y con las limitaciones propias del momento, podía prever el legislador que su medida sería ineficaz de cara a la consecución del fin inmediato. Por ello una norma legal solo debe catalogarse como carente de idoneidad si era previsible en ese momento la ineficacia de la norma.

---

<sup>28</sup> VILLAVERDE,IGNACIO ; REQUEJO, PALOMA; PRESNO, MIGUEL ÁNGEL; ALÁEZ, BENITO; SARASOLA, IGNACIO; BASTIDA, FRANCISCO; ”Resolución de conflictos entre derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad”, *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución de 1978*, Tecnos, Madrid ,2004, p. 132.

<sup>29</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS , ” La estructura del principio..., Op., cit., p.725.

Desde la perspectiva “ex post” del Tribunal Constitucional<sup>30</sup>, podemos establecer que el propio tribunal debe reconocer al legislador la primacía para decidir acerca del medio para contribuir a la obtención de su fin. Por ello la falta de idoneidad debe ser evidente.

## **7.2-EL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD**

De acuerdo a este subprincipio, “toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benévola con el derecho fundamental que se interviene de entre todas aquellas que revisten cuanto menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.”<sup>31</sup>

Ello implica la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos. En esta comparación de lo que se trata es de establecer es si alguno de los medios alternativos cumple con dos exigencias que establece Bernal:<sup>32</sup>

1-Si reviste cuanto menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a lograr el objetivo inmediato de la propia medida, desde los criterios de la eficacia, temporalidad realización del fin y probabilidad.

2-Si se produce una afectación negativa al derecho fundamental en menor grado.

Si existe un medio alternativo que cumpla estas dos exigencias la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional.

En la aplicación del subprincipio de necesidad se da por supuesto que existe por lo menos un medio alternativo a la medida adoptada por el legislador, ya que resultaría imposible efectuar una comparación entre los medios alternativos y la medida legislativa con el fin de evaluar si alguno de esas alternativas cumplen las dos exigencias antes referidas.

La tarea de búsqueda puede ser interminable y el Tribunal Constitucional tiene que escoger algunos para efectuar este examen. Para ello, el principal criterio para su selección será que revistan algún grado de idoneidad que posibilite su contribución a lograr el objetivo que pretende la medida legislativa.

---

<sup>30</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, “Conferencia trilateral... Op., cit., p. 14.

<sup>31</sup> VILLAVERDE,IGNACIO; REQUEJO, PALOMA; PRESNO, MIGUEL ÁNGEL; ALÁEZ, BENITO; SARASOLA, IGNACIO; BASTIDA, FRANCISCO ,”Resolución de conflictos entre derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad”, *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p.132.

<sup>32</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS , “La estructura del principio... Op; cit ;p.743.

El segundo requisito del subprincipio de necesidad se concreta en que la medida adoptada por el legislador será innecesaria cuando alguno de los medios alternativos que gozan de una idoneidad equivalente para contribuir a alcanzar el objetivo perseguido, interviene además en un menor grado en el derecho afectado. En esta fase el Tribunal Constitucional compara la medida legislativa y los medios alternativos que hayan superado la primera fase del examen de necesidad. El objetivo perseguido es dirimir si de entre estos medios alternativos alguno no afecta negativamente al derecho o lo hace de manera inferior a la medida adoptada por el parlamento. El criterio para evaluar si el medio alternativo es más benévolo será el de si afecta negativamente con menor eficacia, con menor durabilidad y con menor probabilidad a la norma o posición iusfundamental “prima facie” que fue objeto de la intervención del legislador.<sup>33</sup>

El examen de necesidad debe ser llevado a cabo desde la perspectiva ex ante del legislador, por lo que la medida legislativa será considerada innecesaria si y solo si con lo conocido en el periodo de tiempo durante el que fue adoptada, el Parlamento debía conocer un medio que cumpliera igualmente la exigencia de idoneidad y fuera más benévolo con el derecho fundamental afectado.

Con respecto a la intensidad del examen de necesidad L. Clérico ha establecido dos reglas en base a la jurisprudencia alemana:<sup>34</sup>

“-La regla de la univocidad, propia del control de evidencia, que dice que únicamente cuando se pueda establecer de modo unívoco que se dispone de otro medio menos restrictivo puede considerarse que la regulación legislativa es desproporcionada y por tanto inconstitucional.”

“-La regla de la justificabilidad, que se aplica en el control de intensidad intermedia, que establece que un medio es necesario cuando la concepción del legislador que subyace a su adopción es justificable. Se plantea este caso cuando el legislador cumple las condiciones de haber agotado las fuentes de conocimiento a las que tenía acceso y poder apreciar su regulación de la manera más fiable posible con el fin de evitar una infracción del derecho constitucional.”

---

<sup>33</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS ,” La estructura del principio..., Op .,cit.,p.754.

<sup>34</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS ,” La estructura del principio..., Op .,cit.,p.756.

