

II. EXTRANJERO

INTRODUCCION AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO Y COMUNITARIO (*)

Por

JAVIER BARNES
Facultad de Derecho
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. EL AUGE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.—II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ALEMÁN: 1. Alcance y contenido. 2. Fundamento constitucional y ámbito de aplicación. 3. El sometimiento de los poderes públicos al principio constitucional de proporcionalidad: 3.1. Poder legislativo. 3.2. Poder ejecutivo. 3.3. Poder judicial. 4. Recapitulación. 5. Algunos supuestos de aplicación jurisprudencial del principio: 5.1. En el ámbito de los derechos fundamentales: la libertad de elección de profesión u oficio. 5.2. Dos ejemplos en el ámbito del Derecho Administrativo: a) Expropiación forzosa. b) Procedimiento administrativo.—III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO: 1. Introducción. La defensa de los derechos fundamentales y el control de las competencias comunitarias: a) El principio de proporcionalidad del artículo 3B, párrafo 3.º, TCE: parámetro de control del ejercicio de las competencias comunitarias. b) El principio de proporcionalidad según la jurisprudencia del TJCE: la tutela de los derechos garantizados por el Derecho Comunitario frente a la acción de las instituciones comunitarias y de los poderes públicos de los Estados miembros. 2. La aplicación del principio en el ámbito de la tutela de los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario. 3. Los elementos del principio de proporcionalidad conforme a la jurisprudencia comunitaria: 3.1. Idoneidad o aptitud: a) Medio ambiente. b) Libre prestación de servicios. 3.2. Necesidad: a) Medio ambiente. b) Libre prestación de servicios. c) Libre circulación de mercancías. d) Derecho de la competencia e investigación. 3.3. La proporcionalidad en sentido estricto: a) Medio ambiente. b) Agricultura. c) Libre circulación de mercancías.—IV. UNA REFLEXIÓN FINAL: SU VIGENCIA EN ESPAÑA.

I. EL AUGE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

La moderna formulación del principio de proporcionalidad ha experimentado un auge extraordinario en el Derecho comparado de las últimas décadas. Su desarrollo representa, sin duda, uno de los ejemplos más paradigmáticos del emergente Derecho Público europeo, del nuevo *ius commune* que parece alumbrarse como consecuencia de la constante y recíproca interacción entre las instituciones europeas (sobre todo, el TJCE y el

(*) El presente artículo constituye un apretado resumen introductorio de un estudio más amplio que será objeto de publicación, realizado al amparo de una Beca de Investigación de la Fundación *Alexander von Humboldt* en la República Federal de Alemania.

TEDH) y los ordenamientos nacionales, señaladamente en el ámbito de los principios generales del Derecho y de los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad se encuentra reconocido, en efecto, en el plano supranacional europeo y constituye, en consecuencia, Derecho aplicable para los respectivos Estados miembros. Los ordenamientos nacionales, por su parte, aunque con distinto alcance y contenido según los casos, también lo han consagrado en su ámbito interno, al margen de su pertenencia a la Comunidad Europea o al Consejo de Europa. Tiene, por ejemplo, una importancia extraordinaria en el seno del Derecho Público (Constitucional y Administrativo) alemán (1), austría-

(1) Baste citar una selección de la literatura más relevante que sugiero para el lector no alemán: R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot. Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, Munich, Vahlen, 1989; Hans-Uwe ERICHSEN/Wolfgang MARTENS (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., W. de G., Berlin, New York, 1992, § 12 II 2 c bb (Erichsen/Martens); E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Erster Band: Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1973, § 4, 2; E. GRABITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, «AÖR» 98 (1973), 568-616; G. HAVERKATE, *Rechtsfragen des Leistungsstaats. Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*, 1983; M. HEINTZEN, Art. 55.5 des Soldatengesetzes und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, en «Neue Zs. f. Wehrrecht», 1985, 5, 192; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14. Aufl., 1991; Rn. 71, 72, 317-320; L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981; H. HUBER, *Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht*, «ZSR» 96 I (1977), 1-29; M. JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, 1985; P. KIRCHHOF, «Gleichmaß und Übermaß», en F. S. für Peter Lerche, Beck, München, 1993; P. KIRCHHOF, *Über Rechtsfragen des Leistungsstaates. Bemerkungen zum gleichnamigen Buch von Görg Haverkate*, «Verw.» 18 (1985), 242-248; M. KNIESEL, *Die Prinzipien der Legalität, Opportunität und Verhältnismäßigkeit als polizeiliche Handlungsmaximen*, «Die Polizei», 1989, 7, 179-186; F. KOPP, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3. Aufl., 1983, § 40 Rn. 21; KUTSCHER/RESS/TEITGEN/ERMACORA/UBERTAZZI, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985; U. LANGHEIENEKEN, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur zu Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG*, «Diss.» 1972; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., 1983; P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, 1961; F. OSSENBUHL, «Maßnahmen mit dem Übermaßverbot», en *Wege und Verfahren des Verfahrenslebens*. F. S. für Peter Lerche, Beck, München, 1993; E. SCHMIDT-ASSMANN, «Kommunale Selbstverwaltung», en F. S. für Horst Sandler, 1991; F. SCHNAPP, «Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Verwaltungsverfahrenrecht», en *Recht und Staat im sozialen Wandel*. F. S. für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, 1983, págs. 899-922; F. SCHNAPP, *Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs*, «JuS» 1983, 850-855; H. SCHNEIDER, «Zur Verhältnismäßigkeitskontrolle insbesondere bei Gesetzen», en *BVerfG und GG. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG*, hers. von Christian Starck, Zweiter Band: *Verfassungsauslegung*, 1976, S. 390-404; H. SCHNEIDER, *Die Güterabwägung des BVerfG bei Grundrechtskonflikten. Empirische Studie zur Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodells*, 1979; J. SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977; K. STERN, «Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots», en F. S. für Peter Lerche, Beck, München, 1993; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I: *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, 2. Aufl., 1984, § 20 IV 4 b a, § 20 IV 7; R. v. KRAUS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, 1955; H. v. MANGOLD/F. KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, Band 1: *Präambel, Artikel 1 bis 5*, 3. Aufl., 1985; Art. 1 Abs. 3 Rn. 178-183 (Starck); I. v. MÜNCH (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1: *Präambel bis Art. 20*, 3. Aufl., 1985; Vorb. Art. 1 - 19 Rn. 55 (V. Münch), Art. 20 Anm. 27 (Schnapp); R. WENDT, *Der Garantiegehalt der Grundrechte und des Übermaßverbots. Zur maßstabsetzenden Kraft der Grundrechte in der*

co (2) o suizo (3). Por otro lado, la lógica de la proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit* en Alemania; *proportionality* en Gran Bretaña; *proportionnalité* en Francia, etc.) subyace o está íntimamente emparentada con otros principios y técnicas jurídicas como el *erreur manifeste*, *ultra vires*, el prin-

Übermaßprüfung, «AöR» 104 (1979), 414-474; P. WEYLAND, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Zwangsvollstreckung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1987; F. WIEACKER, «Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung», en *F. S. für Robert Fischer*, 1979, pág. 867; P. WITTIG, *Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes*, «DÖV» 1968, 817-825; H. J. WOLFF/O. BACHOF, *Verwaltungsrecht I*, 9. Aufl., 1974; y *Verwaltungsrecht III* (Ordnungs-, Leistungs- und Verwaltungs-verfahrensrecht), 4. Aufl., 1978; A. WOLFFERS, *Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, «ZBJV» 113 (1977), 297-311; T. WOSKE, *Die Prozeßökonomie als Bestandteil des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, Mainz, 1989; U. ZIMMERLI, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht. Versuch einer Standortbestimmung*, «ZSR» 97 II (1978), 1-131.

Se han ocupado de la cuestión entre nuestra doctrina E. PEDRAZ PENALVA/V. ORTEGA BENITO, *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializadas alemanas*, «El Poder Judicial», núm. 17, págs. 69-98; a nuestro juicio, sin embargo, el retrato que realizan los citados autores del «máximo común denominador», que en torno al principio reconocen la doctrina y jurisprudencia alemanas, no parece suficiente o «proporcionado», según puede desprenderse de las mismas fuentes consultadas y citadas.

(2) Véanse, entre otros: L. K. ADAMOVICH/B. FUNK, *Allg. VerwR*, 2. Aufl., 1984; F. ERMACORA, «Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im österreichischen Recht sowie aus der Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention», en H. KUTSCHER, u.a., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, cit. (nota 1); M. HOLOUBECK, *Die Freiheit der Kunst aus grundrechtsdogmatischer Sicht und die Rechtsprechung des VfGH zu Art. 17a StGG*, «ZfV» 1989, 1 y 116; K. KORINEK, en *F. S. für Karl Wenger*, 1983, 243 ff. (250 f.); S. MORCHER, «EuGRZ» 1990, 445 y ss.; H. NEISSER, *Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit*, «ÖJZ» 1983, 1; R. NOVAK, *Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz*, Festschrift G. Winkler, 1989, págs. 39 y ss.; R. NOWAK, «Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz», en *Beiträge zum Verfassungs- u. Wirtschaftsrecht*, 1989, págs. 39-69; OBERNDORFER/BINDER, «Der verfassungsrechtliche Schutz freier beruflicher, insbesondere gewerblicher Betätigung», en *F. S. Křecatsky*, Wien-New York, 1980; W. PESENDORFER, *Das Übermaßverbot als rechtliches Gestaltungsprinzip der Verwaltung. Zugleich ein Beitrag zur Bildung eines «inneren Systems» der Verwaltung*, «ÖstZÖRVölkR» 28 (1977); V. PEUKERT, *Die Rechtsprechung des EGMR zur Verhältnismäßigkeit einer Eigentumsentziehung nach zollrechtlichen Vorschriften. Anmerkung zur AGOSI-Entscheidung*, «EuGRZ» 1988, 509; Ch. POLLAK, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*, Nomos, Baden-Baden, 1991; H. P. RILL, «Möglichkeiten der Teilnahme Österreichs am Gemeinsamen Markt und ihre Konsequenzen für die Harmonisierung des österreichischen Wirtschaftsrechts mit dem der EG», en KORINEK/RILL (Hrsg.), *Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG*, Wien, 1990, 9; M. STELZER, *Das Wesensgehaltargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Viena, Springer, 1991; H. STOLZLECHNER, *Der verfassungsrechtliche Rahmen des Wirtschaftsrechts und seine Konkretisierung durch die verfassungsgerichtliche Judikatur*, «ÖZW» 1987; R. WALTER/H. MEYER, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 6.ª ed., 1988, núms. marg. 1335 y 1375.

