

# Bibliografía

Javier Barnes

Habida cuenta las referencias bibliográficas que se contienen en el *Estudio preliminar*, en los diversos artículos y en los respectivos informes nacionales, no resta aquí sino recapitular, por vía de remisión, algunas de las fuentes más sobresalientes, de un lado (I), así como, finalmente, apuntar ciertas pautas metodológicas, de otro (II).

I. En primer lugar, para una introducción bibliográfica general en el panorama comparado, singularmente en el área germánica, y a mayor abundamiento de lo que se recoge en el presente número, puede consultarse la bibliografía citada en algunos trabajos que la incorporan<sup>1</sup>. La hondura dogmática del tema explica que en Alemania siga acaparando la atención de no pocas tesis doctorales<sup>2</sup> y escritos de habilitación<sup>3</sup>, así como de innumerables artículos doctrinales y de análisis de jurisprudencia constitucional<sup>4</sup>. Para una introducción sintética y equilibrada del estado de la

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, mi artículo «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», *RAP*, núm. 135 (1994), señaladamente en los epígrafes núms. I y II.

<sup>2</sup> Con carácter general —hay otras tesis doctorales sobre la aplicación del principio a ámbitos concretos—, pueden citarse: M. Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Ed. C. Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, trabajo éste de interés por el esfuerzo de síntesis que representa; R. DESCHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot. Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, Ed. F. Vahlen, München, 1989.

<sup>3</sup> Desde la de R. v. KRAUSS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (1955) y, sobre todo, de P. LERCHE *Übermaß und Verfassungsrecht* (1961), hasta la de L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (1981), o G. HAVERKATE, *Rechtsfragen des Leistungsstaats. Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln* (1983).

<sup>4</sup> Son clásicos, por ejemplo, los trabajos de M. GENTZ, «Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen», *NJW* 1968, 1600-1607; U. LANGHEINEKEN, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (tesis doctoral, 1972); E. GRABITZ, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *AöR* 98 (1973), 568-616; B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht* (1976); R. WENDT, «Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot», *AöR* 104 (1979), 414-474; H. SCHNEIDER, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*, (1979).

cuestión presenta especial utilidad K. STERN<sup>5</sup>. Por último, una de las visiones críticas más agudas e influyentes, frente a la desmesura del principio en aquel ordenamiento, ha sido la de F. OSSENBÜHL<sup>6</sup>.

Abundan las monografías recientes en países de nuestro entorno, como en Francia y Bélgica<sup>7</sup>; Holanda<sup>8</sup>; Italia<sup>9</sup>; etc.; así como los estudios sobre el Derecho Europeo y Comparado<sup>10</sup>.

Son muchos los estudios especiales en relación con algunos derechos y a ellos se hace alguna alusión en la Revista. Baste notar que, del mismo modo que los viejos derechos fundamentales ofrecen resistencia frente a nuevas formas de injerencia (v. gr.: ante el poder informático)<sup>11</sup>, el principio de proporcionalidad, como escudo que acompaña al derecho, ha encontrado aplicación en terrenos hasta ahora inexplorados y de indudable relevancia (p. ej., intimidad e integridad personal frente a la información genética)<sup>12</sup>.

II. Un tema tan mediatizado por el Derecho Comparado y la jurisprudencia requiere, a nuestro juicio, algunas cautelas elementales para su estudio:

a) En lo que al Derecho Comparado concierne, resulta obligado beber en las fuentes directas —normativas, jurisprudenciales y doctrinales—, así como abundar en la doctrina y jurisprudencia dominantes para hallar la media más representativa, si se quiere obtener un retrato ajustado de la

<sup>5</sup> *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, Beck, 1994, especialmente páginas 761-837.

<sup>6</sup> *Maßnahmen mit dem Übermaßverbot*, en *Wege und Verfahren des Verfahrenslebens*, F.S. für Peter Lerche, Beck, München, 1993. Desde otra perspectiva no menos interesante, E. SCHMIDT-ASSMANN, «Kommunale Selbstverwaltung», en F.S. für Horst Sendler, 1991.

<sup>7</sup> Sobre estos dos ordenamientos: *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1995.

<sup>8</sup> A. DE MOOR-VAN VUGT, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief*, W. E. J. Tjeenk Willink Zwolle, 1995.

<sup>9</sup> D. U. GALETTA, *Prinzipio de proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel Diritto amministrativo*, Milán, 1998.

<sup>10</sup> N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, 1996; *Le Contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, Paris, 1995; J. SCHWARZE (editor), *Das Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluß. Zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 1996; C. POLLAK, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshof und des Österreichischen Verfassungsgerichtshof*, Nomos, Baden-Baden, 1991; F. ERCAMORA, «Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im österreichischen Recht sowie aus der Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention», en H. KUTSCHER y otros, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985; etc. O extensos artículos, como el de G. DE BURCA, «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», en *Yearbook of European Law*, 13, 1993, págs. 105-149; etcétera.

<sup>11</sup> Sobre este tema, *vid.* la introducción a la jurisprudencia constitucional, núm. VIII.