### 7.3-PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

“La exigencia de proporcionalidad en sentido estricto consiste en la ponderación entre el sacrificio exigido al derecho fundamental limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés jurídico que pretende garantizarse con aquél límite. Es un criterio que suele traducirse en la necesidad de probar que el daño era real y efectivo, y no sólo una sospecha o presunción (por lo que no son admisibles medidas preventivas si carecen de habilitación legal), es decir, que existe un riesgo cierto y actual y no tan sólo un riesgo futuro e hipotético. Y, una vez probada la realidad del riesgo, que los sacrificios entre bienes están compensados respecto del objeto perseguido.”<sup>35</sup>

Su estructura se articula según el criterio de Bernal Pulido<sup>36</sup> a través de tres pasos:

A) Establecer las magnitudes a ponderar, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

Esta ponderación consiste en una comparación entre la importancia de la afectación negativa que la intervención del legislador ocasiona en el derecho fundamental y la importancia de la afectación positiva que esa intervención genera en el fin mediano que persigue. Para efectuar la comparación es necesario fijar la magnitud de la importancia en que los dos objetos normativos se ven afectados, uno de manera negativa y otro de manera positiva. Esta magnitud es el peso que revisten en la ponderación. El peso se determina a partir de dos variables.

Peso abstracto: A mayor importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución mayor será su peso en la ponderación.

Peso Concreto: A mayor intensidad en la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho en la ponderación. Correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamenta la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación.

---

<sup>35</sup> VILLAVARDE,IGNACIO; REQUEJO, PALOMA; PRESNO, MIGUEL ÁNGEL; ALÁEZ, BENITO; SARASOLA, IGNACIO; BASTIDA, FRANCISCO, “Resolución de conflictos...”, Op., cit.,p.133.

<sup>36</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS , “La estructura del principio...”, Op., cit., p. 759 y s.

B)- Hacer una comparación para determinar si la importancia de realizar el fin perseguido por la intervención legislativa es superior a la importancia de la intervención en el propio derecho fundamental.

C)-Construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, fundamentada en la comparación que se efectúa en el paso segundo.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS , “La estructura del principio...”, Op., cit., p. 759 y s.

## **CAPÍTULO TERCERO: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL**

### **1-PERSPECTIVA GENERAL**

El principio de proporcionalidad se configura como un parámetro de control relacional y relativo, con una necesaria introducción de elementos temporales y facticos, aplicable a cualquier actuación de los poderes públicos que incida negativamente en un bien jurídico constitucional susceptible de restricción, y que tiene un contenido esencialmente negativo prohibiendo regímenes jurídicos que no guardan una mínima relación de proporcionalidad respecto a la finalidad perseguida por los mismos.<sup>38</sup>

En la Constitución Española, como señalo anteriormente, no hay mención expresa al principio de proporcionalidad como criterio para determinar con carácter general los límites de los derechos o como canon para determinar la legitimidad de la intervención de los poderes públicos en la esfera de los derechos y libertades públicas. Esto no quiere decir que el principio de proporcionalidad no tuviera carta de naturaleza en el Derecho español: era un principio familiar en el ámbito del derecho administrativo y clásico en la doctrina del derecho penal en su vertiente más específica de principio proporcionalidad de la pena.<sup>39</sup>

El fundamento constitucional que el Tribunal invocó para justificar la sujeción de normas y actuaciones a requisitos de y proporcionalidad fue normalmente el de la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), la justicia como valor superior (art. 1.1 CE) o el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), aunque también hubo vinculaciones más remotas, como la que la STC 160/1987 que lo relacionó con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). No dejó de advertir, asimismo, que el art. 10.2 CE respaldaba la incorporación a la jurisprudencia constitucional del análisis de las limitaciones a los derechos en términos de proporcionalidad que venía realizando el Tribunal de Estrasburgo.<sup>40</sup>

A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo, de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada

---

<sup>38</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, “Balance y perspectivas”, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003, p.101.

<sup>39</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Conferencia trilateral...*, Op., cit., p.8.

<sup>40</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Conferencia trilateral...*, Op., cit., p.8.



conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedio de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo.<sup>41</sup>

La finalidad última del principio de proporcionalidad es, obviamente, evitar que el Poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial. En palabras del Tribunal Constitucional STC 18/1999 (FJ 3):

“Como se recordaba en la STC 58/1998, que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981 y 2/1982). Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986), de donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas restrictivas sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982 y 13/1985), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, 196/1987, 120/1990, 137/1990 y 57/1994)”

El principio de proporcionalidad evoluciona en la jurisprudencia constitucional de “principio general” a “canon de constitucionalidad”. En un primer momento el principio de proporcionalidad se aplicó sin formalizar, sin hacer una clara distinción con el del contenido esencial de los derechos y empleando alguno de sus elementos sin citarlo expresamente.<sup>42</sup>

El Tribunal Constitucional ha incorporado y hecho suya la jurisprudencia de los Tribunales supranacionales europeos y, en relación con el principio de proporcionalidad, ha adoptado como propio el llamado test alemán. Hoy es doctrina consolidada que el control de proporcionalidad integra a su vez un control de

---

<sup>41</sup> VILLAVARDE,IGNACIO ; REQUEJO, PALOMA; PRESNO, MIGUEL ÁNGEL; ALÁEZ, BENITO; SARASOLA, IGNACIO; BASTIDA, FRANCISCO, “Resolución de conflictos... Op.,cit., p.131.

<sup>42</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Conferencia trilateral...*, Op., cit.,p.13.

adecuación o idoneidad de la medida objeto de examen , un examen de la necesidad de la misma y un control de proporcionalidad en sentido estricto atendidas sus consecuencias. Vemos como ejemplo el siguiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional.(STC 55/1996 FJ 5).

“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.”

