

UNA CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DEL EMPLEO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Carolina Pereira Sáez*

Sumario: I. Introducción. II. La estructura del principio de proporcionalidad: II.1. *El juicio de adecuación*. II.2. *El juicio de necesidad*. II.3. *El juicio de proporcionalidad stricto sensu*. III. El empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de amparo del Tribunal Constitucional español: III.1. *La alegación del principio de proporcionalidad*. III.2. *La aplicación del principio de proporcionalidad*. III.3. *Apuntes para una crítica*: III.3.1. *Crítica a la comprensión de la proporcionalidad en la jurisprudencia de amparo*: III.3.1.1. La indeterminación del sentido del principio de proporcionalidad. III.3.1.2. La proporcionalidad *stricto sensu* como ponderación. III.3.2. *La posible extralimitación del Tribunal Constitucional en sus funciones*: III.3.2.1. Posibles excesos del Tribunal Constitucional en su función legislativa negativa. III.3.2.2. Posibles excesos del Tribunal Constitucional en su función jurisdiccional. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es exponer las líneas principales del empleo que hace el Tribunal Constitucional español del principio de proporcionalidad en su jurisprudencia de amparo. A partir del estudio de las sentencias más recientes se planteará si la utilización de este principio es o no desmedida y qué consecuencias podría tener.

El principio de proporcionalidad es hoy un criterio jurisprudencial empleado en el Derecho anglosajón y continental¹ para enjuiciar la actuación tanto del poder público como de los particulares en relación con los derechos de los ciudadanos. Suele considerarse equiparable al principio de razonabilidad²; sin embargo, ambos principios tuvieron orígenes y significados iniciales diferentes.

* Estoy en deuda con los profesores P. Serna, J. A. Seoane y P. Rivas, que leyeron el borrador de este trabajo y me hicieron valiosas sugerencias.

1 Cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2004, p. 24.

2 Cfr. GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 260, HARTLEY, T., *The Foundations of European Community Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 148 y CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad... cit.*, pp. 25-26.

El principio de proporcionalidad tiene su origen en el Derecho europeo continental, donde, a partir del siglo XVIII, se utiliza para juzgar la actividad del poder ejecutivo, sobre todo de la policía³. El principio prohíbe el exceso en la actuación pública respecto de su fin, y así, como prohibición de exceso (*Übermassverbot*), lo recoge el Derecho alemán. Por su parte, el principio de razonabilidad tiene su origen en el Derecho anglosajón, en el *due process of law*, cuyos antecedentes se remontan a la Carta Magna de 1215. La exigencia del debido proceso evoluciona hasta entenderse como garantía del respeto a los derechos de los ciudadanos —no sólo procesales, sino de los derechos en general— por parte de los poderes públicos⁴.

El principio de proporcionalidad alemán también ha evolucionado. De ser un límite al poder ejecutivo, pasa a ser un criterio que debe informar la actuación de los poderes públicos, como garantía del respeto al contenido esencial los derechos fundamentales⁵. Así, el criterio de la proporcionalidad, originalmente referido a la prohibición de exceso en la actuación de la administración, llega a identificarse con la exigencia de *reasonableness* de la jurisprudencia anglosajona. La razón de ser de ambos principios vendría a ser la misma: la protección de las libertades fundamentales⁶. Esta aproximación entre los dos principios permitiría utilizarlos más o menos indistintamente; ambos suelen entenderse como prohibiciones de la arbitrariedad o garantías de la razonabilidad en las decisiones del poder público.

El principio de proporcionalidad en el Derecho europeo y el principio de razonabilidad en el Derecho anglosajón son criterios de creación jurisprudencial, que no se recogían inicialmente en ningún texto positivo. Como se ha dicho, en el Derecho anglosajón el principio se apoya en el *due process of law*, y en el Derecho alemán se considera que deriva del principio del Estado de Derecho para la garantía de los derechos fundamentales⁷. El Tribunal Constitucional español, por su parte, considera que el principio es deducible, entre otras cosas, de la prohibición de arbitrariedad y de la constitución del Estado español como Estado de Derecho (arts. 1.1 y 9.3 CE)⁸. El Derecho europeo recibe este principio a través de la jurisprudencia y lo recoge en el art. 5 de la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y en el Protocolo anejo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁹.

Así, sea a partir de la proporcionalidad europea continental, sea a partir de la razonabilidad anglosajona, hoy en día los tribunales nacionales e internacionales tienen en cuenta la proporción entre medios y fin para decidir sobre el respeto de los actos públicos a los derechos de los ciudadanos.

3 Cfr. GOMES CANOTILHO, J. J., *cit.*, p. 259. Según este autor, el principio recogía la medida de las restricciones administrativas de la libertad individual.

4 Cfr. CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 290-296.

5 Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 291.

6 Cfr. CIANCIARDO, J., *El conflictivismo... cit.*, p. 289.

7 Cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad... cit.*, pp. 54-55.

8 Cfr., *infra*, aptdo. III.1. *La alegación del principio de proporcionalidad*.

9 El art. 5 del TCE establece que “[n]inguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”; cfr. A.A. V.V., *La Constitución europea. Tratados constitutivos y jurisprudencia*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2000, pp. 84 y 267.

II. LA ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Se suele admitir sin discusión¹⁰ que el principio de proporcionalidad se aplica estableciendo tres juicios: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *stricto sensu*. A continuación se expone el sentido de cada uno de ellos¹¹.

II.1. El juicio de adecuación

Para ser proporcionada, toda medida pública debe, en primer lugar, tener un fin legítimo y ser capaz de alcanzarlo; esto es lo que se enjuicia al juzgar la adecuación. El juicio de adecuación, también conocido como juicio de idoneidad¹², no está exento de problemas interpretativos. Puede ser difícil identificar el fin, bien porque no se recoja explícitamente, bien porque el fin real sea distinto del que se alega¹³. Puede considerarse suficiente una simple aptitud general o, por el contrario, exigirse una adecuación técnica. Por último, puede referirse al momento en que se dicta la medida o al momento en que se enjuicia¹⁴.

En mi opinión, es importante que el juez, al enjuiciar este requisito, procure evitar la revisión de los aspectos técnicos, políticos o de otra índole que respeten las exigencias del Derecho, para garantizar, en la medida de lo posible, la separación de poderes. El poder judicial debe controlar que la actuación de los otros poderes sea adecuada a Derecho, no sustituirla¹⁵. Es decir, el juez debe evitar juzgar la adecuación a Derecho de las decisiones de otros poderes en función de su coincidencia con las decisiones que él hubiera tomado en su lugar.

II.2. El juicio de necesidad

El juicio de necesidad compara la medida adoptada con otras posibles medidas, para juzgar si es, de entre las igualmente eficaces, la que menos restringe los derechos fundamentales. Este juicio atiende, por un lado, a la relación de cada posible medida con el fin del acto; por otro lado, debe apreciar el grado de restricción que cada una supone para los derechos fundamentales y, por último, debe compararlas¹⁶.

Es discutible que competa a los jueces enjuiciar la necesidad de las medidas adoptadas por los poderes públicos. Cianciardo explica esta cuestión, poniendo el ejemplo de la autocontención, al menos formal, de la Corte Suprema argentina, para evitar subrogarse en una función que no le compete. El autor argumenta en favor de la conveniencia de que los jueces enjuicien la necesidad de la medida. A su juicio, tal autorrestricción es inconveniente y no refleja el comportamiento real de los jueces, ni siquiera de la propia Corte Suprema argentina. El error de la Corte estaría, a su juicio, en considerar que lo

10 Cfr. CIANCIARDO, J., *El conflictivismo... cit.*, p. 288.

11 Para una exposición de las principales objeciones a la aplicación del principio de proporcionalidad, cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 157-193.

12 Cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad... cit.*, p. 62.

13 Si el fin no se identifica correctamente, el juicio de adecuación partiría de un presupuesto equivocado. Cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad... cit.*, pp. 65-71, donde el autor analiza una sentencia que identifica incorrectamente el fin de la medida enjuiciada.

14 Cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad... cit.*, pp. 62-79.

15 Cfr. GOMES CANOTILHO, J. J., *cit.*, pp. 261-262.

16 La complejidad de este juicio podría aumentar, a mi entender, la discrecionalidad del juez.

que enjuicia la necesidad es la conveniencia política de la medida, y no su necesidad¹⁷. Sin embargo, en la práctica puede no ser fácil distinguir hasta dónde llega la necesidad y dónde empieza la conveniencia, sobre todo en medidas de naturaleza legislativa.

II.3. El juicio de proporcionalidad *stricto sensu*

El último juicio de los tres en que se despliega la aplicación del principio de proporcionalidad es el de proporcionalidad *stricto sensu*, que se suele entender como ponderación o comparación entre las desventajas de los medios con las ventajas del fin¹⁸. Este juicio es el más problemático y “el más trascendente de los tres que componen la razonabilidad”¹⁹. Los dos anteriores se refieren más bien a cuestiones de hecho, mientras que la proporcionalidad *stricto sensu* es un juicio de valor²⁰.

