

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), austrí-

(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. KIRCHHOFF, «Gleichmaß und Übermaß», en *F. S. für Peter Lerche*, Beck, München, 1993; P. KIRCHHOFF, *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. LANGHEINEKEN, *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. OSSENBÜHL, «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 I: *Präambel, Artikel 1 bis 5*, 3. Aufl., 1985; Art. 1 Abs. 3 Rn. 178-183 (Starck); I. v. MÜNCH (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band I: *Präambel bis Art. 20*, 3. Aufl., 1985; Vorb. Art. 1 - 19 Rn. 55 (V. Münch), Art. 20 Anm. 27 (Schnapp); R. WENDT, *Der Garantiagehalt 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. Klecatsky, 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); W. 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. HAFERLIN/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 positivizar 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. GÖNDISCH, «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/DÜRIG, *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 justiciabilidad 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 incide 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 OSSENBUHL, *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— adquiera 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, OSSENBÜHL, *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), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Ed. Müller, 4.^a ed., Heidelberg, 1992, págs. 722-723.

(80) BVerfGE 7, 377, 406.

(81) Cfr. FRIAUFG, «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 «besmöglichen 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. MÖLLERS, *Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz*, C. Heymanns Verlag, Köln, Berlín, 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*, «DVBl.», 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.

de servicios que dan ocupación a trabajadores de terceros países habrán de pagar las cuotas de la seguridad social sin tener en cuenta si los empresarios ya las satisfacen en su país de origen. Tal previsión legal contraviene el Derecho Comunitario habida cuenta de que ni sirve para el mantenimiento de la seguridad social del país donde se presta el servicio, ni tampoco para la protección de los trabajadores. En consecuencia, ha de calificarse de inapropiada o inidónea (126).

3.2. Necesidad.

La intervención pública, además de apta respecto del fin, debe ser *necesaria* o indispensable por no existir un instrumento más moderado para su consecución. De entre los diversos medios posibles —por apropiados o útiles—, habrá de escogerse aquel que despliegue menos efectos restrictivos sobre los derechos y libertades que el ordenamiento comunitario reconoce (por ejemplo, sobre las cuatro libertades fundamentales de circulación: mercancías, servicios, capitales, personas). Este principio constituye la piedra angular, el criterio estelar, de la jurisprudencia comunitaria relativa a la proporcionalidad, al igual que acontece con la jurisprudencia del TCF alemán (127). El TJCE utiliza numerosas expresiones para hacer referencia a la misma idea (128). En la mayor parte de las sentencias en las que se alude al principio de proporcionalidad, luce el criterio de la necesidad de la intervención (129).

Por lo demás, el TJCE actúa también con prudencia al revisar la compatibilidad del acto o norma enjuiciados con el principio de necesidad (130).

(126) Sentencia de 3 de febrero de 1982, Asuntos 62 y 63/81 (Seco/Evi), Rep. 1982, pág. 223.

(127) Cfr. RESS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, cit. (nota 1), pág. 38; KUGELMANN, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages*, cit. (nota 93), pág. 251. Según KAHL, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, cit. (nota 91), pág. 185, siguiendo a R. STREINZ, *Grundrechtsschutz*, págs. 386 y ss (388 y ss.), la jurisprudencia comunitaria acentúa aún más que la alemana el principio de necesidad en el contexto de su argumentación. El TJCE lo utilizó de forma expresa por primera vez, según sabemos, en la conocida Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, del año 1970 (17 de diciembre de 1970, Asunto 11/70, Rep. 70, 1125 y ss.).

(128) La medida debe ser «absolutamente necesaria» [Asunto 41/76 (Donckerwolcke), Rep. 1976, 1921 (1937)]; el objetivo no puede alcanzarse con igual eficacia con una medida menos lesiva a la libre circulación de mercancías [Asunto 261/81 (Rau I), Rep. 1982, 3961 (3973)]; la medida nacional no puede ir más allá de aquellos límites inevitables que se encuentren justificados por razón del medio ambiente, esto es, del interés general subyacente [Asunto 240/83 (ADBHU), Rep. 1985, 549]; si un Estado miembro tiene la posibilidad de elegir entre diversos medios idóneos o apropiados para la consecución del mismo fin, habrá de escoger aquel que limite en menor medida la libre circulación de bienes [Asunto 302/86 (Dän. Pfandflaschen), Rep. 1988, 4629]; etc. Vid. KAHL, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, cit. (nota 91), pág. 186. Vid. también SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, cit. (nota 7), pág. 831; H. P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien*, Baden-Baden, 1984, pág. 358.

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

(130) Cfr. Informe final del Abogado General en el Asunto 72/72, Rep. 1973, pág. 400, en SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, cit. (nota 7), pág. 835.

Ejemplos de aplicación del criterio de la necesidad:

a) *Medio ambiente.*

La jurisprudencia recaída en torno al criterio de la necesidad o de la mínima intervención posible en el ámbito del medio ambiente no es tan abundante como para poder hacer una completa clasificación de la misma; de ahí que la doctrina (131) agrupe los diversos pronunciamientos sobre esta materia con la producida sobre la política de protección de la salud pública, con la que el medio ambiente, estructural y jurídicamente, guarda una estrecha relación.

— En síntesis, cabe afirmar que cuando un Estado miembro impone, p. ej., restricciones sobre la libertad de circulación de mercancías en aras de la protección de la salud pública o del medio ambiente estará sometido al principio de la mínima intervención con tanto mayor rigor cuanto más intensa haya sido la acción comunitaria desplegada sobre el ámbito de que se trate (como en el caso de la libertad de circulación, v. gr.) y, a la inversa, la medida nacional estará menos sometida al principio cuando afecte a un sector en el que no ha intervenido la Comunidad.

— Conforme a la jurisprudencia comunitaria, es competencia de los Estados determinar un mayor nivel de protección medioambiental. En esta sede, disponen los Estados de un amplio margen de apreciación y, por consiguiente, la revisión judicial se circunscribe a comprobar que la finalidad perseguida (tutela del medio ambiente) no se puede alcanzar con un instrumento más moderado o menos restrictivo para la libertad de circulación de mercancías, sin que le esté permitido cuestionar el fin (la mayor preservación posible del medio ambiente y, en consecuencia, el grado de protección) (132).