<sup>12</sup> *Vid.*, por ejemplo, H. D. C. ROSCAM ABBING, «La información genética y los derechos de terceros. ¿Cómo encontrar el adecuado equilibrio?», así como J. F. MALEM SEÑA, «Privacidad y mapa genético», ambos en la *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2/1995.

institución, lo cual exige, desde luego, una muy cuidada selección bibliográfica y documental, con lo que ello a su vez entraña (conocimiento de un panorama más amplio, asesoramiento específico, etc). Si la nutrición no fuere la adecuada, obvio es decirlo se obtendría una visión deformada. Por lo mismo, preciso es comenzar por los cimientos, por la estructura más básica, antes que por el detalle, la sutileza o la última polémica lateral, etc. Así, por ejemplo, en nuestro caso, si el estudio se iniciara por las críticas, las más de las veces perfectamente suscribibles, esgrimidas por autorizada doctrina contra ciertos excesos surgidos en Alemania, en una determinada época, se entablará un difícil diálogo entre ordenamientos: aquí, se traerá una síntesis de esa crítica, el antídoto, cuando todavía no se ha producido la patología, quedando entonces incompleto el esbozo de su normal funcionamiento. Constituyen también garantías de rigor, entre otras, la inserción del principio en el contexto de su entero ordenamiento y estructura fundamental, a cuyo trasluz ha de ser abordado, y no sólo desde la exclusiva perspectiva nacional o interna del observador; la prudencia de no homologar fácilmente las diversas categorías jurídicas, por idénticas que parezcan; o la conciencia de que las propuestas de importación o, por contra, de «cierre de frontera» frente a ciertas instituciones o doctrinas, no son necesariamente —y, de ordinario, no lo son— una consecuencia «científica» que se imponga por sí misma; etc.<sup>13</sup>

b) Probablemente, no haya nada más difícil en Derecho que interpretar una Sentencia, que destilar con arte, ciencia y técnica el material válido, inducible de la jurisprudencia. Y, sin embargo, y valga la exageración, es lo único para lo que no se da entrenamiento específico en tantas Facultades de Derecho europeo-continental. Leer una Sentencia como si de una proposición normativa se tratara, a modo de tratado o manual; ignorar sus antecedentes o el historial procedimental y procesal del que trae causa; o un mínimo análisis previo de quién lo dice, qué y por qué, etc.; o, lo que quizás sea más relevante, olvidar la lógica del caso concreto que la impregna, no son prácticas del todo desconocidas<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Para una mayor ejemplificación, en términos muy simples, permítaseme la remisión a mi trabajo «Una nota sobre el análisis comparado. A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa», en la obra colectiva, coordinada por E. HINOJOSA y N. GONZÁLEZ-DELEITO, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Ed. Cívitas-Junta de Andalucía, Madrid, 1996, págs. 225 y ss., en particular págs. 230-235.

<sup>14</sup> Por decirlo de modo gráfico y en relación con este último extremo: no cabe hacer teoría general de una Sentencia. Un solo ejemplo en esta materia. La STC 55/1996 no puede ser desmembrada de su objeto propio, que no es el legislador «a secas», sino el legislador penal. La importancia de la citada STC ha sido sobrada y justamente subrayada en los distintos estudios del presente número de la Revista. Ahora bien, a nuestro juicio, y en contra de lo que pudiera pensarse, la STC 55/1996 no es «la» Sentencia clave en lo que hace al legislador de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, sino una Sentencia sobre el legislador penal que, sin perjuicio de su notable calidad, rigor y esfuerzo reconstructivo no añade, por lo demás, elementos sustancialmente novedosos, ni en la materia específica que contempla (la proporcionalidad de la cuantía de la pena), ni, menos aún, en punto a *todos* los derechos fundamentales (y es suficiente, creemos, la remisión a la introducción a la jurisprudencia constitucional que se contiene en la Revista para comprobarlo). Ni tampoco la solemnidad con la que reitera la libre esfera que al legislador (penal) le corresponde, supone doctrina nueva en la jurisprudencia constitucional.

Y todo ello sin perjuicio de que la posición institucional de determinados Tribunales, como la que encarna un Constitucional o un Tribunal Europeo; su específica legitimidad; o la peculiar naturaleza de la norma de la que son guardianes, haga de sus Sentencias, en ocasiones, un producto más próximo a la regla jurídica (singular y complementaria de la norma escrita), que a la labor interpretativa de pura subsunción del presupuesto de hecho en la norma. Lo cual requiere una aproximación distinta y unas herramientas particulares, tanto para el juez como para el aplicador, siempre y cuando esos Tribunales actúen efectivamente más como «co-productores» de normas, eso sí, modestos y subordinados, que como meros y estrictos intérpretes<sup>15</sup>.

---

Solemnidad que, además de ser obligada en el contexto argumental de la Sentencia, también sería explicable en función de otros dos factores: a) que se le pide al Tribunal que examine la proporcionalidad de la cuantía de la pena, tema éste, como sabemos, sobre el que poco puede decir el principio constitucional; y b) que se trata de una pena socialmente contestada, por lo que también parece importante subrayar que su conformidad constitucional nada dice acerca su oportunidad o conveniencia desde otras consideraciones de política criminal.

<sup>15</sup> Ilustrativo resulta el debate norteamericano que reivindica la importación de las técnicas interpretativas clásicas y comunes en Europa cuando el juez se enfrenta a norma positiva y clara, y el paralelo abandono de los métodos de creación jurisprudencial del Derecho (*vid.*, por ejemplo, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. An Essay by A. Scalia*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1995).

Quizás fuera oportuno en nuestro caso el debate inverso a fin de discutir el empleo de las técnicas del modelo anglosajón, propias del *common law*, en aquellos supuestos en que el Tribunal Constitucional o los Europeos han de hacer efectiva y justiciable una norma de un notable grado de abstracción e incomplitud; técnicas, por otra parte, de particular interés no ya para un correcto entendimiento de la sentencia como regla, sino además de autocontrol del Tribunal y su sujeción a unas pautas cuando ejerce un poder tal (sometimiento a la regla anterior; técnica de la distinción; «irretroactividad» de la «norma alumbrada»; etc.). Con independencia de las diferencias de estructura y mentalidad, acaso no haya que distinguir siempre entre sistemas jurídicos, sino por funciones (así, p. ej., cuando el juez constitucional actúe como juez del *common law*, en un sistema de *civil law*).