El principal inconveniente de este juicio es que propone una comparación que puede no ser posible. Las medidas públicas suelen afectar a bienes irreductibles a una única unidad, de manera que no es posible cuantificar el beneficio total²¹. Por ejemplo: el beneficio que supone para la seguridad pública la entrada de la policía en un domicilio sin autorización, motivada por la sospecha de delito, no es conmensurable con el daño que produce en la intimidad de quienes habitan en él.

Es cierto que, por seguir con el ejemplo, la seguridad y la intimidad, en cuanto aspectos del bien del hombre, no son mutuamente excluyentes, y puede pretenderse una armonización²². Sin embargo, el criterio más conveniente para la armonización no sería, a mi entender, la maximización del beneficio sino, por ejemplo, un criterio como el de no elegir directamente en contra de uno de los bienes en juego²³. Así, en el ejemplo ante-

17 Cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad... cit.*, pp. 79-90. El autor acaba admitiendo, al final de su argumentación, que “existe un grado de autocontención saludable, exigido por la propia Constitución al separar las funciones de los órganos de gobierno” (p. 89).

18 Cfr., entre otros, GOMES CANOTILHO, J. J., *cit.*, p. 263.

19 CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad... cit.*, p. 96, nota 96. Cfr., también, BERNAL PULIDO, C., *cit.*, p. 157.

20 Así, por ejemplo, para Bernal Pulido los juicios de adecuación y necesidad analizarían las posibilidades fácticas de realizar un principio entendido, siguiendo a Alexy, como mandato de optimización, mientras que el juicio de proporcionalidad *stricto sensu* enjuiciaría las posibilidades jurídicas (cfr. BERNAL PULIDO, C., *cit.*, pp. 577-579). Para este autor, los juicios necesarios para la determinación de la adecuación y la necesidad de una medida que trasciendan del ámbito de lo empírico tienen relevancia en la aplicación de la proporcionalidad *stricto sensu* (cfr. *ibid.*, pp. 698-700, 732-733, 745-746 y 749, entre otras).

21 Cianciardo explica la relación de la proporcionalidad *stricto sensu* con la jerarquización de los bienes que se comparan y los inconvenientes que plantea la comparación (cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de proporcionalidad... cit.*, p. 96). Esta objeción de la incommensurabilidad de los bienes en juego no es la única que la doctrina plantea a la aplicación del principio de proporcionalidad (cfr. *supra*, nota 11), pero sí sería, a mi modo de ver, una de las más significativas.

22 Serna y Toller explican que la armonía entre los derechos se entiende cuando se refieren al bien del sujeto que protegen: los derechos fundamentales se refieren a aspectos básicos del bien del hombre que, por ser el hombre básicamente una unidad, no comporta exigencias contradictorias (cfr. SERNA, P. y TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, la Ley, 2000, pp. 91-94). Los autores proponen, frente al conflictivismo y la consiguiente necesidad de elegir entre derechos, una comprensión teleológica de los mismos (cfr. *ibid.*, pp. 37-75), que se apoya en el fundamento de la existencia de la naturaleza humana, entre otros (cfr. *ibid.*, pp. 91-105).

23 Finnis explica la incommensurabilidad de los bienes básicos y sus consecuencias en el razonamiento moral en, entre otros lugares, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 92-94 y 100-127 (*Ley natural y derechos naturales*, traducido por Cristóbal Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 123-124 y 131-156). Para una crítica del razonamiento consecuencialista y su propuesta de elegir el mayor beneficio neto cfr. FINNIS, J., *Fundamentals of Ethics*, Washington, Georgetown University Press, 1983, pp. 80-105 y “Commensuration and Public Reason” en CHANG, R., *Incommensurability, Incomparability and Public Reason*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1997, pp. 215-233.

rior, la armonización pasaría por considerar qué es lo que nunca debe hacerse si se quiere respetar el bien básico a que se refiere la intimidad. La medida de lo que la policía puede hacer la marcaría, entonces, esa exigencia de respeto.

El cómputo entre costes y beneficios sería especialmente inconveniente cuando se enfrenta un bien particular al bien común, porque, a simple vista, parece que este último «pesa» más que el primero²⁴. De todas formas puede admitirse, en algunos contextos, más técnicos, enjuiciar la corrección de la medida comparando daños y beneficios.

La comparación que propone la proporcionalidad en sentido estricto, además de no ser siempre posible, podría ser contraria a la razón de ser de los derechos²⁵. Así, algunos autores proponen concepciones distintas de la proporcionalidad *stricto sensu*, por ejemplo, haciéndola partir del respeto al contenido esencial de los derechos²⁶.

III. EL EMPLEO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE AMPARO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL²⁷

El Tribunal Constitucional español recurre con mucha frecuencia al principio de proporcionalidad en su jurisprudencia de amparo. Sin embargo, no aplica este principio en muchos de los casos en que lo aduce, y casi nunca lo aplica por completo. Por eso, este apartado se divide en tres secciones: la primera se refiere a la mención de este principio, la segunda a su aplicación, y la tercera recoge un comentario crítico de ambas.

III.1. La alegación del principio de proporcionalidad

El Tribunal Constitucional parece conceder una notable importancia al principio de proporcionalidad, porque lo menciona en muchas de sus sentencias como criterio

24 La inconveniencia de la ponderación entre el bien particular protegido por el derecho y el bien común se debe, en primer lugar, a que todos los derechos tienen, además de su dimensión subjetiva, una dimensión institucional; ¿cuál es la razón, entonces, para entender que los términos de la comparación son un derecho y el bien común, y no dos derechos o dos aspectos del bien común? (cfr. SERNA, P. y TOLLER, F., *cit.*, pp. 78-80). La comprensión de un caso como conflicto entre un derecho y el bien común puede implicar la parcialidad del juzgador, que favorece el interés que ampara como “bien común”. En segundo lugar, el bien común no es otra cosa que el bien de los individuos, de manera que el bien común exige el respeto a los derechos individuales, más que su sacrificio (cfr. *ibid.*, pp. 82-83 e *infra*, nota 75). Por último, la ponderación entre el bien particular y el bien común puede favorecer, dado el mayor «peso» aparente del bien común, una comprensión utilitarista de los derechos contraria a la razón de ser de los derechos (cfr. SERNA, P. y TOLLER, F., *cit.*, p. 80 e *infra*, nota 25).

25 La comparación entre daños y beneficios para elegir el mayor bien total sería contraria a los derechos fundamentales, que nacieron para proteger a la persona frente al poder, también de la mayoría. Cfr. GARCÍA HUIDOBRO, J., “A protecção das pessoas”, en FERREIRA DA CUNHA, P. (org.), *Direitos Humanos. Teorias e práticas*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 124, y CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...* *cit.*, pp. 95-97, donde el autor explica que la comparación propuesta por la proporcionalidad *stricto sensu* podría llevar a que, cuando el fin de la medida sea de gran importancia, la proporcionalidad no evite la violación del derecho fundamental.

26 Cfr. *ibid.*, pp. 97-102, donde se explica que para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales es necesario agregar al juicio de proporcionalidad el juicio de cautela que evite la alteración o afectación del contenido esencial.

27 Se estudia la aplicación de este principio en sentencias dictadas entre enero de 1999 y marzo de 2004.

básico para juzgar la constitucionalidad de medidas que afectan a derechos fundamentales²⁸.

Sin embargo, este principio no está recogido en la Constitución²⁹. El Tribunal considera “el principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales (en especial, de la proclamación constitucional del Estado de Derecho en el art. 1.1 CE y de la referencia del art. 10.2 CE a los arts. 10.2 y 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas)”, y que deriva “del valor “justicia” [...], del principio del Estado de Derecho [...], del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos [...] y de la dignidad de la persona”³⁰. En otros casos, el Tribunal relaciona la proporcionalidad, como proporcionalidad de la pena, con el principio de legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución³¹.

En segundo lugar, destaca la indeterminación del significado del principio³². En algunas sentencias, el Tribunal da a entender que la proporcionalidad es un criterio general de corrección jurídica, equiparable a la razonabilidad o a la prohibición de arbitrariedad³³. En otros casos, la refiere a algo más concreto, como la relación entre una

28 Así, en la STC 186/2000, F. J. 6, dice el Tribunal que “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”. Cfr., en el mismo sentido, entre otras, las SSTC 49/1999, F. J. 7, 166/1999, F. J. 2 y F. J. 3, 171/1999, F. J. 5, 311/2000, F. J. 3, 70/2002, F. J. 10 y 56/2003, F. J. 3.

29 Cfr., en este sentido, el voto particular del Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas a la STC 136/1999, punto 7, donde se critica la virtualidad que el Tribunal Constitucional atribuye a este principio como criterio de constitucionalidad frente a otros principios que sí están recogidos en la Constitución. Para una exposición de posibles argumentos para la fundamentación constitucional de este principio, cfr. BERNAL PULIDO, C., *cit.*, pp. 593-605. Este autor considera que “[l]a fundamentación más sólida del principio de proporcionalidad es aquella según la cual, debe considerarse como un concepto implicado por el carácter jurídico de los derechos fundamentales” (*ibid.*, p. 595).

