

Camino Vidal Fueyo (España)\*

## El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez

### 1. Imprevisión legislativa, juez y Constitución

El reconocimiento de los derechos fundamentales, el establecimiento de un conjunto de garantías que aseguren su plena eficacia, y la vinculación directa que ejercen sobre todos los poderes públicos, constituyen uno de los pilares del Estado constitucional.<sup>1</sup> Sin embargo, la estructura dinámica y fragmentaria del texto constitucional, el alto grado de generalidad y abstracción que resulta del tenor literal de la mayoría de sus preceptos, hace que la problemática de la interpretación jurídica, común a todas las ramas del derecho, se agudice en este campo.<sup>2</sup>

Problemas de interpretación jurídica con los que se encuentra el legislador a la hora de desarrollar el contenido de un derecho fundamental, pero que adquieren una nueva dimensión cuando es el juez quien, en defecto de ley de desarrollo, tiene que

---

\* Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Burgos (España). <cvidal@ubu.es>

<sup>1</sup> A lo largo de este trabajo utilizaremos el concepto de derecho fundamental en un sentido formal, como derecho subjetivo garantizado en una constitución normativa. La Constitución española reconoce en sus artículos 14 a 38 un conjunto de derechos y libertades que no tienen un mero valor programático, sino una aplicación o eficacia inmediatas ante los tribunales de justicia; derechos y libertades que vinculan a todos los poderes públicos, particularmente al legislador. Sobre el concepto de derecho fundamental, véase: Pedro Cruz Villalón: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989, p. 39 y ss.; Javier Jiménez Campo: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999; y VV.AA.: *La garantía constitucional de los derechos fundamentales* (ed. A. López Pina), Civitas, Madrid, 1991, entre otros muchos.

<sup>2</sup> Estas características del texto constitucional son compatibles con su valor normativo. Constitución normativa cuyos preceptos y principios se caracterizan no sólo por tener eficacia jurídica inmediata, sino por ser presupuesto de validez del resto del ordenamiento jurídico. De manera que no estamos ante un mero documento o programa político, ni ante una norma programática, sino ante el

aplicar directamente el precepto constitucional. Mientras el legislador cuenta con la legitimidad que le otorga la representación popular, el juez a la hora de aplicar e interpretar la Constitución tiene, como único aval, la utilización de un método jurídico de interpretación; su legitimidad está en el propio derecho.<sup>3</sup>

Pues bien, las reflexiones que se esbozan a lo largo de estas líneas tienen su origen en un problema práctico con el que se encontraron los tribunales ordinarios españoles hasta hace muy pocos meses, motivado por la descoordinación existente entre el contenido de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) y algunos avances científicos a través de los cuales se podían obtener datos trascendentales para la resolución jurisdiccional de determinados delitos.

Más en concreto, estoy hablando de aquellos casos en los que el juez consideraba oportuno acordar la toma de muestras de sangre o de cabellos al imputado, con fines tan diversos como pueden serlo el determinar si coincidían con los encontrados en la escena del crimen, o en orden a verificar si era consumidor habitual de estupefacientes —dato que puede tener relevancia en relación con el objeto principal del proceso—, o para probar, en suma, su supuesta paternidad —aunque este último aspecto puede tener mayor proyección en el orden civil, no podemos minusvalorar su importancia en el marco de un proceso penal—. El imputado, sujeto pasivo del proceso, pasaba así a convertirse en *objeto de la prueba* y, lógicamente, no hay problema si el legislador prevé expresamente esta posibilidad, o si el afectado consiente en la práctica de esa diligencia, pero la cosa cambia cuando hay un vacío legal al respecto, situación que se daba entonces,<sup>4</sup> y se desatiende el requerimiento, invocando la vulne-

---

orden jurídico fundamental del Estado constitucional. Sobre la Constitución como norma jurídica cf. el conocido trabajo de Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981; así como Ignacio de Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 1987.

<sup>3</sup> Manuel Aragón Reyes pone de relieve los problemas teóricos y prácticos que acarrearía convertir el “gobierno de la Constitución” en el “gobierno de los jueces”: de un lado, la quiebra del principio democrático que ello puede comportar, “en cuanto que sería un poder del Estado no estrictamente representativo el encargado de concretar el *status civitatis*. De otro, la merma del principio de ‘generalidad’ del derecho o, lo que es igual, del principio de aplicación igual del derecho, mejor tutelado por las normas escritas que por las normas de creación judicial. Por último, la distorsión del pluralismo político, en cuanto que serían los jueces, y no la mayoría política, los que desarrollarían los derechos fundamentales” (*Estudios de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 157).

<sup>4</sup> Y que se mantuvo hasta la promulgación de la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en virtud de la cual se añadió un segundo párrafo al artículo 363 de la LECrim. que reza: “Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento e intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

ración de derechos fundamentales tales como el derecho a la integridad física (artículo 15 de la Constitución española [CE]), el derecho a la intimidad (artículo 18 CE), o el derecho a no declarar contra sí mismo (artículo 24.2 CE), por medio de los recursos ordinarios que fueran procedentes.<sup>5</sup>

La conexión de este problema con la teoría general de la interpretación y, más en concreto, con el principio de proporcionalidad se explica a partir del conflicto que debe dirimir el juez: por un lado, la diligencia de intervención corporal limita derechos fundamentales del imputado sin previa habilitación legal pero, por otro, del resultado de dicha diligencia dependen derechos fundamentales de terceros —particularmente de la víctima: el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 CE)—, y también el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, como bien constitucionalmente protegido, que comprende el interés público propio en la investigación y persecución de los delitos. Una vez más se pone de manifiesto en el proceso penal, si cabe más que en otros órdenes jurisdiccionales, la inevitable tensión entre un interés público, en este caso el que reside en la persecución del delito, y el contenido de determinados derechos fundamentales de la persona.

Partiendo de la inexcusable previsión legal para limitar el contenido de los derechos fundamentales (artículos 53.1),<sup>6</sup> la doctrina que ha abordado el tema que nos ocupa —mayormente procesalista— ha concluido que, mientras el legislador no habilite expresamente al juez para ordenar este tipo de intervenciones, éstas no son constitucionalmente admisibles.<sup>7</sup> Sin embargo, algo no encaja en la lógica jurídica

---

<sup>5</sup> Una situación similar se produce con la *intervención de las comunicaciones orales directas a través de sistemas de escucha y grabación*, cuyo sustrato legal tampoco está muy claro en España, al contrario de lo que ocurre en los países de nuestro entorno como Italia (artículo 266 del Codice di Procedura Penale), Portugal (artículos 187 a 190 de su Código Procesal Penal) o Francia (artículo 81 del Código de Procedimiento Penal de 1957), donde esta medida se encuentra expresamente prevista. Las soluciones sugeridas por la doctrina oscilan entre los mayoritarios, quienes consideran aplicable analógicamente el régimen legal de la intervención de las comunicaciones, *ex articulo* 18.3 CE; y los que se atienen más bien a lo dispuesto para las filmaciones en lugares públicos y privados (LO 4/1997, de 4 de agosto), pues, en último término, el bien jurídico protegido es el mismo, el derecho a la intimidad (véanse acerca de estas posturas, entre otros: José Luis Alcábar López: “Contenido del derecho a la intimidad”, en *Actualidad Jurídica*, nº 3, 1981, p. 17; M<sup>a</sup> Lourdes Noya Ferreiro: *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Valencia, 2000, p. 103-112; y César Sempere Rodríguez: *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Madrid, 1987, p. 444), pero es posible una tercera vía interpretativa como la que se expone en este trabajo.

