

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 599

OBRAS DE INVESTIGADORES DEL INSTITUTO
PUBLICADAS POR EDITORIAL Porrúa

Derecho constitucional, 6a. ed., Jorge CARPIZO y Miguel CARBONELL, 2009.

Diccionario de derecho constitucional, 2 ts., Miguel CARBONELL (coord.), 2009.

El sistema federal mexicano, un análisis jurídico, José María SERNA DE LA GARZA, 2009

La propiedad intelectual en transformación, Manuel BECERRA RAMÍREZ, 2009.

La responsabilidad civil de los médicos, Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA, 2009.

Metodología, docencia e investigación jurídicas, 15a. ed., Héctor FIX-ZAMUDIO, 2009.

Notas sobre derecho tributario, Gabriela RÍOS GRANADOS, 2009.

Principio de igualdad, alcances y perspectivas, 4a. ed., Karla PÉREZ PORILLI, 2009.

Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-americanas), Nuria GONZÁLEZ MARTÍN, 2010.

Derecho administrativo del estado de Chiapas, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Antonio de J. GORDILLO OZUNA, 2010.

Derecho constitucional mexicano y comparado, Héctor FIX-ZAMUDIO y Salvador VALENCIA CARMONA, 2010.

Estudios sobre la interpretación jurídica, Ricardo GUASTINI, 2010.

Hacia una nueva ley de amparo, Arturo ZALDÍVAR LELO DE LA LARREA, 2010.

La tutela de la propia incapacidad (voluntad anticipada, tutor cautelar, poder interdicto), Eduardo GARCÍA VILLE GAS, 2010.

Tratado de derecho electoral, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ, 2010.

Agua: aspectos constitucionales, Emilio O. RABASA, 2011.

Código Penal comentado, t. III, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, Olga ISLAS y Leticia VARGAS, 2011.

Derecho administrativo del estado de Oaxaca, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Mayolo GARCÍA GARCÍA, 2011.

División de poderes y régimen presidencial en México, Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR, 2011.

Historia de la Secretaría de Gobernación. De su origen al final del siglo XX, Omar GUERRERO, 2011.

La República central de Félix Zuloaga y el Estatuto Orgánico Provisional de la República de 1858, Óscar CRUZ BARNEY, 2011.

Los derechos fundamentales en México, 4a. ed., Miguel CARBONELL, 2011.

¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?, 5a. ed., Miguel CARBONELL y Enrique OCHOA, 2011.

Responsabilidad civil derivada de las prácticas genéticas, Elvia Lucía FLORES ÁVALOS, 2011.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EL JUICIO DE PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

COORDINADOR
MIGUEL CARBONELL



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Cuidado de la edición: Miguel López Ruiz



EDITORIAL
PORRÚA
AV. REPÚBLICA
ARGENTINA, 15

MÉXICO, 2011



UNIVERSIDAD
NACIONAL
AUTÓNOMA
DE MÉXICO

**DERECHO**

K213
Las características de esta edición son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, S.A. de C.V. — 8
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D.F.
A7444

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 978-607-09-0809-5

S-1496736

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

Derechos reservados, © 2011 por
Miguel CARBONELL
(coordinador)

D-274905

CONTENIDO

PRESENTACIÓN. Nuevos retos en materia de argumentación jurídica Miguel CARBONELL	IX
La fórmula del peso Robert ALEXY	1
La racionalidad de la ponderación Carlos BERNAL PULIDO	27
Alexy y la aritmética de la ponderación José Juan MORESO	51
El juicio de ponderación constitucional Luis PRIETO SANCHÍS	65
La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ	101
El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto Laura CLÉRICO	113
Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales Gloria Patricia LOPERA MESA	155
El principio de proporcionalidad de la legislación penal Carlos BERNAL PULIDO	189
<i>Three Strikes.</i> El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos María Teresa CASTINEIRA Ramón RAGUÉS	<i>D-274905..</i> 219

LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD*

Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ

SUMARIO: I. ¿Existen los conflictos entre derechos fundamentales? ¿Ponderación de bienes o delimitaciones de derechos? II. El principio de proporcionalidad. III. Legislador y proporcionalidad. IV. Bibliografía.