## **2.LA INTRODUCCIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

En la obra de González Beilfuss se destacan como más significativas las siguientes sentencias:<sup>43</sup>

En la STC 66/1995 se ha empleado de forma clara por primera vez el test alemán de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional. Esta sentencia trae causa de una convocatoria de la Federación de Banca de UGT en la plaza de Canalejas, en pleno centro de Madrid, prohibida por la autoridad gubernativa alegando un previsible colapso de tráfico, ya que se trataba de un día laborable a las 13 horas. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso interpuesto por el referido sindicato a través de la vía de la Ley 62/1978. El Tribunal Constitucional (Sala Segunda) se pronuncia casi tres años después: la concentración non nata estaba prevista para el 5 de junio de 1992 y la Sentencia lleva fecha de 8 de mayo de 1995. La Delegación del Gobierno invoca que la reunión en lugar de tránsito público podría provocar dificultades insalvables para la

---

<sup>43</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, “La introducción del test alemán de proporcionalidad”, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003, p.54 y s.

prestación de los servicios esenciales de la comunidad. Los interesados alegan en su recurso el carácter “manifiestamente desproporcionado” de la prohibición, apelan a la representatividad de los convocantes y a la idoneidad del lugar elegido (sede de importantes entidades financieras), así como a la escasa repercusión del acto en la fluidez del tráfico por tratarse de una reunión estática. El abogado del Estado se limita casi a reproducir y asumir los criterios de la resolución administrativa.

En esta sentencia se introduce el test precisando la sentencia, en la cual se constata que la prohibición del gobierno de hacer una concentración estaba fundada y la alegación sindical consiste en que existían medidas menos drásticas para preservar el orden público. Aquí el tribunal hace un análisis de los elementos del principio de proporcionalidad en relación con la medida del gobierno. En esta Sentencia se desestima el recurso por considerar que existen datos objetivos suficientes para concluir que la prohibición perseguía garantizar el orden público. Tampoco era posible ofrecer medidas alternativas, porque los sindicatos bancarios sólo están interesados en manifestarse en los lugares donde se concentra un mayor número de oficinas y a la hora en que están abiertas las sucursales de los bancos y entidades financieras.<sup>44</sup>

La STC 55/1996, sentencia en la cual se dirime la proporcionalidad de una pena por el incumplimiento de la prestación social substitutoria. En esta sentencia se clarifican algunos aspectos de la jurisprudencia anterior. Afirma que el principio de proporcionalidad no constituye un parámetro de control y autónomo y aislado, sino que deriva de otros preceptos constitucionales, así como las extensas consideraciones respecto a los límites funcionales intrínsecos al control de proporcionalidad del legislador.

“Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad.” (FJ 3)

---

<sup>44</sup> PENDÁS GARCÍA, BENIGNO, *Comentario a la STC 66/1995, de 8 de mayo. Convocatoria de la federación de banca de UGT en el centro de Madrid, Universidad Complutense de Madrid*, p. 178 y 179. Disponible en <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro135/lib135-2a.pdf>

Tras esta sentencia el Tribunal Constitucional comienza a utilizar el test alemán de proporcionalidad en todos los supuestos en los que se empleaba el principio de proporcionalidad.

En la STC 62/ 1996 se habla por primera vez de la dimensión formal del principio de proporcionalidad para destacar la estrecha relación entre la motivación judicial de los actos que restringen a los derechos fundamentales y las posibilidades que existen desde un punto de vista material<sup>45</sup>

En la STC 207/1996 se utiliza de forma completa el test alemán para examinar si la extracción de pelo de una persona durante la instrucción de unos hechos constitutivos de un delito de cohecho había restringido sin respetar el principio de proporcionalidad sus derechos de intimidad personal e integridad física. Esta es la primera sentencia estimatoria que hace un uso exhaustivo del test alemán de proporcionalidad.

En la STC 161/1997 se vuelve a incidir en la dimensión formal del principio de proporcionalidad. En esta sentencia se aplica de manera completa el test alemán de proporcionalidad analizando si la pena establecida para la negativa a someterse al test de alcoholemia cumple con los requisitos del principio de proporcionalidad. Aquí el tribunal analiza especialmente los requisitos de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y el fallo es finalmente desestimatorio.

El caso con mayor atención mediática ha sido el de la STC 136/1999, siendo la primera vez que se declara vulnerado en la ley el principio de proporcionalidad en el ámbito penal. En esta sentencia se da respuesta a un recurso de amparo contra la sentencia del TS que condena a la mesa nacional de Herri Batasuna, efectuándose también un control de constitucionalidad del delito de banda armada. En este caso se tienen en cuenta diversos elementos a la hora de establecer el juicio de proporcionalidad, tales como que se realizase en campaña electoral o a la afectación negativa que suponía al ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación.

## **CAPÍTULO CUARTO: LAS PRINCIPALES CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

### **1.CRÍTICA AL SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD**

El subprincipio de idoneidad establece que la limitación de un derecho fundamental u otro principio constitucional solamente es constitucionalmente admisible si sirve para favorecer a otro derecho fundamental o a otro principio constitucional.

Para hacer una crítica vamos a tomar la siguiente sentencia del TCF: BVerfGE 19, 330-“Sachkundenachweis” de 14 de diciembre de 1965.<sup>46</sup> Se trata de un famoso ejemplo muy utilizado por R. Alexy para explicar las virtudes del test de proporcionalidad.