30 STC 49/1999, F. J. 7. Cfr. también, en el mismo sentido, la STC 136/1999, F. J. 23 y jurisprudencia constitucional allí citada, donde el Tribunal aplica el principio de proporcionalidad a una norma penal para “verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho [...] o una actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona [...] y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma”. En otras sentencias, el Tribunal Constitucional simplemente considera que el respeto al principio de proporcionalidad viene exigido por la Constitución española, y no explica su encaje constitucional; por ejemplo, en la STC 56/2003, F. J. 3, establece que “nuestra Constitución exige que toda limitación de un derecho fundamental [...] sea adecuada a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad”.

31 Cfr., entre otras, la STC 136/1999, F. J. 21, F. J. 22 y F. J. 23.

32 Puede ser que esta indeterminación se deba, en parte, a la variedad de principios, valores y mandatos constitucionales de los que el Tribunal entiende que se infiere este principio. El Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, en su voto particular a la STC 136/1999, punto 7, se refiere a esta falta de claridad conceptual de la proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, a su juicio, dificulta la definición de su “encaje constitucional”: “Por lo que se refiere a la entidad conceptual del principio constitucional de proporcionalidad, creo que no existe aún una construcción jurisprudencial depurada, que permita definir su encaje constitucional, como base para una utilización segura del mismo en cuanto canon posible de constitucionalidad”.

33 Así, en la STC 311/2000, F. J. 3, dice el Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por normas que impongan obstáculos legales “innecesarios y excesivos y [que] carezcan de razonabilidad y proporcionalidad [...]”. También puede verse conculcado por aquellas interpretaciones de las normas que son manifestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable”, dando a entender que el rigorismo o formalismo excesivo son también causa de desproporción de una medida. Cfr., en el mismo sentido, entre otras, las SSTC 205/2001, F. J. 3, 124/2002, F. J. 3, 166/2003, F. J. 4, 182/2003, F. J. 2, 11/2004, F. J. 2 y 30/2004, F. J. 2. En la STC 27/2004, F. J. 2, se relaciona la proporcionalidad, genéricamente, con la exigencia de razonabilidad de la diferencia de trato para el respeto al principio de igualdad. En opinión de Bernal Pulido la

irregularidad y la respuesta jurídica que lleva aparejada³⁴. Otras veces, la proporcionalidad aparece relacionada con el deber de respeto al contenido esencial del derecho, sin que quede claro si este respeto es o no una exigencia del principio de proporcionalidad³⁵. A veces el principio de proporcionalidad parece identificable con el juicio de necesidad³⁶; otras, parece estar formado por los juicios de adecuación y necesidad³⁷, y en muchas sentencias se hace referencia al principio como formado por los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*³⁸. Tampoco queda claro si lo que el

razonabilidad o no arbitrariedad se refiere a la existencia de un fin legítimo, exigencia que forma parte del juicio de idoneidad (cfr. BERNAL PULIDO, C., *cit.*, p. 689).

34 En la STC 12/2003, F. J. 4, dice el Tribunal que “los órganos judiciales deben llevar a cabo una ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear”. Cfr., en el mismo sentido, las SSTC 106/2002, F. J. 4 y 182/2003, F. J. 2, entre otras. Cfr. también la STC 2/2004, F. J. 4, *in fine*, donde se refiere la proporcionalidad a las sanciones disciplinarias aplicadas a un interno en un centro penitenciario.

35 Cfr., por ejemplo, la STC 7/2004, F. J. 6, donde el respeto al contenido esencial de los derechos y la proporcionalidad parecen exigencias distintas; la STC 123/2002, F. J. 5, donde se relaciona la exigencia de proporcionalidad con la de respeto al contenido esencial de los derechos, pero sin incluir claramente el respeto al contenido esencial entre las exigencias del principio de proporcionalidad, y las SSTC 123/2002, F. J. 5, 167/2002, F. J. 5, 14/2003, F. J. 9, 56/2003, F. J. 3 y 198/2003 F. J. 6, donde parece que el respeto al contenido esencial es parte de las exigencias de la proporcionalidad. En opinión de Medina Guerrero, tanto el Tribunal Constitucional como el grueso de la doctrina “asume generalizadamente —al menos en línea de principio— que el contenido esencial es un *límite de los límites* [a los derechos] que cuenta con entidad propia frente al principio de proporcionalidad” (MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Mc. Graw Hill, 1997, pp. 149-150; cfr. *ibid.*, pp. 146-159). En el mismo sentido, Cianciardo considera necesario para garantizar los derechos fundamentales agregar al juicio de proporcionalidad el examen del respeto al contenido esencial del derecho. El respeto al contenido esencial debe enjuiciarse antes que la proporcionalidad, ya que para juzgar el grado de restricción a un derecho es necesario saber primero en qué consiste ese derecho (cfr. *supra*, nota 26 y Cianciardo, J., “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales” *Persona y Derecho* 41, 1999, pp. 45-55, pp. 51-54). Para otros autores, el contenido esencial de un derecho es el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad. Así, “[l]a garantía del contenido esencial [...] no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de derechos fundamentales” (ALEXY, R., *cit.*, p. 291). Para Bernal Pulido, “el principio de proporcionalidad implica el contenido esencial, pero el contenido esencial no presupone necesariamente el principio de proporcionalidad” (BERNAL PULIDO, C., *cit.*, p. 561), y sólo en los casos difíciles existe una identidad entre el principio de proporcionalidad y el contenido esencial (cfr. *ibid.*, p. 563). La respuesta a esta cuestión depende, sobre todo, de la teoría que se adopte acerca del contenido esencial. Sobre ese punto, cfr. CIANCIARDO, J., *El conflictivismo... cit.*, pp. 279-280 y 286-290, donde se examina la consistencia de las teorías absoluta y relativa acerca del contenido esencial de los derechos. En opinión de Martínez-Pujalte, la teoría relativa, según la cual “no existe [...] algún elemento permanente identificable como contenido esencial del derecho” (MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 21), sino que “el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación” (ALEXY, R., *cit.*, p. 288), convierte la garantía de respeto al contenido esencial prevista por el art. 53.1 CE en una garantía formal y retórica (cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *cit.*, pp. 27-29). En opinión de este mismo autor, la teoría absoluta, que afirma la existencia de un núcleo intangible en los derechos, presenta, entre otros, el inconveniente de que relativiza la garantía de los derechos, porque reduce la protección a este núcleo, fuera del cual es posible cualquier restricción (cfr. *ibid.*, pp. 30-33).

36 Cfr. la STC 98/2000, F. J. 7 donde el Tribunal establece: “Estas limitaciones o modulaciones [de los derechos fundamentales del trabajador] tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial mercededor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad”.

37 Cfr. la STC 14/2001, F. J. 2, donde el Tribunal establece que “la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima [...] si se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece cuando se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos”.

38 Cfr. la STC 123/2002, F. J. 4, donde el Tribunal establece que “[l]a legitimidad constitucional [...] de la intervención de las comunicaciones], aceptada excepcionalmente, requiere también el respeto de las

Tribunal llama “*prius* lógico del principio de proporcionalidad”, la conexión entre los sujetos afectados por una medida y la causa por la que se adopta, queda integrada o no en el principio³⁹, o si la motivación de las medidas⁴⁰ o el control judicial⁴¹ de las mismas son exigencias del principio⁴². Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha evolucionado, y las sentencias más recientes describen el principio con más precisión: así la STC 14/2003, en su F. J. 9, establece que “para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el principio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”³⁴³.

En general, el Tribunal alega el principio en casos que entiende como conflictos entre un derecho y un bien —interés constitucional o interés general o público, en términos del Tribunal⁴⁴—, más que entre derechos, incluso en los casos en que lo que afecta al derecho es un acto de un particular⁴⁵.

exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido -idoneidad-; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto -necesidad-; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre -proporcionalidad estricta-. Cfr. también, entre otras, las SSTC 186/2000, F. J. 6, 169/2001, F. J. 9, 56/2003, F. J. 2 y 7/2004, F. J. 4.

39 Cfr., por ejemplo, la STC 136/2000, F. J. 5, donde se da a entender que la ausencia de este *prius* lógico implica desproporción.

40 Según el Tribunal Constitucional, la motivación es garantía de proporcionalidad (cfr. la STC 22/2003, F. J. 4). En la STC 136/2000, F. J. 3, se establece la necesidad de motivar las decisiones porque es la motivación lo que permite “decidir en caso de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho [a la inviolabilidad del domicilio, a que se refiere el caso...] u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos”, y en el F. J. 4 se establece que “[e]sa motivación para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo”; es decir, la decisión de que se trate debe argumentar su proporcionalidad en la motivación de la medida. Cfr., también, las SSTC 14/2001, F. J. 2 y F. J. 8, 138/2001, F. J. 3 y F. J. 4, 56/2003, F. J. 4 y 7/2004, F. J. 4. Algunos autores consideran que la motivación de las decisiones judiciales es una exigencia del principio de proporcionalidad (cfr. BERNAL PULIDO, C., *cit.*, p. 613, nota 1, *in fine*).

41 Cfr. la STC 138/2001, F. J. 3, donde primero se considera inconstitucional la intervención de las comunicaciones realizada “sin el necesario control judicial posterior a la autorización”, y después se establece, que “la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima [...] si se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad”, lo que permitiría entender que la observancia del principio de proporcionalidad incluye el control judicial. Cfr., también, la STC 14/2001, F. J. 2.