I. ¿EXISTEN LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES? ¿PONDERACIÓN DE BIENES O DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS?

En rigor, habría que decir que los conflictos, si existen, lo son entre el derecho fundamental y sus límites; y en la medida en que entre sus límites están los derechos fundamentales o constitucionales de terceros, sí se puede decir que existen conflictos entre derechos fundamentales. Lo que ocurre es que esta forma de expresarse es engañosa, ya que hace pensar en una *colisión entre derechos* cuando la colisión es entre el derecho fundamental y sus límites. Y para ser más exactos, ni siquiera en puridad se pueda hablar de conflictos o colisiones, porque los límites de un derecho fundamental no colisionan con él, sino que justamente sirven para solventar sus posibles colisiones con otros derechos, bienes e intereses.

Es cierto que las expectativas de conducta amparadas en un derecho fundamental en ocasiones sólo pueden hacerse realidad (ejercicio del derecho fundamental) a costa de otras expectativas de conducta objeto de protección constitucional o infraconstitucional. Insultar a una persona puede ser una expectativa de conducta objeto de la libertad de expresión, pero la protección del insulto es a costa del honor del insultado. Este hecho provoca la, a nuestro juicio, falsa

* Este trabajo es una extracto del capítulo correspondiente a "los límites de los derechos fundamentales" del libro colectivo de BASURA y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.

apariencia de que hay un conflicto entre el derecho fundamental y los derechos, bienes o intereses que cobijan aquellas otras normas constitucionales o infraconstitucionales. Un conflicto que, piensan algunos, sólo puede resolverse *ponderando* los derechos, bienes o intereses en presencia. Siguiendo con el ejemplo anterior, ¿debe protegerse la libertad de expresión sacrificando el derecho al honor, o viceversa?

Las técnicas de resolución de estos conflictos (*ponderación*, *cordancia práctica*, *razonabilidad*, *cláusula de comunidad*, *proporcionalidad*) pueden reconducirse fácilmente a dos: la ponderación de bienes o la delimitación de los derechos en presencia. La técnica de la *ponderación de bienes* considera que tales conflictos existen y que el aludido solapamiento de expectativas de conducta sólo puede resolverse sopesando unas y otras, indagando qué valor o interés último persiguen, y dando valor preferente en el caso concreto a aquella expectativa que persiga el valor o interés más cualificado o importante (no es lo mismo insultar a un desconocido en el contexto de una riña de tráfico, que a un político en un acto electoral o a un personaje famoso en una revista de cotilleos). La que aquí denominados *delimitación de los derechos*, antes al contrario, mantiene que en rigor no hay conflicto entre derechos, sino con sus límites, en el sentido de que en el caso concreto debe confrontarse cada derecho fundamental en presencia con sus límites constitucionales, y solventar así su supuesta colisión. Para esta técnica no es necesario jerarquizar los derechos según el caso concreto y conforme un orden de valores o intereses preferentes en cada situación, sino examinar sus recíprocos límites y constatar cuál de las expectativas de conducta solapadas no está privada de protección.

El TC ha empleado durante sus primeros años el método de la ponderación de bienes para resolver las colisiones entre derechos fundamentales y otros derechos, bienes e intereses, y muy en particular en el caso de los ligados a la comunicación pública garantizados en el artículo 20, CE, y los derechos al honor, intimidad y propia imagen (también ha recurrido a esa técnica habitualmente en el caso de la libertad sindical —artículo 28, CE— o en el del derecho a la tutela judicial efectiva —artículo 24, CE—). Su doctrina sostenía que