Un funcionario administrativo impone una multa a un peluquero por haber colocado una máquina expendedora de tabaco sin haber contado con el preceptivo permiso. El permiso en cuestión acredita un conocimiento técnico imprescindible para ejercer la actividad comercial. El peluquero reclama y el Tribunal superior de Saarbrücken plantea una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional Federal en relación a la ley que imponía ese permiso. El Tribunal Federal va a establecer que dicha norma es inconstitucional por la exigencia de probar los conocimientos técnicos específicos para el comercio, exigencia esta que vulnera la libertad de profesión y oficio. Este derecho fundamental viene recogido en el art 12 de la ley Fundamental de Bonn.

En esta sentencia el Tribunal declara que la norma en discusión es inconstitucional porque atenta contra el derecho al libre ejercicio de profesión y oficio. Para ello se basa en que esta norma no aporta ningún beneficio para la protección de los consumidores en relación a su salud ni en relación a la protección de su economía. El tribunal estima que el derecho al libre ejercicio profesional debe ser interpretado como vinculado al principio de libre desarrollo de la personalidad. Esto supone que toda limitación de este derecho debe ser sometida al principio de proporcionalidad, con la consiguiente ponderación. Esto supone que los medios empleados deben ser los idóneos para ese fin de interés general y no desproporcionados.

---

<sup>46</sup> GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *El juicio de ponderación y sus partes, Crítica de su escasa relevancia*, <http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/relevancia.pdf>, Universidad de León.

Aquí podemos hacer la primera crítica, siguiendo al profesor García Amado. Establecer que solo el interés general puede legitimar la limitación del derecho a la libertad profesional predetermina el resultado y ello sin haber hecho una justificación expresa. Así queda fuera todo posible interés individual o grupal para establecer un contrapeso. Los argumentos que toma son:

-La exigencia de la ley de comercio al por menor consiste en establecer un requisito para el acceso a la condición de comerciante supeditado a la experiencia y al nivel de conocimientos, lo que el Tribunal considera un requisito subjetivo y califica como un obstáculo al ejercicio profesional.

-La ley no hace una diferenciación según la tipología de mercancías a la que el comerciante se dedique.

-Las exigencias de esta ley no protegen a los consumidores ni en su salud, porque el comerciante no manipula los productos que vende, ni en su economía, ya que la ley no exige un conocimiento expreso para cada rama de venta al por menor.

-Aunque la ley quiere proteger el interés del sector profesional, esto no constituye un fin legítimo por rebasar los límites del principio de proporcionalidad. La razón es que en la persecución de este objetivo(en sí legítima) no se distingue entre los conocimientos que son necesarios en cada rama del comercio.

-No se puede invocar el interés de los consumidores como justificación a la ley cuando los requisitos de la ley les perjudican.

El Tribunal por tanto hace una interpretación teleológica de la norma, lleva la interpretación de la misma al fin que quiere atribuirle, estableciendo que la norma no sirve de ninguna manera para realizar ese fin de proteger a los consumidores.

García Amado <sup>47</sup>estima que esta interpretación solo es convincente si las premisas sobre las que se asienta también lo son: a la norma en cuestión no le podemos aplicar otro fin haciendo una interpretación teleológica y que no se mejora en nada la protección de los consumidores.

---

<sup>47</sup> GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *El juicio de...*, Op., Cit ., p.7.

Ambas premisas son cuanto menos discutibles, por lo que podemos concluir que el juicio de idoneidad es dependiente de la interpretación que se haya hecho previamente de la norma cuestionada en relación :

-Al fin que se asigne a la norma

-A la medida de las consecuencias que la aplicación de la norma en relación a ese fin.

## **2.CRÍTICA AL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD.**

Esta crítica elaborada también por García Amado<sup>48</sup>, toma como ejemplo la Sentencia del TCF BverfGE 95,173-Warnhinweise für Tabakerzeugnisse de 22 de enero de 1997, otro famoso ejemplo de Robert Alexy.

Diversos fabricantes de tabaco y cigarrillos recurren al Tribunal Constitucional Alemán con la pretensión de que se anule la normativa que establecía la obligación por parte de los fabricantes de estos productos de incluir advertencias del peligro que suponen para la salud estos productos. En esta alegación se basan en que se dañan tres de sus derechos fundamentales: Libertad de empresa, libertad de expresión y el derecho a la propiedad

El juicio de necesidad depende incluso en casos fáciles de la valoración preferida por el tribunal. La regla de necesidad no es tan racional como se nos hace ver.

En relación a la libertad de expresión los recurrentes alegan:

-La libertad de expresión garantiza el derecho a no expresar opiniones con las que no se identifican, y la inclusión de los mensajes de advertencia sobre los peligros del tabaco para la salud es una opinión con la que discrepan.

-Aunque la advertencia viene precedida de la frase “los ministros de la CEE” los consumidores identifican igualmente la advertencia con la opinión de los fabricantes.

-El tabaco no es la única causa de las enfermedades cuyo peligro se advierte.

Contra esto el Tribunal responde que el conflicto es contra la libertad profesional y no contra la libertad profesional. Para ello aduce:

---

<sup>48</sup> GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *El juicio de...*, Op., Cit ., p.7 y s.

-La medida estatal no perjudica la publicidad de los productos relativos al tabaco por lo que la medida del Estado alemán no afecta a la libertad de expresión de los fabricantes .Si los avisos se mostrasen como una opinión de los fabricantes sí se produciría una afectación negativa a la libertad de expresión pero en opinión del Tribunal alemán esto no sucede.

-Las advertencias sobre el peligro del tabaco tienen como fin informar a los consumidores de los peligros del tabaco y no se constituyen como una condición estatal para la venta de tabaco.