42 Sobre la exigencia de motivación y de control judicial cfr., en general, la STC 166/1999, F. J. 3.

43 Cfr., en el mismo sentido, en la STC 126/2003, el aptdo. 4 del voto particular de la Magistrada Dña. María Emilia Casas Baamonde, y la STC 198/2003, F. J. 6.

44 Cfr., entre otras, la STC 136/2000, F. J. 4, donde el Tribunal hace referencia al interés constitucional en la persecución de los delitos como límite al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio; la STC 14/2003, F. J. 9, donde el Tribunal considera que “[a]unque en el presente supuesto no cabe apreciar la existencia de un conflicto entre el derecho a la propia imagen del recurrente en amparo con otros derechos fundamentales, en concreto, como sostienen el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, con el derecho a la libertad de información, no puede sin embargo descartarse que puedan concurrir otros bienes constitucionales o de interés público más dignos de protección” o la STC 198/2003, F. J. 7, donde se hace referencia al interés general en la persecución y castigo de los delitos. Así, el Tribunal entiende muchas veces que para ser proporcional *stricto sensu* es necesario “[...] que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al *interés general* que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos [...]” (STC 56/2003, F. J. 2; la cursiva es mía); cfr., también, entre otras, la STC 186/2000, F. J. 6.

Por último, el Tribunal alega este principio tanto respecto de leyes como respecto de actos de aplicación e interpretación de las mismas⁴⁶. A mi juicio, es especialmente interesante la STC 136/1999, donde, se decide el recurso de amparo interpuesto por los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna relativo a una condena por un delito de colaboración con banda armada. En esta sentencia el Tribunal admite que la aplicación de la ley al caso es correcta⁴⁷, pero enjuicia la proporcionalidad de la pena para juzgar la constitucionalidad de la ley⁴⁸, y otorga el amparo debido a la inconstitucionalidad por desproporción del art. 147 bis a) del Código Penal de 1973, que era la norma aplicada para la condena⁴⁹.

III.2. La aplicación del principio de proporcionalidad

El Tribunal Constitucional invoca el principio de proporcionalidad con mucha frecuencia, y muchos casos parecen decidirse con base en este criterio. Sin embargo, son pocas las sentencias en las que el Tribunal explica en qué se traducen, en el caso concreto, las exigencias de cada uno de los juicios que forman el principio.

Lo más habitual en las sentencias estudiadas es la aplicación del principio al caso de manera superficial e indiferenciada. Es decir, el Tribunal no suele estudiar la adecuación de la medida para un fin constitucionalmente legítimo, o su necesidad, comparándola con otras posibles medidas, ni compara los beneficios que produce con los per-

45 Cfr., por ejemplo, la STC 186/2000, F. J. 5, relativa a un conflicto entre el derecho fundamental a la intimidad y a la propia imagen del trabajador y el poder de dirección del empresario, que es considerado por el Tribunal como un interés constitucionalmente relevante, o la STC 126/2003, F. J. 5, donde el Tribunal juzga la proporcionalidad del comportamiento de un particular (la adopción de una medida empresarial) en su relación con un derecho fundamental. En principio, la proporcionalidad se exige en la actuación del poder público; así, por ejemplo, en la STC 49/1999, F. J. 7, el Tribunal precisa que este principio se invoca “en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos”. Sin embargo, en la medida en que es imprescindible para el respeto a los derechos fundamentales, la proporcionalidad se convierte en un criterio aplicable para enjuiciar todos los comportamientos, tanto de los poderes públicos como de particulares, que puedan afectar a derechos fundamentales. En opinión de Bernal Pulido, “los llamados conflictos entre derechos fundamentales de dos particulares, ostentan la misma estructura que las intervenciones del Estado en los derechos y [...], por lo tanto, en este campo también debe aplicarse el principio de proporcionalidad en sentido amplio” (BERNAL PULIDO, C., *cit.*, p. 566; cfr. también la jurisprudencia allí citada). La relación originaria del principio con la actuación del poder público se refleja, a mi modo de ver, en la comprensión de los casos en los que se enjuicia la proporcionalidad como conflictos entre un derecho y, en último término, el interés público. De todas formas, esta manera de entender los casos se debe también a la concepción del Tribunal Constitucional de los derechos fundamentales; cfr., por ejemplo, en la exposición de la crítica a la proporcionalidad de Ernst Wolfgang Böckenförde, la relación de la proporcionalidad con la concepción de los derechos no sólo como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, sino también como valores objetivos (cfr. BÖCKENFÖRDE, E. W., “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 995 y ss., pp. 124-125 y 135, nota 140, y “Grundrechte als Grundsatznormen”, *Der Staat*, 1, 1990, pp. 1 y ss., pp. 184 y s., *apud* BERNAL PULIDO, C., *cit.*, pp. 159-162; cfr., también, *ibid.*, pp. 159-164).

46 Cfr., por ejemplo, la STC 311/2000, F. J. 3, donde dice el Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser conculcado tanto por las normas como por las interpretaciones que se hagan de las mismas. De este modo la proporcionalidad, como criterio de respeto a los derechos fundamentales, es aplicable tanto a unas como a otras. En la STC 166/2003, F. J. 4, el Tribunal afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser conculcado por normas que no respetan el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, la necesidad de que un convenio colectivo respete el principio de proporcionalidad se explica a partir de su valor normativo (cfr. la STC 27/2004, F. J. 4). También puede vulnerar un derecho una interpretación de las normas que lo regulan que no respete el principio de proporcionalidad (cfr., por ejemplo, la STC 30/2004, F. J. 2).

47 Cfr. STC 136/1999, F. J. 26.

48 Cfr. *ibid.*, F.F. J.J. 27, 28 y 29.

49 Cfr. *ibid.*, F. J. 30.

juicios. Lo habitual es que el Tribunal aplique el principio sin diferenciar los tres juicios que lo componen. Se limita a enjuiciar si la medida está o no justificada, si es o no razonable el razonamiento del órgano *a quo* o, simplemente, a afirmar la proporcionalidad o desproporción de la decisión que revisa, sin argumentar su decisión según cada uno de los juicios que forman el principio⁵⁰. Así, muchas veces, el Tribunal Constitucional exige del órgano *a quo*⁵¹ un detalle en el razonamiento sobre la proporcionalidad de la decisión que el propio Tribunal no hace, ni para demostrar la desproporción de la medida que corrige ni para respaldar la proporcionalidad de la suya propia⁵².

Los juicios de adecuación y necesidad se refieren, en gran medida, a aspectos de la decisión que exceden del ámbito del Derecho: la adecuación y la necesidad de la medida dependen, en parte, de criterios técnicos, económicos, sociales o políticos que no corresponde al Tribunal Constitucional revisar. El Tribunal no suele aplicarlos⁵³: las

50 Cfr., por ejemplo, en la STC 126/2003, el voto particular de la Magistrada Dña. María Emilia Casas Baamonde, aptdos. 3 y 4, donde se critica al Tribunal por no haber aplicado los tres juicios que forman el principio de proporcionalidad.

51 Por ejemplo, en la STC 221/2002, F. J. 4, el Tribunal establece que “cuando un órgano judicial adopta una decisión que puede afectar a derechos fundamentales o libertades públicas de una persona no basta con que adopte dicha decisión de forma razonada y motivada, sino que es preciso que identifique adecuadamente el contenido del derecho o libertad que puede verse afectado por dicha resolución y, una vez examinadas las circunstancias concurrentes en el caso y la interpretación de los preceptos aplicables conforme a los criterios existentes al respecto, adopte la decisión que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado; decisión, además, que [...], al referirse a una pretendida lesión de un derecho fundamental, debe expresar el juicio de ponderación entre los derechos y valores puestos en juego en cada caso para así hacer «efectiva la exigencia de proporcionalidad»”.

52 Cfr., por ejemplo, la STC 186/2000, F. J. 7, donde el Tribunal enjuicia la proporcionalidad *stricto sensu* —juicio que consiste, según dice el Tribunal en el F. J. 6 de la misma sentencia, en una ponderación entre beneficios y perjuicios sobre los bienes o valores en conflicto—, de una medida empresarial que afecta a la intimidad de los trabajadores sin tener en cuenta los daños que se producen en el derecho a la intimidad. Cfr., también, la aplicación del principio que se hace en la STC 14/2001, F. J. 3 y F. J. 5, donde el Tribunal juzga la proporcionalidad de una intervención telefónica dando por supuesta la necesidad de la medida, sin comparar su eficacia y la restricción que produce en el derecho fundamental afectado con las de otras posibles medidas, y la considera proporcionada *stricto sensu* por la gravedad del delito investigado, que entiende el Tribunal que implica la importancia del fin perseguido, sin tener en cuenta los daños al derecho fundamental a la intimidad. En la STC 70/2002, F. J. 10, el Tribunal juzga la proporcionalidad de una actuación policial, sobre todo su necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, de modo superficial porque, más que argumentarlas, las afirma: “la actuación policial respeta el principio de proporcionalidad, pues se trata de una medida idónea para la investigación del delito (de la agenda y de los documentos se podían extraer -como así fue- pruebas incriminatorias y nuevos datos para la investigación), imprescindible en el caso concreto (no existían otras menos gravosas) y ejecutada de modo tal que el sacrificio del derecho fundamental no resulta desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes”. Y concluye el Tribunal que “siendo la actuación policial constitucionalmente legítima, el sacrificio del derecho a la intimidad del recurrente está justificado por la presencia de intereses superiores constitucionalmente relevantes, no pudiendo apreciarse vulneración alguna del derecho fundamental”. Cfr., también, la STC 82/2002, F. J. 4, donde el Tribunal afirma la necesidad de una intervención telefónica sin compararla con ninguna otra posible medida, y apoya el juicio sobre la proporcionalidad, en general, en la gravedad del delito investigado. Cfr. también, por último, la STC 123/2002, F. J. 2, donde el Tribunal, con base únicamente en la gravedad del delito investigado, concluye que “no se ha producido ninguna vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la recurrente por falta de proporcionalidad de la medida de registro adoptada”.