Sólo cuando se produzca un claro abuso en el ejercicio de la discrecionalidad podrá declararse «innecesaria» la medida nacional, es decir, cuando de hecho cualquier «hombre razonable» hubiera adoptado una solución más moderada (133).

El Tribunal y la doctrina admiten, pues, un cierto margen de libertad en la determinación de las medidas medioambientales, en su intensidad y en la forma o el modo de llevarlas a cabo. El principio de proporcionalidad no podría convertirse en una suerte de parapeto o título que habilite para limitar esa legítima competencia que corresponde a los Estados miembros en el desarrollo de su propia concepción del medio ambiente. Con todo, la jurisprudencia comunitaria, en relación con la política de protección de la salud pública, tiene declarado que los Estados miembros no gozan tampoco de una absoluta autonomía para interpretar ciertos conceptos jurídicos insertos en el Tratado, como los que descansan en el artículo 36 TCE, puesto que su inteligencia y aplicación encuentra sus límites en el propio principio de proporcionalidad (y lo mismo cabe decir respecto de los conceptos legales que contienen preceptos como los arts. 130 T, 100 A.4, 118 A.3 TCEE). Los Estados miembros

(131) Así, KAHL, *Umwelprinzip und Gemeinschaftsrecht*, cit. (nota 91), págs. 187-194.

(132) Con toda claridad, luce tal posición jurisprudencial en las Sentencias *Dänische Pfandflaschen*, ya citada (nota 128), y en *Nijman (Asunto 125/88, Rep. 1989, 3533)*, en la que se trataba de enjuiciar la prohibición de utilizar determinados plaguicidas; el TJCE tuvo ocasión de reiterar que corresponde a los Estados determinar el grado de protección medioambiental que consideren necesario. Vid. la amplia bibliografía citada por KAHL, *Umwelprinzip und Gemeinschaftsrecht*, cit. (nota 91), pág. 187, notas 175-176.

(133) Cfr. EPINEY/T. MÖLLERS, *Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz*, cit. (nota 92), pág. 85, y la doctrina allí citada.

no tienen la potestad de interpretar unilateral e ilimitadamente tales preceptos. El TJCE, intérprete supremo del Tratado, admite que el principio de proporcionalidad impregna por completo la posible restricción de ciertos derechos, valores o bienes garantizados por el Derecho Comunitario en aras del interés general (protección de la salud, del medio ambiente, etc.).

— El TJCE ha estimado *innecesarias* en el ámbito de la protección de la salud o del consumidor ciertas prohibiciones a la importación, en la medida en que se podía alcanzar con igual eficacia idéntica finalidad mediante otras restricciones menores o controles puntuales y/o la educación del comprador (134). Reflexiones éstas que, sin duda, son trasladables a otros terrenos. En la conocida sentencia sobre la pureza de la cerveza, el Tribunal declaró que la total y completa prohibición de sustancias aditivas en territorio alemán, sin excepción de ningún género, resultaba *desproporcionada* (135).

— De ordinario, la reduplicación del control (en el país exportador y en el importador) excede también de lo *necesario* (136).

— Las medidas nacionales de protección, en su momento reputadas de *necesarias*, pueden dejar de serlo con el transcurso del tiempo como consecuencia de las nuevas circunstancias sobrevenidas, de los avances científicos o del caudal de conocimientos adquiridos (137).

b) *Libre prestación de servicios.*

V. gr.: no puede obligarse a un abogado que ejerce la profesión en otro Estado miembro conforme a los requisitos legales que en éste se exigen a que celebre un acuerdo o contrato con otro abogado del país receptor para poder actuar en determinados litigios, si se demuestra que tal requisito no sirve, por la naturaleza del servicio, a la consecución del objetivo aducido (asegurar la mejor asistencia y asesoramiento técnicos al abogado que presta el servicio en el país receptor) (138). Tal obligación resultaría innecesaria.

c) *Libre circulación de mercancías.*

— V. gr.: infringe el criterio de la mínima intervención posible la norma nacional que impone en relación con un determinado producto (v. gr., margarina) una única forma de envasado (p. ej.: recipiente en forma cúbica) con exclusión de cual-

(134) Hay numerosas sentencias en este sentido. Vid., p. ej., Asunto 274/87 (sobre la pureza de la carne), Rep. 1989, 252 y ss. *Apud* KAHL, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, cit. (nota 91), pág. 190, nota 191.

(135) Asunto 178/84, Rep. 1987, 1227 (1274).

(136) P. ej.: Asunto 251/78 (Denkavit), Rep. 1979, 3387; Asunto 272/80 (productos biológicos), Rep. 1981, 3291; Asunto 124/81 (Comisión/Gran Bretaña), Rep. 1983, 203 (234 y ss.); etc. *Apud* KAHL, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, cit. (nota 91), pág. 190, nota 195.

(137) Asunto 94/83 (Heijn), Rep. 1984, 3280.

(138) Sentencia de 25 de febrero de 1988, Asunto 427/85 (abogados de la República Federal de Alemania), Rep. 1988, págs. 1123, 1162. *Apud* KUGELMANN, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages*, cit. (nota 93), pág. 256.

quier otro tipo de envase, puesto que la finalidad perseguida (protección del consumidor) se puede alcanzar con igual eficacia a través de otras medidas menos incisivas (p. ej.: por medio de normas sobre etiquetado e información sobre el producto) y con menor efecto restrictivo para la libre circulación de mercancías (139).