La crítica de García Amado<sup>49</sup> se centra en que la regla de necesidad queda al libre arbitrio de las alternativas de intervención en otros derechos fundamentales que escoja el juez. El juez puede juzgar justificada por la regla de necesidad la limitación de un derecho fundamental por no incluir en su valoración alternativas menos dañinas para ese derecho. Por lo tanto de existir esas alternativas y no ser incluidas por el juez el análisis ya resultaría inútil.

En el caso concreto que se expone no se hace un razonamiento ponderativo pese a que existe un conflicto entre derechos fundamentales. El tribunal estima que el derecho a la salud, que justifica la medida estatal impuesta a los fabricantes no entra en conflicto con la libertad de expresión por no producirse una afectación de esta última. Por ello no hay una ponderación. Pero este proceso viene determinado por la interpretación del Tribunal de que no se afecta a la libertad de expresión, aspecto que condiciona el resultado final decisivamente.

### **3.CRÍTICA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.**

En el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se comparan los grados en que una acción jurídica beneficia a un derecho o bien constitucional y daña a otro derecho. El daño para el segundo derecho no puede ser superior al beneficio obtenido en relación al primer derecho o bien constitucional, ya que en ese caso y de acuerdo al juicio de proporcionalidad la acción jurídica sería contraria a la Constitución, y sería declarada nula.

---

<sup>49</sup> GARCÍA AMADO,JUAN ANTONIO, *El juicio de...*, Op., cit.,p.9 y 10.



En el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se dan también elementos valorativos y se introducen fuertes elementos de discrecionalidad por parte del TC. En las sentencias donde se decide la constitucionalidad de imponer advertencias en los paquetes de cigarrillos, que hemos explicado, se toma como menos dañosa la decisión de imponer advertencias del peligro que acarrea fumar en los paquetes de tabaco que una medida alternativa que consistiría en restringir la venta de paquetes de tabaco. Pero esta conclusión a la que hemos llegado parte de dos premisas que son cuanto menos discutibles:<sup>50</sup>

-Establecer que una medida por parte del estado tendente a la protección preventiva de la salud supera en importancia al libre funcionamiento del mercado. Esta afirmación sería rebatida por ejemplo por un Tribunal o un jurista ultraliberales. Su razonamiento consistiría en que las acciones del estado que inciden en el consumo y el mercado ocasionan ineficiencia económica. Por lo tanto podemos concluir que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto no es evidente si, no se comparten unos mismos valores y depende en gran medida de los mismos.

-Por otra parte, llegar al tercer paso implica también dar por correcto el juicio de necesidad, con el riesgo de que se haya llevado a cabo incorrectamente. Podría ser que no se haya introducido un nuevo término a comparar pudiendo hacerlo. La consecuencia de esta inclusión podría suponer la inconstitucionalidad de la medida A, en este caso la inclusión obligatoria de advertencias en los paquetes de tabaco debido a que una hipotética medida alternativa A', la cual el juicio de necesidad no considera constitucional, como por ejemplo una subida de impuestos con tipos impositivos muy altos, sí sería constitucional de acuerdo al juicio de proporcionalidad. La explicación sería que esta medida relativa a los impuestos supondría un beneficio tan sustancioso para la protección de la salud como la medida de imponer advertencias en los paquetes de tabaco y un menor daño para la libertad profesional.

García Amado<sup>51</sup> propone un razonamiento alternativo para superar el problema anterior:

---

<sup>50</sup> GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *El juicio de...*, Op., cit., p.12 y 13.

<sup>51</sup> GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *El juicio de...*, Op., cit., p.12 y 13.

A)-Aceptar que no existe un método racional que dote de cierta objetividad a la decisión en este tipo de casos, siendo una decisión en sobre todo valorativa. Si aceptamos esto, se pueden establecer algunas pautas formales como :

-Establecer como las únicas evidencias que no se pueden refutar son las evidencias empíricamente demostrables como las científicas, lógicas o matemáticas.

-Cuando existan argumentos de calidad y con un amplio consenso para las alternativas que se discute, el Tribunal debe aplicar la regla del “self restraint” o principio de prioridad del legislador. Este principio guarda coherencia con los principios básicos del orden constitucional.

B)Enfocar la decisión como un razonamiento interpretativo/subsuntivo. Ello es debido a que de este razonamiento la doctrina es consciente de sus límites sabiendo que no se podrá conseguir con él una perfecta objetividad. Pero el problema en relación a la aplicación de los esquemas de ponderación será que los tribunales lo toman como un método del que se puede alcanzar un mayor grado de certeza y objetividad, cuando en realidad para García Amado y muchos otros autores es un método con mayor grado de arbitrariedad aunque su apariencia sea la de que se aplican reglas objetivas.

#### **4.CRÍTICAS DE LA DOCTRINA ALEMANA.**

Un sector de la doctrina alemana ha comenzado a criticar el uso desmesurado del principio de la proporcionalidad. Afirma que en el derecho constitucional la ponderación como técnica no tiende a hallar el remedio más adecuado, sino que persigue hallar la norma allí donde la subsunción fracasa como método. Al emplearse estas técnicas para el caso concreto, y no existiendo una jerarquía entre los derechos fundamentales, se acaba cayendo en la justicia caso por caso. Esto ocasiona inseguridad jurídica, pudiendo caerse en la arbitrariedad jurisprudencial en algunos casos con el resultado de que y que el Tribunal Constitucional acabe reemplazando al legislador.<sup>52</sup>

#### **5.DIFICULTADES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL**

---

<sup>52</sup> GONZÁLEZ PASCUAL,MARIBEL, “ El alcance de los derechos fundamentales..., Op., cit., p.61 y 62.