La solución al problema que plantea la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de de-

rechos ni prevalencias “a priori”, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente (STC 320/1994 FJ 2). Quizá el ejemplo proverbial del uso de esta técnica sea el caso del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor. Cuando se pondera para resolver el conflicto, no se parte de la existencia de límites a uno y otro derecho fundamental. No se parte, por ejemplo, de que el insulto no puede ser el objeto de la libertad de expresión porque de serlo privaría al insultado de su derecho al honor y no lo sometería tan sólo a un límite —límite que bien podría derivar del interés general que cabe predicar de la opinión sujeta a examen—. Cuando se pondera en casos como éste, lo que se indaga es cuál de los dos derechos merece en el caso concreto una protección preferente, de manera que, una vez optado por uno de ellos —por ejemplo, la capital importancia que para el sistema democrático tiene un debate libre y robusto de ideas justificaría la prevalencia del insulto proferido por un político en campaña electoral dirigido contra su adversario, o la de un espectador presente en un mitin político que se alza para insultar a uno de los oradores, sobre el derecho al honor del instructor—. El límite ya no deriva de una norma constitucional —la que dice que el insulto no es objeto de la libertad de expresión—, sino de la resolución ponderada del caso concreto —el insulto está protegido en ese caso porque está ligado a la expresión de opiniones políticamente durante un acto electoral—. Véanse por ejemplo las SSTC 105/1990, insultos de un periodista a un político, o las SSTC 171/1990 y 172/1990 en las que el TC realiza una ponderación bien distinta de la libertad de información y el derecho al honor en un caso similar en las que dos periódicos dan cuenta de un accidente aéreo).

Sin embargo, desde finales de los años noventa el TC ha abandonado paulatinamente esta técnica y ha seguido un método de delimitación de los derechos fundamentales con el que ha tratado de resolver los supuestos conflictos. El TC persigue resolver las colisiones delimitando el derecho fundamental y aplicándole sus límites, para así concluir si la expectativa de conducta sujeta a su examen es o no objeto del derecho fundamental en cuestión.

Volviendo al ejemplo de los artículos 20 y 18 CE el TC ya no resuelve los amparos en los que se esgrime la libertad de expresión o información y los derechos al honor, la intimidad o a la propia imagen acudiendo al paradigma de la formación de la opinión pública libre como hizo en SSTC tan ilustradoras de esa técnica ponderativa como las 171/1990 y 172/1990. El TC ya no considera que deba darse pro-

tección preferente a las libertades del artículo 20 frente a los derechos del art. 18 porque y siempre que las opiniones o informaciones cuestionadas sirvan al valor superior de la realización del Estado democrático mediante la formación de una opinión pública libre. Un canon, que por cierto, y dada la posición del TC en la resolución del recurso de amparo respecto de los jueces y tribunales ordinarios, le llevaba en ocasiones a limitarse a examinar la razonabilidad de la ponderación hecha por la resolución judicial impugnada ante él. Sin embargo, como decíamos, desde sobre todo 1998, el TC ha abandonado esa forma de razonar. Advierte en sus Sentencias que su juicio no puede limitarse a un examen externo de la razonabilidad de la ponderación efectuada por la decisión judicial impugnada, como si de un amparo en el que se invoca el artículo 24 se tratara. Es su función, dice en estas Sentencias, comprobar que además de razonable, la interpretación que de los derechos en presencia ha hecho la resolución judicial impugnada se corresponde con una interpretación conforme con la CE, único punto de partida idónea, no para resolver un conflicto entre derechos, sino para concluir si ha habido o no vulneración del derecho fundamental invocado. Ejemplos recientes de esta técnica se pueden encontrar en las SSTC 49 y 204 ambas del 2001.