(3) Así, por ejemplo, G. HÄFERLIN/U. MÜLLER, *Grundriß des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1990; H. W. HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 2. Aufl., 1988; Y. HANGARTNER, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, Bd. II Grundrechte, 1982; W. F. HOTZ, *Zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen*, 1977; H. HUBER, *Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht*, *Zeitsch. für Schweiz. Recht*, 1977, 1 y ss.; J. P. MÜLLER, en J. F. AUBERT/K. EICHENBERGER/J. P. MÜLLER/R. A. RHINOW/D. SCHINDLER (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*; J. P. MÜLLER, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, 1982; U. ZIMMERLI, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht. Versuch einer Standortbestimmung*, «ZSR» 97 II (1978).

cipio del *buon andamento* de la Administración, el criterio de la razonabilidad en la intervención pública, etc. (4).

En el plano del Derecho europeo, el mismo Convenio Europeo de Derechos Humanos considera ilícitas las limitaciones de los derechos y libertades que no sean absolutamente imprescindibles para la protección de los intereses de la colectividad (5). El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en una ya dilatada jurisprudencia sobre los diversos aspectos que el principio encierra (6).

La jurisprudencia comunitaria, por su parte, lo ha venido desarrollando sistemáticamente desde 1970 en la revisión de las normas y resoluciones administrativas que le han sido sometidas a su consideración, hasta el punto de poder calificarse como «el principio más importante en el ámbito del Derecho económico del Mercado Común» (7) y de que sea considerado como un supraprincipio que sirve para enjuiciar la legitimidad de toda medida de gravamen que emane la Comunidad (8). Y es que, en efecto, entre los principios generales no escritos del Derecho Comunitario originario que el TJCE ha inducido por la vía del análisis comparado de los ordenamientos nacionales emerge, en lugar preeminente, el principio de proporcionalidad, al lado de los principios de legalidad, igualdad, seguridad jurídica (confianza legítima) y de la tabla de derechos y libertades, lo que ha terminado por reflejarse en el propio Tratado de la Unión Europea al positar el artículo 3B, párrafo 3.º, TCE (en el ámbito del ejercicio de competencias comunitarias) la proporcionalidad en los siguientes términos: «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado» (9).

Dos consecuencias u obligaciones se derivan de su reconocimiento como principio general del Derecho Comunitario: 1) que la restricción co-

(4) No es posible registrar en esta sede la abundante literatura sobre el tema. Baste, para una perspectiva comparada y como primera aproximación, hacer referencia a G. RESS, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht», en H. KUTSCHER (coeditor), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985, in *totum*; asimismo, J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. 2, Nomos, 1980.

(5) P. ej., artículos 8.1, 9.2, 10.2 y 11.2 CEDH. En tal sentido, T. STEIN, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», en *Deutsche öffentlich-rechtliche Landesberichte zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Budapest* (editor K. Madlener), 1978, págs. 276 y s., y RESS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht* (nota 1), pág. 5.

(6) Sentencias de 26 de abril de 1979, 24 de septiembre de 1982 o 25 de marzo de 1985, etc. Véase RESS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, cit. (nota 1), pág. 5, págs. 44 y ss. y la bibliografía allí citada. La jurisprudencia es abundante y se extiende a los diversos subprincipios que la proporcionalidad encierra. Nuestra propia jurisprudencia constitucional se ha inspirado abiertamente —y así lo ha hecho constar— en algunos de los fallos más relevantes del TEDH (vid. *infra*, núm. IV).

(7) Cfr. J. GUNDISCH, «Allgemeine in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs», en J. SCHWARZE (editor), *Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung*, Baden-Baden, 1983, págs. 97 y ss., 108; y J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, Nomos, Baden-Baden, 1988, pág. 661.

(8) Cfr., entre otros, G. RESS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, cit. (notas 1 y 4), págs. 5 y ss. En igual sentido, J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, cit. (nota 7), pág. 661.

(9) Para un análisis más detenido, vid. *infra*, núm. III.

munitaria o estatal de los derechos que aquel ordenamiento reconoce sea *útil, necesaria y equilibrada* para la satisfacción del interés general; y 2) que el ejercicio de las competencias de la Comunidad se realice con la *menor intensidad* posible.

Con todo, su vigencia excede del ámbito europeo. Baste pensar, v. gr., en su invocación por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano o en su plasmación en diversos documentos y Tratados internacionales, como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que lo contemplan de forma reiterada (10) y condicionan la licitud de los límites sobre las libertades a su absoluta necesidad para la consecución del interés general (11).

Y, en definitiva, en cuanto principio general del Derecho derivado de la idea de justicia material, se erige en piedra angular de todo ordenamiento jurídico, una fuente subsidiaria que lo integra e inspira.

Para ilustrar con mayor profundidad lo que haya de entenderse por *principio de proporcionalidad*, parece oportuno recurrir, siquiera sea sucintamente, al papel que ejerce en el Derecho Comunitario y, sobre todo, a su construcción en el seno de la dogmática alemana, que es la que le ha dado su forma actual y en cuyas fuentes ha bebido la propia jurisprudencia europea. Con estos puntos de referencia, es posible introducirnos en su dimensión y alcance conceptuales.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ALEMÁN

1. Alcance y contenido

El principio de proporcionalidad, con una elaboración jurisprudencial y doctrinal más que centenaria, ha adquirido carta de ciudadanía en todos los manuales y tratados de Derecho Público alemán (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, *Staatsrecht* o *Verfassungsrecht*), considerado ya como principio general que surca el entero Derecho Administrativo y Constitucional (12). Ocupa un lugar destacado en la jurisprudencia constitucional (13) y contencioso-administrativa (14) y apenas hay investigación doctrinal en el ámbito del Derecho Público que pueda excluir su estudio y aplicación (15).

(10) G. RESS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, cit. (nota 1), págs. 5 y ss.

(11) V. gr.: artículos 4.I y 12.III del Pacto de Derechos Sociales y Políticos.

(12) P. ej.: F. OSSENBUHL, en H.-E. ERICHSEN/W. MARTENS (editores), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. (nota 1), § 7 II 3 y § 7 IX 87 y ss.

(13) Sobre todo a partir de la famosa sentencia sobre farmacias de 1958 (BVerfGE 7, 377) se ha producido una dilatada jurisprudencia en la que el principio de proporcionalidad forma parte del parámetro de control normal de enjuiciamiento de las leyes, como tendremos ocasión de evidenciar en notas sucesivas.

(14) Son numerosos los actos administrativos anulados por implicar intervenciones «desproporcionadas» sobre la propiedad o la libertad. V. gr., entre la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal: BVerwGE 41, 316; 47, 280 (283); 47, 201, 330; 49, 160; 55, 250; 56, 220, 254; 59, 104; etc.

(15) R. WENDT, *Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot*, cit. (nota 1), 416.

Pocos conceptos jurídicos han experimentado en Alemania un auge tal como el de la proporcionalidad.

De conformidad con su caracterización convencional, se entiende por «proporcionalidad» (16) en sentido amplio —también denominada «prohibición de exceso» (17)— el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser «susceptible» de alcanzar la finalidad perseguida, «necesaria» o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y «proporcional» en sentido estricto, es decir, «ponderada» o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. En suma, pues, la acción estatal —en cualesquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial)— debe ser *útil, necesaria y proporcionada*.

Cada uno de los principios que lo integran (utilidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*) requiere un juicio o análisis diverso en su aplicación: el medio ha de ser *idóneo* en relación con el *fin*; *necesario* —el más moderado— respecto de todos los *medios útiles*, y *proporcionada* la ecuación *costes-beneficios*.

El criterio subyacente y los términos de la comparación en cada caso no son, en consecuencia, idénticos. Para superar el primer examen, el de la idoneidad o aptitud, es preciso que la medida al menos facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto; el segundo control, el de la necesidad, se dirige no ya a comprobar que el medio se justifica o legitima por el fin en cuanto susceptible de alcanzarlo, sino más precisamente que es imprescindible porque no hay otra medida más suave o moderada a tal propósito, lo que ha de medirse con parámetros objetivos conforme al cuadro de intereses que representa un ciudadano medio; por último, no basta con que la acción estatal sea apta o idónea, de un lado, y necesaria —la más moderada—, de otro, sino también razonablemente proporcionada en relación con el valor político y social que encierra la finalidad perseguida, en cuya valoración, desde luego, gozan los poderes públicos de un amplio margen de apreciación (18).

2. Fundamento constitucional y ámbito de aplicación

Hoy día no se cuestiona el rango constitucional del principio de proporcionalidad, tal como lo hemos caracterizado. Si acaso, podría debatirse dónde se localiza —todavía no se ha acallado por completo el eco de la po-

(16) *Verhältnismäßigkeit*.

(17) *Übermaßverbot*. Cfr. P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, cit. (nota 1), pág. 21.

(18) Vid. HERZOG, en MAUNZ/DURIG, *Grundgesetz Kommentar*, Beck, Art. 20, núms. marg. 74-76.

lémica acerca de la forma de derivarlo del texto constitucional—, aunque es opinión generalizada entre la doctrina y la jurisprudencia que hunde sus raíces en la cláusula del Estado de Derecho (arts. 20, 28.I GG) y en la noción de justicia material, puesto que el concepto de proporcionalidad, en última instancia, combina elementos característicos de la justicia del caso concreto —mide el impacto que sobre los ciudadanos tiene la intervención estatal— y de la lógica de la moderación en el ejercicio del poder, con la carga o el deber de motivar que al Estado incumbe (19) (20).

Es de aplicación precisamente en aquellos supuestos en los que el poder público (legislador, ejecutivo o judicial) tiene atribuido un cierto margen de libertad. Así, la jurisprudencia ha hecho un uso constante del principio de proporcionalidad como técnica de control de la discrecionalidad administrativa, tanto para revisar la misma decisión de intervenir (v. gr.: si es o no necesario el recurso a las fuerzas de seguridad) cuanto el medio elegido (p. ej.: la compulsión sobre las personas o cualquier otro instrumento más moderado) (21).

Nótese, por otra parte, que el principio de proporcionalidad no es de carácter formal o procedimental (como acontece, por ejemplo, con el deber de motivar los actos administrativos o la audiencia del interesado); no se incardina en la denominada legalidad formal, sino que, por contra, tiene naturaleza sustantiva, esto es, constituye un parámetro de la legalidad o justicia material, un componente del principio del Estado de Derecho (en sentido no formal) (22). La lógica que, en última instancia, subyace a la prohibición de exceso o proporcionalidad reside en la necesidad de restringir y legitimar la acción estatal por el fin al que sirve, que es, por lo demás, el que determinará el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizarse, para evitar así que el ciudadano se convierta en un mero objeto o destinatario de la intervención pública.

Sin perjuicio de su hábitat originario en el seno del Derecho Penal (proporcionalidad de las penas), nació ligado en el Derecho Administrativo a la actividad de política, como canon de control de la intervención administrativa, para extenderse ulteriormente a las actividades de prestación y planificación, e introducirse por la puerta grande en el Derecho Constitucional a través de la Ley Fundamental (GG) en defensa de los derechos fundamentales, señaladamente frente al legislador ordinario (23). En la ac-

(19) Cfr., p. ej., E. SCHMIDT-ASSMANN, en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 1987, tomo I, § 24, núm. 87, y las referencias doctrinales en nota núm. 256.