El propio Tribunal Constitucional español, en la Conferencia Trilateral, subrayó algunos de los problemas que ha encontrado en la aplicación del principio de proporcionalidad.<sup>53</sup>

En relación a la determinación del fin a los efectos del control primero de adecuación o idoneidad, alerta de que no está preestablecido si la determinación del fin pretendido debe ofrecerla el autor de la medida, quien lleva a cabo la intervención o si, por el contrario, ha de ser establecida de oficio por el Tribunal de acuerdo con criterios objetivos. Del mismo modo, puesto que el control de proporcionalidad ha ido restando espacio a la ponderación individualmente considerada, también puede ser cuestionado cuál deba ser el rango del interés o fin que se toma en consideración para realizar el examen de proporcionalidad en sentido estricto (constitucional, constitucionalmente relevante o, simplemente, constitucionalmente legítimo).

En cuanto al control de necesidad, El Tribunal Constitucional reconoce que el examen a propósito de la inexistencia de medidas alternativas menos gravosas sigue concentrando las principales críticas doctrinales. Cuando el control de proporcionalidad recae sobre una medida legislativa, se cuestiona si el Tribunal está en situación de determinar qué medida alternativa resulta preferible o en qué falla o no se cumple el cálculo del legislador. Asimismo se ha señalado la contradicción entre la premisa de la libertad de configuración del legislador y la aplicación del test de necesidad sobre medidas legislativas, que no son otra cosa más que opciones legislativas. De cómo se argumente la importancia del fin y la necesidad de la medida puede depender el resultado final.

El test de proporcionalidad en sentido estricto sigue teniendo en la práctica del Tribunal Constitucional unos contornos que no están bien delimitados y en la gran mayoría de los casos, es ya en el control de necesidad donde ha quedado determinado el resultado del control, de tal manera que el tercer momento únicamente sirve como mera verificación posterior. El propio Tribunal constitucional afirma que rechazó en su primera jurisprudencia que en la Constitución existiera una “jerarquía de derechos” o un orden de libertades “preferentes” Lo que sí ha establecido son algunas reglas de solución de conflicto derivadas de juicios previos de ponderación para supuestos

---

<sup>53</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Conferencia trilateral...*, Op., cit., p.16 y 17.

típicos de colisión de derechos en el área de información/expresión, intimidad/honor/imagen, en el curso de una instrucción o una investigación policial, o en la actuación de la administración penitenciaria o a cargo de centros de internamiento de extranjeros, o en el ámbito del derecho laboral en relación con la confrontación de las facultades del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de la relación de trabajo.

Por otra parte nuestro TC también señala una deficiente diferenciación del principio de proporcionalidad en algunos aspectos importantes del mismo. Señalaré aquí algunos de ellos:<sup>54</sup>

El TC subraya en primer lugar que aunque hoy aparezcan con rasgos diferenciados, en los primeros tiempos, razonabilidad y proporcionalidad se presentaron como criterios complementarios. La referencia a exigencias de razonabilidad y proporcionalidad que se demandan de las normas y de la actuación de los poderes públicos estaban ya presentes en la jurisprudencia constitucional desde sus inicios. Con ambos conceptos se apelaba a la necesidad de justificación suficiente para cualquier norma, medida o acto que, al imponer restricciones o cargas, o al causar algún perjuicio, resultara sospechoso de haber incurrido en arbitrariedad, exceso y, consiguientemente, en inconstitucionalidad. Por otra parte, a lo largo de los años ochenta y todavía entrados los noventa del pasado siglo, el Tribunal aplicó en muchas ocasiones de manera conjunta los principios de razonabilidad y proporcionalidad en asuntos en los que estaba en juego la garantía de derechos. Ello implicaba considerar todas las circunstancias antes de pronunciarse sobre la “fundamentación, racionalidad y proporcionalidad” de la norma o actuación impugnada, lo que tenía la ventaja de que permitía al Tribunal tomar decisiones ajustadas al caso, y que le posibilitaba hacer valoraciones de oportunidad. Es sólo a partir de la segunda mitad de los años noventa cuando la jurisprudencia constitucional comienza a articular de un modo preciso el control de proporcionalidad diferenciándolo del principio de razonabilidad.

-En cuanto a la ponderación en sentido estricto el Tribunal en algunas ocasiones no ha diferenciado ambos conceptos, usándolos indistintamente. Hay que decir que la

---

<sup>54</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, “La introducción del test de alemán de proporcionalidad”, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003, p.34 y s.

ponderación entra en juego con respecto al principio de proporcionalidad en la tercera fase o ponderación en sentido estricto. Pero la ponderación se usa en multitud de conflictos entre bienes constitucionales al margen del principio de proporcionalidad. Por lo que no pueden identificarse sin más principio de proporcionalidad y ponderación.

-Respecto al principio de interdicción de la arbitrariedad, el TC subraya que se distingue principalmente del principio de proporcionalidad por su carácter no relacional frente al carácter relacional del principio de proporcionalidad. La interdicción de la arbitrariedad solo se ve afectada cuando la medida objeto de control es inconstitucional por carecer absolutamente de idoneidad. Sin embargo no faltan sentencias que equiparan dichos principios, lo que no es estrictamente cierto.