El reproche que cabe hacerle a la técnica de la ponderación de bienes estriba en que resuelve los conflictos entre derechos no a partir de los límites que la Constitución impone a los derechos fundamentales, sino de los datos del caso concreto que son los que determinan cuál de los derechos, bienes o intereses en conflicto debe prevalecer. La ponderación de bienes relativiza el contenido del derecho fundamental porque las expectativas de conducta efectivamente protegidas por el derecho fundamental ya no dependen del examen de sus límites, sino de la circunstancia del caso concreto que a juicio del llamado a resolver el conflicto provoca que prevalezca uno de los términos en conflicto al margen de sus límites. De hecho, la ponderación de bienes antes que a los límites constitucionales de los derechos fundamentales atiende al valor jurídico cuya realización se persigue con la garantía del derecho para decidir en cada caso qué valor debe sacrificarse en aras del encarnado por el derecho, bien o interés en liza. Porque, en realidad, el conflicto para la ponderación de bienes no se produce entre los derechos fundamentales y otros derechos, bienes o intereses constitucionales o infraconstitucionales, sino entre los valores o intereses que según quien pondera se encarnan en aquellos derechos. Por eso, el conflicto no se resuelve examinando los límites de unos y otros, sino decidiendo en cada caso cuál de esos valores o intereses debe prevalecer; en fin, jerarquizando los valores o intereses en presencia.

Así, los derechos fundamentales tendrán el contenido que resulte de la resolución del conflicto según la jerarquía de valores presupuesta, y no un contenido delimitable previamente. Por otro lado, la ponderación conduce inevitablemente a la jerarquización entre los derechos fundamentales, por cuanto la resolución de sus conflictos no se solventará examinando sus reciprocos límites, sino postergando la aplicación de uno en beneficio de la aplicación del otro según la jerarquía de los valores o intereses que encarnen. Ya no se aplican ambos derechos fundamentales al caso, sino que se acuerda suspender la vigencia de uno de los derechos en ese caso concreto (que puede recuperar sin embargo en otro posterior similar) para aplicar en plenitud el elegido en la ponderación.

¿Puede justificarse el uso de la tortura o el trato inhumano y degradante si con ello se pueden salvar cientos de vidas inocentes? Imaginemos que se detiene a una persona que sabe en qué lugar, a qué hora y de qué forma se puede desactivar un artefacto explosivo ubicado en un gran centro comercial. La CE en su art. 15 prohíbe el uso de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes. Sin embargo, empleando la técnica de la ponderación de bienes, lo que debe sopesarse es qué valor o interés último se persigue en el caso con uno u otro derecho: el derecho a la vida y a la integridad física y moral del detenido o de las personas inocentes. Para la ponderación este conflicto no se puede resolver en abstracto sino atendiendo a las circunstancias del caso concreto, de forma que en este caso concreto debe prevalecer el derecho de los ciudadanos inocentes frente a los del detenido ya que sólo así se podrá salvar la vida de los primeros. La ponderación podría justificar el empleo de los malos tratos o la tortura con el fin de salvar la vida de las personas que se hallaren en el centro comercial no aplicando al terrorista en ese caso las garantías del art. 15 CE.

A nuestro juicio, ésta es una forma incorrecta de resolver esos conflictos. Primero, porque relativiza el valor normativo de los derechos fundamentales, y, en último término, el de la Constitución misma; en segundo lugar, porque para resolver el conflicto debe jerarquizar los derechos, ya que uno de ellos debe ceder en su aplicabilidad frente al de valor preferente (de hecho, el TC ha reiterado en muchas ocasiones que no es posible jerarquizar entre sí a los derechos fundamentales, SSTC 324/1990 FJ 2 o la 11/2000 FJ 7); y en tercer lugar, porque plantea los conflictos como una colisión entre los valores e intereses jurídicos encarnados en aquellos derechos, fundamentales y no fundamentales, bienes e intereses constitucionales e infraconstitucionales, cuando en realidad ni siquiera hay colisión por

cuanto se trata de fijar los límites del derecho fundamental en cuestión.