(20) P. ej.: BVerfGE 6, 389 (439); 16, 194 (201 y s.); 19, 342 (348 y s.); 23, 127 (133); 35, 382 (400); 38, 348 (368); 43, 101 (106); BVerwGE 38, 68 (70). Tal afirmación jurisprudencial se remonta a 1968.

(21) P. ej.: ERICHSEN, en H.-E. ERICHSEN/W. MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. (nota 1), § 10 II 2.

(22) Así lo tiene reconocido la jurisprudencia constitucional. Vid. HERZOG, en MAUNZ/DÜRIG, cit. (nota 18), marg. 71; entre los tratados, p. ej., H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, München, 1992, § 10. 17.

(23) Vid. HERZOG, en MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, cit. (nota 18), núm. marg. 71.

tualidad no se discute la completa sujeción del Derecho Público al principio de proporcionalidad (24). A título de ejemplo, es clásica su aplicación en los siguientes ámbitos: limitaciones legales de los derechos fundamentales, en particular respecto de la libertad de elección de profesión u oficio y del derecho de propiedad (función social y expropiación); medios de ejecución forzosa de los actos administrativos; para fijar los límites a la revisión del planeamiento; como defensa de la autonomía local frente a las injerencias del legislador; en la aplicación de la regla de la anulabilidad de los vicios del procedimiento; en la contratación administrativa; para ponderar el establecimiento de las disposiciones adicionales con las que puede dictarse el acto administrativo (condición, término y modo), etc. (25). Es tal la fascinación que ejerce como técnica de limitación del poder que se ha ido proyectando sobre cualesquiera de los ámbitos y supuestos posibles en los que se pretende restringir y racionalizar la acción estatal (26). En palabras de la jurisprudencia del TCF, el principio de proporcionalidad no es sino expresión de la concepción básica que la *Grundgesetz* ha asumido, de un lado, respecto de la posición que ocupa el individuo en el seno de la sociedad y del Estado y, de otro, acerca de las funciones que en relación con los derechos y libertades les han sido atribuidas a los poderes públicos (27).

3. *El sometimiento de los poderes públicos al principio constitucional de proporcionalidad*

Como principio constitucional vincula a todos los poderes públicos, aunque su aplicación adquiere un color y sentido distintos según se trate de emanar normas o de aplicar e interpretar el Derecho.

3.1. *Poder legislativo.*

En primer término, constituye un filtro por el que ha de pasar la producción normativa del legislador.

a) Así, los medios que la ley arbitra han de ser susceptibles de alcanzar la finalidad perseguida (por útiles o apropiados). La fisiología del principio de idoneidad se describe con otras expresiones igualmente gráficas:

(24) Cfr., p. ej., F. OSSENBÜHL, *Maßhalten mit dem Übermaßverbot*, cit. (nota 1), pág. 153, y la bibliografía allí citada.

(25) Una visión panorámica, p. ej., en MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. (nota 22) (vid. índice analítico). Y ello sin perjuicio de su irradiación hacia esferas que hasta ahora le eran desconocidas como el Derecho del Trabajo o la acción de los particulares; cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, cit. (nota 19), § 24, núm. 87; F. OSSENBÜHL, *Maßhalten mit dem Übermaßverbot*, cit. (nota 1), págs. 153 y s.

(26) F. OSSENBÜHL, *Maßhalten mit dem Übermaßverbot*, cit. (nota 1), pág. 155.

(27) Cfr. E. STEIN, *Staatsrecht*, Mohr, Tübingen, 1991, § 18 III, 8.

criterio de utilidad o «utilidad de los medios»; principio de «suficiencia»; el medio ha de ser «útil a los fines establecidos», etc. (28).

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal (en adelante, TCF) declaró incompatible con la Ley Fundamental el artículo 3.II.1 de la Ley de Ejercicio Profesional del Comercio de 1957 porque los medios previstos para alcanzar el fin aducido —la prevención de posibles perjuicios de carácter económico al cliente (por inadecuado asesoramiento o venta de productos defectuosos, v. gr.)— resultaban inapropiados, habida cuenta de que los conocimientos que, según la Ley, debía poseer el vendedor —medio elegido— no eran especializados, sino sumamente genéricos y comunes a cualquier sector del comercio, por lo que difícilmente podía garantizarse con tal instrumento la defensa del consumidor, fin al que aspiraba teóricamente el precepto. Se trataba de una exigencia inútil. En suma, pues, tal medio no era apto para lograr el fin y, por consiguiente, incurría en inconstitucionalidad (29).

Con todo, y conforme a la doctrina mayoritaria, la previsión legal no deviene «inútil» por el mero hecho de que no alcance por completo la finalidad perseguida o incluso constituya un fracaso; por el contrario, para salvar su «idoneidad» a efectos constitucionales basta que el legislador opte por un medio cualquiera entre varios útiles y posibles para la consecución del fin (30), que su pronóstico o previsión al momento de promulgarla (*ex ante*) sea razonable y conforme con la naturaleza de las cosas (31).

En suma, una norma es idónea o apropiada, útil en definitiva, cuando contribuye a la consecución de la finalidad perseguida o, en otros términos, «si con su ayuda se puede fomentar el objetivo de que se trate» (32). Será inútil, por contra, si el medio elegido dificulta su consecución o no permite albergar esperanza o consecuencia alguna. La posibilidad de alcanzar parcialmente el fin no es, pues, inconstitucional (33).

La idoneidad de la norma implica toda una suerte de presupuestos lógicos: que se trate de fines de carácter *público*; que su consecución sea *posible*, tanto fáctica como jurídicamente; que el fin al que se aspira y los medios elegidos sean constitucionalmente *legítimos* (34). No obstante, no le está permitido cuestionar la oportunidad del fin —que acepta como un presupuesto válido—, sino, en su caso, la inutilidad del instrumento previsto. Se mueve, por consiguiente, en la relación de «medio» a «fin».

(28) Vid. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (nota 1), pág. 20.

(29) BVerfGE 19, 330, 338 y s.

(30) BVerfGE 13, 237, 241; 67, 157, 173 y ss.

(31) BVerfGE 39, 210, 230 y s.

(32) BVerfGE 30, 292 (316); 33, 171 (187); 38, 61 (94); 39, 210 (230); 40, 196 (222); etcétera.

(33) Cfr. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (nota 1), pág. 51; en igual sentido, JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit. (nota 1), págs. 59-60.

Respecto del Derecho de Policía, la doctrina afirma gráficamente que será idónea cuando en todo caso la medida suponga un paso en la dirección correcta y no resulte inútil para la conjuración del peligro (vid. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* —nota 1—, pág. 52).

(34) BVerfGE 30, 292 (316); 81, 70 (92); 81, 156 (192).

Es evidente que para la satisfacción del interés general (piénsese, por ejemplo, en cualesquiera de los bienes o valores que la Constitución consagra) el legislador tiene atribuida una amplia esfera de libertad y, por consecuencia, puede seleccionar medidas muy variadas, cuyo grado de eficacia será, desde luego, también diverso; de ahí que pudiera establecerse, por hipótesis, toda una escala o graduación en torno a la «idoneidad» de los medios. Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente jurídica (o de compatibilidad constitucional), una graduación tal carece de relevancia. Lo que tiene trascendencia no es sino que de entre todos los medios posibles no se escojan aquellos que resultan absolutamente inidóneos (35) o no aptos para alcanzar el fin; pero no le importa el *grado de utilidad, de eficacia o plenitud* con que el medio elegido alcanza el objetivo, entre otras razones porque no siempre hay medios «perfectos» y porque quien está legitimado para satisfacer un fin también lo estará para no conseguirlo en su plenitud (36).

Partiendo de una concepción tan restrictiva y matizada, parece claro que la idoneidad del precepto legal de que se trate no es una cuestión discrecional (o es absolutamente inútil o no lo es); de ahí que sea revisable jurisdiccionalmente (37).

La justificabilidad de la norma se mueve, sin embargo, entre dos límites claros: ni caben los criterios subjetivos del juzgador —que ha de proceder conforme a un parámetro objetivo—, ni tampoco le es dable revisar si la ley ha contribuido *ex post* de forma real y efectiva a la satisfacción del fin; la previsión legal será legítima por útil, según sabemos, si al dictarse la norma pudo presumirse razonablemente su idoneidad (38). El TCF considera incompatibles con la Constitución aquellas medidas legislativas de las que pudo realmente esperarse su falta de idoneidad con el nivel de conocimientos existentes en el *momento* de aprobarse (39).

Así, por ejemplo, el TCF declaró inútil una norma (*ex ante*, esto es, sin necesidad de esperar a su aplicación) que prohibía el establecimiento de las empresas que organizan el *auto-stop* prestando la información necesaria, a modo de agencias, para viajar con particulares que realizan el mismo trayecto, habida cuenta de que tal prohibición no servía para la «seguridad del tráfico» o la «mejor protección del acompañante», fines aducidos por el legislador (40).

La jurisprudencia constitucional, en fin, le reconoce al legislador el «derecho a equivocarse» en el pronóstico o en sus previsiones acerca de los efectos que previsiblemente tendrá la medida proyectada (41); de ahí que

(35) Cfr. BVerfGE 20, 162 (186 y s., 204 y s., 212 y s.); M. GENTZ, *Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen*, «NJW» 1968, 1600 (1603).

(36) Cfr. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (nota 1), pág. 51.

(37) Así, la jurisprudencia contencioso-administrativa de Tribunales Superiores de diversos *Länder*; véase, p. ej., en JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit. (nota 1), pág. 63.

(38) *Ibidem*.

(39) BVerfGE 25, 1 (12 y ss.); 39, 210 (230).

(40) BVerfGE 17, 307 (315 y ss.).

(41) BVerfGE 25, 1 (12 y s.).

se limite a enjuiciar si el medio elegido es «objetivamente inútil» (42) o «inapropiado» (43), o es «por definición» «absolutamente inidóneo», única dimensión que tiene relevancia constitucional (44).

b) En segundo lugar, los límites que la ley establece sobre los derechos y libertades tendrán que ser absolutamente indispensables para la satisfacción del interés general. Del principio de necesidad, en efecto, se deriva la obligación de intervenir de la forma más moderada posible sobre el patrimonio jurídico del ciudadano —en particular sobre sus derechos fundamentales—. La restricción impuesta por la norma será *necesaria* si no hay otra que resulte menos gravosa sobre los derechos afectados y que sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia.