-Respecto al principio de igualdad, el TC señala que si bien algunas sentencias los sitúan como próximos, en realidad ambos tienen un carácter relacional. En el principio de igualdad este carácter deriva por la preceptiva integración del término de comparación en su interpretación, en el principio de proporcionalidad deriva de que la medida objeto de control se analiza a partir de su fin.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, “La introducción del test de alemán de proporcionalidad”, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003, p.34 y s.

## CONCLUSIONES

**1-**La Ley Fundamental de Bonn construye un sistema de derechos que rompe drásticamente con el sistema vigente anterior de la Alemania nazi y con la propia cultura jurídica alemana del siglo XIX , en donde el positivismo era el paradigma válido para los derechos fundamentales. Con la Ley de Bonn se construye un sistema en el que el pilar fundamental va a ser la dignidad humana , concepto a partir del cual se integran una serie de valores cuya protección se va a garantizar por los poderes públicos.

**2-**La Ley Fundamental de Bonn sitúa a los Derechos Fundamentales en el corazón mismo del sistema constitucional y establece un catálogo de derechos. Como grandes conceptos surgidos a partir de la jurisprudencia constitucional destaca la teoría del contenido objetivo de los derechos, surgida en la célebre sentencia Luth. Supone que el contenido de los Derechos Fundamentales se va a proyectar sobre todo el ordenamiento, por lo que tanto los poderes públicos como los poderes privados quedan vinculados al mismo. Esta teoría va a desembocar en la irradiación de los derechos, que no es otra cosa que la aplicación de la teoría del contenido objetivo de los derechos en las relaciones privadas.

**3-**En el derecho alemán para que un Derecho Fundamental pueda ser limitado por parte del legislador debe estar recogido en el texto constitucional esta posibilidad. Se prohíbe en dicha norma la limitación de la libertad religiosa, artística y una serie de libertades a mayores. Para que la limitación sea conforme a derecho la injerencia del legislador debe ser justificada constitucionalmente. Esto incluye una serie de requisitos que tendrán como requisito final cumplir las exigencias del principio que nos ocupa, el principio de proporcionalidad.

**4-**En el entendimiento mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia alemana el legislador puede delimitar los derechos fundamentales pero no limitarlos. Por ello el límite a su potestad estriba en que la norma legal que establezca no puede afectar negativamente al derecho en cuestión. Por ello, en la adscripción “prima facie” que es el primer requisito para la aplicación del principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales, se efectúa un análisis interpretativo de las disposiciones iusfundamentales con el objetivo de establecer si la intervención del legislador afecta negativamente a una norma o posición incluidas en un derecho fundamental.

**5-** El test de proporcionalidad consta de tres fases:

En la exigencia de idoneidad se exige que la norma legislativa que afecta al Derecho Fundamental sea adecuada para obtener un fin constitucionalmente legítimo.

En la exigencia de necesidad se va a exigir que la norma legislativa que afecta al Derecho Fundamental, sea la que menos va a afectar negativamente al Derecho Fundamental dentro de las alternativas con el mismo grado de idoneidad.

En el principio de proporcionalidad en sentido estricto la importancia de conseguir el fin que se pretende alcanzar mediante la actuación del legislador debe justificar que se intervenga en el derecho fundamental.

**6-**En cuanto a la presencia del principio de proporcionalidad en el derecho español, en primer lugar hay que decir que en la Constitución no se recoge mención alguna sobre que el principio de proporcionalidad opere como criterio para determinar los límites de los derechos o como criterio para establecer si las intervenciones de los poderes públicos en los derechos son legítimas.

El fundamento constitucional que el Tribunal invocó para justificar la sujeción de normas y actuaciones a requisitos de proporcionalidad fue normalmente el de la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), la justicia como valor superior (art. 1.1 CE) o el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), aunque también hubo otro tipo de vinculaciones, como la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), imitando el derecho alemán.

**7-**El Principio de proporcionalidad comenzó en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional operando como un principio general, aplicándose sin formalizar, no distinguiéndose claramente del contenido esencial de los derechos y aplicando alguno de sus elementos sin hacer mención expresa de ello.

Con el paso de los años la jurisprudencia constitucional ha llegado a establecer un verdadero canon constitucional en torno al principio de proporcionalidad. Hoy en día es doctrina consolidada que en el derecho español se aplica con bastante fidelidad el esquema del test alemán de proporcionalidad.

**8-**El Tribunal Constitucional en ocasiones no ha distinguido como debiera el principio de proporcionalidad del principio de razonabilidad, sobre todo en sus primeros tiempos,

aunque a partir de la segunda mitad de los años 90 corrige esta interpretación y comienza a interpretarlos separadamente.

En otras ocasiones, el Tribunal Constitucional no ha hecho una distinción entre el principio de proporcionalidad y los principios de interdicción de la arbitrariedad y el principio de igualdad, así como con el concepto de ponderación.

**9-**El principio de proporcionalidad, en su versión analítica, que ejemplifica la obra de R.Alexy, ha recibido importantes críticas doctrinales.

En cuanto a las críticas en cuanto al subprincipio de idoneidad las críticas se centran en que el juicio de idoneidad es dependiente de la interpretación que se haya hecho previamente de la norma cuestionada en relación al fin que se atribuye a la norma y en relación a como se valoren las consecuencias de aplicar esa norma en relación a ese fin.