— Podrán tutelarse, desde luego, los bienes a que hace referencia el artículo 36 TCE (restricciones a la exportación, importación o tránsito por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas, protección del patrimonio histórico y artístico...), pero siempre que ello resulte absolutamente indispensable y se escojan los medios que menos restrinjan la libertad de circulación de mercancías (140).

d) *Derecho de la competencia e investigación.*

La labor de información e investigación que ha de llevar a cabo la Comisión en el ámbito del Derecho de la competencia está igualmente sujeta al principio. Aunque la Comisión deba conocer de los casos de supuesta infracción y, a tal propósito, recabe de las empresas toda la información necesaria (art. 89 TCE y normas de desarrollo), tendrá que limitarse en su investigación a lo que sea estrictamente indispensable, según la naturaleza y alcance de cada caso, para la consecución de la finalidad perseguida (garantía del Derecho de la competencia) (141).

3.3. *La proporcionalidad en sentido estricto.*

La medida, por último, ha de guardar una adecuada y razonable proporción de medio a fin. En tal sentido, se ponderarán, de un lado, los intereses de la Comunidad o del Estado miembro en la ejecución de la medida de que se trate (v. gr.: una restricción a la importación por razones de protección de la propiedad industrial) y, de otro, la gravedad que la lesión produce sobre el bien jurídico afectado (la libertad de circulación, p. ej.). Los beneficios que entraña la medida de que se trate para el interés general deberán ser en todo caso superiores a los perjuicios que ocasiona sobre otros bienes, valores o derechos garantizados (142).

En la ponderación de los bienes e intereses en juego podrán tenerse en cuenta, desde luego, otros criterios o principios interpretativos para la re-

(139) Sentencia de 1982 (Rep. 1982, págs. 3961, 3973) —citada conforme al Repertorio alemán—.

(140) Sentencia de 1976 (Rep. 1976, pág. 1921).

(141) Señaladamente, el Derecho derivado —así el procedimiento en materia de Derecho de la Competencia— contiene numerosas expresiones del principio de proporcionalidad, limitando la información e investigación —en su extensión y alcance temporal— a lo estrictamente necesario. Véase A. EGGER, *The principle of proportionality in Community anti-dumping law*, «European Law Review» (1993), 367, 371 y ss., quien subraya la importancia presente y futura del principio en este ámbito.

(142) Vid., p. ej., KUGELMANN, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages*, cit. (nota 93), pág. 251.

solución del conflicto que, como el principio de concordancia práctica, resultan en rigor ajenos a la proporcionalidad (143).

El TJCE ha tenido ocasión de elaborar una doctrina particular en torno a la proporcionalidad *strictu sensu*, desconocida en la dogmática alemana, en relación con el diverso tratamiento que el ordenamiento ha de dar según que se trate de la infracción de una obligación principal o del incumplimiento de una obligación accesoria o secundaria. En efecto, afirma el Tribunal, si la norma comunitaria distingue entre un deber u obligación principal que resulta esencial para la consecución del fin que se propone alcanzar —esto es, contiene una obligación «de importancia capital para el buen funcionamiento de una institución comunitaria» (144)—, de un lado, y una obligación accesoria, que de ordinario tiene carácter administrativo, de otro, no sería lícito establecer la misma sanción por incumplimiento de la obligación secundaria que para la infracción de la obligación principal (145). No obstante, tal distinción plantea no pocos problemas interpretativos de cara a identificar la naturaleza principal o accesoria de la obligación de que se trate en cada caso.

— El inicio de esta jurisprudencia tiene lugar en 1979 en el ámbito de la política agraria y el sistema de fianzas y cauciones (146). El recurrente había cumplido las obligaciones relativas a la importación, pero no había presentado en plazo el justificante de su cumplimiento. En el caso *Atalanta* (147), no se habían presentado en el plazo establecido las notificaciones semanales que se exigen para controlar el cumplimiento del deber de almacenaje. En el caso *Man (Sugar)* (148), la empresa adjudicataria de la subasta para la exportación de azúcar no había presentado la solicitud de la licencia de exportación dentro del plazo. En los tres casos, el TJCE declaró que la falta de distinción entre obligación principal y accesoria era inválida, por desproporcionada.

De ahí no cabría deducir, sin embargo, que la pérdida de una caución o de una subvención por el mero incumplimiento de un plazo o de un deber semejante sea contraria al principio de proporcionalidad. La jurisprudencia del TJCE se ha encargado de desmentirlo al considerar proporcional su pérdida como consecuencia de infracciones tales (149). La clave reside más bien —de la mano de una interpretación teleológica y sistemática—, no en la *cuantía* del incumplimiento de la obligación de que se trate, sino en su *sentido y significado* en el contexto del entero siste-

(143) En el ámbito comunitario, SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, cit. (nota 7), pág. 837; y sobre la aplicación del principio de concordancia práctica por el TJCE, cfr. KUGELMANN, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages*, cit. (nota 93), pág. 252. Véase sobre el alcance del principio de concordancia práctica nota núm. 163.

(144) Así, p. ej., Sentencia de 1988 (Rep. 88, 1491, 1513) —citada según Repertorio de Jurisprudencia alemán—.

(145) Cfr. Sentencia de 24 de septiembre de 1985 (Asunto 181/84, Rep. 85, 2889, 2903).

(146) Sentencia de 20 de febrero de 1979 (Asunto 122/78, Rep. 79, 677 y ss.).

(147) Sentencia de 21 de junio de 1979 (Asunto 240/78, Rep. 79).

(148) Sentencia de 24 de septiembre de 1985 (Asunto 181/84, Rep. 85, 2889 y ss.).

(149) Sentencias de 2 de diciembre de 1982 (Asunto 272/81, Rep. 82); también de 2 de diciembre de 1982 (Asunto 273/81, Rep. 82, 4167 y ss.); de 23 de febrero de 1983 (Asunto 66/82, Rep. 83, 395 y ss.).

ma, en relación con el objetivo de la norma (150). Una «pequeña» infracción puede conducir a la pérdida de una posición de ventaja o de un concreto beneficio.

En otras Sentencias, el TJCE parece incluso matizar o distinguir el grado de incumplimiento dentro de las mismas obligaciones principales, para concluir que, a pesar de su infracción, la consecuencia prevista puede ser desproporcionada (151).