En efecto, sólo se pueden sortear aquellas objeciones y ser coherente con la posición normativa de los derechos fundamentales si esos conflictos se conciben como lo que en realidad son: un problema de delimitación, y luego de limitación de los derechos fundamentales en presencia. Hay ocasiones en que la propia norma iusfundamental excluye del objeto de uno de los derechos la conducta que aparentemente lesiona el otro derecho, bien o interés en conflicto (si no están protegidas las asociaciones paramilitares o secretas, su prohibición no es un caso de colisión con el artículo 22 CE). En otros casos operan los límites inmanentes del derecho fundamental, de forma que no puede ser su objeto de protección una conducta que niega la existencia de otra norma constitucional (por ejemplo, la libertad de expresión no puede amparar el insulto, porque de hacerlo, sencillamente priva del derecho al honor a cualquier persona). Otra tanto cabe decir de los límites externos al derecho fundamental, siempre que el límite cumpla con su canon constitucional (si la Constitución permite que la ley prohíba la libre sindicación de los miembros de las fuerzas armadas, si así lo hace el legislador, la sanción a un militar por estar sindicado no será una lesión del artículo 28, CE).

Por tanto, el límite al derecho fundamental preterido en el aparente conflicto no emana del resultado de una previa ponderación de bienes, sino que precede a toda ponderación, porque para resolver la colisión, primero hay que delimitar el derecho fundamental y aplicarle sus límites, fijando así el ámbito de su protección. Como se ve, es una cuestión de *interpretación* (delimitación/limitación) de los derechos fundamentales, y especialmente de interpretación de sus límites y no de ponderación de los valores que encarnan.

Volviendo al caso de la bomba en unos grandes almacenes, y siguiendo el método propuesto, es claro que la CE en su artículo 15 prohíbe tajantemente el uso de la tortura o el trato inhumano y degradante sea cual sea su clase. Pero la CE no garantiza un derecho fundamental a no ser torturado o sometido a tratos inhumanos o degradantes. El artículo 15 lo que garantiza como derecho fundamental no es esta prohibición, sino el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Es decir, el detenido tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral, y la propia CE establece que "en ningún caso" esos derechos puedan ser objeto de límites (que siempre serán inmanentes, ya que la CE no les prevé límite positivo o externo alguno) consistentes en la aplicación de torturas o el empleo de tratos inhumanos o degradantes. Estos medios para limitar los derechos del artículo 15 están ab-

solutamente prohibidos en la CE. Así pues, la CE permite la restricción del derecho a la vida, a la integridad física o moral con fundamento en la garantía de otros derechos, bienes o intereses constitucionales (véase SSTC 215/1994 sobre la esterilización de "dismoidios psíquicos, 207/1996 sobre diligencias de prueba consistentes en intervenciones corporales, y 154/2002 relativa a la negativa de un Testigo de Jehová a recibir una transfusión de sangre), pero "en ningún caso" esa limitación puede justificar el recurso a la tortura o los tratos inhumanos y degradantes. En consecuencia, los Poderes públicos bajo ningún concepto podrán acudir a la tortura o a tratos inhumanos o degradantes para hacer confesar al detenido.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La imposición de los límites que correspondan al derecho fundamental examinado en cada caso constituye un momento capital del método expuesto de delimitación de los derechos fundamentales. Pero en ocasiones no basta con fijar e imponer esos límites para pillar la regla jurídica concreta por la que se resolverá finalmente si determinada conducta es o no objeto del derecho fundamental. Puede ocurrir que el límite no se plasme únicamente en la negación de la garantía iusfundamental a una determinada conducta (por ejemplo, el insulto no está garantizado por la libertad de expresión), y que requiera ser concretado en su alcance y los medios específicos de su aplicación al derecho (piénsese en la autorización judicial de una entrada y registro domiciliar o la práctica de una prueba consistente en una intervención corporal, como arrancar un cabello o tomar una muestra de saliva o de sangre).

En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admite distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudirse al principio de proporcionalidad, porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco. A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedio de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidad, obviamente, evitar que el poder público que tenga atribuida la competencia para

aplicar los límites a un derecho fundamental vulnere en su aplicación su contenido esencial. En palabras de la STC 18/1999 (FJ 3):

Por último conviene indicar, como se recordaba en la STC 58/1998, que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981 y 2/1982). Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986), de donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas restrictivas sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982 y 13/1985), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, 196/1987, 120/1990, 137/1990 y 57/1994) (véase también la STC 14/2003).

El TC ha dicho "que la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo" (STC 169/2001, FJ 9).