<sup>6</sup> Que fija: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”.

<sup>7</sup> Nicolás González-Cuellar Serrano: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pp. 78 y 305). En igual sentido se manifiestan: Marcos Forcada Jordi: “Las inspecciones o registros sobre la propia persona”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1990,

cuando resulta prohibida una prueba que, en sí misma, supone una leve injerencia en el contenido de algunos derechos fundamentales —pensemos en una extracción de sangre— y, sin embargo, de cuyo resultado dependen importantes intereses, tanto públicos como privados.

Pues bien, tal y como se propone desde estas líneas, quizá la cuestión pueda enfocarse de una forma distinta. Acaso no estemos ante un problema de limitación de derechos fundamentales por parte del juez ordinario sin previa habilitación constitucional o legal, sino ante un problema de interpretación de la Constitución.

Así, y a partir de la idea elemental de que un ordenamiento jurídico es un sistema en cuyo seno las normas carecen de existencia singular, de suerte que sólo adquieren sentido en función del *todo*, el problema podría abordarse desde una interpretación sistemática de la Constitución, poniendo en relación los preceptos reconocedores de derechos fundamentales con el conjunto, también con aquellos principios constitucionales que, sin estar expresamente recogidos en el texto constitucional, como el principio de proporcionalidad, están suficientemente concretados y desarrollados por el Tribunal Constitucional como para servir de parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez.

Desde esta interpretación sistemática, resulta fundamental la teoría de los límites inmanentes de los derechos fundamentales, que se construye a partir de la reiterada afirmación de nuestro Tribunal Constitucional de que todo derecho fundamental tiene sus límites, que en ocasiones aparecen expresamente previstos en el texto constitucional, pero que en otras derivan de una manera *mediata* o *indirecta* de tal norma “en cuanto han de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos” (Sentencia del Tribunal Constitucional español [STC] 2/82, entre otras muchas).

De este modo, el juez penal en el ejercicio de su específica función de juzgar y ejecutar lo juzgado, cuando se encuentra con la necesidad de resolver un conflicto entre derechos fundamentales que entran en colisión con otros derechos fundamentales, o con bienes y valores constitucionalmente reconocidos, ha de descubrir los límites inmanentes que se desprenden del propio texto constitucional. En esta operación el juez está interpretando sistemáticamente la Constitución, no está llevando a cabo una labor *constitutiva* —que sólo correspondería al legislador—, sino aplicando unos

---

p. 990; Ángel Gil Hernández: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, 1995, p. 60; M<sup>a</sup> Isabel Huertas Martín: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, pp.183 y ss.; José Francisco Etxeberria Guridi: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, p. 95 y ss.; José Antonio Diez Cabiale: *La admisión y la práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 141. Sólo voces aisladas consideran que, aunque resulta conveniente, la ausencia de ley no es óbice para llevar a cabo la medida (cf. José Antonio Varela Agrelo: “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial las intervenciones corporales”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, 1996, n<sup>o</sup> 1776, p. 28).

límites que preexisten incluso a una intervención legal, lo que en último término se desprende del principio de unidad de la Constitución, a la que el propio juez se encuentra directamente vinculado.

Afirmar que el juez ordinario tiene la facultad de “descubrir” los límites inmanentes de los derechos fundamentales que se desprenden de la Constitución no supone otorgarle una función reguladora de éstos, pues sería inadmisibles una “política de derechos fundamentales” del Poder Judicial; tampoco se trata de buscar a toda costa una “construcción teórica” con la que legitimar al juez para el establecimiento de límites en el contenido de derechos fundamentales cuando, sin contar con una cobertura legal, pudieran estar materialmente justificados. Por eso es muy importante el establecimiento de unos mecanismos que garanticen que el juez no asume una libertad de configuración política, de la que carece, y que controlen que su actuación se somete a un riguroso método jurídico. De entre éstos destaca, insisto, el sometimiento al principio de proporcionalidad que impide que la actuación judicial sea arbitraria, o que cualquier interés del Estado, por importante que fuere, justifique la adopción de medidas limitadoras de derechos fundamentales constitucionalmente inadmisibles.

De lo expuesto se deducen las dos ideas básicas sobre las que se pretende reflexionar desde estas líneas: el peligro de libre creación del derecho por parte del juez, y la correlativa necesidad de articular mecanismos jurídicos de contención, toda vez que la manida *autocontención judicial* pertenece al mundo de las buenas intenciones, pero está al margen de la certeza y seguridad que se reclaman al derecho. En definitiva, sólo una adecuada teoría de la interpretación “permitirá de una parte, justificar la relativa superioridad que, en el caso límite, tiene la decisión judicial frente a la legislativa, y logrará garantizar, de la otra, que el destronamiento de la ley no se salde con una pérdida de la seguridad jurídica, que es una exigencia básica del Estado de Derecho”.<sup>8</sup>

## 2. El peligro de libre creación del derecho por parte del juez

Hablar del principio de proporcionalidad como técnica de control de la actividad del juez, como parámetro de constitucionalidad de algunas decisiones judiciales, requiere una previa reflexión, que no pretende ser original, sobre el papel del juez en el Estado social y democrático de derecho o, lo que es lo mismo, sobre la legitimidad

---

<sup>8</sup> Francisco Rubio Llorente: “La interpretación de la Constitución”, en *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 609. Quien añade en la nota a pie nº 17 que la “judicialización del ordenamiento” implica la necesidad de una teoría interpretativa clara, generalmente aceptada y de aplicación constante. A falta de ella, ni el ciudadano ni los poderes públicos podrán calcular con una razonable probabilidad de acierto cuál será la decisión del Tribunal, esto es, la norma aplicable.

democrática de *un poder* que, lejos de albergar a técnicos burócratas e “inanimados” que mecánicamente aplican el contenido de la ley —en la más pura formulación de Montesquieu—, se ha convertido en adalid de la “realización” de la Constitución.

Los jueces y magistrados son los garantes naturales de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, pero junto con esa función esencial, el *tercer poder* va adquiriendo, progresivamente y sin solución de continuidad, un mayor protagonismo en el complicado mecanismo de frenos y contrapesos (*checks and balances*) propio del Estado de derecho. Protagonismo en cierto modo justificado, toda vez que las notas que lo caracterizan (independencia, responsabilidad, estricto sometimiento al imperio de la ley...) lo convierten en un cualificado actor para controlar la actuación del resto de poderes públicos y, en último término, para salvaguardar la supremacía normativa de la Constitución y su estricto cumplimiento. Por ello, no resulta un exceso asociar su labor con la defensa de la democracia, de la división de poderes, de las libertades del individuo y de las minorías.