53 Algunas de las sentencias en que se aplican estos juicios son la STC 98/2000, F. J. 9, donde se aplica el principio de necesidad, para acabar alegando que la medida no era imprescindible; la STC 186/2000, F. J. 7, donde el Tribunal da a entender, comparando el caso con otro, que la medida era imprescindible, aunque llega a esa conclusión sin compararla con otras posibles medidas; la STC 169/2001, F. J. 10, donde el Tribunal niega que el órgano *a quo* haya argumentado suficientemente la necesidad de la medida; la STC 198/2003, F. J. 7, donde el Tribunal argumenta la falta de necesidad de una medida procesal comparándola con otras posibles medidas menos perjudiciales para el derecho de defensa, o la STC 11/2004, F. J. 3, donde el Tribunal, aunque atiende principalmente a la proporcionalidad *stricto sensu*, también niega la necesidad de la medida, comparándola con otras posibles opciones. En la STC 126/2003, en el aptdo. 4 del voto particular de la Magistrada Dña. María Emilia Casas, se considera, también, una determinada medida desproporcionada por innecesaria. Sin embargo, a pesar de las alegaciones que se hagan, normalmente el Tribunal

desproporciones que se alegan, entre los hechos y las reacciones del Derecho, no suelen deberse a la falta de adecuación o de necesidad de las medidas recurridas, sino a la falta de proporcionalidad *stricto sensu*.

Así, el juicio que da más juego al Tribunal Constitucional es el juicio de proporcionalidad *stricto sensu*, quizá porque implica un juicio más jurídico que fáctico. El Tribunal suele entenderlo como ponderación o comparación entre las ventajas y los perjuicios producidos a los derechos e intereses en conflicto⁵⁴.

A mi modo de ver, el razonamiento del Tribunal Constitucional podría ser, a veces, parcial en la aplicación del principio de proporcionalidad así entendido. La parcialidad se debería a que el Tribunal no compara las ventajas y los beneficios que la medida produce para cada uno de los intereses en juego⁵⁵, sino que razona sólo desde uno de ellos, normalmente el interés público⁵⁶.

no entra a juzgar la adecuación y la necesidad de las medidas, y se limita a juzgar la proporcionalidad *stricto sensu*, es decir, a revisar la ponderación de los beneficios y los perjuicios producidos a los derechos e intereses en conflicto (cfr., entre otras, la STC 168/2003, F. J. 6). En la STC 7/2004, F. J. 5, por ejemplo, el Tribunal, al aplicar los juicios de adecuación y necesidad, se limita a reproducir la motivación de las medidas en cuestión y a remitirse al juicio sobre la proporcionalidad de estas medidas implícito en la legislación que las regula.

54 Por ejemplo, en la STC 136/2000, F. J. 4, el Tribunal habla del “debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo”. En la STC 169/2001, F. J. 9, el Tribunal considera que para la proporcionalidad estricta es necesario que “el sacrificio del derecho reporte más beneficios en el interés general que desventajas o perjuicios en otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre”. En la STC 221/2002, F. J. 4, dice el Tribunal que es una exigencia de la proporcionalidad “el juicio de ponderación entre los derechos y valores puestos en juego en cada caso”. Así, algunos autores entienden la proporcionalidad *stricto sensu* como un mandato de ponderación (cfr. BERNAL PULIDO, C., *cit.*, p. 157, especialmente nota 1).

55 A mi modo de ver, es muy difícil no caer en la parcialidad a la hora de llevar a cabo esa comparación entre beneficios y perjuicios para los intereses en juego en la medida en que, en muchos casos, son irreductibles a una única unidad y, por lo tanto, incomparables, por no haber término de comparación. Para una respuesta a la objeción de la incommensurabilidad, cfr. BERNAL PULIDO, C., *cit.*, pp. 176-183 y 787-788. Este autor refiere la incommensurabilidad no a la igualdad de valor de los bienes en juego, sino a la falta de acuerdo sobre su valor: la incommensurabilidad “se debe a la concurrencia de disímiles valoraciones ideológicas acerca de los bienes en conflicto y su importancia en el caso concreto” (*ibid.*, p. 182, cfr., también, nota 40). Siendo este el punto de partida, la respuesta del autor no responde, a mi entender, a la objeción de la incommensurabilidad de los bienes en juego entendida como igualdad de valor de los bienes, de manera que “[n]inguno es más fundamental que cualquiera de los otros” (FINNIS, J., *Ley natural... cit.*, p. 124). Por otro lado, el autor defiende la posibilidad de la ponderación que implica el juicio de proporcionalidad *stricto sensu* frente a la objeción de que pretende comparar lo incomparable: el autor argumenta que no se compara el daño al derecho con el beneficio al interés público, sino la intensidad de la intervención respecto de uno y otro (cfr. *ibid.*, p. 788); esta intensidad vendría a ser el denominador común o el *tertium comparationis*. Así, “una intervención intensa en el derecho fundamental es menos valiosa que una realización leve o media del principio constitucional que fundamenta [tal intervención]” (*ibid.*, p. 788). Este no es lugar para entrar en esta cuestión; sin embargo, en mi opinión puede decirse, en líneas generales, que esto no permite prescindir de la pretensión de comparar entre el derecho y el interés público: sólo a partir de esa comparación puede juzgarse que una intervención débil en el derecho es menos importante que una realización fuerte del bien. Es decir, no es posible comparar la intensidad de una intervención respecto de dos bienes sin comparar esos bienes. El juicio de que una intervención en un derecho es fuerte o débil es un juicio relativo, que tiene sentido como comparación con otras posibles intervenciones en el mismo derecho; para poder enfrentarse al juicio sobre la intensidad de una intervención (que puede ser la misma intervención) en un bien distinto debe apoyarse en una comparación entre el derecho y el bien.

56 Cfr., entre otras, las SSTC 186/2000, F. J. 7, ó 14/2001, F. J. 9, donde el Tribunal establece que “el interés público en la persecución y descubrimiento del delito objeto del procedimiento judicial parece más importante que la mínima perturbación sufrida en la intimidad del investigado”, pero no da las razones de esta prevalencia. En la STC 70/2002, F. J. 10, el Tribunal aplica el principio de proporcionalidad desde uno sólo de los intereses en conflicto, sin hacer referencia al respeto al contenido esencial del derecho. En la STC 126/2003, en el voto particular de la Magistrada Dña. María Emilia Casas Baamonde, aptdos. 3 y 4, se considera que el Tribunal ha enjuiciado el caso desde la perspectiva del daño a uno sólo de los intereses en

Por ejemplo, la STC 136/1999 recoge, en sus F.F. J.J. 29 y 30, donde se comparan beneficios y perjuicios producidos a los valores en juego, un razonamiento que es, a mi entender, parcial. La decisión del Tribunal no atiende al criterio del respeto a los derechos en el caso concreto: después de reconocer que, en este caso, no está en juego el ejercicio legítimo de los derechos alegados, resuelve el caso según lo que considera conveniente para la promoción, en abstracto, del ejercicio de determinados derechos entendidos en su dimensión institucional. El Tribunal enjuicia la pena impuesta a los recurrentes no respecto de la infracción concreta, sino a partir de la relación abstracta existente, a juicio del Tribunal Constitucional, entre la pena y el valor constitucional de la libertad de expresión⁵⁷.

III.3. Apuntes para una crítica

Esta manera de entender y de aplicar el principio de proporcionalidad es, a mi modo de ver, susceptible de algunas críticas. Sería criticable, en primer lugar, la comprensión del principio de proporcionalidad que se refleja en la jurisprudencia estudiada: por un lado, por el sentido amplio e indeterminado que da al principio; por otro, por la comprensión de la proporcionalidad *stricto sensu* —que, como se ha visto, es el juicio con más trascendencia— como ponderación para identificar el mayor bien global. En segundo lugar, sería criticable también la manera de entender y aplicar este principio en la medida en que permita al Tribunal Constitucional ejercer funciones que exceden de su competencia. A continuación se detallan cada uno de estos aspectos.

conflicto. Cfr., también, las SSTC 82/2002, F. J. 4 y 167/2002, F. J. 4. Sin embargo, que se razone principalmente desde uno de los intereses en juego y que normalmente sea desde el interés público no significa que no se tenga en cuenta en absoluto la gravedad de la intervención en el derecho: por ejemplo, en la STC 123/2002, F. J. 2 y F. J. 7, se alega la menor lesividad para el derecho a la intimidad de acceder a los listados telefónicos que la de las escuchas. Por otro lado, el Tribunal no siempre razona desde el interés público; por ejemplo, en la STC 98/2000, F. J. 9, razona desde “las exigencias indispensables del respeto del derecho a la intimidad”. A mi juicio, este es el razonamiento adecuado, en la medida en que permitiría armonizar la intimidad con la seguridad a partir del criterio de no elegir nunca directamente contra uno de los bienes en juego (cfr. *supra*, aptdo. II.3. *El juicio de proporcionalidad stricto sensu*).