En virtud de este criterio, el TCF anuló, p. ej., el artículo 9.II de la Ley del Censo de 1982 (45), por cuanto abría potencialmente la puerta a que todas las Administraciones, la federal y las de los *Länder*, pudieran hacer uso de la información que sobre los ciudadanos hubiera recabado la Administración competente en razón de la materia, más allá del ámbito y de los fines predeterminados por la Ley; una habilitación tan genérica como la que contenía el precepto en cuestión excedía de lo estrictamente necesario para alcanzar los fines que la misma Ley le encomendaba a la Administración. El medio más moderado consistiría en que la norma determinase el acceso de *ciertas* Administraciones a *concretos* elementos de la información para la satisfacción de fines perfectamente *definidos*. Pero no era necesario que cualquier Administración pudiera acceder a toda la información que estuviera a disposición de las demás. No parecía indispensable incidir de tal modo sobre el derecho a la intimidad —mediante la completa comunicabilidad de la información disponible—.

El TCF reconoce una amplia esfera de libertad en manos del legislador para la determinación de los medios o instrumentos que estime necesarios y sólo concluye en su inconstitucionalidad en dos supuestos básicos: bien cuando constata *ex ante* que podría servirse de un medio de igual efectividad pero con menor incidencia sobre los derechos y libertades, o bien al comprobar *ex post* que el instrumento elegido, en contraste con otros posibles, comporta una fuerte restricción (46). Por consiguiente, el legislador estará constitucionalmente obligado a elegir un medio más moderado (p. ej., determinando ciertos deberes que ha de cumplir el propietario en virtud de la función social, en lugar de expropiar el bien) cuando una mayor restricción (la expropiación, v. gr.) no prometa un mejor resultado (47). O, en otros términos, la norma será necesaria si no hay otra más

(42) BVerfGE 16, 147 (181).

(43) BVerfGE 17, 306 (317).

(44) BVerfGE 19, 119 (127).

(45) BVerfGE 65, 1, 65 y s.

(46) BVerfGE 17, 269, 279; 21, 261, 270 y s.

(47) BVerfGE 39, 165.

suave que tenga igual o mayor eficacia (48) (sea en su intensidad, extensión o duración) (49).

El principio de necesidad se edifica sobre el de idoneidad, que es su presupuesto lógico (50), es decir, presume la existencia de varios medios *útiles* entre los que es posible optar. Si, por el contrario, no hay más que un instrumento *idóneo* para la satisfacción de la finalidad perseguida, será por definición *necesario* puesto que no habrá elección ni contraste posible.

No tiene por objeto, sin embargo, seleccionar el *mejor* medio de todos los imaginables, el más *eficaz*, sino tan sólo expulsar al innecesario (juicio negativo). Tampoco le está permitido poner en tela de juicio la finalidad de la norma, o si la obtención de menos frutos traería consigo una menor restricción de la esfera de libertad. El fin le viene dado como algo externo, una constante, que no puede cuestionar. Se trata, por tanto, de una «necesidad relativa» en el sentido de que sólo se enjuicia si el medio adoptado es necesario para alcanzar el *concreto* fin de que se trate, pero no si la medida en sí misma es o no necesaria (51).

En todo caso, la revisión judicial resulta en ocasiones más compleja que la que es dable realizar respecto del principio de idoneidad, por cuanto éste, como ya notábamos, tan sólo mira a la consecución de un fin determinado conforme a parámetros objetivos; el criterio de la necesidad o de la mínima intervención posible se cuestiona también el impacto —intensidad, duración, etc.— que la norma tendrá sobre sus destinatarios —lo cual introduce en el enjuiciamiento una dimensión subjetiva y la identificación del círculo de afectados—. Sin embargo, ello no quiere decir que el legislador deba entregarse en su ponderación a consideraciones personales o subjetivas o que tenga que indagar el concreto efecto que sobre un ciudadano singular pudiera tener la medida legislativa en cuestión.

El legislador dispone de un mayor margen de libertad y de apreciación para elegir el medio necesario cuando incide sobre cuestiones técnicas y de naturaleza económica, habida cuenta de las dificultades que entrañan. De ahí que por el mero hecho de que pudieran desprenderse ciertas ventajas económicas, por ejemplo, de una solución distinta a la elegida por el legislador no es posible concluir sin más en la inconstitucionalidad de la norma. La posibilidad de alcanzar el mismo fin con idéntica eficacia a través de una intervención menor debe constar, pues, desde cualquier punto de vista con absoluta claridad (52).

Nótese, por otra parte, que su revisión judicial presenta asimismo una notable complejidad como consecuencia de la heterogeneidad de fines que

(48) Jurisprudencia constitucional constante. Cfr., v. gr.: JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit. (nota 1), pág. 66.

(49) Vid. KRAUSS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit. (nota 1), págs. 97-104.

(50) Vid. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit. (nota 1), pág. 59.

(51) En tal sentido, E. GRABITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit. (nota 1), pág. 573; RESS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, cit. (nota 1), pág. 20.

(52) Cfr. BVerfGE 30, 292 (319). Vid., en tal sentido, HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit. (nota 1), págs. 62-63.

una norma cualquiera puede perseguir y la dificultad de aislar o identificar los medios que a su servicio se arbitran. Y es que, en efecto, las leyes aspiran con frecuencia a la consecución de objetivos de carácter mediato e inmediato, de carácter principal y secundario, formando un entramado complejo e inescindible, por lo que las posibilidades de declarar, en su caso, la inconstitucionalidad de la norma se hacen tanto más difíciles cuanto mayor sea el entrelazamiento y la diversidad de los fines e instrumentos previstos (53).

En suma, el principio de necesidad presupone, de un lado, una previa selección de los medios útiles y, de otro, la determinación del más moderado (54). Constituye un valioso canon de control en manos de la jurisprudencia. En la hipótesis, sin embargo, de que existan varios medios igualmente necesarios, el legislador es libre de elegir el que tenga por conveniente.

c) En tercer lugar, por virtud de la proporcionalidad *strictu sensu*, los costes y beneficios que se desprenden de la norma tienen que guardar un razonable equilibrio; lo cual implica ponderar los perjuicios que se irrogan al ciudadano y cualesquiera otros que puedan generarse para el interés general si se renuncia a la intervención.

La proporcionalidad *strictu sensu* se sirve, pues, de una especie de ponderación de los bienes e intereses en conflicto —el interés general que subyace a una medida cualquiera, de un lado, y la posición individual jurídicamente protegida, de otro (55)—.

No significa ello, sin embargo, que «proporcionalidad en sentido estricto» y «ponderación de bienes e intereses» sean términos equivalentes. Esta última es un género que admite múltiples especies. La concreta ponderación a la que recurre nuestro principio se enmarca en la relación de medio a fin (restricción de un derecho en aras de la satisfacción del interés general) y tiene por objeto determinar su adecuada o proporcionada relación; en otros términos, no pretende conciliar cualquier colisión de bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos, sea en abstracto y con carácter general (p. ej.: la colisión entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad abstractamente considerados) o en el caso singular de que se trate (en un conflicto concreto entre ambos derechos, p. ej.), sino tan sólo calcular si los medios elegidos y el sacrificio que generan sobre los ciudadanos (costes) «compensan» o guardan una «relación razonable» o «proporcional» con los beneficios que de su aplicación resultarían para el interés general (56).

Cuanto más grave sea la restricción que se imponga sobre los afecta-

(53) Cfr. SCHNAPP, *Die Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseingriff*, cit. (nota 1), pág. 854.

(54) Vid. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit. (nota 1), pág. 66.

(55) RESS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, cit. (nota 1), pág. 21.

(56) LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, cit. (nota 1), pág. 22.

dos, tanto mayor tendrá que ser el peso específico del interés general (57). Por ello, el TCF tiene declarado que la medida no puede gravar en exceso —o de forma desproporcionada— al interesado, ni ser irrazonable. Será inconstitucional cualquier norma que irroque un perjuicio sobre los derechos y libertades, en particular sobre los derechos fundamentales, que de forma manifiesta no guarde una adecuada relación o equilibrio con el interés general a cuya satisfacción se ordena (58).

El TCF se limita a revisar de ordinario —en términos negativos— si la medida grava o afecta al individuo de modo excesivo, inadecuado, o supera los límites de lo razonable (59). A tal propósito, se sirve de criterios tales como la intensidad de la restricción; el peso específico y la urgencia de los intereses generales en presencia; los intereses individuales anudados a los derechos fundamentales sobre los que se incide (60). «Cuanto más formas de expresión de la libertad humana se vean afectadas por la intervención, con tanto mayor cuidado deberán ponderarse los motivos que justifican la restricción de la libertad del ciudadano» (61). Es desproporcionado el gravamen que carece del razonable equilibrio (62).

La proporcionalidad *strictu sensu* puede afectar a la vigencia temporal de la misma ley en el sentido de postular la adopción de disposiciones transitorias que permitan atemperar sus efectos y proteger aquellas posiciones jurídicas individuales sobre las que se incida con particular intensidad como consecuencia de su entrada en vigor.

Por lo demás, tampoco se cuestiona la validez del fin en sí mismo, ni los beneficios o costes que aisladamente entraña la aplicación de la medida de que se trate, sino la *relación* (o proporción) entre unos y otros (63).

El TCF estimó un recurso de amparo que traía su causa de los nuevos preceptos legales de la Ley de Caza que establecían, para la obtención de la licencia de caza de cetrería, la superación de un examen de tiro con armas de fuego y la realización de otras pruebas que en rigor resultaban por completo ajenas a esta forma de caza. El TCF consideró «inadecuada» la necesidad de demostrar conocimientos técnicos de armas de fuego y ciertas habilidades cuando se trata exclusivamente de la caza con halcón (64).

3.2. Poder ejecutivo.

El ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración está igualmente sometido al principio de proporcionalidad (en la hipótesis de

(57) Cfr. E. STEIN, *Staatsrecht*, cit. (nota 27), § 18 III, 8.

(58) BVerfGE 44, 353, 373 y s.

(59) Vid. A. KATZ, *Staatsrecht*, Müller, 10.^a ed., Heidelberg, 1991, § 10 208.

(60) *Ibidem*.

(61) BVerfGE 17, 306, 313 y s.; 49, 24, 58 y ss.; 77, 84, 111 y ss.

(62) BVerfGE 80, 312, con referencia a BVerfGE 65, 54.

(63) DESCHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, cit. (nota 1), pág. 7.

(64) BVerfGE 55, 159 (*Falknerjagdschein*). En realidad, el hilo argumental de la Sentencia se apoya con más fuerza en el criterio de la necesidad que en el de la proporcionalidad *strictu sensu*.

potestades regladas, la violación del principio, en su caso, anidaría en la norma de la que trae causa el acto administrativo). El ciudadano podrá, pues, acudir a los tribunales contencioso-administrativos e incluso interponer el recurso de amparo constitucional por infracción de un derecho fundamental como consecuencia de una acción administrativa desproporcionada. Contra los actos administrativos reglados cabe el recurso de amparo cuando la ley que aplican resulta inconstitucional (por desproporcionada).