— Por otra parte, la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el concepto de «fuerza mayor» que luce en algunas normas. El Derecho Comunitario establece para ciertos casos la obligación de presentar una fianza —con la que garantizar el cumplimiento de determinados deberes, p. ej., en el ámbito de la política agraria—, que se pierde cuando se incurre en incumplimiento, *salvo que ello obedezca a causa de fuerza mayor*. En otros supuestos, se hace depender la obtención de ayudas o auxilios económicos de la observancia de ciertos requisitos; también en esta sede la hipótesis de fuerza mayor constituye una excepción a la regla. Según jurisprudencia constante, es necesario que el incumplimiento obedezca a circunstancias anormales e imprevistas, de modo que sus consecuencias y efectos no hubieran podido evitarse aun habiendo actuado con la mayor diligencia posible (152).

Ejemplos de aplicación del criterio de la proporcionalidad en sentido estricto:

a) *Medio ambiente*.

Ha de ponderarse la finalidad medioambiental que se persigue, de un lado, y las consecuencias probables que su aplicación entraña sobre otros bienes, intereses u objetivos comunitarios, de otro (por ejemplo, sobre la libre circulación de mercancías o de servicios, o sobre la política de transporte). No se trata de hacer un cálculo de probabilidad o de cuestionar la política de un Estado miembro en sí misma, sino tan sólo de las consecuencias o efectos negativos que sobre los derechos fundamentales o los demás intereses de la Comunidad podría desencadenar a fin de medir su equilibrada relación de costes y beneficios (153).

b) *Agricultura* (154).

El principio de proporcionalidad, la interdicción del trato discriminatorio y el principio de seguridad jurídica (confianza legítima) tienen una importancia de pri-

(150) Para un mayor desarrollo, vid. R. JÄGER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in EG*, cit. (nota 93), pág. 62.

(151) Sentencia de 27 de noviembre de 1986 (Asunto 21/85, Rep. 86, 3537 y ss.); Informe del Abogado General *Damon* de 27 de marzo de 1990 en relación con el Asunto C-118/89, núms. 16 y ss., y la Sentencia recaída el 27 de junio de 1990. En realidad, el Tribunal entiende que el plazo resulta excesivamente fugaz y, por consiguiente, innecesario o no indispensable, si se compara con los plazos existentes en el ámbito de la empresa.

(152) P. ej.: Sentencia de 27 de octubre de 1987 (Asunto 1909/86, Rep. 87, 4319, 4330); Sentencia de 8 de marzo de 1988 (Asunto 296/86); Sentencia de 19 de abril de 1988 (Asunto 71/87).

(153) Cfr. EPINEY/T. MÖLLERS, *Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz*, cit. (nota 92), pág. 88.

(154) Como indica el artículo 38.1 TCE, «por productos agrícolas se entienden los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación relacionados con aquéllos». Incluimos, pues, bajo este epígrafe ejemplos de la jurisprudencia que exceden de la agricultura en sentido estricto.

mer orden en el ámbito de la política agraria (señaladamente, por lo que hace a la aplicación del sistema de ayudas y de cauciones y al cumplimiento de los plazos establecidos) (155).

— El TJCE tiene declarado que del artículo 43 TCE se deriva una potestad sancionadora en favor de la Comunidad, pero las sanciones habrán de responder al principio de proporcionalidad (156).

— Para evaluar si la pérdida de una fianza es o no proporcional, el órgano jurisdiccional recurre a la ponderación de la finalidad económica subyacente. Si de lo que se trata es de garantizar con la caución el pago anticipado, deberá enjuiciarse su eventual pérdida —tras constatar definitivamente que no existe derecho alguno a la prestación económica en cuestión— de la misma manera que la denegación de la prestación misma. Sin embargo, las cauciones obedecen habitualmente a otros fines (vigilancia o control; obligación de seguir un determinado comportamiento económico; etcétera). Asimismo, contienen en ocasiones elementos sancionatorios para reprimir determinadas infracciones jurídicas. En tales hipótesis, se exige una más estricta observancia del principio de proporcionalidad (157).

— Para examinar el incumplimiento de un plazo a la luz del criterio de la proporcionalidad en sentido estricto ha de ponderarse igualmente la finalidad a la que sirve y los efectos de su infracción. El respeto de un plazo puede tener una importancia decisiva en la aplicación del Derecho Comunitario (v. gr.: para la presentación de ofertas en una licitación); en otros casos, obedece a una función de eficacia a fin de permitir la tramitación de un elevado número de expedientes con la celeridad requerida, por lo que las razones de interés general subyacentes (celeridad, eficacia) no son en absoluto menospreciables. Habrá que estar a cada caso.

No está claro, por lo demás, si es posible distinguir entre el plazo de presentación de una solicitud, de aquellos otros plazos que se refieren a la tramitación de una determinada medida comunitaria, de tal forma que se pudiera establecer un parámetro de control más estricto respecto de los plazos de presentación —en cuanto permiten el acceso o disfrute de ciertos instrumentos comunitarios—, de aquellos otros que responden a fines diversos, como la mera tramitación del expediente en el curso del procedimiento, sobre todo cuando la inobservancia del plazo de presentación impide el acceso mismo al disfrute de una ayuda o subvención, esencial para la actividad agraria. El legislador comunitario, por su parte, viene matizando los efectos que se siguen del incumplimiento de los distintos plazos, en consonancia con el principio de proporcionalidad (158).

— En esta misma línea, la Sentencia de 23 de noviembre de 1993, recaída en la resolución de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Hannover (159), ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la proporcionalidad

(155) J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, cit. (nota 7), pág. 708; GILSDORF/SACK, en GRABITZ, *EWG-Vertrag*, Arts. 43 y ss.; PRIEBE, «Agrarrecht im gemeinschaftlichen Verwaltungsrecht», en *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, Ed. Beck, Munich, 1993, pág. 65.

(156) Sentencia de 1987 (Rep. 1987, 4587, caso *Maizena*), citada según Repertorio de Jurisprudencia alemán.

(157) PRIEBE, *Agrarrecht im gemeinschaftlichen Verwaltungsrecht*, cit. (nota 155), pág. 65. Vid. Sentencia de 1987 (caso *Maizena*, Rep. 87, 4587) y Sentencia de 1990 (Rep. 1990, 3265) —citadas según Repertorio de Jurisprudencia alemán—.