Sin embargo, algo está ocurriendo cuando las expresiones *politización de la justicia* o *judicialización de la política* comienzan a ser lugar común en la doctrina y en la opinión pública, y cuando emerge, quizá con más virulencia que nunca, el eterno debate sobre la legitimidad democrática del Poder Judicial. Cuestiones éstas que no sólo se plantean en la mayoría de los sistemas constitucionales europeos —en los que existe un Tribunal Constitucional con poder para expulsar del ordenamiento aquellas leyes que considera inconstitucionales, y con potestad para determinar de qué manera se ha de interpretar una ley para considerarla conforme a la Constitución—,<sup>9</sup> sino también en la *judicial review* americana, toda vez que entre ambos sistemas no existe una diferencia tan acusada como tradicionalmente se ha venido sosteniendo.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Como bien es sabido, en el ordenamiento jurídico español el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial, sino que se trata de un órgano constitucional independiente. Sin embargo, goza de potestad jurisdiccional y sus decisiones son vinculantes para todos los tribunales ordinarios. Que el intérprete último de la Constitución sea un órgano de naturaleza jurisdiccional y no la Cámara de Representantes del pueblo plantea importantes problemas que han sido objeto de una vastísima bibliografía. En definitiva, el control de constitucionalidad representa el eslabón último del largo proceso histórico y político tendente a someter el poder al derecho. Véanse, entre otros muchos, Pablo Pérez Tremps: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985; Javier Pérez Royo: *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988; José Luis Cascajo Castro: “Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional”, en *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Cortes Generales, 1986.

<sup>10</sup> En este sentido resulta imprescindible la tesis doctoral de M<sup>a</sup> Ángeles Ahumada Ruiz, donde se recuerda que el sistema del tribunal constitucional en su primer diseño *kelseniano* fue defendido, antes que como una alternativa a la *judicial review*, como una versión “racionalizada” de esta técnica, en un intento por superar sus disfunciones sin renunciar a sus beneficios más reconocidos; “con el paso del tiempo, el sistema europeo parece desprenderse de rasgos que permitieron afirmar su singularidad frente al sistema americano. Deducir de aquí que la jurisdicción constitucional en Europa evoluciona hacia un sistema de *judicial review* es tentador. Sin embargo, como he procurado poner de relieve en esta investigación, si es verdad que la distancia entre la técnica americana y europea del

*Politicización de la justicia, judicialización de la política*, expresiones, al fin, que pretenden llamar la atención sobre la metamorfosis de un poder que históricamente nace para aplicar estrictamente la ley, pero que con el tiempo va ganando terreno al legislador: porque tiene potestad para no aplicar una ley que considera inconstitucional (*judicial review*); porque actúa como control de constitucionalidad de los actos del poder, particularmente del legislador, erigiéndose en *legislador negativo*, expulsando del ordenamiento las leyes que considera inconstitucionales (*control concentrado* de los tribunales constitucionales europeos); porque el contenido de los preceptos constitucionales —preceptos generalmente abiertos, flexibles, con vocación de permanencia— acaba identificándose con la interpretación que de ellos ha hecho la jurisdicción constitucional; porque los jueces ordinarios aplican directamente la Constitución y, en muchas ocasiones, dotan tácitamente de contenido a preceptos constitucionales que no han sido desarrollados por el legislador, y, en último término, porque en toda interpretación judicial pueden influir factores políticos o de oportunidad.<sup>11</sup>

En definitiva, el protagonismo y robustecimiento del Poder Judicial se puede sintetizar, siguiendo a la mayoría de la doctrina, en los siguientes puntos: en primer lugar, en el hecho de que los textos constitucionales los conviertan en uno de los principales mecanismos de control de la actuación de los poderes públicos, particularmente del Poder Ejecutivo, fiscalizando el sometimiento de la actuación del Gobierno y la Administración a la ley; en segundo lugar, porque las Constituciones han considerado a los tribunales como una de las piezas básicas en la defensa y protección de los derechos y libertades individuales y, en tercer lugar, porque los textos

---

control se acorta, en otros aspectos que afectan muy esencialmente a la definición del sistema de control —por ejemplo, el modo de entender la función de la garantía de la constitución— la diferencia entre el planteamiento americano y europeo es muy marcada. Si nos concentramos exclusivamente en los procedimientos del control, efectivamente, la convergencia entre los modelos americano y europeo del control es evidente. Si atendemos a la sustancia del control, a la finalidad a la que responde, nos encontramos con dos enfoques muy diversos; dos formas de entender la democracia constitucional y desde esa perspectiva, dos formas de entender la función apropiada de los jueces constitucionales en una democracia”, p. 556. (Tesis leída en la Universidad Complutense de Madrid el 3 de septiembre de 2004, bajo la dirección del profesor Manuel Aragón Reyes, pendiente de publicación.)

<sup>11</sup> En este sentido resultan muy sugerentes las consideraciones de Miguel Ángel Iglesias Río en relación con el “moderno derecho penal” que crea *bienes jurídicos colectivos* tutelados frecuentemente a través de la indeseable técnica de tipificación de los *delitos de peligro abstracto* “criminalizando anticipadamente el ámbito previo o castigando actos que no superan el umbral de la mera preparación”, situación que ha propiciado una progresiva relajación de la vinculación del intérprete a la ley “con lo cual se ha ido consolidando una jurisprudencia más creadora que interpretativa, permitiendo la entrada a consideraciones de oportunidad política, la persecución penal y su renuncia dependiendo del criterio de necesidad preventiva de pena, la orientación político criminal a las consecuencias, etc.”. Véase: “Constitución y moderno derecho penal en la sociedad del riesgo. Notas para un debate abierto”, en *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario* (dirigido por Manuel Balado y José A. García Regueiro), Bosch y Centro Internacional de Estudios Políticos, 2003, pp. 1019 y 1020 respectivamente.

constitucionales han extendido a los jueces el papel de colaboradores en la salvaguardia de la supremacía normativa de la Constitución.<sup>12</sup>

Creo que el análisis del principio de proporcionalidad o, como en este caso, de algún aspecto de él desde la perspectiva constitucional, adquiere mayor justificación desde el esbozo de las consideraciones precedentes. Si la proporcionalidad es una noción íntimamente ligada a la de justicia, si se trata de un criterio ponderativo que se identifica con lo razonable, estamos ante una de las técnicas —desde luego, no la única— en orden a garantizar la ¿legitimidad?, ¿legitimación? de la actividad del juez. Los interrogantes tienen sentido al hilo de la distinción que lleva a cabo el profesor Alfonso Fernández-Miranda Campoamor entre ambos términos; esto es, mientras la legitimidad es un concepto normativo, la legitimación es un concepto sociológico. Así como al Parlamento le otorga su legitimidad la voluntad de los electores, la legitimidad de las decisiones judiciales descansa en el propio derecho que aplican los jueces y en la atribución competencial que les confiere la Constitución, siempre que actúen sujetos al imperio de la ley. La legitimación, sin embargo, descansa en el consenso social sobre la eficacia y la justicia (aunque sólo sea justicia positiva de sus decisiones).<sup>13</sup>

En este sentido, recordemos que el Estado liberal rompe, en la mayor parte de los países continentales europeos, con la tradición precedente de elección periódica de los jueces, que, al igual que el resto de los poderes del Estado, obtenían su legitimidad directamente del pueblo. Surge así un modelo de justicia *burocrática*, en la que los jueces son meros técnicos, con una función estrictamente mecánica de aplicación de la ley, en la más pura formulación de Montesquieu. Los jueces aplican la ley elaborada por el Parlamento y la suya será una legitimidad funcional o de ejercicio, frente a la legitimidad democrática de origen que caracteriza a quienes son directamente elegidos por los ciudadanos.<sup>14</sup>

Sin embargo, de la clásica y lúcida división de poderes del barón de la Brède y de Montesquieu quizá sólo nos queda, dos siglos y medio después, el armazón sobre el que se han construido formulaciones jurídicas muy diferentes, pues también lo son

---

<sup>12</sup> Véase Luis Esteban Delgado del Rincón: *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 46, donde se cita abundante bibliografía al respecto, de la que habría que destacar: Pablo Lucas Murillo de la Cueva: “El Poder Judicial y la administración de justicia”, en *Administraciones públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución española de 1978* (coord. Enrique Álvarez Conde), INAP, Madrid, 1998, p. 707 y ss, y Luis López Guerra: “La legitimidad democrática del juez”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 1, 1997, p. 43. Sobre el peligro de llegar a un gobierno de los jueces: Francisco Rubio Llorente: “El control parlamentario”, en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 244 y ss.

