

Presentaciones

Cuando todavía no se cumplen dos años desde su aparición, *Cuadernos de Derecho Público* cumple con uno de los objetivos que los responsables de la revista nos habíamos propuesto a la hora de realizar su diseño inicial: publicar anualmente un número monográfico sobre algún tema central para la construcción dogmática del Derecho Público, que atravesara transversalmente las diversas disciplinas científicas que éste comprende.

E iniciamos esa difícil andadura del número monográfico con un tema particularmente adecuado para ese propósito: el principio de proporcionalidad.

Surgido dicho principio en el marco de la jurisprudencia constitucional alemana para dotar de fundamento teórico a la ponderación de bienes y valores asociada a la valoración de la licitud constitucional de la introducción de límites a los derechos y libertades fundamentales, dicho instrumento de ponderación ha extendido ulteriormente su campo de aplicación a otros ordenamientos (primero la jurisprudencia europea de Estrasburgo y Luxemburgo, más tarde a otros países europeos) y ha proyectado igualmente su operatividad sobre otros sectores jurídicos del Derecho Público, terminando por convertirse en una especie de bálsamo de fierabrás, llamado a explicar, e incluso dar cumplida justificación, a todo tipo de intervención o incidencia de los poderes públicos en el terreno de las posiciones jurídicas de los particulares.

Como en tantas otras ocasiones sucede en el mundo de la ciencia jurídica, el término proporcionalidad cuenta con un significado relativamente preciso en el lenguaje ordinario («Proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí», según el Diccionario de la Real Academia), que, sin embargo, paso a paso, por mor de una especulación cada vez más acabada y compleja (en la presente ocasión principalmente de la mano de la jurisprudencia constitucional), dicha noción va a ir paulatinamente alejándose de ese significado originario y cobrando nuevos conte-

nidos. En este sentido, la literatura jurídica de los países de nuestro entorno ha empezado en los últimos años a desarrollar un estudio en profundidad del principio de proporcionalidad a la búsqueda de acotar su alcance, dando como resultado numerosas publicaciones a cargo de diversos especialistas, varios de los cuales tenemos el honor de haber podido incorporar a la nómina de colaboradores del presente número monográfico. En nuestro país, por el contrario, aunque no falten investigaciones académicas sobre este tema (son varias las tesis doctorales, bien en curso, bien ya culminadas, que lo han tomado como objeto de reflexión), es lo cierto que, salvo puntuales excepciones, son pocas hasta ahora las publicaciones que abordan monográficamente esta cuestión.

En este aspecto, el número de *Cuadernos de Derecho Público* que ofrecemos constituye una de las primeras aproximaciones al principio de proporcionalidad en nuestro país. Por otro lado, el formato propio de una revista académica permite realizar un acercamiento a este tema que combina el tratamiento monográfico, pero a la vez plural y multidisciplinar, que estimamos particularmente útil para este primer análisis del tema.

La coordinación del número ha corrido a cargo del Profesor Javier Barnes, que, amén de tener una acreditada experiencia para dirigir la publicación de trabajos colectivos (todos recordamos las excelentes publicaciones sobre «el procedimiento administrativo en el Derecho comparado» y sobre «propiedad, expropiación y responsabilidad» que él dirigió), es uno de los pocos iuspublicistas de nuestro país que se había ocupado del principio de proporcionalidad como principio vertebrador del Derecho Público (*RAP*, n.º 135/1994) y que contaba, además, con una investigación en curso sobre este tema a la que ha sido capaz de renunciar para ponerla al servicio de la realización del presente número monográfico.

Sólo nos resta esperar que el resultado final de la publicación sea tan satisfactorio como las esperanzas que hemos puesto en el mismo en el curso de su elaboración.

Luis AGUIAR DE LUQUE
Director de «Cuadernos de Derecho Público»

1. La formulación moderna del principio de proporcionalidad ha adquirido un relieve inusitado en el mundo occidental y una importancia relativa en la jurisprudencia acaso superior a la del principio de igualdad, si nos atenemos a sus respectivos ámbitos de actuación e influencia y a su constante aplicación por los jueces de los derechos fundamentales. Baste pensar que toda injerencia sobre cualesquiera de los derechos que el Convenio Europeo, el Derecho Comunitario, la Constitución interna o la misma legalidad ordinaria consagran es susceptible de ser revisada a su trasluz. En términos estadísticos, desde luego, el número de resoluciones de los respectivos tribunales que han apreciado la desproporción de la medida enjuiciada y, en consecuencia, su disconformidad con la norma de referencia es enormemente más elevado que el de las que han sido calificadas de discriminatorias. No obstante lo cual, y quizás por su complejidad y los riesgos que le son inherentes, el manejo técnico del principio de proporcionalidad no ha presentado siempre en la jurisprudencia unos contornos tan resueltos como el de aquél. De ahí, por otra parte, el acierto de la Revista en la elección del tema para este número monográfico, cuyo primer propósito reside en ofrecer un retrato ajustado del principio que, además de salir al paso de ciertos equívocos sobre su sentido y articulación, permita, en su caso, una invocación y aplicación más útil y rigurosa.