(158) Cfr. PRIEBE, *Agrarrecht im gemeinschaftlichen Verwaltungsrecht*, cit. (nota 155), pág. 66.

(159) Asunto C-365/92 (Henril Schumacher/Bezirksregierung Hannover). Un breve comentario en «EuZW» 3/1994, págs. 90-91.

de la pérdida de las ayudas y primas especiales previstas en el Reglamento 714/89 por el incumplimiento del plazo establecido.

Conforme al citado Reglamento, los ganaderos tienen derecho a recibir ciertas primas por el sacrificio de los animales (ganado vacuno), pero para ello han de sacrificarlos efectivamente dentro del plazo establecido. Por el contrario, no podrán obtener prima alguna si en tal plazo se sacrifican menos animales de los que se indicaron en la solicitud de ayuda. Con todo, el Reglamento matiza tal consecuencia y permite que se otorgue una ayuda parcial en caso de que la diferencia entre el número de animales indicados en la solicitud presentada por el ganadero y los efectivamente sacrificados sea inferior al 5% (o bien, en la hipótesis de que se haya solicitado la ayuda para el sacrificio de 20 o menos animales, la diferencia no sea superior a un animal). El recurrente impugnó la denegación de la solicitud de ayuda pese a haber superado el citado límite, por considerarla contraria al principio de proporcionalidad.

Sin embargo, el TJCE declaró que la norma es respetuosa con el principio y, por consiguiente, legítima. La medida establecida es apta y necesaria para alcanzar la finalidad perseguida (evitar las irregularidades y el fraude, como señala la propia Exposición de Motivos del Reglamento). En primer lugar, afirma el Tribunal, la pérdida de la ayuda no se produce por un simple incumplimiento del plazo para sacrificar el número de animales indicado en la solicitud. Por el contrario, se trata — como prevé la propia norma en cuestión— de una infracción de cierta trascendencia (una diferencia superior al 5%), que no obedece a causas de fuerza mayor o a circunstancias naturales (art. 9.II y 9.III del Reglamento). Cuando nos encontramos ante incumplimientos menores (inferiores al 5% o a un animal en caso de que los sacrificios previstos sean 20 o menos), la prima o ayuda se ve únicamente recortada. La sanción más grave (la completa denegación de la ayuda) prevista para las infracciones mayores (las que excedan del límite señalado) resulta adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad perseguida (evitar las irregularidades y el fraude) y es, por tanto, proporcional.

d) *Libre circulación de mercancías.*

El TJCE pondera los bienes e intereses en conflicto para determinar la eventual prevalencia de ciertos fines de interés general frente a la libertad de circulación de mercancías y evaluar así la relación costes-beneficios. Según jurisprudencia constante, por virtud del principio de proporcionalidad, en la medida en que los Estados tengan a su disposición diversos medios para la consecución de un mismo fin (como los que enumera el art. 36 TCE), habrán de elegir aquel que menos restrinja la libre circulación de mercancías (160), de un lado, y, de otro, no podrán en ningún caso establecer restricciones que desborden la equilibrada relación —o proporción— respecto a la finalidad perseguida (161).

(160) Sentencia de 1982 (Rep. 1982, pág. 1961) —citada conforme al Repertorio alemán—.

(161) Sentencia de 1989 (Rep. 1989, págs. 2263, 2269) —citada conforme al Repertorio alemán—.

IV. UNA REFLEXIÓN FINAL: SU VIGENCIA EN ESPAÑA

Ciertamente, en el plano constitucional nuestra jurisprudencia no ha sido en modo alguno insensible a la vigencia y aplicabilidad del principio de proporcionalidad inherente al Estado de Derecho, señaladamente en el ámbito de los derechos fundamentales (162) —su cita es frecuente en relación con el derecho de igualdad ante la ley (163) y el derecho a la tutela judicial efectiva (164)—.

El rigor en su uso e invocación, sin embargo, ha sido desigual (165) y,

(162) V. gr.: derecho de huelga (STC 53/1986, de 5 de mayo; 43/1990, de 15 de marzo; 8/1992, de 16 de enero; etc.); la libertad sindical (STC 75/1992, de 14 de mayo); el derecho del artículo 23 (STC 26/1990, de 19 de febrero); etc. Véanse asimismo las dos notas siguientes.

Pero también se aplica en relación con otros derechos que no tienen el carácter de fundamentales, como, p. ej., el derecho de propiedad y la expropiación (STC 6/1991, de 15 de enero; o la de 19 de diciembre de 1986).

(163) Dos precisiones respecto de la jurisprudencia recaída en esta sede: *a)* el principio de proporcionalidad se mueve en el plano de la producción normativa, frente a la acción del legislador; *b)* se invoca únicamente el criterio de la proporcionalidad en sentido estricto.

Son muy numerosos los fallos en los que se expresa que el principio de igualdad sólo se vulnera cuando el trato diferenciado está desprovisto de una justificación objetiva y razonable que guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida o, lo que es lo mismo, si no existe una relación razonable entre los medios empleados y la finalidad que se pretende. A título de ejemplo: STC 25/1989, de 3 de febrero; 209/1988, de 10 de noviembre; 76/1990, de 26 de abril; 150/1990, de 4 de octubre; 6/1991, de 15 de enero; 70/1991, de 8 de abril; 200/1991, de 28 de octubre, etc.; o también que a las distintas situaciones de hecho se le anuden consecuencias jurídicas que sean proporcionadas a la diversidad fáctica existente (v. gr., SSTC 29/1987, 114/1987, 109/1988, etc.); o en relación con el artículo 139 CE, la STC 88/1986 (f. j. 6.º), y sobre el artículo 149.1.1.º CE, las SSTC 48/1988 (f. j. 25), 75/1990 (f. j. 5.º), 36/1991 (f. j. 1.º), v. gr.; etc.