<sup>13</sup> Alfonso Fernández-Miranda Campoamor en el prólogo al libro de Luis Esteban Delgado del Rincón: *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 8.

<sup>14</sup> Tal y como señala Delgado del Rincón: o. cit., p. 80.

las realidades sociales y políticas a las que pretender servir. De una hermética distribución horizontal del poder, hemos pasado a un reparto poliédrico de éste, en un escenario en el que distintas entidades territoriales pugnan por su cuota de competencia. Los países europeos que han firmado el Tratado de la Unión han cedido parte de su poder, de su soberanía, a órganos supraestatales con potestad normativa, ejecutiva y también jurisdiccional. Simultáneamente, en el ámbito interno de cada uno de estos Estados, también proliferan nuevos centros de decisión política y jurídica, y un claro ejemplo lo tenemos en España, con la construcción del Estado de las Autonomías.

De manera que del histórico tapiz de la división de poderes nos queda el cañamazo, y quizá no sea un exceso afirmar que uno de los más importantes retos ante los que se encuentra la dogmática jurídica es la delimitación del exacto papel que le corresponde al Poder Judicial en dicho entramado, pues ese juez burócrata y mecánico aplicador de la ley ha pasado a convertirse, en el Estado social y democrático de derecho, en una importante e imprescindible pieza en la cadena de producción del derecho; su labor de interpretación y concreción lo sitúa junto a las más importantes fuentes del derecho.<sup>15</sup>

Creo que merece la pena insistir en que este papel del juez no sólo tiene especial relevancia en los sistemas jurídicos anglosajones, en los que, en virtud del principio *stare decisis*, las decisiones judiciales son la fuente principal del derecho, sino que progresivamente ha adquirido fuerza en los ordenamientos continentales, de la mano del sistema de justicia constitucional y, por supuesto, de la concepción de la Constitución como norma jurídica suprema de directa aplicación por todos los órganos judiciales.<sup>16</sup> En España (como en Italia o Alemania), las sentencias del Tribunal Constitucional se convierten en fuente del derecho y sus fallos no se limitan a controlar la constitucionalidad de las leyes, sino que cada vez son más frecuentes las “sentencias

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 80 y ss. Véase también, en este sentido: Miguel Ángel Aparicio Pérez: “Jueces y justicia en la Constitución”, en *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual* (coord. por J. Asensi Sabater), Valencia, 1997, pp. 958 y ss.

<sup>16</sup> Como señala el profesor Francisco Rubio Llorente, la recepción en el continente europeo de un concepto de Constitución normativa, distinto del imperante en Europa desde comienzos del siglo XIX, unida a la existencia de un Tribunal Constitucional, implica una transformación radical del ordenamiento, que se judicializa: “las sentencias del juez de la constitucionalidad se convierten necesariamente en fuente del Derecho; la ley, como fuente privilegiada, comparte este puesto con la decisión judicial y el sistema basado en la ley se transforma en *case law*”, en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 482. Por otro lado, como indica Ahumada Ruiz, el sistema de los tribunales constitucionales es el que ha resultado más fácilmente exportable en la práctica: se extendió rápidamente por Europa, progresa en Latinoamérica y ha sido acogido por la mayor parte de los países que, tras el colapso de los regímenes comunistas, aprueban nuevas constituciones; “parece que existe una tendencia natural a optar por esta fórmula en sistemas de derecho codificado, de raíz romanista, donde los jueces carecen de las amplias atribuciones de sus colegas de *common law*, donde no rige el sistema de *stare decisis* y, por tradición, la idea de seguridad jurídica, de certeza del derecho, se ha vinculado con la primacía de la ley y el absoluto predominio de las fuentes de derecho escrito” (o. cit., p. 34).

interpretativas”, precisando el exacto sentido de una norma constitucional, o concretando cuál ha de ser la lectura que ha de darse a un determinado precepto legal para considerarlo conforme a la Constitución.

Es cierto que el artículo 117 de la Constitución española declara que jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial, están sometidos “únicamente al imperio de la ley”, pero el artículo 164 de ese mismo texto indica que las sentencias del Tribunal Constitucional que “declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen efectos frente a todos”. Si quedaba alguna duda al respecto la disipan, en el ordenamiento español, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impone a todos los jueces y tribunales interpretar y aplicar las leyes y reglamentos “según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Notas que obligan al juez constitucional a actuar con prudencia si no quiere correr el riesgo de restringir el significado de un precepto constitucional, o anular su flexibilidad impidiendo que eventuales mayorías parlamentarias lo concreten de la forma que consideren conveniente.

El esbozo de este panorama dispara las alarmas que alertan sobre la necesidad de reforzar y articular mecanismos que eviten las posibilidades de arbitrio judicial, de politización de sus actuaciones, de libre e incontrolada creación del derecho por parte del Poder Judicial y nos conducen, una vez más, a lo que viene siendo considerado como núcleo de la Teoría del derecho: los problemas de interpretación.

### 3. El método jurídico como fuente de legitimidad de la actuación judicial

No cabe duda de que la protección del valor jurídico de la Constitución tiene mucho que ver con la teoría jurídica de la interpretación, pues sólo si se utilizan métodos jurídicos para analizar contenidos objetivos que van a ser aplicados con criterios también objetivos, podrá hablarse propiamente de un orden jurídico constitucional: “el carácter normativo de la Constitución implica la necesidad de que su interpretación se acomode a reglas válidas para la interpretación de cualquier norma jurídica. Esta necesidad recordada por Forsthoff [...] no niega la existencia de modalidades típicas de cada sector del ordenamiento, pero tampoco puede eludirse apelando a estas modalidades e ignorando la indispensable estructura común”.<sup>17</sup>

El esfuerzo por someter el poder al derecho, la construcción del Estado constitucional, resultaría estéril si al final ese derecho fuera aplicado arbitrariamente, sin criterios objetivos, por los jueces. El *government by laws, not by men* es garantía de seguridad, y resultaría paradójico que todos los intentos por sustituir el gobierno de

---

<sup>17</sup> Francisco Rubio Llorente en el prólogo al libro de Enrique Alonso: *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. xxv.

los hombres por el gobierno de las leyes desembocara en el gobierno de otros hombres que ni siquiera tienen la legitimación democrática que ostentan los miembros del Parlamento.