A tal efecto, el punto de partida acerca de su concepto hay que situarlo en el significado que tiene el principio en la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal de Luxemburgo, es decir, como límite frente a la actividad limitadora de los derechos fundamentales a fin de filtrar o moderar el sacrificio. Aunque no siempre la jurisprudencia europea o comparada haga un uso completo y sistemático de los tests que lo integran, con carácter general puede decirse que éstos se traducen en una triple prohibición escalonada: a) que la medida restrictiva no sea desde todo punto de vista y *a priori* absolutamente inútil o inidónea para alcanzar el fin que dice perseguir (principio de utilidad o idoneidad); b) que no se imponga un sacrificio a todas luces innecesario por existir de modo manifiesto alternativas menos gravosas, susceptibles de satisfacer el objetivo de que se trate *con igual efectividad* (principio de necesidad de la intervención); y c) que el límite o restricción no genere un patente y excesivo desequilibrio entre las cargas que entraña para los derechos y libertades implicados y los beneficios que irroga para el interés general (proporcionalidad *stricto sensu*).

Es de ese principio de proporcionalidad del que estamos hablando, esto es, de un principio que se sitúa en el plano de lo jurídicamente exigible (CEDH, TUE, CE, etc.). No es, pues, la perspectiva de la proporcionalidad entendida como regla de razón o de prudencia que ha de inspirar al legislador de los derechos fundamentales la que aquí interesa, como tampoco alguna de sus proyecciones más características en el ámbito penal (y menos aún la percepción subjetiva de cada operador jurídico), sino la más estrecha y limitada del obligado respeto a su mínimo jurídicamente garantizado, bien sea por el Convenio, por el Derecho Comunitario o, en nuestro caso también, por la Constitución española y el resto del ordenamiento jurídico. Se trata, por tanto, de un principio justiciable, al igual que acontece con el de igualdad.

Se concreta en medir o comparar la relación que guardan dos magnitudes: los medios (limitadores o restrictivos de derechos), de un lado, y, de otro, la finalidad *inmediata* por ellos perseguida, por relación siempre con el respectivo cuadro de derechos y libertades en cada caso establecido; esto es, y en forma simplificada, si el fin justifica los medios.

Conviene subrayar desde ahora que, en este sentido, el principio de proporcionalidad, según la jurisprudencia europea y comparada y aun la constitucional española (así, las SSTC 66/1995, 55/1996 y 207/1996, por citar algunas de las más representativas), se desenvuelve en el ámbito de los derechos y libertades, en el nivel de que se trate en cada caso (europeo, constitucional o de legalidad ordinaria), y entra en escena cuando la medida del poder público objeto de enjuiciamiento ha sido emanada en el ejercicio de un cierto margen de libertad (típicamente, libre apreciación del legislador; potestad discrecional de la Administración; poderes del juez de instrucción o facultades de apreciación en la apertura del proceso o en la admisión del recurso; etc.).

2. Los trabajos del presente número que se inscriben, aunque no de forma exclusiva, en el plano de la legislación ordinaria (Administrativo, Penal, Procesal) han procurado atender al hecho de que no sólo el legislador, sino también los demás poderes públicos, están vinculados al principio por referencia no ya a la Constitución, sino también a las situaciones jurídicas subjetivas reconocidas por el entero ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, para el estudioso del Derecho Administrativo resulta relevante, al margen de identificar, en su caso, las manifestaciones del principio de proporcionalidad que contiene la legislación ordinaria, su incidencia en el ámbito de la potestad discrecional de la Administración cuando ésta afecta a los derechos e intereses legítimos preexistentes. Igualmente, desde el Derecho Procesal interesa, entre otros aspectos, además de los derechos fundamentales de más directa repercusión en la materia, su aplicación en el proceso cuando el órgano jurisdiccional goza de un cierto margen de apreciación (instrucción; admisión; etc.). Como en la igualdad,

también aquí conviene distinguir entre la proporcionalidad *en la ley* y la proporcionalidad *en aplicación de la ley*.

El principio de proporcionalidad no atribuye por sí mismo derechos subjetivos e intereses legítimos, presupone su existencia. No se resuelve en una suerte de derecho sustantivo o autónomo a un trato moderado. Es, eso sí, un *escudo* que acompaña a todo derecho.

3. El estudio preliminar contiene una introducción de cabecera que permite a cada uno de los artículos entrar de lleno en la materia asignada. A él le siguen, en un orden lógico para el lector español, el estudio de la jurisprudencia del Convenio y comunitaria, así como de la Constitución española. A continuación se abordan las manifestaciones más específicas del principio en el Derecho Administrativo, Procesal y Penal.

Por otra parte, el análisis de la jurisprudencia constitucional española sobre la proporcionalidad recaída en torno a los derechos fundamentales ha merecido una atención específica, en los términos que allí se indican, habida cuenta su trascendencia y arraigada tradición. Por razones de espacio, no ha sido posible ofrecer, sin embargo, un tratamiento separado de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, particularmente fecunda en el ámbito sancionatorio o urbanístico, por ejemplo, aunque todavía pendiente en ciertos casos de incorporar algunos de los elementos que su evolución dogmática ha deparado más recientemente. Con todo, ha sido tenida en cuenta con el necesario detalle en el estudio específico del Derecho Administrativo. El número se completa con los informes nacionales de Alemania, Gran Bretaña, Italia, Francia, Holanda y Estados Unidos. La selección quiere ser representativa de los diversos sistemas jurídicos de nuestro entorno.

4. Los autores que participan en el presente número son buenos conocedores de la teoría y la práctica del principio de proporcionalidad, como acreditan sus publicaciones y respectivas trayectorias profesionales. He de expresar mi sincera gratitud al esfuerzo de todos, por su trabajo y entusiasmo en el proyecto colectivo. Deseo también dejar constancia, en fin, de mi agradecimiento por el encargo recibido por parte de la Revista, así como de mi felicitación por la elección del tema y su aproximación pluridisciplinar, logros que han de sumarse a la ya fértil singladura de esta publicación.

Javier BARNES
Coordinador

ESTUDIOS