En cuanto al subprincipio de necesidad se critica que queda al libre arbitrio de las hipotéticas alternativas de intervención que elige el TC a la hora de realizar la comparación. El TC puede entender salvada por la sola regla de necesidad la limitación de un Derecho Fundamental por la razón de no incluir en su valoración alternativas menos dañinas para ese derecho.

En relación a la proporcionalidad en sentido estricto las críticas se centran en que el análisis por parte de los Tribunales Constitucionales de si la medida del legislador se adecúa a este principio viene ya determinado por el análisis efectuado sobre el subprincipio de necesidad. Por lo que si ha cumplido los requisitos de la segunda parte del test de proporcionalidad en la gran mayoría de casos va a cumplirse este tercer paso. Además este hecho va a ocasionar que en este paso se incurran en las posibles subjetividades que se analizan en el subprincipio de necesidad.

La doctrina española estima que en el control de necesidad existe una gran subjetividad a la hora de valorar si existen medidas menos gravosas para el derecho fundamental que la adoptada por el legislador. Sobre el control de proporcionalidad se subraya también el carácter subjetivo en la elaboración de la fórmula del peso en el test de proporcionalidad “*strictu sensu*”.

**10-**En definitiva, si bien el principio de proporcionalidad puede entenderse como un elemento ya consolidado de la cultura jurídica europea, y así se recoge en los textos



normativos y la jurisprudencia europea, subsisten todavía múltiples interrogantes sobre su idoneidad a la hora de ser utilizado por los Tribunales Constitucionales a la hora de juzgar la constitucionalidad de las medidas legislativas que afecten a los Derechos Fundamentales.

El principio de proporcionalidad responde por otra parte a una determinada concepción de estos últimos, muy influida por la elaboración que de los mismos realizó en sus primeros tiempos el TC alemán por obvias razones históricas, y que se difundirá en el ámbito doctrinal a través de la Teoría Analítica de los Derechos Fundamentales que lideró R.Alexy.

En el trabajo hemos pretendido también analizar someramente la estructura formal de este Principio, tal y como lo utilizan hoy los Tribunales Constitucionales, y, por otra parte subrayar algunas de las críticas que recientemente se vienen realizando al mismo. Entre ellas las que destacan su alto grado de subjetividad, lo que en parte disminuye su función de control del razonamiento de los Tribunal Constitucional en esta materia , y por otra parte, el hecho de que , unido a la concepción de los Derechos Fundamentales como “mandatos de optimización”, termina otorgando a los TC un papel tan preponderante en el sistema que puede derivar en un exceso de “constitucionalización” del ordenamiento, y , en ocasiones en una indebida restricción del ámbito de libertad de configuración democrática del mismo por parte del legislador.



## **BIBLIOGRAFÍA:**

### **SENTENCIAS:**

- STC BVerfGE 6, 32 Wilhelm Elfes , de 16 de enero de 1957.  
STC BVerfGE 7, 198 [Lüth] , de 15 de enero de 1958.  
STC BVerfGE 19, 330-Sachkundenachweis, de 14 de diciembre de 1965.  
STC BverfGE 95,173-Warnhinweise für Tabakerzeugnisse, de 22 de enero de 1997.  
STC 66/1995, de 8 de mayo de 1995.  
STC 55/1996, de 28 de marzo de 1996.  
STC 62/1996, de 15 de abril de 1996.  
STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996.  
STC 161/1997, de 2 octubre de 1997.  
STC 136/1999, de 27 de septiembre de 1999.  
STC 265/2000, de 13 de noviembre de 2000.  
STC 147/2001, de 27 de junio de 2001.  
STC 202/2001, de 15 de octubre de 2001.  
STC 82/2002, de 27 de febrero de 2002.  
STC 123/2002, de 20 de mayo de 2002.  
STC 145/2013, de 11 de julio de 2013.  
STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013.

### **LIBROS Y ARTÍCULOS:**

- ALEXY, ROBERT, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, Revista española de derecho constitucional, nº 91, enero-abril, Madrid, 2011.  
ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, (Traducción de de M. Atienza), Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1989.  
BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2005.  
CLÉRICO, LAURA, *Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternativa*, , Comares, Asturias, 2011.  
DWORKIN, ROBERT, *El imperio de la ley*, Gedisa, Barcelona, 1991.

DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA , *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

FASSBENDER, BARDO, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Público, núm 5, 1998.

FERNÁNDEZ NIETO, JOSEFA, *Principio de proporcionalidad y limitación de derechos fundamentales*, UNED, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ NIETO, JOSEFA, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Madrid : Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo”, REP, núm 81, 1993.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *El juicio de ponderación y sus partes, Crítica de su escasa relevancia*, Universidad de León. Disponible en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/relevancia.pdf>.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Teorías de la tónica jurídica*, Civitas ,Madrid, 1988.

GARCÍA PELAYO, MANUEL , *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979.

GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003.

GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ PASCUAL, MARIBEL, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Aranzadi, Navarra, 2010.

PENDÁS GARCÍA, BENIGNO, *Comentario a la STC 66/1995, de 8 de mayo. Convocatoria de la federación de banca de UGT en el centro de Madrid*, Universidad Complutense de Madrid, p.178 y 179. Disponible en <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro135/lib135-2a.pdf>

ROSS, WILLIAM DAVID, *The right and the Good*, Clarendon Press, Oxford, 1930.

VILLAVERDE, IGNACIO, REQUEJO, PALOMA; PRESNO, MIGUEL ÁNGEL; ALÁEZ, BENITO; SARASOLA, IGNACIO; BASTIDA, FRANCISCO, *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.