En primer lugar, pues, la Administración no puede elegir medios inútiles para la consecución del fin. Así, por ejemplo, en un caso concreto prohibió el aparcamiento junto a un Ministerio —con excepción de los vehículos oficiales—, por razones de seguridad y de descongestión del tráfico y facilitar así su uso únicamente a los visitantes del Ministerio (al objeto de permitirles bajarse y subirse del coche). La excepción en favor de los vehículos oficiales fue declarada inapropiada o no apta por el Tribunal Administrativo Federal (situado en el vértice de la jurisdicción administrativa; en adelante, TAF) por contradecir el fin o propósito previamente establecido (seguridad y descongestión) (65).

Cuando tenga a su disposición diversos medios útiles, la Administración tendrá que elegir aquel que afecte en menor medida al interesado. V. gr.: la Administración revocó la licencia de apertura de actividades de un hotel, por haberse producido allí ciertos actos de prostitución de menores; el titular del hotel desconocía por completo los hechos; en aquel supuesto, hubiera bastado probablemente con informarle de lo ocurrido y advertirle seriamente de las consecuencias, en caso de reiteración. A juicio del TAF, sólo en la hipótesis de no haberse obtenido resultado alguno con la advertencia previa habría estado plenamente justificada la revocación de la licencia (66).

Por último —proporcionalidad en sentido estricto—, la Administración debe ponderar la magnitud de los perjuicios que se irrogan sobre los interesados en relación con el beneficio que genera su intervención sobre otros bienes o valores en juego (piénsese, por ejemplo, en el uso de los medios de coacción forzosa, en la revocación de una licencia o en la prohibición de ejercer un derecho y el interés general presente en cada caso).

3.3. *Poder judicial.*

El principio de proporcionalidad constituye para el órgano jurisdiccional un parámetro de control más con el que contrastar la legalidad de los demás poderes públicos y no un criterio para revisar la actividad judicial misma. El principio se hace efectivo a través del juez, no contra él.

Nótese, en efecto, que el órgano jurisdiccional no puede actuar conforme a su propia voluntad, no dispone de la libertad que posee el legislador en la producción normativa o la Administración en el ejercicio de sus po-

(65) BVerwGE 27, 181, 187 y s.

(66) BVerwGE 49, 160, 167 y ss.

testades discrecionales. El poder judicial, por el contrario, se limita a enjuiciar la conformidad del asunto que se somete a su consideración o examen con el ordenamiento jurídico del que forma parte el principio de proporcionalidad.

Existen, sin embargo, dos supuestos excepcionales en los que es posible controlar la resolución judicial misma a la luz del principio de proporcionalidad. La primera excepción se refiere a aquellas resoluciones judiciales de carácter procesal que preceden a la sentencia y respecto de las que, por virtud de la ley, el órgano jurisdiccional goza de un cierto margen de apreciación en su interpretación (v. gr.: para admitir o no el recurso interpuesto).

La segunda excepción se localiza en la jurisdicción penal. En esta sede, el juez o tribunal tiene que determinar y valorar la pena en el caso concreto, por contraste con la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa, cuya actuación se resuelve de ordinario en declarar lo que se ajusta a la norma conforme a los dictados de la subsunción. Es la ley la que, en efecto, le atribuye un cierto margen de apreciación a la jurisdicción penal. Algo análogo sucede con la jurisdicción voluntaria y los procesos ejecutivos.

El rasgo común que singulariza tales actividades jurisdiccionales reside en el margen de maniobra que, aunque limitado, tiene el juez o tribunal en la adopción de la resolución judicial pertinente (admisión de un recurso, graduación de la pena, etc.), lo que le sitúa en una posición materialmente análoga a la que ocupan los restantes poderes públicos; de ahí que, por excepción, opere el principio de forma similar a como lo hace respecto del legislativo y ejecutivo, exigiendo del órgano jurisdiccional una interpretación finalista y ponderada y, desde luego, favorable al ejercicio de los derechos fundamentales (tutela judicial efectiva, derecho a la libertad personal, etc.).

4. *Recapitulación*

En suma, pues, y como sintetiza la propia jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad o «prohibición de exceso» se deriva de la noción material del Estado de Derecho y, en realidad, de la misma esencia de los derechos fundamentales, que son ante todo derechos de libertad, y tiene, por consecuencia, rango constitucional (67). Señaladamente, cualquier restricción de la esfera de libertad que se encuentra protegida por los derechos fundamentales habrá de respetar con todo escrúpulo el principio de *proporcionalidad de los medios*, como también gusta denominarlo al TCF (68). En cuanto expresión de la cláusula del Estado de Derecho, su vigencia no se circunscribe a determinados ámbitos del ordena-

(67) Cfr. BVerfGE 23, 133, con referencia expresa a una larga jurisprudencia; asimismo, BVerfGE 35, 400; 38, 368; 43, 106; 76, 51 y s.

(68) Cfr. 24, 404; 25, 292; 37, 185.

miento jurídico (69), sino que constituye una regla que afecta a toda intervención estatal (70) (71), sea cual fuere su naturaleza (normativa o de aplicación e interpretación del Derecho) (72).

Cuando se traspasa, sin embargo, el umbral de los manuales y tratados al uso para adentrarnos en la abundantísima jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa o en los estudios monográficos existentes sobre la figura en general o sobre cualquiera de sus múltiples ámbitos de aplicación en particular, el concepto y contenido del principio que venimos de relatar presenta un rico debate dogmático que se extiende, a pesar de su madurez, desde las fronteras de lo terminológico y conceptual y su ubicación constitucional hasta el ámbito de su justiciabilidad en el caso concreto, y en el que se ven embarcados temas nucleares del Derecho Público (teorías y concepciones de la Constitución, de los derechos fundamentales...), y ello sin perjuicio, claro está, de las críticas y reservas que su aplicación suscita por la potencial invasión o injerencia del judicial en el ámbito reservado a los demás poderes, por la sustitución de la libertad del legislador y la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial —no en vano el principio hace frontera con el juicio de legalidad y el de oportunidad (73), lo que puede conducir fácilmente a una difuminación de la línea de deslinde entre la acción administrativa o la producción normativa y las instancias de control—, lo cual aun en un sistema donde los jueces gozan de una sólida formación en el ámbito del Derecho Público plantea indudables riesgos.

Las alabanzas de que ha sido objeto (74) y las esperanzas en él depositadas no impiden advertir de los graves riesgos que su uso «desproporcionado» encierra, como consecuencia del eventual «deslizamiento» clandestino del poder en favor del juez, que impondría así una suerte de «legislación sustitutoria» (75), y de la inercial «homogeneización» del abigarrado y variado conjunto de garantías, criterios y reservas que la Constitución ha diseñado de forma diferenciada en beneficio de cada uno de los derechos fundamentales si la proporcionalidad se convirtiera en la síntesis de todos los parámetros del control de constitucionalidad; o, en fin, los no pocos peligros que encubre el principio como factor corrector en beneficio de la

(69) BVerfGE 43, 242 (288).

(70) BVerfGE 38, 348 (368); 23, 127 (133).

(71) Incluso cuando el juez resuelve un conflicto de intereses sometido al Derecho privado; cfr. BVerfGE 35, 202 (221).

(72) BVerfGE 43, 101 (106); el propio TCF subraya en su sentencia el término «siempre», para enfatizar que sus postulados surcan el entero ordenamiento jurídico.

(73) En sentido análogo, vid. N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Müller, Heidelberg, 2.ª ed., 1986, § 19, 18.

(74) V. gr.: es «la aportación más clara del Derecho Público alemán después de 1945»; cfr. WAHL, *Die bürokratischen Kosten des Rechts- und Sozialstaats*, «DV» 1980, 273 y ss. (279), *apud* OSSENBÜHL, *Maßhalten mit dem Übermaßverbot*, cit. (nota 1), pág. 153.

(75) Particularmente grave en el ámbito del Derecho del Trabajo, en donde la jurisprudencia laboral exige la observancia del principio de proporcionalidad para determinar la legalidad de la huelga y del cierre patronal. Vid., para una primera aproximación, RESS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, cit. (nota 1), págs. 9-10; E. WOLF, *Das Recht zur Aussperrung*, 1981, págs. 288 y ss.

justicia del caso concreto por lo que pudiera suponer de disolución del propio Derecho positivo y de la seguridad jurídica, entre otros posibles impactos. Si la resolución de cualquier conflicto o colisión se resolviera con la simple apelación al principio de proporcionalidad —convirtiéndolo en una suerte de ponderación de bienes que todo lo matiza y cuestiona según el caso concreto de que se trate, al margen de otros múltiples parámetros objetivos y generales, técnicas y garantías singulares (y declarara, p. ej., proporcional una norma sin mirar si respeta el contenido constitucional del derecho)—, se acabaría por pervertir el sistema mismo y comprometer gravemente la seguridad jurídica —todo dependería del caso concreto, con independencia de lo que establezca la norma— y la propia división de poderes —al invadir el judicial la esfera constitucionalmente reservada a los restantes poderes—.

Las crecientes y generalizadas llamadas de atención de la doctrina más autorizada en el sentido de frenar tales tendencias «expansionistas» para reconducir su acción al campo que le es propio (por excelencia, los derechos fundamentales en cuanto derechos de libertad) y a no magnificar su función en detrimento de los restantes parámetros normativos, han auspiciado que el principio de proporcionalidad —tras un período de efervescencia ya superado— adquiere unos perfiles más nítidos y precisos, y se reconduzca a sus justos términos, lo que ha desembocado en un enfoque más sereno y riguroso (76).

5. Algunos supuestos de aplicación jurisprudencial del principio

5.1. En el ámbito de los derechos fundamentales: la libertad de elección de profesión u oficio.

Sin duda, uno de los ejemplos más clásicos del principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales sea el de la llamada «teoría de los tres escalones», construcción jurisprudencial levantada en torno a la libertad de elección y ejercicio profesionales (art. 12 GG), y que se resuelve en establecer una suerte de escala o graduación de las posibles intervenciones legislativas sobre la libertad en cuestión y las correspondientes técnicas de revisión judicial que en cada caso cabe aplicar.

(76) Vid., p. ej., de forma paradigmática, OSSENBUHL, *Maßhalten mit dem Übermaßverbot*, cit. (nota 1), págs. 156 y ss.

Es clásico el reproche de que el principio de proporcionalidad es como «el plastificante del Estado de Derecho» (*Verhältnismäßigkeit als Weichmacher des Rechtsstaats*), al igual que la conocida ponderación de intereses (ISENSEE). También se ha advertido en forma gráfica que la proporcionalidad parece como una selva tropical que ha empezado a multiplicarse invadiéndolo todo, lo cual requiere una crítica de urgencia si no se quiere que se convierta en un pseudocriterio para la solución de todo problema valorativo (U. ZIMMERLI, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht. Versuch einer Standortbestimmung*, cit. —nota 3—, pág. 7); asimismo, HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit. (nota 1), pág. 240; F. E. SCHNAPP, *Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs*, cit. (nota 1), 850 (850-851); G. RESS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, cit. (nota 1), págs. 5, 33-37; E. WOLF, *Das Recht zur Aussperrung*, cit. (nota 75), págs. 288 y ss., 354 y ss., etc.