En este sentido —ha aseverado también el TC— ... para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (STC 207/1996 FJ 4, véase también las SSTC 66/1995, 207/1996, 37/1998, 154/2002).

Estos son los elementos del juicio de proporcionalidad:

1. Exigencia de *idoneidad* o *adecuación* de la medida limitativa concreta al fin perseguido con el límite impuesto al derecho fundamental. Como dice el TC, el primer canon para precisar la proporcionalidad de una medida es que ésta sea susceptible de alcanzar el

objetivo perseguido con ella: limitar el derecho fundamental como única forma para alcanzar un determinado propósito, el cual debe ser, además, constitucionalmente lícito. Esa medida restrictiva sólo es válida si es también *funcionalmente* idónea; esto es, aquella medida restrictiva en efecto sirve para limitar el derecho por la razón que justifica la existencia del límite.

Si en el curso de una instrucción penal es necesario practicar una prueba de ADN para esclarecer un caso de violación, que requiere la intervención corporal de uno de los imputados en el proceso, el bien constitucional de la averiguación de los delitos puede justificar un límite a la integridad física del imputado y justificar dicha intervención corporal. Pero esa intervención corporal sólo está justificada si su objeto es la obtención de evidencias que sirvan para el esclarecimiento de los hechos supuestamente delictivos, y no, por ejemplo, para comprobar si el imputado es consumidor o no de sustancias estupefacientes o padece cierta enfermedad.

2. La exigencia de *necesidad* o *intervención mínima*, que consiste, en que la medida limitativa debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido de que no debe existir otro medio menos oneroso para lograrlo. La medida restrictiva no sólo debe ser idónea material y funcionalmente para limitar el derecho en razón de su fundamento; además, de entre las posibles maneras de imponer la medida restrictiva sólo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravosa para alcanzar aquella finalidad.

Volviendo al ejemplo anterior, hay diversas maneras de practicar aquella intervención corporal. Si la prueba de ADN se puede obtener con una muestra de saliva, resultaría desproporcionado un análisis de sangre que es una intervención más agresiva.

3. La exigencia de *proporcionalidad en sentido estricto* entre el sacrificio exigido al derecho fundamental limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés jurídico que pretende garantizarse con aquel límite. Criterio que suele traducirse en la necesidad de probar que el daño de estos últimos era real y efectivo, y no sólo una sospecha o presunción (por lo que no son admisibles medidas preventivas si carecen de habilitación legal), es decir, que hubo un *riesgo cierto y actual* y no tan sólo un *riesgo futuro e hipotético* de lesión del bien o derecho que se desea proteger con el límite impuesto al derecho fundamental. Y una vez probada la realidad del riesgo, que los sacrificios entre bienes están compensados respecto del objeto perseguido.

Siguiendo con el ejemplo propuesto, la prueba de ADN mediante la toma de muestras de saliva sólo se justificará en el curso de la instrucción penal si resulta imprescindible practicar esta prueba de forma anticipada y no en el juicio oral al existir el riesgo real y cierto de que el imputado pueda huir, y si esa prueba resulte además decisiva para esclarecer los hechos objeto del proceso penal hasta el punto de que, de no practicarse, se frustraría la averiguación del delito de violación. Ahora bien, la muestra de saliva debe tomarse de la forma menos gravosa para el imputado y con todas las garantías, sacrificando su derecho a la integridad física en la medida necesaria para salvaguardar la función objetiva del proceso penal, averiguar y castigar los delitos.

Efectivamente, la medida, además de ser idónea material y funcionalmente para limitar el derecho y hacerlo para proteger los otros derechos, bienes o intereses que imponen el límite, y necesaria e imprescindible, en el sentido de que entre las posibles sea la menos gravosa, pero suficiente para ser idónea, debe ser equitativa en el reparto de los sacrificios. El derecho fundamental debe ser limitado en lo estrictamente necesario para asegurar la protección de aquellos otros derechos, bienes o intereses que lo limitan. Por tanto, el daño a estos últimos debe ser real o un riesgo cierto, y mayor que el que sufrirían si el derecho fundamental no se limitara. Pero el derecho fundamental no debe ser limitado más allá de lo requerido para evitar ese mal mayor, ya que con el límite no se trata de garantizar en toda su posible extensión e intensidad los derechos, bienes e intereses en liza, sino sólo en lo estrictamente necesario para que no sufran el daño que les puede producir la realización de una de las expectativas de conducta objeto del derecho fundamental en cuestión.