57 Cfr., a este respecto, la opinión del Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera en su voto particular a la STC 136/1999. Según explica este magistrado, el Tribunal entiende que lo que está en juego no es simplemente una infracción y su sanción, sino el valor abstracto de la libertad de expresión en cuanto esencial para el Estado democrático de Derecho. Por eso se juzga la sanción desproporcionada a pesar de que “según la doctrina de este Tribunal, el principio de proporcionalidad, en sus diversos aspectos, resulta aplicable en el ámbito del ejercicio lícito de los derechos fundamentales; ejercicio lícito que, como reconoce la Sentencia, aquí no se da” (voto particular de D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la STC 136/1999, epígrafe XXIV, 39, principalmente parágrafo 3). Si el Tribunal Constitucional hubiese aplicado la ponderación al caso particular referido en el recurso habría encontrado que no se perjudicaron los derechos alegados porque no se daba un ejercicio legítimo de tales derechos. Por lo tanto, a mi modo de ver, faltaría uno de los elementos para la comparación entre beneficios y perjuicios a los derechos e intereses *en juego*. Sin embargo el Tribunal juzga que están en juego los derechos alegados porque los considera en su dimensión objetiva, y utiliza como elemento para la ponderación no el perjuicio producido en el caso, sino el daño abstracto que podría producir el artículo del Código Penal aplicado —que, además, ya había sido derogado en el momento de resolver el Tribunal Constitucional— a la libertad de expresión. La trascendencia que da el Tribunal Constitucional al daño —abstracto— que puede producir la norma en la libertad de expresión se explica porque el Tribunal la considera fundamento del Estado democrático (cfr., entre otras, las SSTC 21/2000, F. J. 4, 46/2002, F. J. 5 y 148/2002, F. J. 4), de manera que debe evitarse “un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada” (STC 136/1999, F. J. 20). Sobre el argumento del “efecto desaliento”, cfr. DE DOMINGO, T., “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento»”, *Revista de Estudios Políticos*, 122, oct.-dic. 2003, pp. 141-166, donde, a partir de la STC 36/1999, se defiende la solidez de este argumento y su coherencia con la dimensión institucional de los derechos y se exponen las condiciones para su aplicación.

III.3.1. Crítica a la comprensión de la proporcionalidad en la jurisprudencia de amparo

La comprensión amplia y en términos de ponderación de valores permitiría al Tribunal Constitucional, a mi entender, una discrecionalidad casi arbitraria, perjudicial para la seguridad jurídica, como se trata de exponer a continuación.

III.3.1.1. La indeterminación del sentido del principio de proporcionalidad

Como se ha señalado, de las sentencias estudiadas no se puede inferir con claridad el significado del principio de proporcionalidad. Esta falta de claridad es todavía más significativa si se considera el papel que el Tribunal atribuye a este criterio: todas las medidas que afecten a derechos fundamentales deben ser proporcionadas, dice el Tribunal. Sin embargo, no se sabe si eso significa que deben ser necesarias, o no excesivas, o estar respaldadas por razones convincentes, o respetar el contenido esencial de los derechos, o no ser arbitrarias, por ejemplo. Es cierto que todas estas son exigencias que se entrelazan, pero un principio que puede dar lugar al enjuiciamiento de todas ellas debe ser utilizado con cautela, limitando tanto su aplicación como su eficacia en los casos en que se aplica⁵⁸. Sin embargo, el Tribunal Constitucional lo alega con mucha frecuencia, incluso en casos en los que no está claro que esté en juego la proporcionalidad y que se deciden sin aplicar este principio⁵⁹.

III.3.1.2. La proporcionalidad *stricto sensu* como ponderación

La discrecionalidad del Tribunal no es necesariamente inconveniente. Sin embargo, si se añade a una comprensión de la proporcionalidad *stricto sensu* como ponderación entre valores abstractos e ilimitados, que nunca se realizan por completo, podría llevar incluso a la arbitrariedad, es decir, a la toma de decisiones sin un criterio razonable. Por eso, en mi opinión, es criticable la comprensión de la proporcionalidad *stricto sensu* como ponderación del beneficio total de la medida desde el punto de vista de los efectos que produce en los valores en juego. La crítica se referiría a la concepción de la función judicial como maximización del bien global: porque puede no ser un criterio razonable de decisión cuando están en juego bienes inconmensurables⁶⁰ y porque puede ser inconveniente para el razonamiento jurídico⁶¹, ya que podría llevar a la conclusión de que un bien suficientemente importante puede justificar el sacrificio de cualquier derecho⁶².

58 El Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, en su voto particular a la STC 136/1999, párrafo 7, se refiere a esta falta de claridad conceptual del principio, que “hace aconsejable la máxima cautela”.

59 Cfr., entre otras, la STC 30/2004, donde se alega el principio de proporcionalidad (F. J. 2) cuando lo que se discute, y que decide el caso, no tiene que ver con este principio y se trata de algo tan simple como lo que sigue: “[e]s evidente, por tanto, que el Juez padeció un error al computar el plazo de caducidad, por inadvertencia de que durante su transcurso se había producido una circunstancia legal determinante de su suspensión [...]. Se trata de un claro error en la determinación del material de hecho [...] que resulta patente e incontrovertible y es de significación exclusivamente fáctica” (cfr. *ibid.*, F. J. 3). La amplitud con que el Tribunal Constitucional entiende y aplica este principio puede llevar a que también los órganos del poder judicial lo apliquen ampliamente. En algunos casos se reacciona frente a esta manera de comprender y aplicar la proporcionalidad: por ejemplo, la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid de 3 de noviembre de 1998 (ARP 1998\4490) corrige, entre otras cosas, la eficacia que se atribuía en primera instancia al principio de proporcionalidad. Así, en su fundamento de Derecho primero se afirma expresamente que “[e]l principio de proporcionalidad no puede prevalecer sobre el principio de legalidad”. Cfr. la STC 88/2003, en la que el Tribunal Constitucional desestima la demanda de amparo interpuesta contra la Sentencia de la Audiencia Provincial.

60 Cfr. *supra*, nota 23.

61 En mi opinión, esta concepción de la función judicial como ponderación para elegir el bien mayor entraña un riesgo de politización que aumenta cuando se le añade el razonamiento valorativo.

62 Cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad... cit.*, pp. 96-97 y “Máxima de razonabilidad... *cit.*”, pp. 50-51.

III.3.2. La posible extralimitación del Tribunal Constitucional en sus funciones

La aplicación del principio de proporcionalidad que, según hemos visto, viene haciendo el Tribunal Constitucional, puede favorecer que el Tribunal acabe asumiendo funciones que no le corresponden. En mi opinión, podría ser útil distinguir, a estos efectos, el enjuiciamiento de la proporcionalidad de medidas generales del de medidas particulares⁶³. En primer lugar porque la ley, general, tiene una dimensión política, de elección entre varias soluciones jurídicamente posibles. La constitución recoge, al lado de los derechos, valores u objetivos más éticos, políticos, o sociales que jurídicos, y deja un amplio margen de decisión que corresponde determinar al legislador más que al Tribunal Constitucional⁶⁴. En segundo lugar, porque el perjuicio al derecho no se produce mientras no se aplique la decisión general al caso concreto. La aplicación del principio de proporcionalidad a las medidas particulares, que afectan a los derechos de los ciudadanos, sería menos cuestionable⁶⁵. Así, puede distinguirse la crítica del empleo que hace el Tribunal Constitucional del principio de proporcionalidad en cuanto puede favorecer la asunción de funciones más propias del Parlamento y en cuanto puede favorecer la sustitución de decisiones que corresponderían más bien al Tribunal Supremo.

III.3.2.1. Posibles excesos del Tribunal Constitucional en su función legislativa negativa

El enjuiciamiento de la proporcionalidad de las decisiones generales, donde, según, lo que se acaba de decir, podría haber más riesgo de subrogación del Tribunal Constitucional en funciones atribuidas a otros órganos, tiene sentido en el seno de la facultad de control de la constitucionalidad de las leyes, que no se estudia en este trabajo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, cuando enjuicia la posible vulneración de un derecho en un caso, juzga si la norma aplicada al caso respeta las exigencias constitucionales; en algunos casos el Tribunal Constitucional decide recursos de amparo juzgando la constitucionalidad no de la aplicación de la ley al caso sino de la ley considerada en abstracto, al margen de su relación con los hechos de la demanda, como ocurre, por ejemplo, en la STC 136/1999, que ya se ha comentado. Así, también en la jurisdicción de amparo es importante tener en cuenta cuál es el ámbito de decisión competente del legislador.