(164) Dos observaciones previas respecto de la jurisprudencia en torno al artículo 24.1 CE: *a)* el principio de proporcionalidad se proyecta en el plano de la aplicación e interpretación de la legalidad procesal, frente al órgano jurisdiccional; y *b)* se alude exclusivamente a la proporcionalidad en sentido estricto.

Es también muy copiosa la jurisprudencia en la que se afirma, en síntesis, que la proporcionalidad impone un tratamiento distinto para los diversos grados de defectuosidad del actor (STC de 22 de octubre de 1986) y una interpretación del requisito procesal que se acomode a la finalidad perseguida por el mismo, extremos éstos —requisito y finalidad— que se encuentran en una lógica y razonable concatenación (así, STC 216/1989, de 21 de diciembre); en suma, que las sanciones acordadas por el juez o tribunal por defectos procesales guarden una adecuada y razonable proporción con la gravedad del defecto en que se ha incurrido (v. gr.: STC de 12 de marzo de 1986). A título de ejemplo, se pueden citar: 175/1988, de 3 de octubre; 243/1988, de 19 de diciembre; 21/1989, de 31 de enero; 60/1989, de 16 de marzo; 113/1989, de 22 de junio; 9/1990, de 18 de enero; 21/1990, de 15 de febrero; 33/1990, de 26 de febrero; 190/1990, de 26 de noviembre; 164/1991, de 18 de julio; 41/1992, de 30 de marzo; 72/1992, de 13 de mayo; 114/1992, de 14 de septiembre; 193/1992, de 16 de noviembre; etc.

(165) Sin perjuicio de lo que se indica en la nota siguiente, el principio de proporcionalidad tiene en la jurisprudencia constitucional unos contornos conceptuales desdibujados, que carecen todavía de la precisión y coherencia necesarias. En ocasiones, se predica o se proyecta sobre el ejercicio de un derecho fundamental (v. gr.: STC 165/1987, de 27 de octubre, f. j. 8.º) —no sobre la acción del poder público— que es su genuino destinatario para la dogmática comparada; o se entiende exclusivamente como proporcionalidad de las penas (p. ej.: STC 65/1986, de 22 de mayo, f. j. 5.º; 19/1988, de 16 de febrero, f. j. 7.º;

desde luego, ajeno a la construcción dogmática alemana y comunitaria que venimos de relatar, si atendemos a la imprecisión de sus contornos e incomplitud de su contenido y a la falta de pronunciamientos sobre el alcance y densidad de su control jurisdiccional (166). Con frecuencia, su

154/1990, de 15 de octubre, f. j. 9.º; 111/1993, de 25 de marzo, f. j. 34.º; etc.); o bien se traduce reductivamente como trato arbitrario o discriminatorio en las normas o en su aplicación (así, STC 6/1988, de 21 de enero, f. j. 3.º); se utiliza también como sinónimo de ponderación de intereses o bienes constitucionalmente protegidos, con lo que, en cierto modo, se conecta con la proporcionalidad *strictu sensu* —en rigor, una especie dentro del género, según sabemos— (v. gr.: STC 8/1990, de 18 de enero, f. j. 4.º; 214/1991, de 11 de noviembre, f. j. 22.º); en otros supuestos, por ejemplo, parece latir —intuitivamente— en el razonamiento del fallo el subprincipio de necesidad o de la intervención más moderada posible, aunque sin mayores precisiones conceptuales (así, en la STC 142/1993, de 22 de abril, f. j. 17.º, o la STC de 12 de julio de 1988); etc.

Sin duda, algunos de estos aspectos forman parte de la dogmática del principio de proporcionalidad, como ya nos consta. Es la ausencia de una teoría general y sistemática en el seno de la jurisprudencia la que le priva de una mayor eficacia como canon de la constitucionalidad de las leyes y de los demás actos de los poderes públicos.

Por lo demás, se hace uso del mismo término —principio de proporcionalidad— en otros ámbitos ajenos al que nos ocupa (la intervención de los poderes públicos sobre la esfera de libertad), lo que tampoco contribuye a su reconstrucción conceptual: así, en materia electoral (p. ej.: STC 76/1989, de 27 de abril; 193/1989, de 16 de noviembre; 45/1992, de 2 de abril); el principio de proporcionalidad entre la duración de la huelga y el salario que se deja de percibir, para prohibir la imposición al trabajador huelguista de un sacrificio superior al correspondiente a la duración de la huelga (STC 189/1993, de 14 de junio, f. j. 27.º; ATC 323/1991, f. j. 5.º); principio de proporcionalidad entre la prestación de servicios y el tiempo de vacaciones (ATC 681/1988, de 6 de junio, f. j. 2.º); principio de proporcionalidad en las escalas o categorías laborales, a fines retributivos (STC 59/1982, de 15 de octubre, f. j. 23.º, 26.º y 35.º); etc.

(166) A título de ejemplo, la invocación que la Sentencia 85/1992, de 8 de junio (f. j. 4.º, 5.º *in fine* y voto particular), hace del principio de proporcionalidad parece sintomático de cuanto decimos. De un lado, acierta a fijar el fundamento constitucional del principio en la cláusula del Estado de Derecho (con referencia a otras Sentencias) y a circunscribir su alcance al ámbito de las limitaciones que los poderes públicos imponen sobre los derechos fundamentales (en realidad, para la dogmática alemana y comunitaria, su alcance se extiende a toda restricción sobre cualquier derecho o libertad, o posición de ventaja, cualquiera que sea su origen y rango).

De otra, sin embargo, reduce toda su operatividad a la proporcionalidad en sentido estricto, en términos poco precisos, sin referencia a los criterios en que se funda la ponderación de intereses (será ilegítima, dirá, toda limitación o sanción que incida sobre los derechos «de forma poco comprensible»).