Sin embargo, la problemática de la interpretación jurídica, común a todas las ramas del derecho, se presenta con especial agudeza en el derecho constitucional por las peculiaridades de la Norma Constitucional, precisamente porque su estructura dinámica y fragmentaria permite un continuo acomodo a la realidad social, porque su alto grado de generalidad y abstracción pretende constituir un programa, un marco de apertura de posibilidades para el legislador, lo que nos reconduce al núcleo del problema: “la incorporación al texto constitucional de preceptos sustantivos (incorporación inexcusable en nuestro tiempo) ha de ser compatible con el pluralismo político, pues el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y esta libre actuación requiere en muchos casos (aunque no, claro es, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas. No de interpretaciones ‘jurídicas’, sino de interpretaciones políticas, es decir, de diversas maneras de entender el texto constitucional cuyos enunciados han de construirse, por tanto, con conceptos de valor de un alto grado de abstracción”.<sup>18</sup>

La sujeción del legislador a la Constitución y la *judicialización* de tal sujeción, tienen como consecuencia, de una parte, que por muy amplia que sea la libertad del legislador siempre estará sometida a límites, y dichos límites “no serán otros que los establecidos por el juez a partir de la interpretación *jurídica* de los mismos preceptos constitucionales. Todo conflicto constitucional es pura y simplemente el enfrentamiento de dos interpretaciones, la del legislador y la del juez”.<sup>19</sup>

La cuestión radica, entonces, en determinar si esas características específicas de los preceptos constitucionales permiten una verdadera interpretación jurídica y, en ese caso, con arreglo a qué criterios. En palabras del profesor Aragón, el control que realizan los órganos que aplican la Constitución sólo será jurisdiccional si la Constitución es (a pesar del carácter abierto de muchas de sus normas y, especialmente, de los valores y principios que formula) un parámetro objetivado; y sólo será un parámetro objetivado si existen criterios objetivos de interpretación.<sup>20</sup> De ahí que la doctrina haya centrado su atención en la búsqueda de esos criterios. En palabras del profesor Ángel Garrorena, “el hecho de que el Tribunal Constitucional no tenga por encima de él a ningún controlador no significa que su capacidad creadora de doctrina esté exenta de límites. Los tiene. Y, más, aún, libre de cualquier otro censor, el ‘control’ de tales excesos nos corresponde precisamente a nosotros”, en referencia a la

---

<sup>18</sup> Rubio Llorente: “La interpretación...”, o. cit., p. 609.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 609.

<sup>20</sup> “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *REDC*, nº 17, 1986, pp. 106 y ss.

doctrina que ha de emanar de los estudiosos del derecho, particularmente del derecho constitucional.<sup>21</sup>

#### 4. Derechos fundamentales, intervención judicial y ley

El riesgo de libre creación del derecho por parte del Poder Judicial existe no sólo cuando un Tribunal Constitucional dicta una sentencia interpretativa, en el sentido ya apuntado, sino que se materializa en todas aquellas ocasiones en las que los jueces ordinarios deben solucionar un conflicto entre derechos fundamentales, o entre éstos y otros bienes o valores constitucionalmente reconocidos.

La fórmula constitucional recogida en el artículo 53.1 CE, según la cual los derechos fundamentales “vinculan a todos los poderes públicos”, se concreta, entre otros aspectos y según el mismo artículo, en que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Este precepto, además de recordar la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, consagra una garantía que impide que normas infralegales ordenen el contenido de éstos y “limita la libre creación de Derecho por el Poder Judicial”.<sup>22</sup> Es esta última idea la que interesa destacar ahora, pues el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la función de los jueces de proteger y garantizar cualquier derecho, particularmente los derechos fundamentales, sólo es posible si actúan sometidos al imperio de la ley.

Si analizamos la jurisprudencia ordinaria española desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, comprobamos cómo los tribunales han tenido que solucionar, *ad casum*, muchos conflictos entre derechos fundamentales sin que —según el año del que estemos hablando— existiese una doctrina constitucional sólida al respecto. Al hilo de esta práctica, el Tribunal Constitucional, lejos de prohibir al juez ordinario su labor de ponderación, se ha limitado a fijar algunas garantías que deben rodearla; de entre ellas destaca el desarrollo del principio de proporcionalidad.

Al comienzo de estas líneas se hacía referencia al problema de constitucionalidad que planteaban determinados medios de prueba ordenados por el juez penal durante la instrucción de la causa y que, sin estar detalladamente previstos por el legislador, podrían suponer una injerencia en el contenido de algún derecho fundamental del imputado. Asimismo, se apuntaba que quizá no se estaba frente a un problema de límite ilegítimo sobre el contenido constitucionalmente reconocido de un derecho, sino ante una colisión entre derechos fundamentales.

Los ejemplos pueden sucederse. Así y sin ánimo exhaustivo, pensemos en los múltiples supuestos en los que se produce una colisión entre el derecho al honor y la

---

<sup>21</sup> Ángel Garrorena Morales: “Encuesta sobre la orientación actual del derecho constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 1, UNED, p. 43.

<sup>22</sup> Jiménez Campo: o. cit., pp. 46 y ss.

libertad de expresión.<sup>23</sup> No existe una regla general que ordene al juez dar preferencia a uno frente a otro. La legitimidad de la actuación del juez va a depender sobre todo de que no sea arbitraria, es decir, que constituya una exigencia necesaria para preservar un derecho, valor o bien constitucionalmente protegido, y de que se imponga un sacrificio proporcionado sobre el resto de derechos, bienes o valores en juego. En estos casos se impone una especial exigencia de motivación, debiéndose plasmar expresamente las razones que condujeron al órgano jurisdiccional a limitar un derecho fundamental, doctrina que se mantiene hasta el año 1986, siendo paradigmática la STC 104/86.

Hasta esa fecha, el Tribunal Constitucional sólo exige a los tribunales ordinarios una ponderación razonable, expresa, entre ambos derechos en conflicto. Sin embargo, en sentencias posteriores, el Tribunal da un paso más y afirma la plena revisión en el recurso de amparo constitucional del razonamiento y la valoración de los intereses en juego realizados por los órganos de la jurisdicción ordinaria, pues la jurisprudencia del Alto Tribunal va fijando un elenco de reglas a aplicar en los supuestos de colisión entre los derechos fundamentales, reglas que pretenden ajustarse a criterios objetivos y, en esta línea, traslada y asume la sólida doctrina que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dedujo primero del principio de Estado de derecho consagrado en el artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y más tarde “de la propia esencia de los derechos fundamentales” (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*).<sup>24</sup>

Dicho de otro modo, el Tribunal Constitucional ya no sólo exige del juez ordinario una motivación razonable y expresa, sino la estricta aplicación del principio de proporcionalidad que se configura, por tanto, como un procedimiento jurídico, una regla metodológica construida a partir de criterios lógicos y racionales que otorgan a la decisión judicial un *plus* de coherencia y, por tanto, de legitimación, y ello con independencia de la categoría jurídica dentro de la que decidamos clasificarlo: como principio general del derecho<sup>25</sup> o como criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Recogidos en la Constitución española en términos muy amplios. Así, el artículo 18.1 CE reza: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”; y el artículo 20.1 a, “Se reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de producción”.

<sup>24</sup> GVerfG, vol. 19, pp. 342 y ss.

<sup>25</sup> Tal y como ha hecho en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional español (a modo de ejemplo, en la STC 50/95 lo define como un “principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad”); así como un importante sector de la doctrina, de entre los que se puede destacar: Nicolás González Cuellar Serrano: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 17.

<sup>26</sup> En la línea apuntada por Carlos Bernal Pulido: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 533, en una obra de obligada lectura y referencia, por su rigor y exhaustividad.