63 Cfr., a este respecto, el voto particular del Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas a la STC 136/1999, en especial los puntos 4 y 5.

64 Sobre la crítica relativa a la competencia del Tribunal Constitucional para aplicar el principio de proporcionalidad en la medida en que puede invadir las competencias del legislador y su respuesta, cfr. BERNAL PULIDO, C. *cit.*, pp. 193-207. Bernal Pulido considera que la crítica a la competencia del Tribunal Constitucional para aplicar el principio de proporcionalidad se refiere a un conflicto entre el legislador y el Tribunal Constitucional que “se origina por efecto de la tensión existente entre el principio democrático y el principio de constitucionalidad”, y no por la aplicación del principio de proporcionalidad (BERNAL PULIDO, C., *cit.*, p. 201). Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 32-99, donde se explica el origen histórico de esta tensión y cómo se plasma en dos modelos distintos de control de las leyes. En opinión del autor, las constituciones actuales reciben de la tradición europeo-continental el reconocimiento del protagonismo fundamental del legislador, y de la tradición norteamericana el principio de supremacía constitucional o el reconocimiento de la existencia de unos límites frente a las decisiones de la mayoría. Estas constituciones incorporan los grandes objetivos de la acción política y son, a la vez, judicialmente exigibles, lo que produciría la sustitución de la discrecionalidad legislativa, inmotivada, por la discrecionalidad judicial, sujeta a la argumentación racional (cfr. *ibid.*, pp. 107-117). Sobre el reflejo de la tensión entre el principio democrático y el principio de supremacía constitucional en la relación entre el legislador y los órganos encargados de la jurisdicción constitucional, sobre todo en los sistemas de control concentrado, cfr. AJA, E. (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, *passim*.

65 En este sentido, Álvaro d’Ors entiende que los actos administrativos son judicialmente controlables, mientras que las decisiones propiamente políticas son difícilmente judiciales. Cfr. D’ORS, A., *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, Civitas, 1999, p. 142.

Como el propio Tribunal Constitucional reconoce, es al poder legislativo a quien compete la determinación del Derecho en la ley dentro del marco de la Constitución: “El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales [...] debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador [...]. En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática [...]. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución”⁶⁶.

A la vez, el Tribunal recuerda que la proporcionalidad obliga también al legislador⁶⁷, y que es el Tribunal quien debe garantizar el respeto a esa exigencia, por lo menos en cuanto la ley vulnera, al ser aplicada al caso, un derecho fundamental⁶⁸. El riesgo sería ejercer esta función sin respetar la dimensión política de la ley, y acabar haciendo juicios políticos. Algo así ocurre en la STC 136/1999, donde el Tribunal Constitucional acaba sustituyendo al legislador, e incluso llega a dar una razón política de la inconveniente decisión del legislador. El Tribunal parece respetar las razones que respaldan la decisión del legislador, pero propone una alternativa que, según el propio Tribunal Constitucional, supera la decisión del legislador, porque responde a esas mismas razones pero no incurre en inconstitucionalidad. Así, el Tribunal considera que la pena impuesta al delito de colaboración con banda armada puede resultar desproporcionada por la apertura del tipo penal. Esta amplitud se explica por las circunstancias del momento en que se dictó la ley: “La extraordinaria agravación de la delincuencia terrorista obligó al legislador nacional [...] a introducir en nuestra legislación penal un tipo penal construido a partir de la expresión [...] «cualquier acto de colaboración»; con ello, se incorpora una pretensión de universalidad en los modos y maneras de apoyo a la actividad terrorista ciertamente legítima, y sin duda exigida por la necesidad de no dejar impune ninguna de sus manifestaciones”. A continuación, el Tribunal explica cómo debía haber decidido el legislador para que, a pesar de la apertura del tipo penal, la ley que lo establecía fuese constitucional: “Este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo [...]”. Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, el legislador ha establecido una “pena privativa de libertad cuyo mínimo resulta particularmente elevado”⁶⁹.

66 STC 136/1999, F. J. 23 y jurisprudencia allí citada.

67 Cfr., por ejemplo, la STC 124/2002, F. J. 3, donde dice el Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por normas que impongan obstáculos legales que “carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución”, y jurisprudencia allí citada. En la STC 49/1999, F. J. 7, el Tribunal se refiere al principio de proporcionalidad como “regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas”. Un poco más adelante, el Tribunal sigue diciendo: “Del principio de proporcionalidad, cuya vigencia hemos reafirmado en el ámbito de las intervenciones telefónicas [...], se infiere inmediateamente que, tanto la *regulación legal* como la práctica de las mismas ha de limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas sólo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio” (la cursiva es mía).

68 Esto es así en teoría; en la práctica, el Tribunal ha utilizado el principio, como se ha visto que ocurre en la STC 136/1999, para corregir vulneraciones que no se han producido, enjuiciando el caso como si se tratara de una relación abstracta entre valores.

69 STC 136/1999, F. J. 30.

III.3.2.2. Posibles excesos del Tribunal Constitucional en su función jurisdiccional

Otro efecto, a mi entender indeseable, que podría derivarse de la comprensión y aplicación del principio de proporcionalidad que hace el Tribunal sería el exceso en su función jurisdiccional. Este exceso se produciría en los casos en que el Tribunal no se limita a anular la decisión desproporcionada, sino que llegue a corregir el razonamiento del órgano *a quo* por no estar de acuerdo con el razonamiento que el Tribunal Constitucional haría en su lugar.

El Tribunal Constitucional es consciente de este riesgo. Por un lado, niega la autonomía del principio de proporcionalidad: no se puede recurrir en amparo una decisión sólo por ser desproporcionada, sino que es necesario que esa desproporción suponga la vulneración de algún derecho fundamental⁷⁰. Por otro lado, el Tribunal reconoce que su función no es, en principio, revisar el razonamiento del órgano *a quo*: las cuestiones de legalidad ordinaria deben interpretarlas los jueces; el Tribunal Constitucional sólo debe corregir las interpretaciones del órgano jurisdiccional *a quo* en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta⁷¹. Sin embargo, a la vez, el Tribunal Constitucional entiende que debe revisar si el órgano *a quo* ha ponderado correctamente la proporcionalidad de la medida, de manera que, aunque no es, “en principio, función del Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada”, sí debe examinar los motivos y argumentos de las decisiones relativas a derechos fundamentales, para “comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda”⁷². Esto podría

70 Cfr. la STC 49/1999, F. J. 7, donde el Tribunal establece que “la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza”, o la STC 136/1999, F. J. 22, y jurisprudencia constitucional allí citada, donde el Tribunal recuerda que “el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales [...]. 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”. Sin embargo, esta limitación de la eficacia del principio de proporcionalidad en los recursos de amparo no es, en mi opinión, tanta como pudiera parecer: la importancia que el Tribunal da al principio vendría a significar que el respeto a cada derecho fundamental exige siempre la proporcionalidad de las medidas que podrían afectarles. Por otro lado, la falta de concreción del significado del principio confiere al Tribunal la posibilidad de juzgar muchos aspectos distintos de una decisión para enjuiciar su proporcionalidad; es decir, hay muchos criterios por los que una medida relativa a derechos fundamentales puede resultar desproporcionada y, por lo tanto, vulnerar el derecho fundamental a que se refiera. Así, la exigencia de que la desproporción implique vulneración de algún derecho fundamental no reduce en la práctica la eficacia del principio: si el respeto a los derechos fundamentales exige en todo caso la proporcionalidad de las medidas que pudieran afectarles, podrá juzgarse si se ha vulnerado o no un derecho aplicando solo el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, en la STC 198/2003, F. J. 6 y F. J. 7, se estudia la posible vulneración del derecho de defensa enjuiciando, exclusivamente, la proporcionalidad de la medida que lo excluye.

71 Por ejemplo, en la STC 77/2002, F. J. 3, el Tribunal establece, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, que las “operaciones que no trascienden el ámbito de la legalidad ordinaria [...] competen a los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia «ex» art. 117.3 CE, no siendo función de este Tribunal Constitucional examinar la interpretación de la legalidad hecha por los órganos judiciales salvo que, por resultar manifiestamente arbitraria, claramente errónea o no satisfacer las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción de todo derecho fundamental, impliquen en sí mismas una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva”. En el mismo sentido, cfr. las SSTC 147/2000, F. J. 6, 311/2000, F. J. 3, 205/2001, F. J. 3, 124/2002, F. J. 3, 168/2003, F. J. 2 y 30/2004, F. J. 2.