A ello se añade que parece identificar la proporcionalidad en sentido estricto con el, también principio constitucional desarrollado por la jurisprudencia alemana e inicialmente formulado por HESSE, de la concordancia práctica, el cual postula la más eficaz ponderación o equilibrio entre los bienes y derechos en conflicto, es decir, que cada uno de los bienes o derechos en litigio obtenga la máxima efectividad posible; la ponderación que realiza el principio de proporcionalidad *strictu sensu*, por el contrario, consiste en un juicio negativo, por cuanto prohíbe que el medio sea «desproporcionado»; la ponderación que propugna la concordancia práctica, en cambio, se resuelve en un juicio positivo, al perseguir el máximo grado de plenitud de los bienes en presencia. Un medio puede ser proporcional (principio de proporcionalidad), pero no el óptimo (principio de concordancia práctica). Pero el medio óptimo es, en todo caso, proporcional.

En realidad, el argumento de la proporcionalidad parece servir en la citada sentencia tan sólo para determinar la licitud de la pena.

Estos y otros aspectos, en fin, no son sino expresión de una todavía inexistente dogmática constitucional, coherente y sistemática.

La jurisprudencia más reciente sigue sin incorporar la dogmática comparada y comunitaria. Dos ejemplos. El primero, la STC 286/1993, de 4 de octubre, que, reiterando juris-

contenido se ha visto reducido en la mejor de las hipótesis a la denominada proporcionalidad en sentido estricto (167), formulada en términos muy simples —«relación razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (168)—. No obstante, no faltan tampoco sentencias en las

prudencia anterior, invoca el principio de proporcionalidad en relación con la libertad de información; del análisis de su f. j. 5.º resulta: 1) que la Sentencia no diferencia entre la técnica de la ponderación de bienes e intereses, de la proporcionalidad; 2) que no hace mención alguna a cuál sea el contenido o el criterio en que se sustancia el principio de proporcionalidad; y 3) que, aunque se dice vulnerado el citado principio, en rigor, no constituye la verdadera *ratio decidendi* para otorgar el amparo, sino la ponderación del caso concreto que lleva a cabo el TC (el último párrafo del f. j. 5.º es ciertamente elocuente).

El segundo ejemplo, aún más paradigmático, reside en la STC 215/1994, de 14 de julio (esterilización de incapaces). En su f. j. 4.b) se enfrenta con rigor en el momento en el que procede a enjuiciar la medida limitadora a la luz del principio de proporcionalidad, pero con una notable imprecisión. De una parte, lo identifica con el principio de «necesidad» («es decir, que la intervención corporal prevista sea necesaria para conseguir el fin legítimo que la inspira y que no entrañe otras consecuencias para las personas afectadas...»), principio que, para la dogmática comparada y comunitaria, significa, en cambio, más exactamente, que la medida sea «necesaria» o «indispensable» por no existir otra menos gravosa, pero no, como dice la Sentencia, que «sea necesaria para conseguir el fin legítimo», puesto que, por hipótesis, podría haber otras medidas, también «necesarias» o susceptibles de alcanzar el fin, que fueran menos restrictivas del derecho en cuestión. Pero, a continuación, la Sentencia añade que la norma cuestionada no es desproporcionada porque no resulta desmedida para alcanzar la finalidad que persigue, sirviéndose entonces de otro de los principios integrantes, cual es el de proporcionalidad en sentido estricto. En otras palabras, invoca una suerte de principio de necesidad y aplica como canon el de proporcionalidad en sentido estricto, aunque, en rigor, tampoco se sirve de este último, puesto que, para el razonamiento de la Sentencia, resulta proporcionalada porque es, sin duda, «la más segura para alcanzar el resultado que se pretende», siendo así que este criterio, según sabemos, no postula el medio más «eficaz», «apropiado» o «seguro», sino que en la evaluación costes-beneficios, entre todos los bienes e intereses, se produzca un saldo positivo. Sin embargo, y paradójicamente, la Sentencia (con toda claridad, en el f. j. 5.º.C) aplica el criterio o principio de la necesidad, sin nombrarlo (y quizás sin ser consciente de ello), al examinar otras posibles medidas menos gravosas que descarta porque no son susceptibles de alcanzar el fin con igual eficacia.

El voto particular del Magistrado Gabaldón López subraya la desproporción de la medida, en realidad no ya sólo por la falta de proporcionalidad en sentido estricto cuando por la ponderación de los bienes e intereses en juego.

El voto particular del Magistrado Gimeno Sendra considera, con razón, que la Sentencia no es muy respetuosa con la doctrina sobre la proporcionalidad, pues, afirma, viene a realizar un análisis abstracto de la bondad de los fines perseguidos por la norma cuando este principio no es más que un método que nos indica en qué condiciones puede una norma que incide en un derecho obtener una aplicación conforme con la Constitución. Ciertamente, como parece poder inducirse de este voto particular, la bondad o licitud constitucional de los fines es algo ajeno al test o juicio de proporcionalidad, que le viene dado como algo externo, no así los medios que a su satisfacción se arbitran. No obstante, no es exacto, como nos consta, que el principio de proporcionalidad se proyecte tan sólo en el plano aplicativo e interpretativo (poder judicial y ejecutivo) y no entrañe un examen de la norma que permita en cualquier caso predicar su constitucionalidad, sino que, por contra, afecta en primer término a la producción normativa, también a la ley, que puede ser declarada inválida por desproporcionada. Por último, cuando el voto particular recuerda las notas de dicha doctrina —que tampoco se corresponden con las notas que ya nos son conocidas, llamando, p. 1j., «necesidad» al criterio que la doctrina conoce como «idoneidad»—, las proyecta sobre la aplicación que el juez tendrá que realizar de la norma y no, como procedería en rigor en este proceso constitucional, respecto de los medios que la norma arbitra para la consecución de un fin, abstractamente considerados y al margen de la aplicación que puedan realizar los operadores jurídicos.

que es posible detectar una mayor precisión y analogía con aquella concepción (169).

La consolidación del principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario, de un lado, y la importancia creciente que ha experimentado en el marco del Derecho Público comparado, de otro, constituyen, sin duda, factores relevantes para su reconstrucción dogmática en el seno de nuestro sistema jurídico conforme a aquellos modelos, si se quieren extraer las máximas virtualidades que esta institución encierra como técnica jurídica de control de la intervención pública sobre los derechos y libertades (170).