Otro ejemplo revelador lo encontramos en ciertos casos de confrontación entre el derecho a la libertad religiosa (artículo 16 CE)<sup>27</sup> y el derecho a la vida (artículo 15 CE),<sup>28</sup> que tienen lugar cuando para salvar la vida de un menor, miembro de los testigos de Jehová, el juez ordena una transfusión de plaquetas, aun en contra de la voluntad de los padres, quienes invocan sus postulados religiosos (artículo 16 CE). Son muchas las resoluciones del Tribunal Supremo (autos de 27 de septiembre de 1978, 14 de marzo de 1979 y 22 de diciembre de 1983) que reconocen el valor indisponible de la vida humana, resolviendo a favor del derecho fundamental a la vida el conflicto suscitado en estos supuestos en los que entra en colisión con el derecho a la libertad religiosa, destacando la preeminencia absoluta del derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás (STS 28 de marzo de 1990).

En este último caso no encontramos una previsión legal expresa que faculte al juez a ordenar dicha intervención corporal (transfusión de sangre forzosa). La Ley Orgánica 7/80, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, se limita a establecer en su artículo 3.1 lo que, en definitiva, ya se desprende de una correcta interpretación sistemática de la Constitución: que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público [...]”. De manera que la opción por uno u otro derecho fundamental va a ser una decisión jurisprudencial, el juez va a limitar —en este caso anular— el ejercicio de un derecho fundamental en defensa de otro, aun cuando no existe ninguna relación jerárquica prevista constitucionalmente entre los distintos derechos fundamentales.

Recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto (STC 154/2002),<sup>29</sup> y al margen de las interesantes cuestiones que se tratan en esta resolución —dictada por el pleno del Tribunal— importa señalar aquí que en ningún momento se cuestiona la legitimidad del auto judicial que autoriza a los médicos la práctica de la transfusión. En palabras del Tribunal: “la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias

---

<sup>27</sup> Artículo 16 CE: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”

<sup>28</sup> Artículo 15 CE: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

<sup>29</sup> Anulando sendas sentencias del Tribunal Supremo por las que se condenaba por un delito de homicidio a los padres de un menor de 13 años —todos ellos testigos de Jehová— que falleció como consecuencia de su reiterada negativa a que se le practicara una transfusión de sangre.

religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual la vida es un valor superior del ordenamiento jurídico (SSTC 53/85 y 120/90)” (FJ 12). De manera que el Tribunal admite la ponderación de derechos que lleva a cabo el juez, y la admite tras comprobar que supera un riguroso test de proporcionalidad.

Volvemos al núcleo del problema sobre el que se pretende reflexionar desde estas líneas. Sin duda esta necesaria ponderación puede tener su origen en una falta de ajuste legislativo, en una cierta carencia del sistema “que demanda con claridad, que la labor de integrar armónicamente los enunciados constitucionales se realice, ante todo, por los órganos en donde pueda expresarse la autodeterminación de los ciudadanos sobre su *status*”.<sup>30</sup> Pero mientras el legislador no cumpla su función integradora —y ya se ha dicho que, en ocasiones, es muy difícil llevarla a cabo con exhaustividad—, creo que del principio de unidad de la Constitución se desprenden mecanismos alternativos que habilitan al juez para resolver la colisión de derechos fundamentales, lo que en ningún momento significa que se le esté otorgando un poder de *configuración* sobre su contenido, facultad que sólo se otorga *ex constitutione* al legislador, y en todo lo que no suponga menoscabo de su contenido esencial.<sup>31</sup>

Resta entonces determinar qué garantías han de rodear a esta función jurisdiccional de aplicación de límites no previstos expresamente en un texto legal —pero no por ello inexistentes—, para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad y, sobre todo, para respetar escrupulosamente el mandato constitucional previsto en el artículo 117 CE. El principio de proporcionalidad va a constituir una pieza clave en orden a garantizar la constitucionalidad de la actividad limitadora de juez.

## 5. El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez

Estamos ante un principio que es asumido por la jurisprudencia española influida, como en tantos otros ámbitos, por la doctrina y jurisprudencia alemanas,<sup>32</sup> y que

---

<sup>30</sup> Javier Jiménez Campo: “El legislador de los derechos fundamentales”, en *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, 1993, p. 505.

<sup>31</sup> De ahí que resulten tan certeras las palabras de Jiménez Campo cuando afirma que sobre los aplicadores del derecho pesan, en todo caso, exigencias de motivación y también —en la medida en que su resolución no venga predeterminada por la ley—, de proporcionalidad en la afectación de los derechos fundamentales, pero no un límite que, como el que impone el respeto del contenido esencial, adquiere sólo sentido por referencia a la prerrogativa de configuración que sólo tiene el legislador (ibidem, p. 505).

<sup>32</sup> Cf. Ernesto Pedraz Penalva: “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal/Iure, 1990, pp. 347 y ss; Manuel Medina Guerrero: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, o. cit., pp. 118 y ss.; Javier Barnés Vázquez señala, no obstante, que la recepción del principio por la jurisprudencia española ha sido imprecisa e incompleta “con frecuencia su contenido se ha visto reducido en la mejor de las hipótesis a la denominada proporcio-

constituye “una de las máximas jurídicas fundamentales cuya expansividad e ilimitada virtualidad en casi todos los ámbitos del Derecho no encuentra parangón alguno”.<sup>33</sup>

Así, una regla que tiene su origen en el derecho administrativo —concretamente en el derecho policial, como técnica para controlar los poderes discrecionales de la Administración—, pasa a convertirse en Alemania en uno de los pilares del Estado de derecho,<sup>34</sup> y recibe de manos del Tribunal Constitucional alemán, desde sus primeras sentencias, el rango de “principio constitucional”, al mantener que hay máximas constitucionales que, como es el caso, no se encuentran expresamente escritas.<sup>35</sup> Rango constitucional que hoy no se cuestiona; acaso es objeto de polémica la forma de derivarlo del texto constitucional, aunque la opinión más generalizada, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, considera que tiene su origen en la cláusula del Estado de derecho (artículos 20, 28.1 GG) y en la noción de justicia.<sup>36</sup> Lo que en ningún modo se cuestiona es que constituye una exigencia que afecta a toda intervención estatal (BVerfGE 38, 348 [368]; 23, 127 [133]).

Nos encontramos, por tanto, ante un principio de naturaleza sustantiva, íntimamente ligado a la noción de justicia pero, como se verá, suficientemente articulado como para constituir un importante parámetro de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando la actuación de éstos recae sobre el ejercicio de derechos fundamentales, porque la proporcionalidad se consagra como criterio ponderativo, como criterio que se identifica con lo razonable.

La sentencia sobre almacenamiento de petróleo (BVerfGE 30, 292) es una de las primeras en las que el Tribunal Constitucional alemán expone una más completa definición de la proporcionalidad en sentido amplio, al declarar que el medio previsto por el legislador ha de ser adecuado y exigible para alcanzar el objetivo propuesto. Un medio es adecuado cuando mediante él puede lograrse el resultado deseado, y es exigible cuando el

---

nalidad en sentido estricto, formulada en términos muy simples: relación razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida”, afirmación que ilustra con la referencia a diversas sentencias, para más adelante matizar que “no faltan tampoco sentencias en las que es posible detectar una mayor precisión y analogía con aquella concepción” (cf. “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *RAP*, nº 135, 1994, pp. 531 y ss.).