De estos criterios del principio de proporcionalidad ha derivado el TC una capital exigencia: la necesaria motivación de los actos de los poderes públicos que apliquen límites a los derechos fundamentales. Para el TC, la falta de dicha motivación de la medida restrictiva causa la lesión del derecho fundamental (SSTC 151/1997 FFJ 5o y 6o; 175/1997 FJ-4o; 49/1999 FJ 7). Como ha afirmado el TC: "Las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales derivadas de su proporcionalidad requieren que consten en las resoluciones los elementos que permiten a este Tribunal apreciar que se ha efectuado la ponderación requerida por el juicio de proporcionalidad" (STC 161/2001 FJ 10). La falta de motivación o la motivación defectuosa de una medida limitativa de un derecho constituye una vulneración del mismo (entre muchas, STC 151/1997 FJ 5, 177/1998 FJ 2). Una motivación de la medida adop-

tada que debe ser expresa, pues sólo así el TC podrá controlar la recta aplicación del principio de proporcionalidad (STC 200/97 FJ-4o).

III. LEGISLADOR Y PROPORCIONALIDAD

¿Puede emplearse el principio de proporcionalidad como un canon de constitucionalidad de la ley limitativa de derechos y no sólo de sus actos de aplicación? Se trata ésta de una cuestión ciertamente polémica. El TC viene considerando que "El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo. Mas la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza" (STC 136/1999 FJ 22, recordando las palabras de la STC 55/1996 FJ 3, véase también la STC 73/2000). Esta apreciación le ha servido al TC para aplicar también a las leyes limitativas de los derechos (en particular las penales) el canon del principio de proporcionalidad. Parece sin embargo que la posición del legislador en el sistema constitucional democrático no se compadece bien con el empleo de ese principio como canon de constitucionalidad de sus leyes limitativas de derechos. El margen de libre apreciación con el que el legislador puede decidir en qué términos limita un derecho fundamental, salvadas, claro está, las exigencias de forma y fondo que la Constitución le impone para este propósito, pugna con la posible exigencia de que además los límites que la Constitución le permite concretar o crear sean "proporcionados". Tal exigencia, dicen sus críticos, supone que el legislador ya no puede elegir las medidas restrictivas del derecho fundamental a pesar de que la Constitución le habilita para ello, erigiéndose el TC en quien decide qué medidas puede adoptar el legislador al excluir otras, por tenerlas por desproporcionadas. Por otro lado, la proporcionalidad es en rigor un canon de la aplicación de los límites, pero no de su creación. En fin, una serie de argumentos en contra del empleo del principio de proporcionalidad para enjuiciar la constitucionalidad de la ley limitativa de derechos que no obstante también tienen sus debilidades. El principio de proporcionalidad dota de un instrumento con el que se puede medir la propia razonabilidad del control de constitucionalidad que de esas leyes haga el TC. Por otro lado, la vinculación positiva del legislador al contenido esencial de los derechos fundamentales reduce aquél margen de maniobra, y difícilmente justifica que el legislador pueda elegir cualquier tipo de

límite a los derechos por mucho que cumpla con las exigencias constitucionales de fondo y forma. Proteger el derecho a la propiedad puede justificar que se tipifiquen penalmente los actos que lo lesionen, pero no parece que el artículo 33, CE, permita al legislador penal sancionar con cadena perpetua a quien realice una pintada en la pared del vecino.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Monográfico sobre *El principio de proporcionalidad*, Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, 1998.
- GONZÁLEZ BEILOUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Aranzadi/Thomson, 2003.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2000.