El artículo 12.I GG reconoce a todos los alemanes el derecho fundamental a elegir libremente su profesión u oficio, el lugar de trabajo y de formación. El ejercicio de la profesión —añade el precepto— puede ser regulado «*mediante ley o en virtud de una ley*». Y es precisamente en esta sede donde se plantea la necesidad de matizar los eventuales límites que al legislador le es lícito imponer.

Como primera aproximación, ha de notarse que las restricciones legales sobre la *elección* misma de la profesión u oficio tienen un mayor impacto y consecuencias sobre el derecho fundamental que la mera regulación del *ejercicio* profesional. A partir de esta premisa construyó el TCF la doctrina o teoría de los tres escalones (77), trasunto de una estricta aplicación del principio de proporcionalidad (78) y que puede sintetizarse como sigue (79):

— Primer escalón: la limitación más moderada reside en la simple regulación del *ejercicio* de una profesión u oficio, sin repercusión o impacto directo sobre la *elección* misma (v. gr.: normas sobre horario de apertura y cierre del comercio, calendario laboral, horas de trabajo, etc.). Toda profesión u oficio está disciplinada por normas de tal naturaleza.

El Alto Tribunal tiene declarado respecto de esta hipótesis que la tutela judicial del derecho fundamental se circunscribe a depurar aquellos requisitos legales que sean en sí mismos inconstitucionales, por desproporcionados e irrazonables. Pero más allá de esos supuestos excepcionales, no es posible ejercer una revisión judicial más profunda, puesto que estas normas no suelen ser relevantes para la libertad de elección de profesión u oficio, que, por consiguiente, permanece intacta (80).

No es suficiente, sin embargo, con que el legislador invoque sin más el interés general para concluir en la licitud de su intervención (v. gr.: la prevención de eventuales perjuicios o peligros; la defensa de la competencia); por el contrario, la entera regulación del ejercicio debería contrastarse con el principio de proporcionalidad (81).

— Segundo escalón: mayor trascendencia, sin duda, tienen aquellas otras normas que establecen *requisitos o presupuestos de admisibilidad de carácter subjetivo* (conocimientos técnicos o una concreta cualificación o perfil profesionales) que los aspirantes deberán reunir para acceder a una determinada profesión (tal es el caso, p. ej., de médicos, dentistas, artesanos, etc.).

El TCF tiene declarado que la regulación de tales presupuestos subjetivos —la cualificación técnica del profesional— forma parte de la disciplina jurídica de una profesión, de la imagen que de ella se ha forjado la sociedad, de lo que se deriva el obligado cumplimiento para acceder a la profesión u oficio de que se trate. Y es que, en efecto, la naturaleza de algunas profesiones demanda una formación teórica y práctica específicas. De lo contrario, su ejercicio sería imposible, inadecuado o in-

(77) Por primera vez, en la Sentencia sobre farmacias: BVerfGE 7, 377 y ss.

Inicialmente se subrayó enfáticamente la distinción entre «elección» y «ejercicio» de la profesión u oficio. Hoy, sin embargo, se ha relativizado notablemente y se considera un tanto artificial, habida cuenta de la profunda e inescindible unidad que presentan ambos aspectos de la vida profesional en la realidad.

(78) BVerfGE 13, 97 (104); 25, 1 (12).

(79) Cfr. H. W. ARNDT, «Wirtschaftsverwaltungsrecht», en STEINER (editor), *Besondere Verwaltungsrecht*, Ed. Müller, 4.ª ed., Heidelberg, 1992, págs. 722-723.

(80) BVerfGE 7, 377, 406.

(81) Cfr. FRIAUF, «JURA», 1984, 537, 543; ARNDT, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, cit. (nota 79), pág. 722.

cluso perjudicial. En esta sede, los requisitos subjetivos no podrán ser desproporcionados en relación con la finalidad perseguida (82).

— Tercer escalón: son, con todo, los denominados requisitos de naturaleza *objetiva* los que más restricciones imponen al ejercicio del derecho fundamental. Se trata de presupuestos de admisibilidad cuyo cumplimiento no depende ya de la voluntad del aspirante, puesto que no dicen relación con su cualificación personal (v. gr.: la limitación del número de vehículos para el transporte de mercancías; el monopolio de la oficina de empleo).

Este tipo de normas contradicen el sentido o la lógica de la libertad profesional; de ahí que, como afirma la jurisprudencia constitucional, hayan de someterse a un riguroso examen que justifique y demuestre la absoluta necesidad de tales restricciones. En principio, será legítima una limitación de tal naturaleza cuando existan peligros graves, manifiestos o altamente probables que afecten a un importante bien de interés general de carácter prevalente (83).

La doctrina de los tres escalones no es más que una aplicación del principio de proporcionalidad a la libertad profesional: sólo es lícito subir el siguiente «escalón» si el anterior resulta insuficiente para atender las exigencias dimanantes del interés general. Una vez contrastado que el legislador ha escogido el «escalón» correcto, se proyecta a su vez el principio sobre las normas mismas adoptadas, cualquiera que sea el nivel en que se sitúen. Ello significa, pues, de un lado, que la misma construcción dogmática de la «teoría de los tres escalones» responde en realidad a la lógica del principio y, de otro, que la norma finalmente aprobada habrá de someterse, asimismo, a su enjuiciamiento.

5.2. *Dos ejemplos en el ámbito del Derecho Administrativo.*

a) *Expropiación forzosa.*

La expropiación no será necesaria cuando la finalidad perseguida pueda alcanzarse de cualquier otra forma menos lesiva o gravosa para el derecho de propiedad, como, por ejemplo, mediante un contrato de compraventa, una carga real o incluso un contrato forzoso (84). La expropiación es lícita si no hay otra solución razonable más moderada desde una perspectiva jurídica y económica.

En caso de que, en última instancia, haya de recurrirse a la expropiación, su incidencia o alcance tendrá que ser el menor posible (85) —v. gr.: sopesando la posibilidad de una expropiación parcial en lugar de la completa privación del bien (86)—.

Estos criterios, elaborados por la jurisprudencia respecto de la proporcionalidad de la expropiación administrativa, son igualmente aplicables cuando se trata de

(82) BVerfGE 7, 377, 406 y s.

(83) BVerfGE 7, 377, 407 y s.

(84) El Tribunal Administrativo Federal tiene declarado, por ejemplo, que la constitución de una servidumbre forzosa sobre un predio con carácter expropiatorio para la instalación y tendido de suministros no es procedente cuando el mismo resultado se puede obtener a través de un contrato autorizatorio (BVerwGE 29, 248, 254 y ss.). Cfr. R. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. (nota 22), pág. 629.

(85) BVerwGE 29, 248, 254 y ss.; STÖBER, *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Kohlhammer, pág. 957.

(86) N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. (nota 73), § 25.

la expropiación legislativa (87). Para enjuiciar su compatibilidad con el principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional no está vinculado por la apreciación que haya verificado el legislador. De una parte, controla los hechos determinantes; de otra, podrá declarar inconstitucionales aquellas consideraciones o valoraciones sustantivas que contenga la ley que sean claramente refutables, manifiestamente erróneas o contradigan el sistema de valores que la Constitución contiene (88).

b) *Procedimiento administrativo.*

A título de ejemplo, y en el plano de la aplicación e interpretación de las normas de procedimiento, el principio de proporcionalidad ha de observarse con particular intensidad en los siguientes supuestos:

— Cuando se practica una actividad instructora. En tal sentido, se ponderará el alcance y profundidad que ha de tener la instrucción misma, la selección de los medios de prueba, la intensidad y los efectos que sobre los afectados y la colectividad pueden generar, etc. Cuanto mayores sean las consecuencias jurídicas de la resolución administrativa y las dificultades probatorias para el interesado, tanto más detallada tendrá que ser la instrucción del expediente.

— Para determinar los plazos en el curso del procedimiento si la ley otorga libertad a la Administración.

— Cuando se dicte un acto administrativo con medidas o disposiciones adicionales (condiciones, término, modo).

— Cuando la Administración ejerce potestades discrecionales. Cuanto mayor sea la libertad que la ley conceda a la Administración, con mayor intensidad se aplicará el principio de proporcionalidad, que, como otros tantos principios generales, constituye un valioso instrumento de control de la discrecionalidad, cualquiera que sea la naturaleza de las potestades discrecionales (bien se refiera a la posibilidad misma de intervenir —cuando la ley le permite a la Administración decidir con libertad la conveniencia o no de actuar—, o bien a la libre elección de los medios con los que ha de llevarse a cabo la intervención). Por lo que hace a la primera forma de discrecionalidad, del criterio de la proporcionalidad *strictu sensu* puede derivarse la prohibición de no intervenir si los perjuicios de la acción administrativa respecto de los interesados o de la colectividad fueran superiores a los beneficios que es capaz de producir; y en cuanto al segundo aspecto se refiere, el criterio de la necesidad o de la mínima intervención, p. ej., impondrá la selección del medio más moderado.

— Cuando se ejercen potestades anulatorias y revocatorias, por ejemplo, sea en el seno de un procedimiento de recurso o de otro procedimiento específico (89), tendrán que ponderarse los beneficios y los perjuicios que comporta.

(87) BVerfGE 24, 367 (404 y s.).

(88) BVerfGE 24, 367 (405 y s.).

(89) Vid. la jurisprudencia administrativa en STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrgesetz. Kommentar*, 2.ª ed., 1983, págs. 751; 1072-1075; 1092 y s.; 1114 y s.; 1141.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO

1. *Introducción. La defensa de los derechos fundamentales y el control de las competencias comunitarias*

La jurisprudencia comunitaria ha ido construyendo el principio de proporcionalidad conforme al modelo alemán (90). De ahí que se estructure en torno a los tres escalones o criterios que ya nos son conocidos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu* (91). Ello no quiere decir, sin embargo, que la concepción comunitaria sea por completo fiduciaria de la dogmática alemana y que se haya producido una importación indiscriminada de aquella doctrina (92).