<sup>33</sup> Ernesto Pedraz Penalva y Victoria Ortega Benito: “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal/Iure, Madrid, 1990, p. 280.

<sup>34</sup> Para Barnés Vázquez apenas hay investigación doctrinal en el ámbito del derecho público alemán que pueda excluir su estudio, sobre todo a partir de la famosa sentencia sobre farmacias de 1958 (BVerfGE 7, 377), que ha dado lugar a una dilatada jurisprudencia en la que el principio de proporcionalidad forma parte del parámetro de control normal de enjuiciamiento de leyes (cf. o. cit., p. 499).

<sup>35</sup> BVerfGE 35, 263, 279; 8, 210, 221. Cf. Pedraz Penalva: o. cit., p. 314.

<sup>36</sup> Véase Barnés Vázquez: o. cit., p. 501. También puede consultarse al respecto: Maunz, Dürig, Herzog: *Grundgesetz kommentar*, Múnich, 1989, § 1, artículo 2, p. 52 (Dürig), artículo 19, p. 4 (Herzog), y artículo 20, p. 12 (Herzog).

legislador no habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz, que no limitara, o que lo hiciera en menor grado, el derecho fundamental.<sup>37</sup>

También Medina Guerrero analiza con detenimiento los tres principios en los que la doctrina alemana ha concretado el principio general de proporcionalidad: el de adecuación (*Grundsatz der Geeignetheit*), el de indispensabilidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*), y el de proporcionalidad en sentido estricto (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).<sup>38</sup>

El primero exige la adecuación medio-fin en que toda restricción de un derecho fundamental se estructura; no es suficiente invocar un determinado bien o derecho fundamental protegido —tal sería el caso de los límites inmanentes—, sino que es necesario que la limitación que sufre el derecho resulte apropiada para lograr el fin que lo justifica. En palabras Tribunal Constitucional federal: “un medio es adecuado cuando con su auxilio puede favorecerse el resultado perseguido”.<sup>39</sup>

Pero el límite también ha de someterse a las exigencias del principio de indispensabilidad, esto es, no ha de existir “otra medida limitadora igualmente efectiva pero de menor incidencia en el derecho fundamental de los afectados”,<sup>40</sup> y, por último, al principio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido”,<sup>41</sup> lo que para el Tribunal Constitucional alemán supone la exigencia de armonizar el sacrificio, adecuado e indispensable, que supone para el particular, con el beneficio que éste genera para la colectividad.

En resumen, cualquier injerencia en el contenido de los derechos fundamentales ha de someterse al *test de proporcionalidad* que dimana del propio Estado de derecho y del principio de unidad de la Constitución y, en consecuencia, sólo es posible limitar el

---

<sup>37</sup> Pedraz Penalva y Ortega Benito llevan a cabo un pormenorizado análisis de estos tres principios. Así, un medio se considera adecuado al fin “cuando significativamente contribuye a la obtención del *resultado apetecido*” (BVerfGE 30, 292, 316, también 39, 210, 230, etc.); el Tribunal Constitucional federal únicamente niega o declara inconstitucional la exigibilidad de un medio cuando es claro desde el principio que puede recurrirse a otro igualmente eficaz pero menos lesivo, o cuando se comprueba *ex post* que el mismo objetivo habría podido alcanzarse con un medio menos restrictivo (BVerfGE 30, 292, 320 y ss); por último, el principio de proporcionalidad *stricto sensu* connota la prohibición de sobrecargar al afectado con una medida que para él represente una exigencia excesiva, sin que con ella, además, se vea favorecido el interés general, medio y fin aparecen como dos variables que no pueden estar en evidente desproporción (BVerfGE 30, 292, 320 y ss.), el BVerfG se circunscribe a verificar negativamente si la medida es inadecuada y provoca una lesión que está en abierta desproporción con el resultado, de manera que el legislador no está obligado a hacer uso del medio óptimo (BVerfGE 17, p. 305; 20, p. 150). cf. “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, o. cit., pp. 293 y ss.

<sup>38</sup> *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, o. cit., pp. 120 y ss.

<sup>39</sup> BVerfGE 39, 210 (239). Cf. *ibidem*, p. 120.

<sup>40</sup> BVerfGE 39, 210 (230). Cf. *ibidem*, p. 121.

<sup>41</sup> BVerfGE 35, 382 (401). Cf. *ibidem*, p. 121.

contenido de un derecho fundamental cuando sea necesario para la protección de otros derechos fundamentales, o de bienes constitucionalmente reconocidos.

Este *test de proporcionalidad* pronto traspasa las fronteras alemanas y es incorporado por la jurisprudencia comunitaria.<sup>42</sup> La proporcionalidad se convierte en un principio general del ordenamiento que no aparece recogido expresamente hasta el Tratado de Maastricht (artículo 3B TUE), pero que va a afectar a todos los ámbitos del derecho comunitario, utilizándose como *ratio decidendi* en dos planos diferentes: en el del ejercicio de competencias comunitarias (con el fin de reducir la intensidad de la intervención comunitaria en aras de una mayor libertad de los Estados miembros), y en el de los derechos comunitarios, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde constituye un canon de control para revisar la licitud de toda restricción de derechos y libertades.<sup>43</sup>

Por otro lado, es conocida la profusa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, pues desde su sentencia de 16 de diciembre de 1976 (caso *Handyside*) ha declarado que el principio de proporcionalidad se desprende del adjetivo “necesario” contenido en el artículo 10.2 CEDH, y a este texto habría que sumar otros tratados internacionales relativos a derechos humanos suscritos por España<sup>44</sup> que, como establece el artículo 10.2 CE, constituyen un importante parámetro de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas de nuestra Constitución.

El Tribunal Constitucional español no ha sido ajeno a esta corriente doctrinal y jurisprudencial, y a pesar de que este principio no aparece recogido expresamente en la Constitución, ha declarado que “al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho, cuya condición de canon de consti-

<sup>42</sup> Desde la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelgesellschaft*, asunto 11/70, Rep. 70, 1125).

<sup>43</sup> Cf. Barnés Vázquez: o. cit., p. 517 y ss., donde se analiza con detenimiento la aplicación del principio en el ámbito de la tutela de los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario. Sobre los orígenes de la asunción de este principio como principio general del derecho comunitario europeo, derivado de los distintos ordenamientos de los Estados miembros, particularmente de la República Federal Alemana, véase Diego López Garrido: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, 1987, p. 141; Mar Jimeno Bulnes: “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *RDP*, UNED, n° 0, 1987, pp. 145 y ss., y Paloma Biglino Campos: “De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales”, *Revista de estudios políticos*, n° 97, julio-septiembre 1997, p. 94.

<sup>44</sup> Así, por ejemplo, el principio de proporcionalidad se desprende del artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (BOE n° 103, de 30 de abril de 1977); y también del artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966 (BOE n° 103, de 30 de abril de 1977). Sobre algunos aspectos de la aplicación del principio por el TEDH: Eduardo García de Enterría: “El principio de proporcionalidad en la extradición”, *Revista del Poder Judicial*, n° 15, 1989, pp. 35 y ss.

tucionalidad [...] tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones procedan éstas de normas o resoluciones singulares” (STC 85/92, FJ 4º).