El voto particular que formula el Magistrado González Campos, y al que se adhiere Cruz Villalón, subraya con rigor uno de los criterios del principio, el de la necesidad de la intervención o el del medio más moderado. No obstante, al afirmar que el órgano judicial debería recabar los informes médicos pertinentes al objeto de indagar si existen otros medios menos gravosos para la integridad corporal del incapaz y aplicables bajo control médico (cfr. 2.C), está postulando la exigibilidad de que el juez aplique el principio de necesidad —lo que al no imponerse legalmente entraña su insuficiencia constitucional—, pero no se enfrenta a si esa medida extrema —la esterilización— puede ser, abstractamente considerada, en todo caso desproporcionada para alcanzar el fin perseguido.

(167) Baste remitirse a las notas 163 y 164 para comprobarlo. A ello se añade que el TC no invoca el primer elemento —la utilidad—, mientras que el segundo —la necesidad de la intervención— apenas late en algunos de sus pronunciamientos, no faltando incluso su expresa exclusión. En efecto, la STC 178/89, de 2 de noviembre, rechaza expresamente que el principio de proporcionalidad comprenda también el criterio de la necesidad o de la intervención más moderada —lo que, afortunadamente, no constituye jurisprudencia reiterada—: «De ahí que —afirma la citada Sentencia— no pueda aceptarse... el criterio utilizado por los demandantes —que éstos entienden además de manera amplísima— de proporcionalidad o racionalidad de las medidas legislativas adoptadas al respecto, y en razón al cual el legislador tendría que haber *optado por la medida menos gravosa o restrictiva de los derechos* de los funcionarios públicos y, en concreto, de su derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la Constitución... Más que de proporcionalidad o racionalidad de las medidas en cuestión tal y como lo entienden los recurrentes, cabe hablar de *adecuación de fines y medios...*» (f. j. 5.º) (la cursiva no es original).

(168) Así, v. gr., la STC de 2 de julio de 1981, f. j. 3.º; 3/1983, de 25 de enero, f. j. 4.º; 57/1984, de 8 de mayo, f. j. 3.º; 108/1984, de 26 de noviembre, f. j. 4.º; 104/1987, de 17 de junio, f. j. 3.º; 21/1990, de 15 de febrero, f. j. 20.º; 190/1990, f. j. 4.º; etc. En algunas de estas sentencias y en otras muchas —señaladamente, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva— se habla de proporcionalidad o razonabilidad en la aplicación del Derecho procesal para postular una interpretación no formalista o *pro actione*.

La influencia directa de la jurisprudencia del TEDH sobre nuestro Alto Tribunal en esta concepción más simplificada (o en sentido estricto) del principio de proporcionalidad es manifiesta (v. gr.: STC 10 de noviembre de 1981, f. j. 3.º; STC 62/1982, de 15 de octubre, f. j. 5.º; etc.).

(169) Así, entre otras, la STC 37/1989, de 15 de febrero; o la STC 120/1990, de 27 de junio (f. j. 8.º y 12.º; combina el criterio de la necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto; late implícitamente el de aptitud o utilidad).

(170) Contrasta el déficit dogmático de la jurisprudencia del TC con la solidez y tradición del TS en torno a la doctrina de la proporcionalidad, más allá del Derecho Administrativo sancionador. (v. gr., SSTS 13-VI-1988, Ar. 4620; 16-V-1990, Ar. 4167; 16-X-1989, Ar. 7368; 4-IV-1991, Ar. 86; 2-III-1993, Ar. 1662; 20-IV-1993, Ar. 2630; 4-V-1993, Ar. 3572; 22-VI-1993, Ar. 4428; 3-XI-1993, Ar. 8321; etc.), y que sitúa su fundamento constitucional, por lo que a la Administración se refiere, en el artículo 106.1 CE. Ciertamente, el ordenamiento jurídico brinda no pocos ejemplos y apoyos normativos (arts. 53.2 y 131 de la Ley de Procedimiento Común; 6 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; 10.3 Reglamento de Disciplina Urbanística; etc.). El primer intento de reconstrucción en nuestro ordenamiento en el ámbito del Derecho Administrativo general se debe a la importante monografía de J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en Derecho ad-*

ABREVIATURAS

- TAF: Tribunal Administrativo Federal.
 TCE: Tratado de la Comunidad Europea (en su versión de Maastricht).
 TCF: Tribunal Constitucional Federal alemán.
 TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
 TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
 TUE: Tratado de la Unión Europea (Maastricht).

ministrativo, Inst. García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1988; más recientemente, se han ocupado del tema, entre otros, con un carácter más sectorial, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio de proporcionalidad en la extradición*, «El Poder Judicial», núm. 17 (1989), págs. 32-52; I. IBÁÑEZ GARCÍA, *Delito fiscal y principios de proporcionalidad y de intervención mínima*, «Actualidad Penal», núm. 24 (1993), págs. 331-342; N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990.

Para su redefinición conceptual en nuestro Derecho interno resulta inexcusable el recurso al Derecho comparado —en particular, a la dogmática alemana, donde se ha inspirado su formulación actual— y al Derecho Comunitario, que ha seguido la misma dirección, según sabemos.

Téngase en cuenta, a tal propósito, el mandato del artículo 10.2 CE, la jurisprudencia del TEDH y la directa aplicabilidad del principio de proporcionalidad construido en el Derecho Comunitario para la tutela de los derechos y libertades por él reconocidos, lo cual constituye un argumento más para homogeneizar a la alza el contenido del principio de proporcionalidad «nacional» con el principio de proporcionalidad «comunitario», a fin de evitar un trato desigual (un diferente grado de protección según se trate de los derechos y libertades garantizados por el Derecho Comunitario y los reconocidos por el ordenamiento nacional). La «diferencia de estatura», el menor desarrollo del principio en nuestro ordenamiento estatal, en fin, no deja de ser paradójico, si tenemos en cuenta que nuestro sistema constitucional ofrece muchos más puntos de apoyo normativos que el ordenamiento comunitario para su pleno desenvolvimiento.