Conforme a la jurisprudencia del TJCE, el principio de proporcionalidad constituye un supraprincipio que tiene por objeto racionalizar la producción de los actos jurídicos de gravamen sometidos al Derecho Comunitario (93). Se trata de un principio general del ordenamiento comunitario

(90) La jurisprudencia se inicia en la década de los años setenta. La primera Sentencia del TJCE que habla expresamente del principio de proporcionalidad es la de 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70, Rep. 70, 1125). Entre otras, le seguirían la de 24 de octubre de 1973 (Asunto 5/83, Rep. 73, 1091); la Sentencia de 28 de octubre de 1975 (Asunto 36/75, Rep. 75, 1219); la de 7 de julio de 1976 (Asunto 118/75, Rep. 76, 1185); de 5 de julio de 1977 (Asunto 114/76, Rep. 77, 1211); la Sentencia de 20 de febrero de 1979 (Asunto 122/78, Rep. 79, 677); de 21 de junio de 1979 (Asunto 240/78, Rep. 79, 2137); la de 13 de diciembre de 1979 (asunto 44/79, Rep. 79, 3727), que sintetiza el estado de la cuestión en la jurisprudencia comunitaria; etc. Nota: Las citas jurisprudenciales del TJCE del epígrafe núm. III se refieren al Repertorio en lengua alemana.

(91) En ocasiones, las investigaciones sectoriales han entendido erróneamente que alguno de sus elementos —como el principio de necesidad de la intervención— era preponderante o incluso alternativo. La doctrina mayoritaria, sin embargo, sostiene que en el Derecho Comunitario se utilizan los tres criterios de control, observación que avala sin lugar a dudas la más reciente jurisprudencia comunitaria. Vid., en tal sentido, W. KAHL, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht. Eine Untersuchung zur Rechtsidee des «bestmöglichen Umweltschutzes» im EWG-Vertrag*, Müller, Heidelberg, 1993, pág. 184, nota 151. Véanse las Asunto 265/87 (Schräder), Rep. 1989; 2237 (2269 y s.); Asunto C-331/89 (Fedesa), Rep. 1990, I-4063; Asunto C-8/89 (Zardi), Rep. 1990, I-2532 y s.; etc.

(92) Así lo reconoce expresamente la propia doctrina alemana que se ha ocupado de la materia. Vid., p. ej., J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, cit. (nota 7), págs. 832-833, quien subraya el distinto grado de elaboración —en el Derecho alemán goza de una tradición más que centenaria—, así como la diversa procedencia y formación jurídica de los miembros del TJCE. En definitiva, pues, porque se trata de ordenamientos distintos, aun cuando el TJCE pudiera seguir al TCF alemán, como recuerdan A. EPINEY/M. J. MOLLERS, *Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz*, C. Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1992, pág. 67.

(93) Además de ciertas disposiciones del TCE que sirven de base normativa para fundamentar algunos de sus aspectos (tales como los artículos 39 ó 40.3, p. ej.), el principio de proporcionalidad se infiere de un análisis comparado de los ordenamientos nacionales y de la misma cláusula del Estado de Derecho, reconocida en el ordenamiento comunitario. Cfr., entre otros, SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, cit. (nota 7), pág. 699; RESS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, cit. (nota 1), pág. 38; D. KUGELMANN, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages*, Duncker & Humblot, Berlín, 1991, 245; R. JÄGER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im europäischen Gemeinschaftsrecht*, «JA» (1991), 60; M. LUGATO, *Principio di proporzionalità di atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, en «Diritto Comunitario e degli scambi internazionali» (1991), 67; etc.

—no escrito, hasta el Tratado de Maastricht (art. 3B TUE)— y es, por consecuencia, de rango superior al Derecho secundario o derivado (94). Afecta a todos los ámbitos del Derecho Comunitario y se utiliza con frecuencia como *ratio decidendi*, en la revisión tanto de las normas como de la acción administrativa (95), a cuyo propósito el TJCE tiene en cuenta el rango del bien jurídico protegido, la intensidad y duración de la medida y el peso específico del interés general subyacente (96).

De acuerdo con la jurisprudencia (97), el principio de proporcionalidad postula que, en la hipótesis de que haya varios medios posibles para alcanzar el objetivo establecido por el Tratado, se escoja aquel que resulte menos gravoso para el ciudadano. El TJCE lo ha utilizado, pues, para la defensa de los derechos que el ordenamiento comunitario reconoce.

Por su parte, el artículo 3B, párrafo 3.º, TCE contiene una singular regulación del principio de proporcionalidad, circunscrita al ámbito competencial (98). El principio de proporcionalidad, en efecto, aunque contenga en primer término una prohibición de exceso en el ámbito de los derechos fundamentales, tiene también cabida en el seno de una Comunidad de Estados —que no constituyen ni forman una unidad estatal— al objeto de reducir la intensidad de la intervención comunitaria a lo estrictamente indispensable en aras de una mayor libertad en favor de los Estados miembros y de la defensa de la propia identidad nacional (art. F.1 TUE) (99). Tras la entrada en vigor del Tratado (1-XI-1993), la Comunidad tendrá que observarlo *también* en sus relaciones competenciales con los Estados miembros (100).

El principio de proporcionalidad se aplica, pues, en dos planos diferenciados: en el del ejercicio de competencias comunitarias (conforme a lo que dispone el art. 3B, párrafo 3.º, TCE) y en el de los derechos comunitarios (de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del TJCE).

(94) KUGELMANN, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages*, cit. (nota 93), pág. 245, y doctrina allí citada.

(95) Cfr. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, cit. (nota 7), pág. 830.

(96) Para una primera aproximación, véase una referencia doctrinal en JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, cit. (nota 1), págs. 12-13, y notas 92 y 93.

(97) Cfr., v. gr., S. de 11 de julio de 1989, Asunto 265/87, Rep. 1989, 2237 (2269).

(98) La jurisprudencia constitucional alemana niega rotundamente la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de distribución de competencias entre la Federación y los *Länder*. Vid., por todas, «BVerfGE» 79, 311 (314); 81, 310 (338); y la importante Sentencia *Rastede*, BVerfGE 79, 127 y ss. Respecto de la autonomía local, en la medida en que ésta ocupa una posición análoga a la de los derechos fundamentales, sí sería aplicable para enjuiciar la intervención legislativa de la Federación y los *Länder* sobre el régimen local, pese a que esta proyección resulte controvertida tras la citada Sentencia *Rastede*.

(99) Así se expresaba la BVerfGE de 12 de octubre de 1993, II.3.d (Sentencia sobre el Tratado de Maastricht).

(100) Así, por ejemplo, ZULEEG, *Die Stellung der Länder und der Regionen im europäischen Integrationsprozeß*, «DVBI.», 20 (1992), pág. 1334.

- a) *El principio de proporcionalidad del artículo 3B, párrafo 3.º, TCE: parámetro de control del ejercicio de las competencias comunitarias.*

El objeto del artículo 3B, párrafo 3.º, TCE es, en efecto, matizar o graduar el *cómo* ha de intervenir y ejercer sus competencias la Comunidad, es decir, con qué grado de intensidad («sin exceder nunca de lo necesario», afirma el precepto), tanto en el ejercicio de sus competencias exclusivas como concurrentes (101). Así, por ejemplo, en el plano de la intensidad o densidad normativa habría que preferir en su virtud las Directivas a los Reglamentos, esto es, las normas básicas a las normas de detalle y desarrollo; el reconocimiento recíproco entre los Estados a una armonización; la primacía de la coordinación, del fomento y la cooperación sobre los preceptos materiales y, en general, el acto no vinculante (recomendación; códigos de conducta; acuerdos con interlocutores sociales; reconocimiento recíproco, etc.) a cualquier norma de contenido obligatorio, y, desde luego, el apoyo financiero a la reglamentación, etc. (102). El principio de proporcionalidad (art. 3B, párrafo 3.º, TCE) no pone en cuestión la intervención misma, sino la forma en que ésta ha de llevarse a cabo (103).

Sin que nos sea ahora permitido detenernos en un análisis más profundo, es evidente que este precepto ha recogido únicamente algunos de los aspectos que pueden derivarse del principio, y ello tanto desde el plano subjetivo —sólo se predica de la Comunidad, no de la acción de los Estados miembros— como en el objetivo —no se refiere a la defensa de los derechos fundamentales, sino tan sólo al ejercicio de las competencias comunitarias—, e incluso desde la perspectiva de su contenido material se ha circunscrito a mencionar uno de los tres subprincipios que lo integran, el de «la necesidad de la intervención», también llamado el del «medio más moderado» o «principio de la mínima intervención» —sin aludir, en efecto, al criterio de la «utilidad» o «aptitud» de la acción comunitaria para alcanzar la finalidad perseguida ni a «la ponderación de bienes e intereses» (o «proporcionalidad en sentido estricto») (104)—. El precepto no ha agotado, pues, su dogmática ni la entera construcción jurisprudencial del TJCE, que, por lo que hace a su proyección sobre los derechos fundamentales, sigue teniendo plena vigencia.

(101) «Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.» Por contraste con el párrafo 2.º (principio de subsidiariedad), no discrimina entre competencias concurrentes y exclusivas, de donde se infiere que el principio de proporcionalidad es predicable de toda acción comunitaria, sea a título de competencia concurrente o exclusiva.

(102) Vid., v. gr., el informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento, de 27 de octubre de 1992 (Europe/Dokumente, núm. 1804/05, de 30 de octubre de 1992), núm. IV.1.

(103) Sobre las relaciones que guarda en el plano competencial con el principio de subsidiariedad (art. 3B TCE, párrafo 2.º), puede verse mi trabajo *El principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht y su impacto sobre las Regiones europeas*, «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 19, septiembre 1994, y la bibliografía allí citada.

(104) Ciertamente, el principio de necesidad presupone, según sabemos, al de aptitud o utilidad; es decir: la Comunidad deberá elegir el medio más moderado (y por tanto necesario) de entre todos aquellos *útiles o aptos*.

- b) *El principio de proporcionalidad según la jurisprudencia del TJCE: la tutela de los derechos garantizados por el Derecho Comunitario frente a la acción de las instituciones comunitarias y de los poderes públicos de los Estados miembros.*

Donde adquiere un mayor sentido y goza de una ya larga tradición es, sin duda, en el ámbito de los derechos fundamentales, como límite frente a la intervención pública que afecta a los derechos de libertad del ciudadano y en relación con la garantía del contenido esencial (105). Constituye un sólido canon de control en manos del órgano jurisdiccional para revisar la licitud de toda restricción de los derechos y libertades, cualquiera que sea el rango u origen de aquélla (106).

Así, por ejemplo, el TJCE ha anulado en diversas ocasiones medidas por violación del principio porque de la inobservancia de una formalidad menor se siguió la pérdida de un derecho o una posición de ventaja (107).

El principio de proporcionalidad, sin embargo, no atribuye por sí mismo derechos o intereses, sino que presume su existencia limitándose a brindar un parámetro de control jurisdiccional.

Seguidamente, nos ocupamos con mayor detalle de la aplicación del principio en el ámbito de los derechos y libertades conforme a la construcción jurisprudencial del TJCE (núms. 2 y 3).

2. *La aplicación del principio en el ámbito de la tutela de los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario*

Como ya notábamos, toda norma y acción administrativa de la Comunidad deberá enjuiciarse a la luz del principio de proporcionalidad, del mismo modo que la intervención de los Estados miembros, cualquiera que sea su naturaleza, en cuanto afecte a posiciones o situaciones jurídico-subjetivas protegidas por el Derecho comunitario, sea éste originario o derivado (108).