Es significativa la referencia que en esta cita se hace a las *resoluciones singulares*, de donde parece desprenderse que este principio, *inherente del Estado de derecho y canon de constitucionalidad*, no sólo va a legitimar en nuestro ordenamiento jurídico el establecimiento de límites por parte del legislador, cuando se trata de armonizar bienes y derechos constitucionales en colisión, sino que también va a proyectarse sobre la labor del juez cuando ha de dirimir conflictos entre dichos bienes y derechos. Es verdad que esta tarea de *optimización* no puede derivar en el otorgamiento de una facultad discrecional al juez a la hora de limitar los derechos fundamentales en juego. Al juzgador no se le otorga una suerte de participación en la política legislativa, pues en estos casos el Poder Judicial sigue sometido al ordenamiento jurídico, como no podía ser de otro modo, y por ello ha de ceñirse precisamente, dada la falta de una detallada previsión legal, al principio de proporcionalidad que se desprende del propio texto constitucional, y que se constituye así, insisto, en parámetro de constitucionalidad de la actividad limitadora del juez:

[...] la resolución judicial que reconoce, excluye o pondera derechos de este carácter no goza, llegado su control, del margen de autodeterminación que sí merece la legislación, limitada, pero también protegida, a través de la idea de contenido esencial (artículo 53.1 CE), y ello a pesar de que esta última idea se trae con frecuencia a colación —erróneamente como diré— al enjuiciar resoluciones judiciales (SSTC 12/81, FJ 4º; 13/84, FJ 4º; 41/94, FJ 3º y, junto a otras, 164/96, FJ 3º). No ha de existir, en todo caso, nada parecido a una “política de derechos fundamentales” del Poder Judicial.<sup>45</sup>

Pues bien, hasta la STC 66/95 es muy difícil identificar un solo pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en el que aparezcan conjuntamente utilizados los tres *subprincipios* en que tradicionalmente se ha desglosado el principio general de proporcionalidad,<sup>46</sup> pero la idea de proporcionalidad ha sido utilizada de modo recurrente en la jurisprudencia constitucional, sobre todo unida a la de *razonabilidad*, en los casos en que se plantea un problema de igualdad ante la ley (SSTC 75/83, 209/88, 158/93, entre otras muchas). El principio de proporcionalidad también ha sido utilizado para *justificar* los límites impuestos a determinados derechos fundamentales; así ocurre con bastantes sentencias relativas a los límites del derecho a la tutela judicial efectiva: “[...] siendo el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente para la confrontación entre el artículo 170 de la Ley de Procedimiento Laboral y el artículo 24.1 CE” (STC 3/83, FJ 4º); o en el fundamento jurídico segundo de la STC 66/91: “no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que por adecuadas, contribuyan a la

<sup>45</sup> Jiménez Campo: *Derechos fundamentales...*, o. cit., p. 58.

<sup>46</sup> Tal y como advierte Medina Guerrero: o. cit., p. 123.

consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan [...]”;<sup>47</sup> o en relación con la prueba de paternidad: “la medida judicial que ordena realizar pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física y moral [...]. Ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial” (STC 7/94 FJ 3º), entre otras muchas.

Como es lógico, no se pretende desde estas líneas llevar a cabo un estudio exhaustivo de la proporcionalidad. Lo que interesa subrayar es que el principio que nos ocupa no sólo es utilizado por el Tribunal Constitucional para examinar la constitucionalidad del contenido de la ley,<sup>48</sup> sino que es un instrumento imprescindible para controlar la actuación del juez penal a la hora de ponderar distintos derechos fundamentales y bienes constitucionales que entran en conflicto.<sup>49</sup>

## 6. A modo de conclusión

No se trata, por supuesto, de caer en una suerte de inseguridad jurídica, dotando al juzgador de la facultad de limitar derechos fundamentales fuera de toda previsión normativa, pero creo que hay que aceptar que la labor de ponderación es para el juez en muchos casos ineludible, precisamente porque, al encontrarse sometido al “imperio de la ley”, es garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en el texto constitucional (texto normativo, directamente aplicable en defecto de ley de desarrollo) y está obligado a solucionar, cuando el caso concreto del que esté conociendo así lo requiera, los posibles conflictos entre derechos fundamentales que

---

<sup>47</sup> Barnés Vázquez hace dos observaciones respecto de la aplicación de este principio en relación con el artículo 24 CE: a) el principio de proporcionalidad se proyecta en el plano de la aplicación e interpretación de la legalidad procesal, frente al órgano jurisdiccional; y b) se alude exclusivamente a la proporcionalidad en sentido estricto. Siendo copiosa la jurisprudencia constitucional que exige que las sanciones acordadas por el juez o tribunal por defectos procesales guarden una adecuada y razonable proporción con la gravedad del defecto en que se ha incurrido (SSTC 175/88; 243/88; 21/89; 33/90; 190/90; 164/91; 72/92; 193/93, entre otras). Cf. o. cit., p. 531.

<sup>48</sup> Un ejemplo interesante lo encontramos en la STC 136/99, dictada a raíz del recurso de amparo presentado por los miembros de la Mesa de Herri Batasuna contra su condena por delito de colaboración con banda armada, en la que se afirma la posibilidad de control constitucional del legislativo por la vía de comprobar que ha respetado en sus decisiones el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas. Este pronunciamiento cuenta con tres extensos votos particulares.

<sup>49</sup> Como ya se ha dicho, un estudio en profundidad lo realiza Carlos Bernal Pulido. En opinión de este autor, este principio admite varias fundamentaciones complementarias que dan cuenta del nexo del principio de proporcionalidad con el carácter jurídico de los derechos fundamentales, con el valor justicia del artículo 1.1 CE, con el principio del Estado de derecho del artículo 1.1 CE y con el principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE (o. cit., pp. 594 y ss.). En todo caso, “refinar la estructura del principio de proporcionalidad [...] o, por el contrario, intentar construir una mejor alternativa metodológica, son los retos que se abren paso en el siglo que comienza, en este ámbito de la teoría de los derechos fundamentales” (o. cit., p. 806).

entren en colisión. Esta operación dista mucho de poder calificarse como límite arbitrario de un derecho fundamental siempre que se lleva a cabo utilizando un método jurídico, de acuerdo con criterios objetivos: “[...] los conflictos entre intereses constitucionalmente protegidos deben resolverse dentro de la Constitución, concebida como una unidad normativa que garantiza un sistema básico de valores” (STC 196/87, FJ 6°).

En definitiva, sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho, o ante los que de manera mediata o indirecta de ella se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pueden ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, FJ 7; 2/1982, FJ 5; 110/1984, FJ 5). Debe tenerse en cuenta además que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho “más allá de lo razonable” (STC 53/1986, FJ 3), de modo que “todo acto o resolución” que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean “necesarias para conseguir el fin perseguido” (SSTC 62/1982, FJ 5; 13/1985, FJ 2), y ha de atender a la “proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone” (STC 37/1989, FJ 7) y, en todo caso, respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FFJJ 4, 5, 6; 197/1987, FJ 11), si tal derecho aún puede ejercerse.

En suma, el principio de proporcionalidad, cuyo contenido está perfectamente especificado por nuestra jurisprudencia constitucional, se convierte así en un test sobre la correcta utilización de un método jurídico basado en criterios objetivos y razonables; un test sobre el correcto sometimiento del juez al derecho, lo que otorga a su actuación la seguridad jurídica que se pierde por la omisión del legislador.