72 STC 166/2003, F. J. 4. En la STC 186/2000, F. J. 6, dice el Tribunal que “el control que debe realizar este Tribunal de las resoluciones judiciales recurridas en amparo ha de recaer, precisamente en enjuiciar si, como exige la doctrina reiterada de este Tribunal que ha quedado expuesta, el órgano jurisdiccional ha ponderado adecuadamente que la instalación y empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa ha respetado en el presente caso el derecho a la intimidad personal del solicitante de amparo, de conformidad con las exigencias del principio de proporcionalidad”. Cfr. también, en el mismo

permitir al Tribunal Constitucional revisar la ponderación hecha por el órgano *a quo* y admitirla o rechazarla casi arbitrariamente, o, por lo menos, con mucha discrecionalidad, ya que para ser correcta no es suficiente que la decisión sea razonable, que no sea arbitraria ni errónea y que sea favorable a la efectividad del derecho; deben también compararse los fines y las consecuencias de la medida, parece que según un criterio distinto de los anteriores. El criterio de corrección no es, por tanto, ni la razonabilidad ni la ausencia de error y arbitrariedad; ¿qué juzga, entonces, el Tribunal al enjuiciar la corrección de la ponderación del órgano *a quo*?⁷³ En mi opinión, el Tribunal Constitucional, al partir de esta indeterminación de los criterios de revisión de las decisiones judiciales, no siempre habría respetado los límites que él mismo reconoce a su función de revisión.

La ausencia de un criterio claro de proporcionalidad de la decisión del órgano *a quo* se refleja, por ejemplo, en la STC 311/2000, donde el Tribunal Constitucional no reflexiona sobre los argumentos del órgano *a quo*, la Audiencia Provincial de Oviedo, que se referían al carácter personalísimo de la acción de separación matrimonial, sino que sustituye la decisión recurrida por la suya propia, enjuiciando la decisión del órgano *a quo* por las consecuencias que produce⁷⁴.

Así, a mi juicio, del estudio de la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de amparo podría concluirse la necesidad de autocontención. La proporcionalidad hace referencia a la medida del derecho en el caso, que corresponde determinar primero al legislador y, después y principalmente, al juez. La revisión en la jurisprudencia de amparo del respeto a la proporcionalidad en las decisiones del legislador, el juez o la administración debe tener el sentido de evitar la vulneración sólo de las exigencias fundamentales del derecho.

sentido, la STC 88/2003, F. J. 11, donde el Tribunal afirma que el juicio sobre la razonabilidad de las valoraciones efectuadas por el órgano *a quo* es insuficiente para la función de amparo. Así, para este Tribunal, el “canon de análisis constitucional no es el de la razonabilidad de las decisiones judiciales que hayan efectuado la ponderación de los derechos fundamentales en juego” (voto particular de la Magistrada Dña. María Casas Baamonde a la STC 126/2003, aptdo. 1; cfr. la STC 126/2003, F. J. 5 y F. J. 6). En la STC 45/2004, F. J. 4, el Tribunal establece que los órganos judiciales deben interpretar las normas “no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia” de la medida adoptada.

⁷³El criterio que utilice corre, en mi opinión, el riesgo de no ser imparcial, sobre todo en cuanto que, a pesar del lenguaje de la ponderación, muchas veces los derechos e intereses en juego son incomparables. Una de las críticas que hace la doctrina al principio de proporcionalidad se apoya en la consideración de que este principio confiere al Tribunal Constitucional un ámbito de actuación demasiado amplio porque le faculta para establecer cuáles son los criterios para decidir la ponderación (cfr. BERNAL PULIDO, C., *cit.*, p. 163).

⁷⁴En este caso la Audiencia consideraba que la recurrente, tutora de una persona incapacitada, no estaba legitimada para interponer acción de separación matrimonial suplantando al cónyuge incapaz. Esta decisión se fundaba, principalmente, en el carácter personalísimo de la acción. El Tribunal Constitucional considera que la decisión de la Audiencia es desproporcionada por su rigorismo, pero no analiza la proporcionalidad de la medida ni tiene en cuenta los argumentos de la Audiencia: se limita a afirmar, en primer lugar, que si hay un interés legítimo al que se cierra el acceso a la tutela judicial, la vulneración del art. 24.1 CE es innegable; en segundo lugar, afirma la existencia de ese interés legítimo (la defensa de los cónyuges frente a situaciones matrimoniales perjudiciales) y, por último, concluye la desproporción de la medida por su rigorismo (cfr. STC 311/2000, F. J. 4). Cfr., también, el voto particular concurrente del Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas a esta sentencia, aptdo. 1, que considera que en la fundamentación de la sentencia del Tribunal Constitucional, “por un marcado alejamiento de la Sentencia recurrida, no se produce propiamente una reflexión crítica sobre la fundamentación de ésta”.

IV. CONCLUSIÓN

La finalidad de este estudio era analizar brevemente la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional español en su jurisdicción de amparo. Las referencias al origen del principio pueden ayudar a entender su razón de ser y su evolución.

Como se ha dicho, el Tribunal otorga al principio un significado muy amplio que le permite enjuiciar aspectos distintos de la adecuación de una decisión a Derecho. De los tres juicios que forman el principio, los de adecuación y necesidad se referirían más bien a aspectos de hecho. Sería discutible que correspondan al Tribunal Constitucional; sin embargo, en la práctica no suele aplicarlos.

El Tribunal suele aplicar el principio sin diferenciar los juicios que lo integran, pero centrándose en el de proporcionalidad *stricto sensu*. Este juicio suele entenderse como una ponderación entre los beneficios y los perjuicios que la medida produce a los valores en conflicto, normalmente, un derecho fundamental frente a un interés público. Sin embargo, esta ponderación no siempre es posible y, aunque lo fuese, sería contraria a la razón de ser de los derechos fundamentales, que es proteger los aspectos básicos del bien de la persona también en los casos en que no respetarlos puede parecer provechoso para los intereses generales⁷⁵.

A mi modo de ver, la ponderación que viene haciendo el Tribunal Constitucional sería criticable por su parcialidad. La imposibilidad de comparar valores irreductibles por no existir un *tertium comparationis* convertiría la ponderación en una argumentación en favor de uno de los valores en juego, previamente elegido, sin responder a los posibles argumentos en favor del contrario.

Si la ponderación se entiende como la elección del valor más importante, la corrección de la ponderación del órgano cuya decisión revisa el Tribunal Constitucional podría suponer una subrogación de funciones. Así, se corregiría la opción que no estuviere de acuerdo con la que hubiese tomado el Tribunal Constitucional. En mi opinión, algo así es lo que se produce en las SSTC 136/1999 y 311/2000: en la primera con más claridad, y respecto de la función del legislador; en la segunda con menos fuerza, y respecto de la función del poder judicial.

Las decisiones que afectan a derechos fundamentales deben ser proporcionadas, y al Tribunal Constitucional compete, en su función de amparo, garantizar el respeto a estos derechos. Pero la proporcionalidad de una decisión no es una cuestión matemática, sino más bien de grado, y el paso de lo proporcional a lo desproporcionado no es una línea definida. Esto debería, en mi opinión, llevar al Tribunal Constitucional a limitarse a corregir la apreciación de los hechos y la interpretación del Derecho en casos extremos. La discrecionalidad que permite el principio⁷⁶ debería traducirse también en la autocontención del Tribunal.

75 Finnis explica la inadecuación de entender los derechos individuales como opuestos al bien común, ya que éste no es otra cosa que las condiciones para el bien de los miembros de la comunidad. Por eso los derechos individuales se protegen en interés común (cfr., entre otras de sus obras, "A Bill of Rights for Britain? The Moral of Contemporary Jurisprudence" (Maccabean Lecture in Jurisprudence), *Proceedings of The British Academy*, London, LXXI, 1985, pp. 303-331, pp. 320-321 y *Natural Law... cit.*, pp. 154-156 y 210-218 (*Ley natural... cit.*, pp. 183-185 y 239-246)).

76 Cfr. HARTLEY, T., *cit.*, p. 149.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CITADA

STC 49/1999, de 5 de abril
STC 136/1999, de 20 de julio
STC 166/1999, de 27 de septiembre
STC 171/1999, de 27 de septiembre
STC 21/2000, de 31 de enero
STC 98/2000, de 10 de abril
STC 136/2000, de 29 de mayo
STC 147/2000, de 29 de mayo
STC 186/2000, de 10 de julio
STC 311/2000, de 18 de diciembre
STC 14/2001, de 29 de enero
STC 138/2001, de 18 de junio
STC 169/2001, de 16 de julio
STC 205/2001, de 15 de octubre
STC 46/2002, de 25 de febrero
STC 70/2002, de 3 de abril
STC 77/2002, de 8 de abril
STC 82/2002, de 22 de abril
STC 106/2002, de 6 de mayo
STC 123/2002, de 20 de mayo
STC 124/2002, de 20 de mayo
STC 148/2002, de 15 de julio
STC 167/2002, de 18 de septiembre
STC 221/2002, de 25 de noviembre
STC 12/2003, de 28 de enero
STC 14/2003, de 28 de enero
STC 22/2003, de 10 de febrero
STC 56/2003, de 24 de marzo
STC 88/2003, de 19 de mayo
STC 126/2003, de 30 de junio
STC 166/2003, de 29 de septiembre
STC 168/2003, de 29 de septiembre
STC 182/2003, de 20 de octubre
STC 198/2003, de 10 de noviembre
STC 2/2004, de 14 de enero
STC 7/2004, de 9 de febrero
STC 11/2004, de 9 de febrero
STC 27/2004, de 4 de marzo
STC 30/2004, de 4 de marzo
STC 45/2004, de 23 de marzo