(105) Para una definición del principio de proporcionalidad, véanse las Sentencias de 17 de mayo de 1984 (Asunto 15/83, Rep. 1984, 2171) y de 11 de julio de 1989 (Asunto 365/87, Rep. 1989, 2237).

Para una visión panorámica de la literatura, vid. KUGELMANN, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages*, cit. (nota 93), pág. 245, y doctrina allí citada.

(106) Así, p. ej., J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, cit. (nota 7), pág. 707; PERNICE, *Grundrechtsgehalte im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1979, págs. 57 y s.; Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1979 (Asunto 44/79, Rep. 79, 3727); etc.

(107) Sentencia de 1979 (Rep. 1979, págs. 677, 685); Sentencia de 1990 (Rep. 1990, págs. 2637, 2657); etc. (citadas según Repertorio de Jurisprudencia alemán).

(108) KUGELMANN, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages*, cit. (nota 93), págs. 245-248, y doctrina y jurisprudencia citadas.

Así, por ejemplo, las cargas y gravámenes que imponen las normas comunitarias sobre los agentes económicos no podrán exceder en ningún caso de lo estrictamente necesario para la consecución de la finalidad perseguida (109). Por su parte, las normas estatales que restrinjan las libertades de circulación por razones de interés general —seguridad pública, orden o salud, v. gr., según autoriza el propio TCE (110)— habrán de ser interpretadas con carácter muy restrictivo a la luz del principio de proporcionalidad (111). Igualmente impregna la aplicación administrativa del Derecho Comunitario, sea ésta directa (112) o indirecta (113).

Por lo que hace a su incidencia en el plano interno o nacional, por otra parte, el principio de proporcionalidad tiene *también*, según sabemos, un reconocimiento propio e independiente en algunos ordenamientos estatales (piénsese, por ejemplo, en el caso alemán). Ello no entraña, sin embargo, solapamiento o interferencia de ningún género. El principio de proporcionalidad «nacional» pondera la finalidad que persigue la norma o el acto estatal y el grado de incidencia o restricción que desencadena sobre los intereses jurídicos protegidos por el *ordenamiento nacional*. Por contra, el principio de proporcionalidad «comunitario» enjuicia la finalidad de la intervención estatal y su repercusión sobre los intereses tutelados por el *Derecho Comunitario* (114).

Los tribunales nacionales deberán tener en cuenta el principio de proporcionalidad «comunitario» al conocer de la intervención estatal, si ésta afecta a los derechos e intereses que garantiza aquel ordenamiento y, en caso de duda, plantearán la cuestión prejudicial ante el TJCE (art. 177 TCE) (115). En su respuesta, el TJCE indicará en qué supuestos la medida estatal en cuestión infringiría el Derecho Comunitario por violación del principio de proporcionalidad. Pero es al Tribunal nacional al que compete, en última instancia, su enjuiciamiento, lo que le obliga a un profundo conocimiento de la dogmática comunitaria en torno a la proporcionalidad y a ponderar los intereses comunitarios que puedan verse eventualmente afectados (116).

Cuando se trata, por contra, de medidas emanadas de los órganos co-

(109) Sentencia de 24 de octubre de 1973, Asunto 5/73, Rep. 73, 1091, 1112. Con tal argumentación, la Sentencia de 5 de julio de 1977 (Asunto 114/1976, Rep. 77, 1211, 1221) anuló el Reglamento del Consejo 563/1976, de 15 de marzo (DO L 67/18).

(110) P. ej.: artículos 36, 48.3, 56.1.

(111) V. gr.: Sentencia de 15 de diciembre de 1976 (Asunto 41/76, Rep. 76, 1921, 1937) y Sentencia de 7 de julio de 1976 (Asunto 118/75, Rep. 76, 1185, 1189).

(112) P. ej.: Resoluciones de la Comisión en materia de Derecho de la Competencia (así, Sentencia de 20 de junio de 1980, Asunto 136/79, Rep. 80, 2033, 2060).

(113) Señaladamente, como criterio de interpretación. Así, en la Sentencia recaída en la resolución de una cuestión prejudicial, de 12 de noviembre de 1969 (Asunto 29/69, Rep. 69, 419, 424 y s.), o en la Sentencia de 15 de noviembre de 1972 (Asunto 27/72, Rep. 72, 1091, 1097 y s.).

(114) SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, cit. (nota 7), pág. 840.

(115) KUGELMANN, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages*, cit. (nota 93), pág. 246.

(116) La jurisprudencia es abundante. Vid., p. ej.: Asunto 71/76 (Thieffry), Rep. 1977, págs. 765, 779; Asunto 16/78 (Choquet), Rep. 1978, págs. 2293, 2303; Asunto 279/80 (Webb), Rep. 1981, págs. 3305, 3326. *Apud* KUGELMANN, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages*, cit. (nota 93), pág. 247, nota 11.

munitarios, todos los elementos objeto de examen están sometidos al Derecho Comunitario (el derecho o libertad afectado y el interés general que se procura satisfacer).

3. *Los elementos del principio de proporcionalidad conforme a la jurisprudencia comunitaria*

No obstante la inexistencia de una terminología uniforme y el hecho de que con frecuencia el TJCE haga referencia tan sólo a alguno de los aspectos que entraña el principio, es posible extraer, desde una perspectiva más amplia, el conjunto de criterios que lo integran (117).

3.1. *Idoneidad o aptitud.*

La utilidad de una medida cualquiera se mide por su aptitud para alcanzar la finalidad perseguida en el momento en el que la Comunidad o el Estado miembro dicta o aprueba (118). Los actos que de forma manifiesta no puedan lograr el fin que se proponen serán desproporcionados.

Para poder declarar la nulidad de la intervención pública es necesario que la inidoneidad sea absoluta o manifiesta (119). Las facultades de revisión judicial que tiene el TJCE son, por consiguiente, limitadas (se trata de un control de evidencia o de un juicio de razonabilidad); de ahí que la jurisprudencia reconozca un amplio margen de apreciación en manos de los Estados miembros y de la propia Comunidad en su valoración (120), aun cuando pudiera parecerle irrealizable una concreta previsión legal o un programa determinado o hubiera sido necesario incluso implementarla ulteriormente con otros medios (121). La prudencia del TJCE es aún mayor cuando se trata de revisar normas jurídicas. No es ya sólo la imposibilidad

(117) En particular, a través de los informes finales de los Abogados Generales. Cfr. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, cit. (nota 7), págs. 833 y ss.

(118) Cfr., p. ej., Sentencia de 7 de febrero de 1973 (Asunto 40/72, Rep. 73, 125, 142 y s.); Sentencia de 21 de febrero de 1979 (Asunto 138/78, Rep. 79, 713, 722); Sentencia de 11 de marzo de 1987 (Asunto 279, 280, 285); etc.

No tiene relevancia demostrar ulteriormente su ineficacia. Es lo que se denomina gráficamente en el Derecho alemán como «derecho a equivocarse en el pronóstico», que tan sólo decae cuando se incurre en un error manifiesto en la previsión de la evolución futura y sus efectos. Cfr. GRABITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit. (nota 1), pág. 573; RESS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, cit. (nota 1), pág. 18; KAHL, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, cit. (nota 91), pág. 185; KUGELMANN, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages*, cit. (nota 93), pág. 250.

(119) Cfr. E. GRABITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit. (nota 1), pág. 572; G. RESS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, cit. (nota 1), pág. 18; KAHL, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, cit. (nota 91), pág. 185, nota 154.

(120) Vid., p. ej., KUGELMANN, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages*, cit. (nota 93), pág. 250.

(121) Cfr. la jurisprudencia citada por SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, cit. (nota 7), pág. 834.

de realizar un control de eficacia o de oportunidad, sino también el propio principio de división de poderes, lo que determina que el órgano jurisdiccional se circunscriba a constatar si de forma evidente o manifiesta la medida adoptada resulta inapropiada (122). En la práctica, ello se traduce en que la posibilidad de declarar la inutilidad de la norma o acto enjuiciados no sea, desde luego, tarea fácil.

Ejemplos de aplicación del criterio de la idoneidad:

a) *Medio ambiente.*

El TJCE examina, en primer lugar, si la medida emanada por un Estado miembro se ha dictado realmente para proteger el medio ambiente y, en consecuencia, tiene por objeto inmediato la consecución de un fin ecológico y no pretende, por contra, un trato discriminatorio encubierto de la libre circulación de mercancías, por ejemplo. Si bien es cierto que cada Estado dispone de un amplio margen de apreciación en esta sede, el TJCE, sin embargo, puede anular una determinada medida por su manifiesta inutilidad cuando el Estado no pueda demostrar que persigue una finalidad medioambiental (123). La carga de la prueba corresponde al Estado.

En segundo término, ha de constatarse si el instrumento elegido contribuye efectivamente a una menor contaminación, en cuyo enjuiciamiento cuentan también los Estados con amplias facultades de apreciación (124). El TJCE así lo ha reconocido expresamente respecto de los actos y normas de naturaleza económica, conclusión que la doctrina hace extensiva por su analogía a los actos y normas de carácter medioambiental, puesto que sus complejos efectos son de difícil valoración, máxime cuando la ciencia y la técnica no han llegado a resultados o juicios definitivos ni unívocos (piénsese, p. ej., en la contaminación forestal); en suma, no parece tarea fácil calificar una determinada medida como manifiestamente inidónea o no apta para la consecución de un objetivo ecológico (125).

b) *Libre prestación de servicios.*

P. ej.: un Estado miembro —en el que presta determinados servicios un empresario de otro Estado— dicta una norma en virtud de la cual todos los prestatarios

(122) Cfr. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, cit. (nota 7), pág. 834.

(123) Vid. el trabajo de A. EPINEY/T. MÖLLERS, *Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz*, cit. (nota 92), págs. 65-131, 81-84; asimismo, Asunto C-195/90 R, Comisión/República Federal de Alemania, Rep. 1990, 3351.

(124) Cfr. EPINEY/T. MÖLLERS, *Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz*, cit. (nota 92), págs. 83-84.

(125) Cfr. KAHL, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, cit. (nota 91), pág. 185.

El principio de proporcionalidad, en cualquiera de sus elementos —ahora la idoneidad—, no autoriza a ejercer un control pleno y absoluto (técnico, económico, científico...) de la medida objeto de examen, sino, más bien, un juicio estrictamente jurídico, esto es, bajo el perfil de la idea de justicia, lo que, sin duda, restringe el parámetro de control. Una medida económica o medioambiental podrá ser técnica o científicamente inadecuada o inidónea para satisfacer el fin al que aspira, pero no por ello injusta. Tan sólo cuando con toda evidencia carezca de utilidad, será relevante para el principio de proporcionalidad, esto es, injusta por arbitraria.